

01.0xx

**Message
relatif à la loi fédérale sur les services de certification
dans le domaine de la signature électronique
(SCSé)**

du ... 2001

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, par le présent message, un projet de loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSé) et vous proposons de l'adopter.

Par la même occasion, nous vous recommandons de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | |
|----------------|---|
| 1994 P 94.3115 | Valeur légale des signatures électroniques. Modification de l'art. 14 CO (N 7.10.1994, Spoerry) |
| 1999 P 99.3288 | Signature électronique (E 28.9.1999, Leumann) |

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

... 2001

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

L'ordonnance du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique (ordonnance sur les services de certification, OSCert; RS 784.103) est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2000. Lors de son adoption, le Conseil fédéral a annoncé qu'il soumettrait prochainement au Parlement un projet de loi prévoyant la reconnaissance de la signature électronique (digitale) dans les relations de droit privé en particulier. C'est ce que réalise la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, qui remplace l'ordonnance sur les services de certification (conçue comme une ordonnance expérimentale limitée dans le temps; art. 21, al. 2, OSCert).

Le droit suisse des contrats est fondé sur le principe de la liberté contractuelle. Celle-ci trouve son expression notamment dans la liberté de la forme (art. 11, al. 1, CO). Un contrat peut donc être conclu en règle générale oralement ou par la voie électronique, par exemple par courrier électronique ou par une réponse à une offre en ligne faite sur un réseau de transmission de données comme Internet. Par contre, les contrats soumis à une exigence de forme – ce qui est exceptionnel en droit suisse – ne peuvent pas être conclus par la voie électronique, étant donné qu'ils doivent être signés à la main (art. 14, al. 1, CO). Cette situation va changer grâce à l'adoption d'une nouvelle disposition dans le code des obligations (art. 14, al. 2^{bis}, P-CO), en vertu de laquelle, à l'avenir, tous les contrats devant être passés en la forme écrite pourront être également conclus par la voie électronique. A cet effet, ils devront être signés par le débiteur au moyen d'une signature électronique qualifiée. En proposant l'équivalence entre les signatures électronique qualifiée et manuscrite, le Conseil fédéral donne suite aux motions Spoerry (94.3178), Valeur légale des signatures électroniques. Modification de l'art. 14 CO (BO 1994 N 1883), et Leumann (99.3288), Signature électronique (BO 1999 E 819 s.), transmises comme postulats.

La loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique reprend pour l'essentiel le contenu de l'ordonnance sur les services de certification. Seule la question de la responsabilité fait exception. L'ordonnance sur les services de certification ne pouvait prévoir de règles sur la responsabilité qui s'écartent du code des obligations. L'adoption d'une loi fédérale le permet. Par conséquent, la loi fédérale sur la signature électronique stipule que le titulaire d'une clé de signature doit réparer dans certains cas les conséquences d'un usage abusif de cette signature (art. 59a P-CO). De même, le fournisseur de services de certification répond des qualités exigées par la loi pour sa prestation de service (art. 16). La loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique instaure ainsi les conditions optimales aptes à garantir la sécurité des actes juridiques effectués par la voie électronique.

Le projet traite essentiellement de l'utilisation de la signature électronique dans les relations entre particuliers. S'agissant de la communication électronique avec les autorités (cyberadministration), il se limite à régler la simple transmission électronique de données, notamment avec le registre du commerce (art. 929a P-CO). Les autres

questions, comme par exemple l'acceptation du dépôt d'un mémoire ou de la notification d'une décision par la voie électronique, seront réglées dans d'autres lois.

Message

1 **Partie générale**

1.1 **Situation initiale**

Le 12 avril 2000, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les services de certification électronique (ordonnance sur les services de certification, OSCert; RS 784.103). Selon l'art. 1, al. 2, cette ordonnance vise à promouvoir la fourniture de services de certification sûrs à un large public, à encourager l'utilisation et la reconnaissance juridique des signatures numériques et à permettre la reconnaissance internationale des fournisseurs de services de certification et de leurs prestations.

Le Conseil fédéral a toujours été conscient du fait que les buts mentionnés à l'art. 1, al. 2, OSCert ne peuvent être atteints par la seule reconnaissance facultative des fournisseurs de services de certification. Il est également nécessaire que le service fourni, à savoir la signature électronique, soit reconnu dans les relations de droit privé. Le Conseil fédéral a de ce fait annoncé, lors de l'adoption de l'ordonnance sur les services de certification, la préparation immédiate d'un projet de loi.

1.2 **Droit en vigueur**

1.2.1 **Liberté de la forme**

Le droit en vigueur se fonde sur la liberté contractuelle. Celle-ci trouve entre autres son expression dans la liberté de la forme, c'est-à-dire dans la possibilité de s'obliger par contrat sans devoir respecter une forme particulière (art. 11, al. 1, CO) ou en décidant soi-même de la forme nécessaire à la conclusion du contrat (art. 16 CO). En principe donc, même les contrats conclus oralement et par la voie électronique bénéficient de la protection de la loi, lorsque l'accord nécessaire à la perfection du contrat est donné (art. 1, al. 1, CO).

La liberté de la forme a son pendant en droit de la procédure. Lorsque le droit fédéral ne prévoit pas de forme particulière pour un engagement juridique, le droit cantonal ne peut faire dépendre d'une forme particulière la preuve de cet engagement (art. 10 CC). Ainsi, contrairement à ce qui se passe dans certains ordres juridiques étrangers, les documents électroniques qui contiennent le texte d'un contrat conclu, par exemple, sont en principe admis à la preuve¹. Leur sauvegarde sur un support de données est même protégée pénalement, dans la mesure où elle vise le même but que la forme écrite (art. 110, ch. 5, CP). Seule la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1) privilégie la forme écrite traditionnelle. L'art. 82, al. 1, LP ne permet la mainlevée provisoire qu'en présence d'une reconnaissance de dette signée.

¹ Selon une enquête menée par Helmut Rüssmann, *The Challenge of the Information Society: The Application of Modern Technologies in Civil Litigation and other Procedures*, ch. 5.2 (<http://ruessmann.jura.uni-sb.de/grotius/english/Reports/schweiz.htm>), ce ne serait pas le cas dans les cantons de Berne, de Fribourg, de Neuchâtel, de Soleure, du Valais et de Zoug.

De même, la correspondance et les pièces comptables peuvent être conservées sous forme électronique (art. 962, al. 2, CO). Après l'entrée en vigueur des dispositions sur la comptabilité commerciale, cette règle vaudra aussi pour la conservation des livres. Ces documents électroniques ont la même valeur probante que ceux qui sont lisibles directement (art. 957, al. 4, CO). Seuls le compte d'exploitation et le bilan devront encore être conservés par écrit (art. 962, al. 2, CO).

1.2.2 Exceptions

Exceptionnellement, la loi déroge au principe de la liberté de la forme. Diverses raisons jouent un rôle à cet égard (voir Signature électronique et droit privé, Avis de l'Office fédéral de la justice, JAAC 63.46, accessible aussi sous <<http://www.vpb.admin.ch/franz/doc/63/63.46.html>>). Le plus souvent, il s'agit pour le législateur de protéger le débiteur contre un engagement contractuel précipité (protection contre les décisions irréfléchies). Le cautionnement nécessite par exemple une déclaration écrite de la caution (art. 493, al. 1, CO) et même – dans les cas où la caution est une personne physique et le montant de la caution dépasse 2000 francs – la forme authentique (art. 493, al. 2, CO). La préservation d'une pièce justificative en vue d'une inscription ultérieure dans un registre joue aussi souvent un rôle dans la formulation d'exigences de forme. Ainsi, les inscriptions au registre du commerce et au registre foncier – en plus de la réquisition (écrite) – sont souvent fondées sur un document fait en la forme authentique. Nous mentionnerons dans ce contexte la modification des statuts d'une société anonyme (art. 647, al. 1, CO) et la conclusion d'une vente d'immeubles (art. 216, al. 1, CO). En cas de cession, la forme écrite satisfait aussi aux exigences de publicité et de sécurité juridique. L'acte de disposition y relatif nécessite la forme écrite (art. 165, al. 1, CO), alors que l'acte générateur d'obligation (*pactum de cedendo*) ne requiert pas de forme particulière (art. 165, al. 2, CO).

Dans d'autres cas, la loi recourt à la forme écrite, car le consommateur doit être informé sous une forme qualifiée de son engagement ou de la situation juridique. Ainsi, le client qui conclut un contrat de démarchage doit être informé par écrit de son droit de révocation et de la forme et du délai à observer pour le faire valoir (art. 40d, al. 1, CO). Pour des raisons similaires, la loi exige l'utilisation d'une formule agréée par le canton; tel est le cas de l'avis d'augmentation de loyer (art. 269d, al. 1, CO).

L'exigence de la forme écrite peut enfin avoir simplement pour but de rendre attentif à des difficultés de preuve ou de préserver un moyen de preuve. L'art. 260a, al. 1, CO exige ainsi le consentement écrit du bailleur en cas de rénovation ou de modification de la chose par le locataire, étant entendu que le locataire pourrait y procéder aussi en vertu d'un contrat d'entreprise conclu avec le bailleur, qui ne nécessite aucune forme (art. 363 ss CO). L'art. 226c, al. 1, CO, qui prévoit que l'acheteur peut déclarer par écrit au vendeur qu'il renonce à la conclusion du contrat de vente par acomptes, n'est par contre pas à considérer comme une prescription d'ordre mais bien comme posant une condition de validité (ATF 108 II 296 ss).

1.2.3 Forme écrite

Selon l'art. 13, al. 1, CO, le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. La signature doit être écrite à la main (art. 14, al. 1, CO). La loi prévoit une exception si la signature procède de quelque moyen mécanique dans les affaires où elle est admise par l'usage (art. 14, al. 2, CO).

Le Tribunal fédéral n'a eu jusqu'à présent que peu d'occasions de dégager dans sa jurisprudence le sens de ces principes datant en partie du 19^e siècle pour le commerce électronique et de les y appliquer. Au regard du droit de procédure, il s'est tenu de manière stricte à la notion traditionnelle de la forme écrite et s'est ainsi rallié à la position d'un Département fédéral qui n'est pas entré en matière sur un recours au motif qu'il lui avait été transmis par télécopieur (ATF 121 II 252 ss). Le Tribunal fédéral est tout aussi peu prêt à entrer en matière s'agissant d'un mémoire sur lequel n'est apposée que la photocopie de la signature (ATF 112 Ia 173 ss).

Plus difficile à appréhender est la position du Tribunal fédéral au regard du droit de fond. En 1986, il refusa catégoriquement le caractère de forme écrite à des déclarations faites par télex (ATF 112 II 326 ss). Inversement, il cite dans un sens favorable, dans un *obiter dictum* de 1995, la doctrine qui admet que la télécopie satisfait aux exigences de la forme écrite (ATF 121 II 253 ss, consid. 3). Le Tribunal fédéral n'a pas pris position jusqu'à aujourd'hui sur la question des exigences quant à la forme écrite, lorsque celle-ci n'est pas nécessaire à la conclusion du contrat, mais vise simplement l'information (qualifiée) de l'autre partie au contrat. Si l'on suit la lettre et l'esprit de l'art. 13, al. 1, CO, il n'y a pas de raison d'exiger dans ces cas une signature manuscrite. Le principal obstacle à la communication d'informations par la voie électronique n'existe ainsi pas.

L'adaptation des exigences quant à la forme écrite a aussi eu lieu dans la législation. Ainsi, la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (loi sur les fors, LFors; RS 272) – qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 – exige que les conventions d'élection de for soient conclues par écrit (art. 9, al. 2). A la forme écrite sont cependant assimilées toutes les formes de communication dont la preuve peut être établie sous forme de texte, et en particulier le télex, la télécopie et le courrier électronique.

