

Mémo – Signature électronique de contrats

De plus en plus fréquemment des partenaires de l'UNIL souhaitent que leurs relations juridiques soient signées par des moyens électroniques. Ce mémo vise à permettre à son lecteur d'identifier quel type de signature électronique est pertinente en fonction de la situation contractuelle.

N.B. : les lignes qui suivent sont basées sur le droit suisse et valables pour les contrats qui y sont soumis. Pour les accords avec des partenaires internationaux, il convient de déterminer si le contrat prévoit l'application du droit suisse ou d'un droit étranger. S'il s'agit d'un droit étranger, il faudra consulter celui-ci.

1. Quand une signature manuscrite est-elle exigée ?

Le droit suisse des contrats est basé sur le principe de la liberté de la forme (art. 11 CO). Ce faisant certains contrats peuvent valablement être conclus par oral, par téléphone, par courriel, etc.

La forme écrite implique un texte, c'est-à-dire un ensemble de signes intelligibles pour un être humain, qui doivent se trouver sur un support matériel durable, lisible sans que le recours à des moyens techniques particuliers ne soit nécessaire (ex : du papier, de la pierre, etc.). En revanche, un support de données électronique n'est en principe pas admissible car il n'est pas directement lisible. Ce faisant, le texte d'un contrat respectant la forme écrite sera généralement conservé sur du papier.

La forme écrite, qui exige une signature manuscrite (= une signature écrite à la main, art. 14 CO), est uniquement nécessaire pour la conclusion de contrats et la signature de documents dans les situations suivantes :

- a. une disposition légale le prévoit expressément, ou ;
- b. le contrat entre les parties le prévoit expressément.

a. une disposition légale le prévoit expressément

Les dispositions légales qui exigent une signature manuscrite sont rares (elles existent par exemple en droit du bail). Même pour les contrats de travail, la forme écrite n'est pas obligatoire (sous réserve des contrats d'apprentissage et certains domaines spécifiques du droit du travail, par exemple les clauses de non-concurrence post-contractuelles). Les autres contrats portant sur des transactions commerciales et les documents commerciaux échangés entre entreprises (par exemple, les accords de confidentialité, les commandes, les confirmations de commande, les factures, les accords de distribution, les contrats de service) ne requièrent en règle générale pas la forme écrite.

En annexe sont listés différents contrats pour lesquels la liberté de la forme est limitée (pdf repris de S. Marchand, p. 37ss).

b. le contrat entre les parties le prévoit expressément

Par un accord, les parties peuvent conditionner la validité ou la modification ultérieure d'un contrat à l'exigence du respect d'une forme spéciale. Il est en effet fréquent de voir une clause énoncée comme suit :

Toute modification du présent contrat doit faire l'objet d'un avenant écrit signé par les représentants dûment autorisés de chacune des parties.

Lorsque les parties réservent la forme écrite sans autre précision (par exemple, sans indiquer que le courriel satisfait à l'exigence de forme écrite), les modalités en seront celles de la forme écrite légale (art. 16 al. 2 CO). A noter que lorsque les parties concluent des contrats selon d'autres modalités, un

tel comportement peut être interprété comme une renonciation par acte concluant à l'exigence de la forme écrite.

2. Quelles sont les alternatives à la signature manuscrite ?

Il existe différents types de signature électronique au sens de la loi. Celles-ci sont les suivantes (et son décrites en annexe) :

- la signature électronique simple ;
- la signature électronique avancée ;
- la signature électronique réglementée ;
- la signature électronique qualifiée.

Dans les cas où une signature manuscrite est exigée, celle-ci peut être uniquement remplacée par une **signature électronique qualifiée**¹. Une telle signature équivaut à une signature manuscrite lorsqu'elle est fondée sur un certificat qualifié d'un fournisseur de services de certification reconnu au sens de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la signature électronique (SCSE, RS 943.03). Dit autrement, il faut donc :

un fournisseur de service de certification reconnu + un certificat qualifié

En Suisse seuls sont reconnus les certificats des fournisseurs de services suivants :

1. Swisscom (Suisse) SA ;
2. QuoVadis Trustlink Suisse SA ;
3. SwissSign SA
4. L'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication.

En conséquence, les certificats de nombreux fournisseurs étrangers (par exemple Adobe Sign, DocuSign) ne peuvent - en principe - pas être valablement utilisés en Suisse pour signer des documents soumis à la forme écrite. Même si les fournisseurs se targuent d'une reconnaissance européenne de la signature qu'ils proposent, celle-ci ne sera pas reconnue comme une signature manuscrite au sens du CO².

En revanche, si un fournisseur étranger intègre dans son produit des certificats de fournisseurs reconnus en Suisse, il est possible que les produits en question répondent aux exigences d'une signature électronique qualifiée au sens du droit suisse.

