



Secrétariat général

BAKOM	
13. JULI 2004	
Reg.	
DIR	
BO	
RTV	
IR	
TC	<i>RD</i>
FA	<i>KOSCH</i>
FM	

Monsieur
Peter Fischer
Directeur suppléant
Office fédéral de la communication (OFCOM)
Rue de l'Avenir 44
Case postale
2501 Bienne

Genève, le 12 juillet 2004

**Consultation des milieux intéressés
Ordonnance sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique
Prescriptions techniques et administratives**

Monsieur le Directeur,

Faisant suite à votre envoi du 1^{er} juin 2004, la Fédération des Entreprises Romandes (FER) a le plaisir de vous soumettre ci-après son avis sur l'**Ordonnance sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique** ainsi que les **Prescriptions techniques et administratives**.

La réponse de la FER portera sur trois points :

1. la situation actuelle et l'évolution des échanges économiques ;
2. l'appréciation de l'Ordonnance du Conseil fédéral (OSCSE) ;
3. l'appréciation des prescriptions techniques et administratives de l'OFCOM.

1. La situation actuelle et l'évolution des échanges économiques

1. Actuellement, en droit suisse, lorsqu'un contrat n'est soumis par la loi à aucune forme, il **peut être conclu par la voie électronique**, par exemple par courrier électronique ou par une réponse à une offre faite sur Internet.

En revanche, à ce jour, lorsqu'un contrat est soumis à la forme écrite, il **ne peut pas être conclu par la voie électronique**, étant donné qu'il doit être **signé à la main** selon le droit actuel (art. 14 al. 1 CO). La signature doit être en effet **de la propre main de celui qui s'oblige** (Daniel Guggenheim, Commentaire romand, Code des obligations I, 2003, ad art. 15, no 3).

Les règles des **art. 12 à 15 CO** dépassent d'ailleurs la seule conclusion de contrats ; ils **s'appliquent à l'ensemble des actes juridiques** (Daniel Guggenheim, op. cit., ad art. 13, no 2 ; Michel Jaccard, La conclusion de contrats par ordinateur – Aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI), Berne 1996, p. 246 et les références).

La discussion suscitée par les textes soumis à examen est donc très large et vise l'ensemble des activités potentielles des sujets de droit.

2. Face à cette approche restrictive, le droit suisse a déjà fait preuve d'ouverture dans des cas ponctuels. Ainsi, la Loi sur les fors du 24 mars 2000 (RS 272) prévoit-elle déjà que, en matière de **convention d'élection de for** (qui est soumise à la forme écrite), sont **assimilés à la forme écrite les actes transmis par un moyen de communication tel que la messagerie électronique** (art. 9 al. 2 lettre a LFors).
3. La loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (Loi sur la signature électronique, SCSE, ci-après la « Loi ») introduit un **nouvel alinéa** dans le code des obligations (art. **14 al. 2bis CO** ; Daniel Guggenheim, op. cit., ad art. 15, no 6 ; FF 2003 p. 7493 et suivantes).
Selon l'art. 14, al 2 bis CO, « la signature électronique qualifiée, basée sur un certificat qualifié émanant d'un fournisseur de services de certification reconnu au sens de la loi du 19 décembre 2003 sur la signature électronique est assimilée à la signature manuscrite. Les dispositions légales ou conventionnelles contraires sont réservées. »
- Cet alinéa prévoit donc que **tous les contrats soumis à la forme écrite pourront être également conclus par la voie électronique**. A cet effet, ils devront être **signés électroniquement** par les parties qui s'obligent.
- La Loi règle également les conditions générales de reconnaissance des fournisseurs de services de certification dans le domaine de la signature électronique, ainsi que leurs droits et obligations.
- Enfin, un nouvel article 59a CO prévoit la responsabilité du titulaire d'une clé privée lorsque celle-ci est utilisée abusivement.
- La Loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (ainsi que les modifications du CO induites). A partir de cette date, aux conditions précitées, une signature électronique qualifiée sera assimilée à la signature manuscrite (art. 14 al. 2bis CO).
- La portée de cette nouveauté n'est pas minime. Ainsi, par exemple, en vertu du nouvel art. 14 al. 2bis CO, une reconnaissance de dette comportant une signature électronique qualifiée pourra permettre au créancier d'obtenir la mainlevée provisoire de l'opposition, en matière de poursuites (art. 82 LP).
4. C'est un truisme de rappeler que la **voie électronique** est (et sera) **de plus en plus utilisée**, dans à peu près tous les domaines de l'activité humaine (cf. Anne Cherpillod Giacobino, Internet dans la conclusion du contrat et les solutions de paiement, SJ 2003 II pp. 393-434, p. 395, citant, en autres figures, les magasins virtuels (Amazon, www.migros-shop.ch), les avis médicaux virtuels, voire même des conseils juridiques ou contrats d'architecte, bancaires, d'hébergement ou d'assurance en ligne).
Le besoin d'une réglementation est donc avéré.
5. Un des problèmes de l'utilisation des signatures électroniques consiste dans le maintien de la **sécurité des transactions commerciales**, même si elles sont opérées par voie électronique.
En effet, comme le relevait déjà Michel Jaccard en 2001, « dans le domaine commercial, l'essor du commerce électronique dépend largement de la confiance de ses utilisateurs dans la capacité de la technologie de transmettre de façon fiable, sûre et confidentielle les messages informatiques qui donneront lieu à des transactions commerciales. De plus, l'identification correcte de son partenaire contractuel et la garantie que les transmissions sont authentifiées et qu'elles reflètent effectivement la volonté de leurs auteurs sont essentielles. » (Michel Jaccard, Forme, preuve et signature électronique, in Aspects juridiques du commerce électronique, Publications du Centre d'Etudes Juridiques Européennes, Schulthess, Zurich, 2001, pp. 113 et suivantes, p. 113).