1.3 Lacunes du droit en vigueur

1.3.1 Défaut de reconnaissance de la signature électronique

Avec la signature électronique, on dispose aujourd'hui d'un procédé technique qui permet de déterminer l'origine d'un document électronique (authenticité). On peut de même vérifier que le document est resté inchangé (intégrité). Le code des obligations n'a pas pris acte de ce développement technologique intervenu ces dernières années. Il empêche donc la conclusion des contrats ou les déclarations de volonté pour lesquels la loi exige la forme écrite. Le fait qu'il s'agisse de cas rares ne change en rien à l'anachronisme de la solution légale actuelle.

1.3.2 Responsabilité liée à la signature électronique

Le fait que la signature électronique ne soit pas reconnue touche aussi les cas où il en est fait un usage indu. Cela peut être fatal pour le développement du commerce électronique. Aucun fournisseur ne peut se permettre – du moins à long terme – de se fier à la conclusion d'un contrat par la voie électronique alors qu'il ne sait pas qui se trouve à l'autre bout. Là où cela n'est pas possible par la nature des choses, il doit au moins avoir la certitude que le titulaire de la clé de signature et l'émetteur d'un certificat public (le fournisseur de services de certification) répondent de leurs fautes éventuelles. Cette garantie ne lui est pas offerte dans le droit actuel: c'est donc le fournisseur qui supporte pour l'essentiel le risque de prestations exécutées sur la base d'un contrat supposé conclu.

1.4 Traits généraux du projet

1.4.1 Du point de vue formel

La loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSél) remplace l'ordonnance sur les services de certification. Cette dernière reste valide jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi en la matière, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2009 (art. 21, al. 1, OSCert).

En annexe à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, des modifications du code civil, du code des obligations et de diverses lois concernant la propriété intellectuelle sont proposées. Elles visent à la reconnaissance de la **signature électronique** dans les relations de droit privé (art. 14, al. 2^{bis} et 59a, P-CO) et à permettre, du point de vue juridique, la communication par la voie électronique avec les registres du droit fédéral, une fois les dispositions d'exécution nécessaires adoptées.

1.4.2 Du point de vue matériel

1.4.2.1 Fonction de la signature électronique

Grâce à la signature électronique, l'expéditeur d'une information ou d'un autre document électronique peut attester de son identité. Le destinataire peut, quant à lui, s'assurer que la communication ou le document n'a pas été modifié durant sa transmission. Ainsi, la signature électronique garantit l'authenticité et l'intégrité des communications et des documents électroniques. Ces effets sont produits par la signature électronique définie par la loi, signature qui est délivrée par un tiers de confiance (= *Trusted Third Party [TTP]*) que la loi désigne sous le nom de fournisseur de services de certification. Ces derniers vérifient l'identité du titulaire d'une clé de signature et attestent du lien entre la clé de vérification de la signature et le titulaire d'un certificat (numérique).

1.4.2.2 Reconnaissance facultative des fournisseurs de services de certification

L'adoption de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique donne une base légale claire à la reconnaissance des fournisseurs de services de certification. Les solutions consacrées dans la loi priment les autres lois fédérales, le code des obligations en particulier. Cela vaut spécialement pour les questions de la responsabilité (art. 16 et 17).

Pour le reste, la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique correspond pour l'essentiel à l'ordonnance actuellement en vigueur. Pour plus d'informations, l'on peut donc se référer au commentaire de l'Office fédéral de la communication, qui est aussi à disposition sous <<http://www.bakom.ch/ger/subsubpage/document/265/1290>>.

En particulier, la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique n'affecte en rien la liberté d'exercer l'activité de fournisseur de services de certification. Cette activité ne nécessite aucune reconnaissance préalable. Mais, selon la loi, la signature électronique ne peut déployer certains effets que si elle émane d'un fournisseur de services de certification reconnu. La signature électronique provenant d'un fournisseur de services de certification qui n'est pas reconnu ne pourra – indépendamment de sa qualité réelle – ni servir à remplacer une signature manuscrite (art. 14, al. 2^{bis}, P-CO) ni entraîner la responsabilité de son titulaire en cas d'utilisation abusive (art. 59a, P-CO).

La procédure de reconnaissance et d'accréditation est conforme, sous réserve des dispositions particulières de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC, RS 946.51). Cela vaut en particulier pour les dispositions pénales qui y sont prévues (art. 23–30).

Le 7 mai 2001, Swisskey SA a annoncé la cessation de ses activités en tant que fournisseur de services de certification public. Bien que ni l'ordonnance sur les services de certification (voir ch. 1.1) ni la loi ne se rapportent à cette entreprise en particulier, la disparition de Swisskey SA donne un coup de frein considérable au développement de la signature électronique. Des discussions sont en cours sur l'éventuelle reprise de ces activités par d'autres acteurs. La question reste ouverte de savoir si et, le cas échéant, de quelle manière, la Confédération pourrait ou devrait s'impliquer dans ce domaine. L'Etat a un grand intérêt à ce que des signatures électroniques qualifiées soient mises à disposition pour la communication électronique avec les autorités en particulier (art. 3, al. 3 et 20, al. 3).

1.4.2.3 Assimilation de la signature électronique qualifiée à la signature manuscrite

La loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique pose l'équivalence entre la signature manuscrite et la signature électronique qualifiée. Ce but est atteint par un nouvel art. 14, al. 2^{bis}, CO. La notion et le contenu de la signature électronique qualifiée sont définis dans la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique. Le projet renonce à prévoir des exceptions à ce principe. Il va ainsi consciemment au-delà des exigences du droit européen (voir ch. 5).

Le Conseil fédéral veut tenir compte, dans une loi fédérale sur le commerce électronique, de la protection légitime de la partie faible au contrat, garantie par la forme écrite traditionnelle. Il a mis en consultation l'avant-projet de cette loi en même temps que celui sur la loi fédérale sur la signature électronique. L'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique prévoit entre autres un droit de révocation pour les contrats conclus à distance et améliore la position du consommateur qui achète des biens de consommation. L'évaluation des résultats de la procédure de consultation est en cours.

Le fait qu'une personne dispose d'une clé de signature ne veut pas dire qu'elle est disposée dans tous les cas à communiquer par la voie électronique. L'art. 2, al. 1, CC exige cependant de chacun un comportement conforme à la bonne foi. Celui qui envoie une offre par courrier électronique et qui reçoit l'acceptation par la même voie ne peut se défendre en disant qu'elle lui est parvenue par la voie électronique et qu'il l'a de ce fait ignorée. Le projet renonce pour le reste à préciser le moment de l'envoi ou de la réception d'une déclaration de volonté dans le commerce électronique. Aussi, à cet égard, la théorie de la réception reste valable (art. 3, al. 2, art. 5, al. 2 et 3, CO). Il revient à la pratique de concrétiser ce principe en fonction des besoins et des développements du commerce électronique.

La signature électronique qualifiée ne remplace en principe que la signature manuscrite liée au support papier. La forme authentique n'est pas touchée (art. 55, Tit. fin., CC). Il va de soi que le droit des papiers-valeurs est aussi conçu pour des obligations matérialisées, c'est-à-dire incorporées à un support papier (art. 965 ss CO). Le droit des papiers-valeurs ne s'applique donc pas à des obligations contractées par le débiteur au moyen d'une signature électronique. Les principes applicables en matière de cession (art. 164 ss CO) restent valables. Cela vaut aussi lorsque la créance signée électroniquement est «incorporée» à une disquette. La possibilité de copier (à volonté) les données en question exclut l'assimilation d'une disquette à un papier-valeur.

Si la loi exige l'utilisation d'un formulaire, comme par exemple lors de la communication d'une augmentation de loyer (art. 269d, al. 1, CO), il revient au canton de décider s'il veut également mettre ce formulaire à disposition sous forme électronique. Le droit fédéral ne s'y oppose pas ni ne force les cantons à le faire.

Lorsque le droit actuel dispense de l'utilisation de la signature manuscrite – malgré l'utilisation de la notion d'écrit –, il convient de considérer que cet assouplissement de la définition de l'écrit vaut également pour l'avenir. L'on se réfère par là avant tout à l'art. 14, al. 2, CO, qui admet la reproduction de l'écriture manuelle par un procédé mécanique, lorsque cela est admis par l'usage. Mais il faut aussi penser à des évolutions plus récentes, par exemple à l'art. 9 de la loi fédérale sur les fors (voir ch. 1.2.3).

Il appartiendra à la pratique et à la jurisprudence de mettre en évidence les cas où le législateur parle de forme écrite mais sans exiger de signature manuscrite. Il s'agira aussi d'établir les conditions auxquelles ces déclarations pourront également être transmises par la voie électronique. On peut mentionner à cet égard le droit de demander une quittance (art. 88, al. 1, CO), un certificat de travail (art. 330a CO) ou la copie d'un contrat de crédit à la consommation (art. 8, al. 1, de l'ancienne loi [du 8 octobre 1993] et de la nouvelle loi [du 23 mars 2001] sur le crédit à la consommation [LCC; RS 221.214.1]). Le projet renonce à créer une notion propre à ces cas de

«forme écrite», contrairement à l'Allemagne, où une *Textform* a été introduite à cet effet dans le code civil (par. 126b BGB).

La solution proposée permet de tenir compte de manière optimale de l'évolution technique. Celle-ci laisse prévoir qu'à l'avenir la distinction entre texte et parole perdra de plus en plus de son importance. Il faut donc s'attendre à ce que des déclarations soient faites «oralement» par l'expéditeur et parviennent sous forme «écrite» au destinataire ou qu'elles soient faites «par écrit» par l'expéditeur mais qu'elles soient reçues sous forme «orale».

L'équivalence entre la signature électronique qualifiée et la signature manuscrite se répercutera aussi sur les autres lois fédérales et cantonales, dans la mesure où elles se réfèrent directement ou indirectement aux prescriptions de forme du code des obligations. On peut mentionner dans ce contexte en particulier l'art. 82 LP. L'art. 14, al. 2^{bis}, P-CO a pour conséquence qu'à l'avenir les reconnaissances de dette auxquelles une signature électronique qualifiée est apposée pourront aussi être utilisées comme titres fondant la mainlevée provisoire, à la condition que le juge de la mainlevée dispose de l'infrastructure nécessaire à la vérification du document.

Pour le reste, la pratique (des autorités de surveillance) devra déterminer si une application analogue des dispositions de droit privé sur la signature électronique est autorisée ou non. On peut mentionner dans ce contexte l'exemple de l'intermédiaire financier qui doit – sous certaines conditions – requérir du cocontractant une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique (art. 4, al. 1, de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier [loi sur le blanchiment d'argent, LBA, RS 955.0]). La situation est similaire en droit fiscal. La seule équivalence entre la signature électronique qualifiée et la signature manuscrite n'implique pas que le citoyen pourra déposer à l'avenir sa déclaration d'impôts par la voie électronique. A l'exception des dispositions sur la comptabilité commerciale (voir ch. 1.2.1), c'est dans la législation fiscale que doivent être définies les conditions de la communication électronique avec les personnes assujetties à l'impôt.

1.4.2.4 Responsabilité

L'utilisation de signatures électroniques pose des questions de responsabilité à deux égards. Il se peut d'une part qu'une infrastructure technique défectueuse ou un défaut dans l'organisation de la part du fournisseur de services de certification soit la cause d'un dommage chez le titulaire de la signature électronique ou chez le tiers qui s'est fié à un certificat qualifié. Dans ces cas, l'art. 16 prévoit une responsabilité du fournisseur de services de certification s'il n'a pas observé les dispositions de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique ou ses dispositions d'exécution. La même responsabilité causale (légère) est prévue pour l'organisme de reconnaissance en cas de défaillance dans la reconnaissance ou dans la surveillance des fournisseurs de services de certification (art. 17).