Pour apposer une signature électronique qualifiée, il est requis de s'inscrire auprès d'un fournisseur de service de certification reconnu et de faire vérifier son identité (sur place ou par vidéo). La procédure d'enregistrement est compliquée - de sorte que les signatures électroniques qualifiées sont rarement utilisées dans la pratique.

3. Quelles sont les exigences dans les autres cas ?

Dans tous les cas où aucune signature manuscrite n'est exigée, les contrats peuvent être conclus oralement, par actes concluants ou par toute autre forme de manifestation de la volonté des parties. Il est possible d'utiliser toute forme de signature électronique d'un fournisseur suisse ou étranger (= pas

¹ Cf. l'art. 14 al. 2bis CO qui est formulé comme suit : *La signature électronique qualifiée avec horodatage électronique qualifié au sens de la loi du 18 mars 2016 sur la signature électronique est assimilée à la signature manuscrite. Les dispositions légales ou conventionnelles contraires sont réservées.*

² Par exemple conforme au Règlement dit « eIDAS » pour Electronic IDentification And Trust Services, qui est le règlement sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein des 28 états membres de la communauté européenne

nécessairement une signature électronique qualifiée), voire recourir à une signature numérisée (par exemple, en insérant une signature numérisée dans un document).

Cela dit, dans le but d'éviter d'éventuels problèmes de preuve, certains auteurs estiment que le dispositif retenu devrait permettre de déterminer :

- **quand** un document a été signé ;
- **par qui** un document a été signé (par exemple en cryptant le document en conséquence).

Le Service juridique estime que dans les cas où aucune signature manuscrite n'est exigée par la loi, les parties ont tout intérêt à recourir à une signature électronique **simple** afin de conserver l'avantage de rapidité et de flexibilité d'une signature électronique. En pratique, l'usage d'une signature électronique simple (par exemple via DocuSign) est très fréquemment proposé.

Afin de pouvoir formaliser l'usage de signatures électronique non qualifiée, le Service juridique propose ci-après des clauses-types qui peuvent être insérées lors de la négociations des contrats.

4. Recommandations

En résumant ce qui précède, nous recommandons de procéder comme suit :

La loi exige la forme écrite	Recourir à une signature manuscrite ou alternativement à une signature électronique qualifiée ³
La forme écrite est réservée par les parties dans le contrat	<ul style="list-style-type: none">• Recourir à une signature manuscrite ou alternativement à une signature électronique qualifiée• Si besoin, les parties peuvent moduler postérieurement et d'un commun accord l'exigence de la forme écrite, par exemple pour y inclure les échange de courriels les signatures électroniques non qualifiées
Aucune forme particulière n'est exigée par la loi ou par les parties	<p>Les contrats peuvent être valablement conclus ou signés les moyens opportuns au regard des circonstances, par exemple par oral ou par un échange de courriels.</p> <p>Lorsque le contrat prend la forme d'un texte, il est préférable d'y insérer des clauses pour clarifier quelles signatures seront considérées comme acceptable pour les parties (scan, signature électronique simple, etc.).</p>

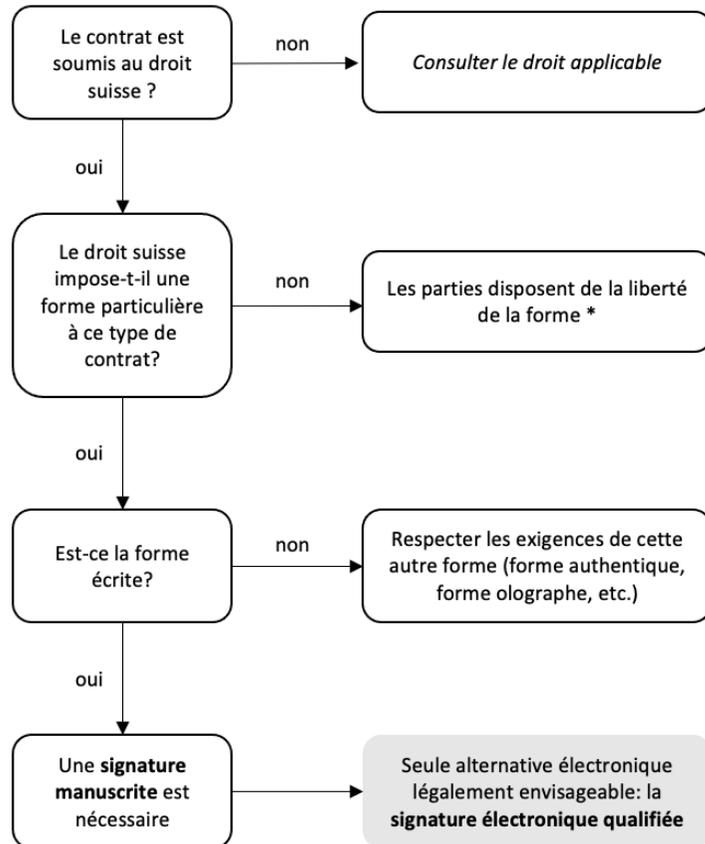
L'arbre de décision en annexe permet de s'orienter lors de l'établissement de relations contractuelles.