C'est d'ailleurs le but avoué du législateur (cf. Message du 3 juillet 2001 relatif à la Loi, in FF 2001 p. 5423 et suivantes, p. 5424 dernière phrase).

Ces éléments avaient d'ailleurs déjà été soulignés par la FER lors de la procédure de consultation en 2001, à propos de la législation relative à la signature électronique et au commerce électronique (cf. Prise du position du 31 mars 2001, p. 1).

Dans certains cas, la signature électronique pourrait même augmenter la sécurité des relations juridiques (cf. Michel Jaccard, Le renforcement de la sécurité du droit par l'apport de la technologie : l'exemple de la signature électronique, Droit de la construction 2002, pp. 99-106, p. 104).

6. Les deux textes soumis à examen doivent donc viser les cibles précitées, et notamment cet objectif de sécurité, entre autres missions.

II. L'appréciation de l'Ordonnance du Conseil fédéral

1. Reconnaissance des fournisseurs de services de certification
Ces articles correspondent aux impératifs de sécurité, notamment en ce qui concerne la couverture d'assurance des fournisseurs.
2. Elaboration et utilisation des clés de signature et de vérification de signature
Face aux dangers informatiques, dont les médias se font souvent le relais, il convient de fixer des minimums de sécurité élevés.
Les normes techniques devront donc suivre l'évolution technologique, dans des délais très brefs.
3. Certificats qualifiés
Cet article n'appelle aucun commentaire.
4. Devoirs des fournisseurs reconnus
La FER salue l'obligation qui est faite aux personnes demandant un certificat qualifié qu'elles comparaisent *personnellement* (art. 5 al. 1).

Le délai de onze ans pour la conservation semble adéquat, la plupart des délais de prescription pertinents du droit suisse étant inférieur ou égal à dix ans (cf. Pascal Pichonnaz, Commentaire romand, Code des Obligations I, 2003, ad art. 127 ch. 26 et suivants). La seule exception notable est le délai de prescription de vingt ans pour la créance constatée par acte de défaut de biens (art. 149a LP).
5. Responsabilité en matière de clé de signature : mesures de sécurité
La réglementation correspond aux principes généralement reconnus en matière de conservation de cartes bancaire ou de crédit, avec code NIP.
6. Dispositions finales
Ces dispositions n'appellent pas de commentaires particuliers.

De manière générale, la FER n'a donc **aucun obstacle majeur à élever** à l'encontre de la réglementation proposée, qui semble remplir, en tout cas sur le papier, les impératifs de sécurité décrits en préambule. Il conviendra de veiller à ce que la mise en œuvre de ces règles aille dans la même direction.

III. L'appréciation des prescriptions techniques et administratives de l'OFCOM

1. La première version des prescriptions techniques et administratives (PTA) datent de 2001. A ce jour, de nombreuses **réglémentations internationales** ont été édictées, dont il convient de tenir compte (ANSI, ISO, EESSI, cf. rapport explicatif des PTA, p. 1 pour un aperçu global).
2. En matière de signature électronique, peut-être encore davantage que dans d'autres domaines, la législation suisse se doit d'être **en accord avec les standards internationaux reconnus et appliqués**, dans la mesure où, par définition, les échanges par voie électronique sont souvent opérés au-delà des frontières nationales.
3. Cette harmonie doit exister au moment où les règles suisses sont émises. Mais elle devra également être maintenue par la suite. La réadaptation sera un des défis majeurs de l'OFCOM, qui en réalise déjà l'importance (cf. rapport explicatif des PTA, p. 7).

La FER approuve donc les options prises dans le projet de prescriptions techniques et administratives.

IV. Conclusion

Pour l'ensemble des raisons précitées et vu les avis globalement positifs exprimés également par la doctrine juridique, la FER approuve la direction prise dans le projet d'ordonnance du Conseil fédéral et de prescriptions techniques et administratives de l'OFCOM.

Ces textes devront être en tous les cas interprétés et mis en œuvre en ayant pour objectif réel de garantir la sécurité des transactions, base d'un ordre juridique fournissant les conditions-cadres optimales pour le développement des individus et des entreprises et les échanges entre ces entités.

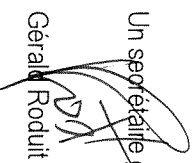
Dans le sens indiqué dans votre lettre du 1^{er} juin 2004, la FER vous autorise à publier cette prise de position sur votre site internet ou d'autres supports similaires.

Un secrétaire



Fernand Chappuis

Un secrétaire général adjoint



Gérard Roduit