D'autre part, une clé de signature peut être utilisée abusivement malgré les exigences rigoureuses posées pour les dispositifs de génération de signature électronique (art. 6, al. 2) et le processus de vérification de la signature (art. 6, al. 3). Le tiers croira dans un tel cas qu'il communique avec le titulaire de la clé de signature mentionné dans le certificat alors qu'en réalité le document émane d'une autre personne.

L'art. 59a P-CO prévoit pour cette situation la responsabilité du titulaire de la clé de signature lorsque celui-ci n'a pas pris les mesures qui lui sont imposées pour garder sa clé secrète.

L'art. 59a P-CO n'oblige pas le tiers à prendre connaissance du contenu du certificat: l'annuaire des certificats se distingue en cela du registre du commerce et du registre foncier qui jouissent tous deux de la publicité positive (art. 933, al. 1, CO et art. 970, al. 3, CC). Le principe de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC) demeure réservé. Il exige d'une personne exerçant une activité commerciale qu'elle considère les limites prévues à l'utilisation du certificat (art. 7, al. 2), lorsqu'elle exige et reçoit une commande d'un client signée électroniquement.

1.4.2.5 Communication électronique dans le domaine des registres (cyberadministration)

Des modifications du code civil (art. 949a P-CC) et du code des obligations (art. 929a, al. 2, P-CO) établissent la base légale permettant de communiquer électroniquement à l'avenir, tant avec le registre du commerce qu'avec le registre foncier. La réglementation des détails dans une ordonnance du Conseil fédéral est réservée.

Dans le domaine du droit des brevets et du droit des marques, la communication électronique avec les autorités fait déjà partie du quotidien. Cette situation se fonde actuellement sur différentes dispositions de l'ordonnance sur la protection des marques (OPM; RS 232.111) et de l'ordonnance sur les brevets (OBI; RS 232.141). Pour que la communication électronique avec l'Institut fédéral pour la propriété intellectuelle (IPI) et que la gestion électronique des droits protégés reposent sur une loi formelle, les dispositions y relatives des ordonnances ont été reprises sous une forme plus ou moins inchangée dans la loi sur la protection des marques (LPM; RS 232.11) et la loi sur les brevets (LBI; RS 232.14). La norme de délégation relative à la communication électronique assure d'une part que les règles générales sur la communication avec les autorités adoptées dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, notamment de la loi sur la procédure administrative, s'appliqueront dès leur entrée en vigueur à la procédure auprès de l'IPI; d'autre part le Conseil fédéral peut conférer à l'institut, en ce qui concerne les décisions techniques, la marge de manœuvre nécessaire pour assurer leur compatibilité avec les normes adoptées dans les organisations internationales qui œuvrent dans le domaine de la propriété intellectuelle (Office européen des brevets, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) et avec d'autres offices nationaux, ainsi que pour mener à bien des projets de communication électronique avec les autorités en voie d'élaboration. De même, la loi fédérale sur la protection des designs (LDes; RS 232.12) et la loi sur les topographies (LTo; RS 231.2) ont été complétées par une disposition similaire.

Le projet ne contient aucune proposition concernant le registre de l'état civil, car le Conseil fédéral a transmis au Parlement – sous la dénomination *Infostar* – un projet indépendant (FF 2001 1537 ss; art. 48, al. 5, P-CC) prévoyant tant la tenue électronique de ce registre que la possibilité de communications électroniques. Nous nous permettons de souligner aussi dans ce contexte l'existence d'un projet sur la réforme de la justice (FF 2001 ...). Elle comprend des propositions adaptant la procédure devant le Tribunal fédéral et la procédure administrative aux exigences de la communication électronique.

L'envoi de documents sous forme électronique et – comme but ultime – la communication par la voie électronique des décisions administratives ou judiciaires ne pose pas que des questions juridiques, mais demande aussi des ressources financières et en personnel supplémentaires. On peut penser en particulier à la tâche difficile de l'archivage sûr des documents électroniques.

Il ne faut pas oublier que la communication électronique n'entraîne pas de transfert de compétences. Ce principe devra être respecté lorsque l'on déterminera comment respecter la forme authentique sous forme électronique. Ce sont les cantons qui dictent pour leur territoire les modalités de la forme authentique (art. 55, Tit. fin., CC). La notion de document fait en la forme authentique au sens du droit fédéral n'empêche pas les cantons d'autoriser la forme électronique, pas plus que le droit fédéral ne le leur impose.

1.5 Procédure de consultation

Le 17 janvier 2001, le Conseil fédéral a mis en consultation l'avant-projet pour une loi fédérale sur la signature électronique. Tous les cantons, cinq des partis représentés à l'Assemblée fédérale et 45 organisations et personnes privées ont envoyé une prise de position à l'échéance du délai de la consultation (31 mars 2001).

Tous les participants à la consultation s'accordent à reconnaître l'actualité du projet. En parallèle aux grandes possibilités qu'offre la communication par voie électronique, un bon nombre de participants ont souligné les risques qu'elle présente, particulièrement pour le consommateur inexpérimenté. Les cantons ont de plus mis en évidence les modifications et les dépenses que représente l'introduction de la communication électronique dans le domaine des registres qu'ils doivent gérer. Certains ont plaidé pour la renonciation – du moins dans un premier temps – à l'équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite dans des domaines particulièrement sensibles comme la protection des consommateurs et le droit des biens immobiliers. D'autres se sont plaints que la Suisse s'ouvre au commerce électronique avec autant d'hésitation et ont critiqué en particulier le fait d'empêcher des cantons de choisir un rythme d'adaptation plus rapide. Plusieurs participants ont également regretté que le projet ne traite que du droit privé, les besoins d'adaptation du droit public étant plus importants.

De même, sur plusieurs points ponctuels, des avis partagés, et parfois diamétralement opposés, ont été exprimés. Ainsi, entre autres, les critiques ont porté sur le manque de neutralité technologique du projet et sur les définitions qui ne reprenaient pas la terminologie utilisée dans les textes internationaux. L'absence dans l'avant-projet de reconnaissance *ex lege* des fournisseurs de services de certification européens et de certification croisée, c'est-à-dire la possibilité pour un fournisseur de services de certification de se porter garant d'un autre fournisseur de sorte que ce dernier ait également la qualité de fournisseur de services de certification reconnu, a aussi été critiquée. Les propositions concernant le renversement du fardeau de la preuve et la responsabilité du titulaire de la clé de signature en particulier, ont souvent été remises en question.

Enfin, l'absence d'horodatage, la gratuité de l'accès aux listes de certificats, l'annulation de tous les certificats lors de la cessation d'activité d'un fournisseur de services de certification et l'interdiction de l'utilisation d'un pseudonyme dans les

certificats ont été regrettées à divers égards. Parfois, on a émis le vœu que les certificats puissent aussi être délivrés aux personnes morales.

Le projet prend en considération dans une très large mesure les critiques formulées lors de la procédure de consultation. Lorsque cela n'a pas été le cas, une justification a été donnée pour chaque disposition particulière ainsi que sous le ch. 5 (Relation avec le droit européen).

La proposition de réviser la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA, RS 221.229.1), demandée par l'Association Suisse d'Assurances, a été examinée, mais n'a pas été intégrée dans le présent projet. Il était demandé de préciser que l'assureur remplit aussi ses devoirs d'information précontractuels (art. 1 LCA) et l'obligation de remettre une police (art. 11 LCA) en les communiquant par la voie électronique. Les deux dispositions ne se réfèrent pas à la forme écrite en tant que telle, mais au support sur lequel les informations et les explications à donner au preneur d'assurance doivent être consignées. Comme l'explique le texte du ch. 1.4.2.3, le Conseil fédéral veut laisser la pratique (des autorités de surveillance) décider si et à quelles conditions un support électronique remplace le papier. Malgré tout, cette question peut également faire l'objet de nouvelles dispositions qui pourraient être adoptées dans le cadre de la révision en cours de la loi sur le contrat d'assurance – en considérant tous les intérêts en présence.

2	Partie spéciale
2.1	Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique
2.1.1	Section 1
2.1.1.1	Art. 1

L'art. 1 traite de l'objet et du but de la loi. La loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique règle les conditions auxquelles les fournisseurs de services de certification seront reconnus. La reconnaissance se fait sur une base volontaire (cf. ch. 1.4.2.2). Le code des obligations prévoit que seule la signature électronique qualifiée fondée sur le certificat d'un fournisseur de services de certification reconnu équivaut à la signature manuscrite (art. 14, al. 2^{bis}, P-CO). En outre, ce n'est qu'à cette condition que le titulaire de la clé de signature encourt une responsabilité (art. 59a P-CO).

Certains participants à la procédure de consultation ont critiqué le lien entre la reconnaissance des fournisseurs de services de certification et la reconnaissance de la signature électronique. Nous avons malgré tout conservé ce lien, cela pour deux raisons. Premièrement, le projet de loi prévoit une assimilation totale de la signature électronique qualifiée à la signature manuscrite (cf. ch. 1.4.2.3). Cette mesure ne se justifie que si l'on établit clairement les conditions auxquelles des données signées de manière électronique remplissent les exigences de la forme écrite. En pratique, seule la reconnaissance de fournisseurs de services de certification peut mener à ce résultat. Deuxièmement, il faut se souvenir que le droit suisse ne prévoit d'exigences de forme que dans une petite minorité de cas (cf. ch. 1.2.1). Lorsque leur engagement n'est soumis à aucune forme, les acteurs du commerce électronique ne subissent aucun inconvénient, ou alors des inconvénients très secondaires, s'ils utilisent

une signature électronique qui émane d'un fournisseur de services de certification qui n'a pas demandé à être reconnu au sens de la loi sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique. Il convient également de relativiser les différences d'effets juridiques entre la reconnaissance et l'absence de reconnaissance des fournisseurs de services de certification dans la mesure où les fournisseurs non reconnus portent également une responsabilité selon l'art. 16 pour leurs certificats qualifiés.

D'ailleurs, les fournisseurs de services de certification reconnus peuvent eux aussi délivrer des certificats qui ne répondent pas aux exigences des certificats qualifiés. Ces certificats simples peuvent avoir leur justification pour les actes qui ne nécessitent pas le respect d'une forme particulière.

2.1.1.2 Art. 2

L'art. 2 définit les notions utilisées dans la loi. Une critique souvent émise dans la procédure de consultation concerne la définition tirée de la Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JOCE L 13 du 19. 1. 2000, p. 12 ss; voir ch. 5). Ainsi, le projet respecte le principe de la neutralité technologique, en vigueur notamment dans le contexte international, sans toutefois perdre de vue qu'aujourd'hui, seul le système de clés asymétriques a atteint le degré de développement qui, dans un environnement ouvert comme celui d'Internet, permet des communications sécurisées.

2.1.2 Section 2

2.1.2.1 Art. 3

Les conditions préalables à la reconnaissance des fournisseurs de services de certification figurent à l'art. 3, al. 1. Une ordonnance du Conseil fédéral concrétisera ces exigences (art. 20).

Outre les personnes physiques ou morales, une entité administrative de la Confédération, des cantons ou des communes peut être reconnue. Lorsque la reconnaissance de fournisseurs de services de certification concerne des organismes publics qui veulent assurer leur communication électronique avec les administrés, cette reconnaissance est à considérer comme une activité administrative annexe et ne nécessite donc pas de base légale spéciale.

Il va de soi que les fournisseurs de services de certification reconnus doivent être en mesure de délivrer et de gérer des certificats qualifiés conformément aux exigences de la loi (let. b), de disposer du personnel compétent (let. c), de systèmes et de produits informatiques fiables (let. d), ainsi que de ressources et de garanties financières suffisantes (let. e). A cela s'ajoute l'obligation de se prémunir au besoin contre certains risques au moyen d'une assurance (let. f) et de garantir le respect du droit applicable (let. g).