³ Cumuler une signature manuscrite et une signature électronique sur le même document n'est pas adéquat pour des raisons techniques et de conservation.

Différents types de signatures électroniques

	Définition légale	Base légale
signature électronique simple	un ensemble de données électroniques qui sont jointes ou liées logiquement à d'autres données électroniques et qui servent à vérifier leur authenticité.	art. 2 let. a SCSE
signature électronique avancée	une signature électronique qui remplit les conditions suivantes: 1. être liée uniquement au titulaire, 2. permettre d'identifier le titulaire, 3. être créée par des moyens que le titulaire peut garder sous son contrôle exclusif, 4. être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.	art. 2 let. b SCSE
signature électronique réglementée	signature électronique avancée créée au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature [au sens de l'art. 6 SCSE] et fondée sur un certificat réglementé se rapportant à une personne physique et valable au moment de sa création.	art. 2 let. c SCSE
signature électronique qualifiée	signature électronique réglementée fondée sur un certificat qualifié.	art. 2 let. e SCSE

Arbre de décision



Lorsque que la forme pour un contrat n'est pas imposée, le SJ recommande d'insérer une des clauses suivantes pour régler la situation avec le maximum de clarté:

Pour que tous les types de signatures soient considérés comme valables (scan y compris):

Art. XX - Exemplaires et forme électronique

Le présent contrat peut être signé en plusieurs exemplaires, chacun d'entre eux étant considéré comme un original et l'ensemble de ces exemplaires étant considéré comme constituant un seul et unique contrat.

Chaque partie reconnaît qu'une signature manuscrite ou une copie de celle-ci, y compris une copie au "format de document portable" ou PDF, ou une signature générée par un logiciel de signature électronique standard (par exemple DocuSign), qui est transmise par courrier électronique, constitue une signature valable aux fins du présent contrat et a la même valeur juridique que l'échange de signatures manuscrites ; le terme "par écrit" comprend les communications par courrier électronique ou autres formes électroniques.

Si l'on souhaite restreindre à l'usage de signatures électroniques, notamment simples, il est possible de moduler la clause comme suit :

Art. XX - Exemplaires et forme électronique

Le présent contrat peut être signé en plusieurs exemplaires, chacun d'entre eux étant considéré comme un original et l'ensemble de ces exemplaires étant considéré comme constituant un seul et unique contrat.

Chaque partie reconnaît qu'une signature générée par un logiciel de signature électronique standard (par exemple DocuSign), qui est transmise par courrier électronique, constitue une signature valable aux fins du présent contrat et a la même valeur juridique que l'échange de signatures manuscrites ; le terme "par écrit" comprend les communications par courrier électronique ou autres formes électroniques.

[Traduction disponible ci-après]

*Il est théoriquement possible que des parties disposant de la liberté de la forme optent pour l'exigeante forme écrite, voire une forme encore plus exigeante, alors qu'elle n'est pas imposée par la loi. Cette possibilité ne semble toutefois pas être opportune si l'on souhaite accélérer, simplifier et flexibiliser les processus contractuels.

Traduction anglaise

Pour que tous les types de signatures soient considérés comme valables (scan y compris):

Art. XX - Counterparts and Electronic Form

This Agreement may be executed in any number of counterparts, each of which shall be deemed an original and all of which shall together be deemed to constitute one and the same Agreement.

Each Party acknowledges that a hand-written signature or a copy thereof, including a "portable document format" or PDF copy, or a signature generated by industry standard electronic signature software (e.g. DocuSign), which is transmitted by email shall constitute a valid signature for purposes of this Agreement and shall have the same legal force and effect as the exchange of hand-written signatures; while the term "in writing" shall include communications by email or other electronic forms.

Si l'on souhaite restreindre à l'usage de signatures électroniques, notamment simples, il est possible de moduler la clause comme suit :

Art. XX - Counterparts and Electronic Form

This Agreement may be executed in any number of counterparts, each of which shall be deemed an original and all of which shall together be deemed to constitute one and the same Agreement.

Each Party acknowledges that a signature generated by industry standard electronic signature software (e.g. DocuSign), which is transmitted by email shall constitute a valid signature for purposes of this Agreement and shall have the same legal force and effect as the exchange of hand-written signatures; while the term "in writing" shall include communications by email or other electronic forms.