Un fournisseur de services de certification doit être inscrit au registre du commerce pour être reconnu (let. a). Il convient de réserver le cas dans lequel une entité admi-

nistrative de la Confédération, des cantons ou des communes sollicite une reconnaissance (al. 3). Cette inscription a pour conséquence que les règles sur la faillite et la comptabilité commerciale sont applicables au fournisseur.

Afin d'éviter que les choses ne soient faites à double, l'al. 2 prévoit que les fournisseurs reconnus à l'étranger selon des règles équivalentes pourront être reconnus selon la loi fédérale sur les fournisseurs de services de certification dans le domaine de la signature électronique sans grandes difficultés. Le fournisseur devra simplement établir qu'il a respecté les dispositions pertinentes du droit étranger, que la procédure étrangère pour l'obtention de la reconnaissance respecte les conditions suisses et que l'organisme de reconnaissance étranger possède des qualifications équivalentes à celles exigées en Suisse. Une collaboration entre l'organisme de reconnaissance suisse et l'organisme de reconnaissance ou d'accréditation étranger pour la surveillance du fournisseur de services de certification étranger sur le sol suisse est nécessaire. Pour le reste, les fournisseurs de services de certification étrangers qui sollicitent une reconnaissance en Suisse doivent remplir toutes les conditions prévues par l'al. 1.

2.1.2.2 Art. 4

La reconnaissance des fournisseurs de services de certification (*Certification Authorities, CA*) apporte la garantie que ces derniers satisfont aux exigences fixées par la loi et l'ordonnance. La reconnaissance des fournisseurs de services de certification est le fait d'organismes de certification accrédités (art. 2 let. h; *Certification Bodies, CB*). Ces organismes sont à leur tour reconnus (accrédités) par l'organisme d'accréditation désigné à cet effet par le Conseil fédéral (al. 1).

La reconnaissance d'un fournisseur de services de certification par un organisme de reconnaissance est un acte juridique de droit privé (art. 35, al. 1, de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur l'accréditation et la désignation, RS 946.512). Elle ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). D'éventuels litiges entre les organismes de reconnaissance et les fournisseurs de services de certification reconnus ou non ne relèvent pas de la juridiction administrative et doivent être portés devant le juge civil. La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) est importante dans ce contexte. Elle interdit à un organisme de reconnaissance ayant une position dominante de se comporter de manière discriminatoire vis-à-vis d'un fournisseur de services de certification qui demande à être reconnu (art. 7 LCart).

La relation entre l'organisme d'accréditation et l'organisme de reconnaissance relève par contre du droit public (art. 4 ss de l'ordonnance sur l'accréditation et la désignation). Il existe donc un droit à recevoir l'accréditation en tant qu'organisme de reconnaissance lorsque les conditions légales sont remplies. Considérant la réforme de la justice en cours et le fait que l'organisme d'accréditation ne va que très rarement rendre une décision susceptible de recours, le projet n'a pas prévu de commission de recours en la matière.

Les art. 16 et 8 LETC permettent au Conseil fédéral de prévoir un émolument et de préciser les conditions que les organismes de reconnaissance doivent remplir pour obtenir l'accréditation.

Pour se faire reconnaître, le fournisseur de services de certification doit pouvoir s'adresser à un organisme de reconnaissance accrédité. Si un tel organisme n'existe pas, le Conseil fédéral peut désigner un organisme d'accréditation ou un autre organisme compétent pour faire office d'organisme de reconnaissance (al. 2).

La loi a sciemment écarté la possibilité de permettre à un fournisseur de services de certification reconnu de reconnaître un autre fournisseur de services de certification. Si la *certification croisée* – un fournisseur de services de certification suisse pourrait ainsi se porter garant d'un fournisseur étranger – peut présenter certains avantages, notamment dans les rapports internationaux, elle présente surtout des inconvénients. En effet, compte tenu de la surveillance à laquelle sont soumis les fournisseurs de services de certification (art. 15) et de leur régime de responsabilité (art. 16), un système de reconnaissance simple et transparent s'impose.

2.1.2.3 Art. 5

L'art. 5 impose aux organismes de reconnaissance l'obligation d'annoncer à l'organisme d'accréditation les fournisseurs de services de certifications qu'ils ont reconnus (al. 1). Cet organisme doit pour sa part tenir à la disposition du public la liste de tous les fournisseurs de services de certification reconnus (al. 2). Cette liste est une alternative à la publication (au niveau national) des certificats de tous les fournisseurs de services de certification reconnus, publication à laquelle le projet a voulu renoncer.

2.1.3 Section 3; Art. 6

Selon l'art. 6, al. 1, la compétence pour régler les questions liées à l'élaboration des clés ainsi qu'à la génération et à la vérification de la signature électronique est déléguée au Conseil fédéral.

Lors de l'élaboration de l'ordonnance sur les services de certification, le besoin d'édicter des dispositions sur la longueur des clés cryptographiques ainsi que sur les types d'algorithmes utilisés s'était déjà faite sentir. Ces dispositions doivent permettre d'assurer que seules des signatures électroniques considérées comme sûres tombent dans le champ d'application de la loi. Seules les signatures électroniques qui correspondent aux exigences des annexes III et IV de la Directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques obtiendront donc la reconnaissance au sens de la présente loi. Afin de garantir une fiabilité à long terme de **la signature électronique qualifiée**, le Conseil fédéral peut exiger dans ses dispositions d'exécution que, pour l'élaboration des clés cryptographiques, les fournisseurs de services de certification disposent d'un système de sécurité de qualité, système qui sera décrit en détail.

Pour répondre au vœu émis par plusieurs participants à la consultation, des exigences essentielles pour les dispositifs (sûrs) de génération de signatures et pour le processus de vérification de la signature ont été introduites. Elles reprennent mot à mot les annexes III et IV de la directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Il convient de remarquer que l'annexe IV n'a qu'une valeur de recommandation.

2.1.4

Section 4; Art. 7

L'art. 7, al. 1, détaille – en se conformant à l'annexe I de la directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques – les indications que le certificat qualifié doit obligatoirement contenir.

Lors de la procédure de consultation, il a été remarqué avec raison que le nom d'une personne ne l'identifie en général pas complètement dans une relation par voie électronique. C'est pourquoi l'al. 1, let. c, permet d'introduire des indications complémentaires. Il peut par exemple s'avérer nécessaire de mentionner une adresse. Le Conseil fédéral peut régler les détails de cette question dans les dispositions d'exécution (al. 4).

Le projet soumis à consultation a été fortement critiqué, notamment par les milieux sensibles au problème de la protection des données, parce qu'il excluait la possibilité d'utiliser des pseudonymes. Le présent projet prend en considération cette critique. Il prévoit que le certificat peut aussi porter sur un pseudonyme (al. 1, let. c). Cette solution ne comporte pas de risques puisque le fournisseur de services de certification dispose de toute manière des indications complémentaires permettant d'identifier la personne.

Afin de répondre aux besoins engendrés par les relations de représentation, l'al. 2, en particulier dans sa let. a, prévoit l'établissement d'un certificat d'attribution. Cette disposition permet d'indiquer dans le certificat que le titulaire de la clé de signature est en droit de représenter une personne morale. Bien entendu, de telles indications doivent être approuvées par la personne morale ou par les organes habilités à la représenter. Les mentions contenues dans le certificat ne doivent pas non plus contredire les pouvoirs de représentation découlant de la loi et du registre du commerce (art. 458 ss et 932 ss CO) ou violer les dispositions sur l'obligation d'utiliser la raison de commerce (art. 47 de l'ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce, ORC, RS 221.411; art. 326^{ter} CP). Cela suppose qu'un extrait du registre du commerce soit soumis au fournisseur de services de certification ou au bureau d'enregistrement lorsqu'un certificat de ce type est demandé (art. 8, al. 1). L'al. 3 rappelle enfin que la représentation d'une autre personne ne peut s'effectuer par le biais du certificat que si la personne représentée est une personne physique. Cette extension répond au souhait exprimé lors de la consultation, de permettre la délivrance de certificats qualifiés à des personnes morales.

La notion de transaction que l'on trouve à l'al. 2 let. c comprend les contrats d'échange classiques (contrat de vente etc.) aussi bien que les engagements qui peuvent ne pas déployer d'effets, par exemple un cautionnement.

Un certificat affecté d'un défaut n'a pas les effets juridiques prévus par les art. 14, al. 2^{bis} et 59a P-CO. Demeure réservée l'éventuelle responsabilité du fournisseur de services de certification conformément à l'art. 16 de la présente loi.

2.1.5

Section 5

2.1.5.1

Art. 8

L'activité essentielle des fournisseurs de services de certification consiste à délivrer des certificats qualifiés attestant qu'une clé de vérification de signature est liée à une

personne ou à une entité administrative déterminées. C'est pourquoi les fournisseurs de services de certification reconnus doivent, entre autres, procéder soigneusement à l'identification des personnes qui demandent la délivrance de certificats qualifiés (al. 1). En principe, ces personnes doivent se présenter personnellement auprès du fournisseur de services de certification reconnu et justifier de leur identité auprès de lui. Il appartient au Conseil fédéral d'édicter des dispositions plus détaillées relatives au devoir d'identification et de prévoir des exceptions à l'obligation de se présenter personnellement pour effectuer une demande de certificat (al. 2). Le Conseil fédéral peut ainsi prévoir, entre autres, quels documents (officiels) sont nécessaires à l'identification d'une personne par un fournisseur de services de certification (passeport, carte d'identité, extrait du registre du commerce, etc.). Il peut être, par exemple, superflu de se présenter en personne, s'agissant simplement de prolonger la durée d'un certificat. Enfin, les fournisseurs de services de certification doivent s'assurer que la personne qui demande un certificat possède la clé de signature correspondante (al. 3).

Afin de disposer, en Suisse et à l'étranger, d'un réseau étendu de bureaux d'enregistrement, l'identification des requérants de certificats qualifiés est une tâche qui peut très bien être déléguée à des tiers, comme des bureaux de poste ou des succursales bancaires (al. 4). Le fournisseur de services de certification reconnu reste toutefois responsable de l'accomplissement correct de ses obligations. Il est aussi responsable vis-à-vis de l'organisme de reconnaissance qui est chargé de le surveiller (art. 15).

Les offices du registre du commerce ou les notaires peuvent également faire office de bureaux d'enregistrement. Ces solutions garantissent – comme cela a été relevé lors de la procédure de consultation – des conseils et par voie de conséquence des certificats d'une grande qualité. Mais cela ne justifie pas de prévoir un monopole en la matière. D'autres entités sont en mesure d'informer leurs clients du contenu, standardisé pour une large part, du certificat et des risques liés à son utilisation (art. 9 al. 2). Pour le reste, la loi sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique ne touche en aucune manière à la forme authentique et aux activités qui s'y rapportent (voir ch. 1.4.2.3).

2.1.5.2 Art. 9

Pour plus de transparence, les fournisseurs de services de certification reconnus doivent publier à la fois leurs conditions générales contractuelles et leur politique de certification (*Certification Practice Statement*; al. 1). Ils doivent en outre attirer l'attention de leurs clients sur les risques liés à la divulgation ou à la perte de la clé de signature et sur les moyens permettant de limiter ou de supprimer ces risques (al. 2). Le commentaire de l'art. 59a P-CO expose la nature de ces risques.

L'al. 3 prévoit enfin que les fournisseurs de services de certification ont l'obligation de tenir un journal des activités. Le but de cette disposition est avant tout de permettre une surveillance efficace des fournisseurs de services de certification (art. 15). Le Conseil fédéral pourra prévoir la durée de la période durant laquelle le journal des activités ainsi que ses annexes devront être conservés.

2.1.5.3

Art. 10

Les conditions nécessaires à la délivrance d'un certificat doivent également être remplies tout au long de sa durée de validité. Lorsque ces conditions ne sont plus remplies, le certificat doit être annulé sans délai (al. 1). Il en va ainsi lorsque la demande d'annulation est faite par le titulaire de la signature (let. a). Les fournisseurs de services de certification reconnus devront s'assurer que la demande d'annulation émane de la personne attitrée à la faire. Comme on l'a relevé avec raison dans la consultation, il est exclu dans ce cas de se fier à un avis d'annulation signé électroniquement, car la signature électronique pourrait être falsifiée. La demande d'annulation peut également émaner d'un représentant du titulaire de la clé de signature. La définition du terme «représentant» a été volontairement omise. Cette définition devrait être large et comprendre le cas de l'héritier qui demande l'annulation du certificat du défunt.

Les fournisseurs de services de certification reconnus doivent annuler eux-mêmes un certificat lorsqu'il s'avère qu'il a été délivré à tort ou qu'il n'établit plus de manière sûre le lien entre une personne et sa clé de vérification de signature (al. 1 let. b et c).

L'annulation d'un certificat déploie des effets ex nunc. Contrairement à l'avant-projet, le présent projet écarte la possibilité de suspendre le certificat durant une brève période. La procédure de consultation et les législations étrangères montrent que cette suspension ne répond à aucun besoin pratique.

Les fournisseurs de services de certification reconnus informent sans délai les titulaires des certificats électroniques de leur annulation (al. 3).

2.1.5.4

Art. 11

L'art. 11 impose aux fournisseurs de services de certification reconnus l'obligation de tenir un annuaire public des certificats qu'ils ont délivrés (al. 1) et des certificats annulés (al. 2). Les deux annuaires doivent être accessibles par voie électronique (al. 3). La tenue des annuaires ainsi que leur accès doivent être assurés de manière appropriée (al. 4). L'ordonnance déterminera la durée minimum durant laquelle l'accès aux certificats échus ou annulés devra être possible (al. 5).

Il ressort clairement de la formulation de l'al. 1 que les clients n'ont aucune obligation de se faire inscrire dans l'annuaire électronique.

L'al. 3 prévoit le principe selon lequel l'accès (électronique) à l'annuaire public doit être garanti en tout temps. En raison des critiques émises lors de la procédure de consultation, le projet ne mentionne plus la question des frais d'une demande de renseignement. C'est la politique interne du fournisseur de services de certification qui déterminera si la demande est payante ou si le prix de ce service est compris dans les frais du titulaire de la clé de signature. Le secteur public en revanche doit permettre un accès gratuit à l'annuaire des certificats. Afin que la signature électronique qualifiée puisse également s'imposer dans le domaine de la communication électronique avec les autorités, il est nécessaire que l'on puisse renoncer à une facturation des frais de consultation des certificats.

La procédure pénale déterminera si et à quelles conditions les autorités de poursuite pénale peuvent prendre connaissance des annuaires des services de certification. Une

réglementation particulière sur ce point dans la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique est inutile.

2.1.5.5 Art. 12

L'art. 12 oblige les fournisseurs de services de certification à prévoir un système d'horodatage. Cela signifie que ces fournisseurs ainsi que les tiers dont ils répondent doivent être en mesure de délivrer une attestation signée électroniquement indiquant que des données signées au moyen d'une signature électronique qualifiée existaient à un moment précis. Les fournisseurs de services de certification ne fourniront évidemment ce service que si le titulaire de la clé de signature le demande.

Ce service d'horodatage a été réclamé par divers participants à la procédure de consultation, car la valeur de données numériques sans horodatage devient toute relative. Il convient cependant de prêter attention au fait que l'horodatage ne peut garantir que le destinataire d'une déclaration de volonté transmise électroniquement l'a reçue effectivement ou en a pris connaissance.

La création d'un devoir d'horodatage à la charge des fournisseurs de services de certification diminue l'importance de la disposition de l'avant-projet qui chargeait l'organisme d'accréditation d'attester la validité d'une signature électronique à un moment donné. Le présent projet renonce à cette disposition, répondant ainsi aux vœux exprimés lors de la procédure de consultation. Il n'est dès lors plus nécessaire de déterminer l'importance que pourrait avoir cette attestation pour d'autres autorités et tribunaux, en particulier pour le juge de la mainlevée.

2.1.5.6 Art. 13

Selon l'al. 1, les fournisseurs de services de certification reconnus doivent annoncer en temps utile à l'organisme d'accréditation désigné par le Conseil fédéral la cessation de leur activité. Une procédure de mise en faillite dirigée contre eux doit être également annoncée sans délai.

Selon l'al. 2, l'organisme d'accréditation désigne un autre fournisseur de services de certification reconnu pour reprendre les obligations d'un fournisseur de services de certification qui cesse son activité de certification. Il ne subsiste alors pas de devoir d'annulation des certificats encore valables – la solution inverse avait été fort justement critiquée lors de la procédure de consultation. Lorsqu'il n'y a pas de fournisseur de services de certification susceptible de reprendre les activités de celui qui a cessé de les exercer, un organisme d'accréditation indépendant désigné par le Conseil fédéral doit reprendre lui-même les obligations en question. Les frais résultant de la reprise de ces activités sont à la charge du fournisseur de services de certification qui a cessé son activité. Si ce dernier n'a pas les moyens d'assurer ces frais, l'assurance qu'il a conclue pour couvrir ce risque (art. 3, al. 1, let. f) les prend en charge.

L'al. 3 prévoit que les principes qui s'appliquent à la cessation volontaire d'activités par le fournisseur de services de certification sont également applicables lorsque ce dernier tombe en faillite.

2.1.5.7

Art. 14

Les fournisseurs de services de certification reconnus doivent assurer la protection des données personnelles de leurs clients. L'al. 1 vise à fixer clairement le but de la collecte et du traitement des données personnelles par les fournisseurs de services de certification reconnus et par les bureaux d'enregistrement dont ils répondent (art. 8, al. 4). Il précise ainsi, dans un sens restrictif, l'art. 4, al. 3, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1). La notion de traitement englobe toutes les activités qui entrent en ligne de compte, en particulier la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage et la destruction de données (art. 3, let. e, LPD).

Lors de la procédure de consultation, les milieux de protection des consommateurs ont exprimé le souhait que l'on interdise expressément aux fournisseurs de services de certification de faire commerce des données personnelles qu'ils ont obtenus en vertu de la présente loi et que cette interdiction s'applique également en cas d'autorisation préalable. Pour le surplus, la loi sur la protection des données est applicable à titre de réglementation générale (al. 2).

2.1.6

Section 6; art. 15

Il incombe aux organismes de reconnaissance accrédités de veiller à ce que les fournisseurs de services de certification reconnus respectent en permanence les conditions de la reconnaissance, selon les règles prévues à ce sujet par le système d'accréditation (al. 1). Lorsqu'un fournisseur de services de certification ne respecte pas (ou plus) ces conditions ou lorsqu'il viole ses obligations, sa reconnaissance peut lui être retirée (al. 2).

2.1.7

Section 7

2.1.7.1

Art. 16

L'art. 16 prévoit la responsabilité des fournisseurs de services de certification envers le titulaire de la clé de signature ainsi que vis-à-vis des tiers qui se sont fiés à un certificat qualifié valable. Selon l'al. 1, cette responsabilité prend naissance au moment où le fournisseur de services de certification - dont la reconnaissance formelle n'est pas une condition préalable - viole la présente loi ou ses prescriptions d'exécution. Le fournisseur de services de certification doit dédommager le titulaire de la clé de signature ainsi que les tiers également pour leur dommage purement patrimonial.

Exemple 1 (responsabilité envers les tiers): En raison d'un mauvais contrôle d'identité (art. 8), le fournisseur de services de certification délivre un certificat au nom de la mauvaise personne. Se fiant à ce certificat, un tiers exécute des prestations que ni la personne qui a demandé le certificat ni le titulaire présumé du certificat ne lui paieront.

Exemple 2 (responsabilité envers le titulaire de la clé de signature): Le fournisseur de services de certification annule un certificat en violation de l'art. 10, al. 2. Suite à cette annulation, un crédit est refusé au titulaire de la clé de signature.

La faute du fournisseur de services de certification et de ses éventuels auxiliaires ne joue aucun rôle. Le fournisseur de services de certification encourt ainsi la même responsabilité si l'un de ses collaborateurs était mal instruit ou s'il était malade au moment où le fait dommageable s'est produit. Une faute concomitante ou propre du titulaire du certificat peut cependant donner lieu à une réduction de l'indemnité (art. 44 CO).

On ne peut réclamer de dommages-intérêts au fournisseur de services de certification pour des faits sur lesquels il n'a aucune influence. On peut penser au cas dans lequel, pour des raisons de sécurité, par exemple pour se défendre contre une attaque de virus, le fournisseur de services de certification interrompt durant une brève période la consultation online de l'annuaire des certificats en vigueur (art. 11 al. 1 et 3). Lorsque quelqu'un parvient à s'emparer d'une clé de signature qui a pourtant été correctement élaborée selon la loi et son ordonnance, le fournisseur de services de certification n'est responsable que s'il n'a pas annulé immédiatement le certificat concerné (art. 10, al. 1, let. c). Ce risque, qui n'est ainsi pas couvert par le fournisseur de services de certification reconnu, est finalement supporté par la personne qui s'est fiée au certificat. La solution inverse transformerait la responsabilité causale proposée en une responsabilité pour risque, ce qui aurait pour les fournisseurs de services de certification des conséquences difficilement prévisibles et comporterait des risques qui ne pourraient guère être couverts par une assurance.

L'al. 2 prévoit un renversement du fardeau de la preuve. Il incombe ainsi aux fournisseurs de services de certification d'apporter la preuve qu'ils ont respecté leurs obligations découlant de la loi et de ses dispositions d'exécution. Cette solution tient compte du fait que le client ne possède en principe que peu de connaissances du fonctionnement administratif et technique de l'émission de certificats et de l'élaboration de clés de signature.

L'al. 3 interdit aux fournisseurs de services de certification d'exclure leur responsabilité selon la présente loi pour leurs certificats qualifiés à l'égard du titulaire de la clé de signature ou à l'égard de tout tiers. Toute convention ou clause contractuelle contraire sera frappée de nullité (art. 20, al. 1, CO). Cependant, une forme de limitation de la responsabilité est possible lorsque le certificat lui-même prévoit des restrictions à son utilisation (art. 7, al. 2). Si, par exemple, le certificat contient une limite d'utilisation à des transactions portant sur des sommes allant jusqu'à 1000 francs, le fournisseur de services de certification «profite» également de cette limitation de responsabilité.

2.1.7.2 Art. 17

L'art. 17 traite de la responsabilité des organismes de reconnaissance (art. 2, let. h). La loi sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique leur attribue un rôle important. Ils doivent d'abord vérifier si les fournisseurs de services de certification remplissent les conditions de la reconnaissance (art. 3, al. 1). Ensuite, ils doivent assurer la surveillance des fournisseurs de services de certification (art. 15). Il est donc logique qu'ils répondent de leurs manquements de

la même manière que les fournisseurs de services de certification. Il faut cependant souligner que tous les dommages occasionnés par les fournisseurs de services de certification ne résultent pas d'un manquement de l'organisme de reconnaissance. Le système de la reconnaissance et de la surveillance implique que le contrôle et la surveillance ne peuvent être que ponctuels et l'on ne peut reprocher cet état de fait à l'organisme de surveillance.

2.1.7.3 Art. 18

Le délai de prescription relatif des actions en dommages-intérêts prévues aux art. 16 et 17 est d'une année. La loi prévoit aussi un délai de prescription absolu de dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit. Ces délais sont repris du droit de la responsabilité civile (art. 60 CO). Cependant, le projet de loi sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile prévoit des délais de prescription plus longs (art. 55 P-CO) auxquels les délais de la présente loi devront s'adapter si ce projet entre en vigueur. Le délai de prescription des prétentions découlant d'obligations contractuelles que le fournisseur de services de certification a contractées en dehors de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique demeure inchangé. Ainsi, l'action visant par exemple la mise à disposition du logiciel nécessaire au fonctionnement de la clé de signature ne se prescrit – délai relatif y compris – que dans un délai de dix ans (art. 127 CO).

2.1.8 Section 8; art. 19

L'art. 19 reprend la solution des art. 14 et 15 LETC et l'applique de manière analogique au domaine de la signature électronique. Le Conseil fédéral peut ainsi conclure des conventions internationales destinées à faciliter l'utilisation et la reconnaissance sur le plan international de la signature électronique et il peut adopter les prescriptions d'exécution nécessaires à ces tâches. La notion de «norme technique» prévue à l'al. 1 let. f doit être comprise par opposition à celle de «norme juridique». La notion de «norme technique» possède ainsi une signification plus large que dans le cadre de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce et recouvre également les normes relatives à la signature électronique.

Contrairement à la règle de l'art. 3, il ne s'agit pas ici de la reconnaissance de fournisseurs de services de certification étrangers individuels à travers un organisme suisse de reconnaissance, mais d'une règle de compétence permettant une reconnaissance de la signature électronique au-delà des frontières entre Etats.

Il existe dans l'UE un devoir de notification pour les prescriptions concernant les services de la société de l'information, auxquelles appartiennent les signatures électroniques; en outre, l'UE peut également octroyer des mandats d'élaboration de normes à des organismes internationaux de normalisation. Dans la perspective de la conclusion d'une convention sur l'information et la consultation concernant ces normes ainsi que de la participation à leur élaboration auprès d'organismes internationaux de normalisation, il convient de donner au Conseil fédéral, à l'art. 19 et par analogie avec l'art. 14 LETC, la compétence de conclure de telles conventions et celle de participer à leur élaboration. L'al. 1 let. f et g n'est applicable qu'aux si-

gnatures électroniques; il ne s'étend pas, comme dans l'UE, à tous les services de la société de l'information.

Dans le cadre de la révision de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE) (RS 0.632.31, Convention AELE) les rédacteurs envisagent aussi d'introduire entre les pays de l'AELE un devoir de notification pour les projets normatifs concernant les services de la société de l'information. Afin de retranscrire en droit national cette modification de l'annexe H de la Convention AELE relative à ce devoir de notification, il faut préparer simultanément une révision de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce. Cette révision impliquera en particulier l'extension de la compétence du Conseil fédéral pour la conclusion de conventions relatives à la notification s'agissant de prescriptions et de normes relatives à la prestation de services. Ainsi les prescriptions et les normes relatives à la signature électronique entreront dans le champ d'application de l'art. 14 LETC. Cette révision étant peu avancée, nous estimons qu'il convient dans l'intervalle de fonder la compétence du Conseil fédéral sur l'art. 19. Cependant, cela n'empêche pas que l'art. 14 LETC introduise à l'avenir une compétence semblable.

2.1.9 Section 9

2.1.9.1 Art. 20

L'art. 20 al. 1 et 2 charge le Conseil fédéral d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires. Il peut à cet égard non seulement prendre en considération les normes techniques internationales, mais aussi les rendre directement applicables.

L'al. 3 prévoit que le Conseil fédéral peut charger une entité administrative de délivrer des certificats qualifiés pour les besoins du secteur privé ou qu'il participe lui-même à une entité privée fournissant des services de certification. Cette disposition permet de tenir compte de la possibilité qu'aucun fournisseur de services de certification privé ne demande à être reconnu (cf. 1.4.2.2).

2.1.9.2 Art. 21

L'art. 21 renvoie à l'annexe pour ce qui est des modifications du droit actuel.

2.1.9.3 Art. 22

L'art. 22 concerne la question (de droit transitoire) du sort des fournisseurs de services de certification qui ont été reconnus en vertu de l'ordonnance sur les services de certification en vigueur actuellement (cf. ch. 1.1). Selon l'al. 1, cette reconnaissance continue à déployer ses effets sous l'empire de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique. Ainsi, les fournisseurs de services de certification qui bénéficient de la reconnaissance en vertu de l'ordonnance sont dispensés de la réclamer à nouveau. Cependant, en vertu de l'al. 2, ils ont l'obligation d'adapter leurs certificats à la nouvelle situation juridique dans un délai d'une année. La violation de cette obligation a pour conséquence que

le certificat et la signature électronique correspondante ne déploient plus les effets prévus dans les art. 14, al. 2^{bis} et 59a, P-CO.

2.1.9.4 Art. 23

L'art. 23 comprend la clause référendaire et règle l'entrée en vigueur de la loi. Avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, l'ordonnance sur les services de certification électronique, limitée dans le temps au 31 décembre 2009, est abrogée (cf. ch. 1.1).

2.2 Modification de lois fédérales

2.2.1 Révision du code civil

2.2.1.1 Art. 942, al. 3 et 4 CC (nouveaux)

Il existe déjà une base légale régissant la tenue du registre foncier par traitement électronique de données (registre foncier informatisé). Celle-ci a été introduite dans l'actuel art. 949a CC, adopté lors de la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du droit des obligations (vente d'immeubles) du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Cette norme, qui prévoit une délégation largement conçue, permet au Conseil fédéral d'autoriser les cantons à tenir le registre foncier par traitement électronique de données (al. 1). Elle permet également au Conseil fédéral de régler les conditions d'une telle tenue ainsi que les exigences qui lui sont liées (al. 2). En exécution de cet article de loi, l'ordonnance sur le registre foncier (ORF; RS 211.432.1) a été révisée et complétée le 23 novembre 1994 (en particulier la section XIII, «Dispositions spéciales sur la tenue du registre foncier par traitement informatique», en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995).

Le principe exprimé aujourd'hui de manière implicite à l'art. 949a, al. 1, CC, principe selon lequel le registre foncier peut être tenu non seulement sur papier mais aussi par TED, figurera explicitement dans la loi. L'expression «tenue du registre foncier par traitement électronique de données», tombée en désuétude dans le milieu de l'informatique, sera remplacée par l'expression «tenue informatisée du registre foncier». Par ailleurs, les effets juridiques du registre foncier (les plans ci-inclus), actuellement réglés par voie d'ordonnance, ont été inclus dans la loi. Pour des raisons de systématique, les nouvelles dispositions ont été introduites à l'art. 942 CC (par l'adjonction des al. 3 et 4).

2.2.1.2 Art. 949a CC

La présente révision du code civil introduit une base légale pour la reconnaissance juridique de la signature électronique dans le domaine du registre foncier. A cet effet, la norme de délégation de l'art. 949a CC a été reformulée et complétée. En particulier, l'expression «tenue du registre foncier par traitement électronique de données» a été remplacée par l'expression, plus actuelle, de «tenue informatisée du registre foncier».

L'al. 1 du nouvel art. 949a CC reprend le contenu de la disposition actuelle. A l'al. 2, la norme de délégation actuelle, très générale, est remplacée par une énumération détaillée des compétences réglementaires déléguées au Conseil fédéral. Le Conseil fédéral sera compétent en particulier pour décider si et à quelles conditions la signature manuscrite pourra être remplacée par la signature électronique dans la communication avec les offices du registre foncier (ch. 3). Les documents, données et communications concernés par cet article sont les réquisitions et les pièces justificatives écrites transmises par la voie électronique, notamment les contrats et les déclarations (art. 963, 964 CC), le consentement (art. 977 CC), les autorisations, mais aussi les extraits du registre foncier, les décisions de l'office du registre foncier, les avis obligatoires (art. 969 CC) et les communications aux autorités transmis par la voie électronique.

Concernant les pièces justificatives pour lesquelles la forme authentique est requise, l'art. 55, Tit. fin., CC reste valable. Il est du ressort des cantons de décider de l'admissibilité de la forme authentique électronique (voir ch. 1.4.2.3).

Dans la mesure où l'exigence de la forme écrite ne se rapporte pas à un acte de disposition d'un droit réel (art. 681b, al. 2, 732, 828, al. 2, 832, al. 2, 833, al. 3, 886, 900, al. 1 et 903, al. 3, CC), les dispositions sur la forme écrite du code des obligations s'appliquent aussi aux relations de droit réel (art. 7 CC). Cela implique que l'exigence de la forme écrite sera aussi remplie lorsque le document transmis par la voie électronique sera signé par les personnes qui s'obligent avec une signature électronique qualifiée (art. 14, al. 2^{bis}, P-CO).

La solution proposée peut mener à des situations où un contrat conclu par la voie électronique est valable, sans qu'il puisse toutefois servir de légitimation quant au titre, car le registre foncier n'est pas (encore) équipé pour communiquer par la voie électronique avec les particuliers. Dans le cas d'un contrat constitutif d'une servitude (art. 732 al. 1 CC) conclu par la voie électronique, les parties sont tenues, en vertu de l'art. 2 al. 1 CC, de présenter une version sur papier.

Le Conseil fédéral sera de plus compétent pour réglementer l'admissibilité des requêtes par la voie électronique concernant des données du registre foncier (ch. 4). La réglementation actuelle permet aux cantons de donner l'accès à des autorités ou des personnes déterminées à l'ensemble ou à une partie des données du registre foncier (art. 111m ORF). Les modalités d'accès doivent toutefois être conformes au cadre posé à l'art. 970 CC. Pour le droit d'accès fondé sur un intérêt général (art. 970, al. 2, P-CC), la réglementation actuelle, qui prévoit que chaque autorisation d'accès doit être enregistrée, sera probablement maintenue.

En outre, la compétence de réglementer la protection des données ainsi que la conservation et l'archivage des données du registre foncier à long terme seront transférées au Conseil fédéral (ch. 5 et 6). La loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1) ne s'applique pas aux registres du droit privé (en particulier, le registre de l'état civil, le registre foncier et le registre du commerce). Dans le domaine du registre foncier, ce sont donc les (26) réglementations cantonales en matière de protection des données qui s'appliquent. Au vu des développements technologiques intervenus dans la tenue du registre foncier, cette solution n'est plus satisfaisante. L'informatisation accélérée du registre foncier et le besoin d'un accès élargi aux données qu'il contient (par Intranet ou Internet par exemple) nécessite une réglementation fédérale uniforme de la protection des données. Pour la tenue électronique du registre de l'état civil, une réglementation analogue a été prévue (voir le

message du 21 février 2001 concernant la révision du code civil suisse, FF 2001 1537).

Dans le but notamment de garantir l'accès à long terme de certaines données et leur compatibilité avec d'autres systèmes d'information quant au sol, l'al. 3 donne compétence et oblige la Confédération, tant pour le registre foncier que pour la mensuration cadastrale, à définir et à faire appliquer des modèles de données et des interfaces uniformes. La mise en place de modèles de données obligatoires et d'interfaces officiels réglementés doit aussi permettre l'optimalisation des échanges de données au niveau cantonal, particulièrement entre le registre foncier et la mensuration cadastrale, mais aussi avec d'autres entités étatiques et avec des partenaires extérieurs et des privés. Ainsi, les cantons pourront être soutenus en cas d'éventuels changements de système.

2.2.1.3 Art. 970, al. 1 et 2, CC

L'al. 1 règle l'accès aux données du grand livre sans justification d'un intérêt particulier. Outre les informations relatives à l'identité du propriétaire, la désignation de l'immeuble et sa description, que les dispositions actuelles – comprises dans une ordonnance – permettent déjà de consulter, la nouvelle réglementation permet à quiconque de prendre connaissance, s'agissant d'un bien-fonds particulier, du type de propriété et de la date d'acquisition, des inscriptions relatives aux servitudes et aux charges foncières ainsi que des mentions y relatives. Ces données peuvent être mises à la disposition des intéressés par les cantons sur Internet. Cet élargissement répond aux besoins de la pratique exprimés depuis la dernière révision de l'art. 970 CC. De plus, en ce qui concerne le type de propriété et la date d'acquisition, la réglementation est alignée sur celle de l'art. 970a CC. L'accès libre à toutes ces données ne sera donné que relativement à un bien-fonds déterminé. En d'autres termes, la demande d'informations doit avoir un objet spécifique.

L'al. 2 prévoit – comme actuellement – la possibilité d'obtenir des informations supplémentaires (y compris le journal, le registre accessoire et les pièces justificatives) ou la délivrance d'un extrait pour toute personne qui fait valoir un intérêt légitime. Il ne s'agira plus seulement d'un intérêt ponctuel relatif à un cas précis, mais aussi d'un intérêt légitime d'ordre général portant sur un nombre indéterminé de cas. Cette nouvelle possibilité répond aux besoins de la tenue informatisée du registre foncier. Un intérêt légitime général à l'accès au registre foncier peut par exemple être donné pour des personnes habilitées à dresser des actes authentiques, les autorités fiscales, les autorités de surveillance du registre foncier, ainsi que pour certaines personnes ayant des activités dans l'immobilier ou le domaine hypothécaire. Dans la pratique, cet intérêt d'ordre général fondant le droit d'accès aux données a déjà été accordé depuis longtemps aux indépendants actifs en tant que personnes habilitées à dresser des actes authentiques. Pour la «tenue du registre foncier par TED», cette pratique a déjà été consacrée dans l'ordonnance sur le registre foncier (art. 111m, al. 2, let. a, ORF).

Contrairement à l'al. 1 de cet article, le droit d'accès selon l'al. 2 ne se rattache pas uniquement à un bien-fonds mais aussi à des personnes.

2.2.2 Révision du code des obligations

2.2.2.1 Art. 13, al. 2, CO (abrogé)

Le projet propose la suppression de l'art. 13, al. 2, CO. D'une part, la règle sur le télégramme est devenue désuète, car la communication par télégramme n'existe plus au niveau national. D'autre part, la règle concernant la lettre (le texte entend par là l'échange de lettres) est déjà couverte par l'al. 1, qui prévoit que le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. Il est clair que l'échange de documents séparés (signés) suffit. Les parties ne doivent donc pas obligatoirement apposer leurs signature sur le même support matériel. Cela vaut aussi pour la signature électronique de données.

2.2.2.2 Art. 14, al. 2^{bis}, CO (nouveau)

Le nouvel art. 14, al. 2^{bis}, P-CO est l'une des dispositions les plus importantes de la révision. Il assimile la signature électronique qualifiée au sens de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (art. 2, let. c) à la signature manuscrite traditionnelle au sens de l'art. 14, al. 1, CO. Seules les signatures émanant d'un fournisseur de services de certification reconnu selon le droit suisse (art. 3) ou sur la base d'une convention internationale (art. 19) seront considérées comme équivalentes à la signature manuscrite. Il faut de plus que le certificat soit établi au nom d'une personne physique. Un certificat établi pour une personne morale ne peut déployer ces effets. Il en va de même pour un certificat établi sous un pseudonyme à moins que les intéressés ne connaissent l'identité de la personne qui utilise ce pseudonyme.

La nouvelle réglementation aura d'une part son importance dans les cas – certes peu nombreux – où la loi prescrit la forme écrite comme condition de validité d'une déclaration de volonté – et de sa modification (art. 12 CO) – (voir ch. 1.2.2). Par exemple, la cession d'une créance (art. 165, al. 1, CO) sera valable si le créancier communique sa déclaration de volonté au cessionnaire par un courrier électronique signé électroniquement.

Mais cette norme aura aussi son importance dans les cas où les parties ont réservé la forme écrite pour un contrat qui peut par ailleurs être conclu sans qu'une forme particulière ne soit respectée (art. 16, al. 2, CO).

Bien entendu, la signature électronique qualifiée ne peut remplacer la signature manuscrite que là où la loi exige la forme écrite simple, par exemple, la signature manuscrite sous un texte imprimé, écrit à la machine ou imprimé d'un ordinateur. La signature électronique qualifiée ne peut ainsi se substituer à des indications écrites à la main (p. ex. l'art. 493, al. 2, CO concernant l'indication du montant de la garantie lors d'un cautionnement par une personne physique qui ne dépasse pas 2000 francs) ou à un document manuscrit (p. ex. l'art. 505 CC concernant le testament olographe).

2.2.2.3

Art. 59a CO (nouveau)

L'al. 1 rend le titulaire de la clé de signature responsable des dommages subis par des tiers parce qu'ils se sont fiés à un certificat qualifié, valable et délivré par un fournisseur de services de certification reconnu au sens de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique. Mais cette responsabilité ne peut être illimitée. Elle n'intervient que lorsque l'apparence créée qui cause un dommage à un tiers est imputable au titulaire de la clé de signature. Ce sera le cas lorsque les mesures prises par le titulaire pour éviter une utilisation abusive de sa clé de signature ne seront pas jugées suffisantes.

Le Conseil fédéral définira les mesures de sécurité que devra prendre le titulaire de la clé de signature – conformément au vœu de divers participants à la procédure de consultation – dans une ordonnance (al. 4). Il devra ainsi notamment détailler les mesures à prendre pour mettre en sûreté sur la carte à puce sur laquelle se fonde la clé de signature et définir le délai dans lequel il faudra annoncer sa perte.

L'al. 2 ne fixe pas seulement les sphères de responsabilité, mais entraîne aussi un renversement du fardeau de la preuve. Ce renversement se justifie par le fait que le tiers qui se fie à un certificat n'a pas la possibilité de contrôler l'usage que le titulaire fait de sa clé de signature. C'est donc ce dernier qui doit convaincre le juge qu'il a conservé sa clé de signature de manière à ce que l'apparence fautive créée vis-à-vis du tiers ne puisse être attribuée à un manquement de sa part, mais à une autre cause.

Le titulaire de la clé de signature a toujours la possibilité d'invoquer son incapacité de discernement au moment de la déclaration de volonté. Comme pour les autres cas de culpa in contrahendo – par exemple celui de la personne qui se prévaut d'une erreur (art. 26 CO) –, la responsabilité du titulaire de la clé de signature suppose, en plus de l'illicéité, une faute de sa part. La responsabilité causale du titulaire de la clé de signature – fondée aussi sur la théorie des sphères de puissance –, telle que proposée par quelques participants à la consultation, va bien au-delà du but voulu et pourrait même s'avérer être un obstacle à la communication par la voie électronique: les signatures électroniques ne seront attrayantes que lorsque le titulaire de la clé de signature n'aura pas la crainte d'être jugé comme responsable des cas – que l'on peut espérer rares – où il agit étant incapable de discernement. La responsabilité des personnes incapables de discernement fondée sur l'équité demeure réservée (art. 54 CO).

Contrairement à l'avant-projet soumis à la procédure de consultation, le présent projet renonce à un renversement du fardeau de la preuve allant au-delà de ce qui est prévu à l'al. 2. Il n'est donc plus stipulé qu'une déclaration de volonté signée électroniquement est présumée provenir du titulaire de la clé de signature. Lors de la procédure de consultation, on a considéré à juste titre que cette solution faisait porter au titulaire de la clé de signature un trop grand risque de se voir attribuer des déclarations de volonté n'émanant pas de lui.

L'al. 3 rend aussi le titulaire de la clé de signature responsable du dommage causé par des personnes auxquelles il a confié sa clé. Ainsi, il ne peut pas se libérer de sa responsabilité en prétendant que c'est un tiers qui n'a pas pris les précautions prescrites pour l'usage de la clé de signature. Cette disposition implique aussi qu'il n'est pas en soi illicite de mettre sa clé de signature à disposition de tiers – là où cela est techniquement possible. En pratique, les cas où un tiers utilise la clé de signature du

titulaire avec son assentiment, sans qu'il y ait une intention de tromperie ou d'utilisation abusive, ne seront pas rares. Il n'y a pas de raison d'empêcher de tels usages.

L'art. 59a P-CO ne porte pas directement sur les cas où les parties ont réparti contractuellement les risques liés à l'usage de la signature électronique. Dans ce contexte, il convient de porter une attention particulière aux contrats de cartes de crédit ou de cartes clients. Dans de tels cas, l'art. 8, let. a, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241) est toutefois applicable. Cette disposition prévoit que celui qui utilise des conditions générales préalablement formulées qui dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie et qui sont de nature à induire en erreur le partenaire contractuel agit de façon déloyale.

2.2.2.4 **Art. 929a CO (nouveau)**

L'art. 929a, al. 1, P-CO étend et précise la norme de délégation générale contenue à l'art. 929, al. 1, CO. Selon cette dernière norme, le Conseil fédéral peut édicter les prescriptions relatives à l'organisation, à la tenue et à la surveillance du registre du commerce. Il permet au Conseil fédéral d'édicter des règles sur la tenue électronique du registre du commerce. Aujourd'hui déjà, le registre du commerce est tenu dans presque tous les cantons de manière électronique. La tenue électronique du registre est en relation étroite avec l'instauration, demandée par une large frange de l'économie, de communications et de transactions électroniques entre les autorités des registres du commerce et les particuliers (cyberadministration). La transmission d'annonces et de pièces justificatives numériques ne peut permettre de raccourcir et de faciliter le processus d'inscription que si le registre du commerce est tenu sous forme électronique.

En outre, le Conseil fédéral doit pouvoir édicter des prescriptions concernant l'échange électronique des données entre les autorités du registre du commerce. Il s'agit d'une part de la transmission des données entre les divers registres du commerce cantonaux lors du transfert de siège d'un sujet de droit dans un autre arrondissement de registre. D'autre part, la disposition inclut également la transmission des données par les registres cantonaux à l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC). La transmission des données s'effectue déjà aujourd'hui, pour la plupart des cantons (env. 80 % des données transmises), par la voie électronique. Le transfert électronique de données simplifie le processus d'exploitation, car les données ne sont saisies qu'une seule fois; aucune saisie manuelle supplémentaire n'est nécessaire pour la publication des inscriptions au registre du commerce dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Le délai de publication dans la FOSC est ainsi raccourci. En outre, il en résulte une réduction des coûts.

L'équivalence entre la signature électronique qualifiée et la signature manuscrite pose la question de l'admissibilité future, par les autorités du registre du commerce, de réquisitions et de pièces justificatives signées de manière électronique. Les pièces justificatives à produire sont soumises à l'exigence de la forme écrite ou doivent revêtir la forme authentique. Elles doivent rester à disposition du sujet inscrit et des tiers durant très longtemps (jusqu'à 10 ans après la radiation du sujet au registre du commerce; art. 36, al. 2, ORC). C'est pourquoi leur archivage s'opère pour une durée indéterminée.

Si le dépôt de pièces justificatives signées de manière électronique devient possible, il faut auparavant résoudre de nombreux problèmes relatifs notamment à l'archivage ainsi qu'à la garantie à long terme de la lisibilité et de la valeur de preuve (conservation des données à long terme). La signature électronique assure, au moment de son apposition, une protection accrue contre des modifications illicites d'un document électronique. Mais la protection contre la falsification diminue considérablement par l'écoulement du temps. On ne peut pas exclure que, dans quelques années, des pièces justificatives électroniques puissent être modifiées ou manipulées sans laisser de trace. Des problèmes se posent également eu égard à la possibilité de vérifier la signature électronique. Les services de certification doivent conserver les certificats électroniques durant un certain temps après leur échéance ou leur annulation (art. 11, al. 4, SCSél). Si la signature électronique d'une pièce justificative déposée au registre du commerce doit être examinée après l'expiration de ce délai, il n'existera plus aucun moyen d'accéder au certificat public. Des difficultés pratiques résultent également de l'informatisation plus ou moins poussée des offices du registre du commerce cantonaux et du fait que divers registres ne disposent pas encore d'un accès à Internet. Dans l'ensemble, il est encore nécessaire de dégager des solutions claires concernant l'acceptation de pièces justificatives sous forme électronique destinées au registre du commerce.

Selon l'al. 2, le Conseil fédéral décide quand et à quelles conditions le dépôt de réquisitions et de pièces justificatives par la voie électronique sont autorisés. En outre, une procédure uniforme sur l'ensemble du territoire suisse s'impose. Seule une telle procédure peut garantir le respect des standards de sécurité nécessaires et une communication fluide entre les autorités du registre du commerce et les particuliers. L'expérience pratique apportée par «l'informatisation» partielle des registres du commerce cantonaux a montré que l'utilisation de logiciels différents peut engendrer des problèmes lors du traitement et du transfert de données (p. ex. pour les transferts de siège). Une uniformisation permet une adaptation plus simple et plus rapide aux développements fulgurants de la technique qu'une multitude de systèmes différents. Pour mener à bien l'adoption d'une solution unitaire en Suisse, il convient de tenir compte de manière appropriée des moyens techniques et financiers des cantons. Quant aux pièces justificatives devant revêtir la forme authentique, il convient d'ajouter que les modalités en sont déterminées par les cantons, conformément à l'art. 55, Tit. fin., CC. En conséquence, le pouvoir d'admettre ou non des actes authentiques signés de manière électronique et la réglementation y relative sont du ressort des cantons (voir ch. 1.4.2.3).

L'al. 2 permet au Conseil fédéral de réaliser, par la réglementation de la réquisition électronique au registre du commerce, une mesure souhaitée par un postulat de la commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (99.3461; Encouragement de la création de nouvelles entreprises, du 21.9.1999).

A la différence de la disposition correspondante en droit du registre foncier (art. 949a, al. 2, ch. 5 P-CC), aucune réglementation de la protection des données n'est prévue au niveau de l'ordonnance, car les réquisitions d'inscription et les pièces justificatives du registre du commerce sont généralement publiques, selon l'art. 930 CO. Le sens et le but essentiels du registre du commerce consistent précisément à publier les données dont l'inscription est requise. Une personne morale ne peut agir que par l'intermédiaire de ses organes (art. 55 CC) et des autres personnes autorisées à la représenter; leur identité doit donc impérativement être rendue publique. En

conséquence, la loi fédérale sur la protection des données exclut expressément le registre du commerce de son champ d'application (art. 2, al. 2, let. d, LDes).

De plus, il convient d'autoriser le Conseil fédéral à prescrire aux registres du commerce l'établissement d'extraits certifiés conformes sous forme électronique. Les extraits du registre du commerce certifiés conformes constituent des titres constatatoires. Le préposé au registre du commerce constate par sa légalisation que, pour un sujet et un moment donnés, les informations mentionnées dans l'extrait sont inscrites au registre du commerce («image instantanée»). Le caractère déterminant de tels actes authentiques est par nature fortement limité dans le temps; l'extrait certifié conforme peut en effet être dépassé le jour qui suit sa délivrance déjà. A la différence des pièces justificatives du registre du commerce signées de manière électronique, il n'en résulte donc que peu de problèmes quant au maintien de la force probante à long terme.

2.2.2.5 Art. 931, al. 2^{bis} CO (nouveau)

L'art. 931 CO règle la publication des inscriptions au registre du commerce dans la FOOSC. Le développement d'Internet ouvre à la Confédération la possibilité d'offrir de nouveaux moyens, modernes, de publication des données du registre du commerce. L'art. 931, al. 2^{bis}, P-CO permet de clarifier le fait qu'il appartient au Conseil fédéral de publier de manière électronique les données éditées dans la FOOSC. Au surplus, une norme de délégation est établie, qui permet l'introduction d'un «système d'alerte». Ce système permet d'informer automatiquement les particuliers, sur requête, de la publication d'informations données dans la FOOSC.

2.2.3 Loi sur les topographies, loi sur la protection des marques, loi sur la protection des designs et loi sur les brevets

Nous avons relevé précédemment (voir ch. 1.4.2.5) que la loi sur la protection des marques (LPM; RS 232.11), la loi sur les brevets (LBI; RS 232.14), la loi sur la protection des designs (LDes; RS 232.12) et la loi sur les topographies (LTo; RS 231.2) avaient été complétées pour que la communication électronique avec l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle et la gestion électronique des droits protégés reposent sur une loi formelle.

Au regard de la «stratégie de publication de la Confédération», l'accès en ligne aux données des registres est en principe gratuit. La fourniture en ligne de parties ou de l'ensemble du fichier de données, sur la base d'accords particuliers, peut cependant se faire à titre onéreux (art. 40, al. 4, P-LPM; art. 65a, al. 4, P-LBI; art. 26a, al. 4, P-LDes, art. 16a, al. 4, P-LTo).

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel et sur l'économie nationale

3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

La loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique donne une base légale à la reconnaissance par l'Etat des fournisseurs de services de certification. Cette tâche incombe aux organismes de reconnaissance accrédités (art. 2, let. h). S'il n'en existe pas, les fournisseurs de services de certification seront reconnus par un organisme désigné par le Conseil fédéral (art. 4, al. 2). Exceptionnellement, cet organisme devra reprendre les tâches d'un fournisseur de services de certification, au cas où celui-ci cesse ses activités (art. 13, al. 2). Les finances publiques ne seront que peu mises à contribution pour l'exécution de la loi fédérale sur la signature électronique. Si toutefois le Service d'accréditation suisse (SAS) devait en être chargé, un besoin en personnel supplémentaire à l'Office fédéral de métrologie et d'accréditation n'est pas à exclure. Les dépenses qui y sont liées seraient supportées par les organismes de reconnaissance et les fournisseurs de services de certification ou leurs assurances.

Les finances publiques seront mises à contribution dans une mesure bien plus grande s'agissant de la communication électronique avec les registres. Les coûts entraînés par l'archivage à long terme des pièces justificatives signées électroniquement pourraient être importants. Une estimation de ces coûts ne sera possible que lorsque les dispositions d'exécution nécessaires auront été adoptées. Dans le cadre de la gestion électronique du registre d'état civil (voir ch. 1.4.2.5), les coûts annuels totaux de la base de données centrale ont été estimés à environ 2 millions de francs (FF 2001 1541).

Ces coûts seront compensés par un accès facilité et de ce fait meilleur marché aux données disponibles sous forme numérique. Le fait de ne plus devoir retranscrire les données reçues évite les erreurs et les actions en dommages-intérêts qui en résultent contre l'Etat.

Pour terminer, on peut mentionner le cas de l'Administration fédérale des impôts, qui devra faire des investissements importants pour que les pièces comptables et la correspondance signées électroniquement puissent être vérifiées efficacement.

3.2 Effets sur l'économie nationale

Le commerce électronique est reconnu comme étant d'une grande importance pour l'économie suisse. Comme la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique crée un cadre assurant la sécurité juridique et la confiance, le projet renforce la place économique suisse. Les effets positifs de la loi sont cependant difficilement quantifiables, car il faut tenir compte du fait qu'aujourd'hui déjà la plupart des contrats peuvent être conclus et exécutés par la voie électronique. Il faut aussi être attentif au fait que des efforts semblables d'adaptation de l'ordre juridique aux besoins du commerce électronique sont également faits à l'étranger.

Le projet s'inscrit dans le rapport du programme de la législature 1999–2003 du 1^{er} mars 2000 sous l'objectif 8 «Maîtrise des défis de la société de l'information et adaptation du régime régissant les médias» et dans l'annexe 2 du programme de législature sous «autres objets» (FF 2000 2188 et 2228).

L'UE a adopté une directive en particulier qui est d'importance pour la signature électronique: la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JOCE L 13 du 19. 1. 2000, p. 12 ss). Les Etats membres doivent se conformer à la directive avant le 19 juillet 2001 (art. 13, al. 1).

L'art. 5 de la directive en est la disposition centrale. Il stipule que les Etats membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier. La portée de cette obligation est relativisée par l'art. 1 de la directive, selon lequel le devoir d'assurer l'équivalence entre les documents signés à la main et électroniquement ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire. Pour le reste, les Etats membres restent libres de prévoir des limites à l'utilisation de documents. La directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques n'oblige donc pas les Etats membres à adapter leur droit (privé) aux exigences du commerce électronique.

Une interdiction de discriminer le commerce électronique découle cependant de l'art. 9, al. 1, de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique; JOCE L 171 du 17. 7. 2000, p. 1 ss). Il prévoit que les Etats membres doivent veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Mais cette obligation n'est à nouveau pas complète: selon l'al. 2 elle ne s'applique pas, entre autres, aux contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers et aux contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle.

Le présent projet de loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique correspond en principe aux dispositions du droit européen. Concernant la levée des exigences de forme constituant un obstacle à la conclusion des contrats par la voie électronique, il va même plus loin que ce qui est exigé par le droit européen. Le projet ne fait en effet pas usage de toutes les possibilités d'exclure la conclusion d'un contrat par la voie électronique auxquelles un Etat membre peut recourir. Inversement, le projet ne rattache certaines conséquences juridiques – dans l'intérêt de la sécurité du droit – qu'aux signatures électroniques provenant d'un fournisseur de services de certification préalablement reconnu.

De plus, le projet ne répond pas au souhait émis à plusieurs reprises lors de la consultation (voir ch. 1.5), de voir les certificats qualifiés provenant de fournisseurs de

services de certification européens reconnus *ex lege* en Suisse. Une telle reconnaissance nécessite la conclusion d'un traité international (art. 19). Ce n'est que de cette manière que les fournisseurs de services de certification suisses auront la garantie de pouvoir exercer librement leur activité à l'étranger.

6 Fondements juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le projet de loi se fonde sur les art. 95, al. 1 et 122, al. 1, Cst.

L'art. 95, al. 1, Cst. donne compétence à la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Cette compétence globale de légiférer en matière économique correspond à l'art. 31^{bis}, al. 2, de l'ancienne Cst. Elle permet en premier lieu d'édicter des réglementations de police économique. La reconnaissance (facultative) des fournisseurs de services de certification est une mesure de police économique dans la mesure où elle vise à garantir une offre large de services sûrs liés à la certification électronique (art. 1, al. 2, let. a). Le degré de sécurité de ces services sert au bout du compte la bonne foi dans les affaires.

6.2 Délégation de compétences d'exécution

Outre le pouvoir d'édicter des dispositions d'exécution (art. 20, al. 1), la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique délègue au Conseil fédéral la réglementation des points suivants:

- la désignation de l'organisme d'accréditation (art. 4)
- la génération de clés de signature et de clés de vérification de signature (art. 6, al. 1)
- le format du certificat (art. 7, al. 4)
- l'énumération des documents nécessaires à l'identification (art. 8, al. 2)
- la durée minimum du délai durant lequel l'accès aux certificats invalidés est garanti (art. 11, al. 5)
- la désignation d'un fournisseur de services de certification de remplacement (art. 13, al. 2)
- la tenue informatisée du registre foncier (art. 949a, al. 2, CC)
- les mesures nécessaires à la conservation du secret de la clé de signature (art. 59a, al. 4, CO)
- la tenue informatisée du registre du commerce (art. 929a et 931, al. 2^{bis}, CO)
- la communication électronique dans le domaine de la propriété intellectuelle (annexe ch. 3 à 6).

Dans tous ces cas, il s'agit de règles qui, pour des raisons de flexibilité et d'adaptation rapide à l'évolution de la technique, ne doivent pas se trouver au niveau de la loi.