



Berne, le 11 octobre 2012

Synthèse des résultats de la procédure de consultation

concernant la

révision totale de la loi du 19 décembre 2003 sur les
services de certification dans le domaine de la certifica-
tion électronique (SCSE)

1 Contexte

Le 28 mars 2012, le Conseil fédéral a autorisé le DFJP à consulter les cantons, les partis politiques, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, les organisations économiques faîtières qui œuvrent au niveau national et les autres organismes intéressés sur l'avant-projet de révision totale de la loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la certification électronique. Cette procédure de consultation a pris fin le 6 juillet 2012.

La Commission européenne a adopté la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur. Cette décision datant du 4 juin 2012, il a été impossible de tenir compte dans l'avant-projet des développements qu'elle induit. Ceux-ci seront cependant pris en considération lors des étapes ultérieures de cette révision.

2 Liste des participants à la consultation

2.1 Cantons

Tous les cantons ont participé à la consultation.

2.2 Partis représentés au sein de l'Assemblée fédérale

Les partis ci-après, représentés au sein de l'Assemblée fédérale, se sont prononcés:

- Parti démocrate-chrétien (PDC)
- Parti évangélique suisse (PEV)
- Les Libéraux-Radicaux (PLR)
- Union Démocratique du Centre (UDC)
- Parti socialiste (PS)

2.3 Associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national

Seule l'Union des villes suisses (UVS) a participé à la consultation.

2.4 Organisations économiques faîtières qui œuvrent au niveau national

La Fédération des entreprises suisses (economiesuisse), l'Union suisse des arts et métiers (USAM) et l'Union patronale suisse (UPS) ont pris position sur l'avant-projet de révision susmentionné.

2.5 Tribunal fédéral suisse

Le Tribunal fédéral suisse (TF) a participé à la consultation.

2.6 Autres organismes intéressés

Les organismes suivants se sont prononcés sur le projet de révision:

- keyon AG
- KPMG SA
- QuoVadis Trustlink Schweiz AG (QuoVadis)
- Fédération suisse des avocats (FSA)
- Swisscom (Suisse) SA
- Information Security Society Switzerland (ISSS)
- Association de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux suisse (industrie MEM).
- Interessengemeinschaft Zürcher Gemeinden (IG ICT)
- Cyber-Identy AG (CI AG)
- La Poste
- SWICO
- Fédération des Entreprises Romandes (FER)
- Les hôpitaux de Suisse (H+)
- PrivaSphere
- SwissHoldings
- Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie (CVCI)
- Aargauische Industrie- und Handelskammer (AIHK)
- Vereinigung Schweizerischer Unternehmen in Deutschland (VSUD)

3 Appréciation générale de l'avant-projet

Les cantons d'**UR**, de **SG** et des **GR**, le **PS** et **IG ICT** souscrivent pleinement à l'avant-projet et renoncent à établir une prise de position détaillée.

Sur le principe, la grande majorité des participants (les cantons de **ZH**, **BE**, **LU**, **SZ**, **OW**, **NW**, **GL**, **ZG**, **FR**, **SO**, **BS**, **BL**, **SH**, **AR**, **AI**, **TG**, **AG**, **TI**, **VD**, **VS**, **NE**, **GE** et **JU**, le **PDC**, le **PEV**, le **PLR**, l'**UDC**, l'**UVS**, **economiesuisse**, l'**USAM**, la **FSA**, **keyon**, **KPMG**, **Swisscom**, **CI AG**, **SWICO**, **H+**, **PrivaSphere**, **SwissHoldings**, **CVCI**, **AIHK**) reconnaissent que la SCSE doit être révisée. Ils se félicitent, notamment, de ce que l'avant-projet prévoit l'instauration de la signature électronique réglementée, à laquelle les autorités et les personnes morales peuvent aussi recourir, et propose des mises au point et des simplifications terminologiques dans les dispositions sur la signature électronique de diverses lois et ordonnances.

Le **TF** s'est exprimé uniquement sur les transactions juridiques par voie électronique et n'a commenté que les points de l'avant-projet qui le concernent directement. Par ailleurs, il a relevé que, l'avant-projet ne contenant pas de dispositions sur les voies de droit, les règles qui s'appliquent sont celles de la procédure fédérale ordinaire.

ISSS estime qu'il faut poursuivre la révision totale de la SCSE, mais que celle-ci ne pourra être close qu'une fois réunies les conditions énumérées ci-après. Tout d'abord, dans l'intérêt

de l'économie suisse, il convient d'axer cette révision totale sur les besoins pratiques des utilisateurs. Ensuite, cette révision, qui est censée régler les conditions-cadre afférentes à la procédure de signature, doit s'inscrire dans une législation globale sur la communication électronique dans les domaines du droit privé et du droit public. En outre, il faut que l'avant-projet soit en phase avec l'évolution que connaît la communication électronique sur le plan international.

La Poste et sa filiale, **SwissSign**, estiment qu'une révision totale de la SCSE est prématurée. Elles préconisent l'instauration du certificat réglementé et de la signature électronique réglementée dans le cadre d'une révision partielle. Pour le cas où l'on persisterait dans la voie de la révision totale, ces deux participants émettent deux souhaits principaux: d'une part, que l'on reformule le texte pour le rendre plus compréhensible et, d'autre part, que l'on prenne en compte les réglementations adoptées par l'UE.

Industrie MEM estime que pour l'heure on peut renoncer à étendre le champ d'application de la réglementation sur la signature électronique aux entreprises. À son sens, l'utilisation de moyens électroniques doit être facultative.

Les cantons de **BE**, **FR** et **GE** de même que **La Poste** sont parfaitement conscients du fait que la compréhension des dispositions de la SCSE présuppose certaines connaissances techniques. A leur avis, toutefois, l'avant-projet et le rapport explicatif qui l'accompagne sont rédigés dans une langue qui n'est accessible qu'aux personnes familiarisées avec la technique de certification. Si l'on veut que la technologie en matière de signature électronique soit accueillie positivement par la population, l'administration et les entreprises, il est indispensable d'adopter une loi compréhensible pour tout un chacun.

On trouvera en annexe un catalogue exhaustif des avis exprimés. Le lecteur voudra bien s'y reporter pour de plus amples détails.

4 Harmonisation avec les normes internationales

Le canton de **VD**, l'**UDC**, **economiesuisse**, **keyon**, **KPMG**, **ISSS**, **Industrie MEM**, **La Poste**, **SWICO** et **SwissHoldings** ont constaté certaines divergences entre l'avant-projet et les réglementations européennes sur la signature électronique.

Le canton de **VD**, l'**UDC**, **economiesuisse**, **ISSS**, **Industrie MEM** et **La Poste**, considérant l'importance que revêtent les marchés extérieurs pour l'économie suisse, estiment qu'il est capital que la Suisse harmonise sa législation sur les certificats numériques et sur les transactions commerciales et administratives électroniques avec les règles internationales en la matière, les modifications de ces règles et les normes techniques en vigueur hors de ses frontières. Ces participants soulignent que la révision mise en consultation ne tient pas compte de l'évolution récente qu'a subie la législation européenne en la matière. Ils recommandent donc aux auteurs de l'avant-projet de le réexaminer sous l'angle de sa compatibilité avec le droit international et de ne jamais perdre de vue l'évolution de ce dernier (voir remarque pertinente au ch. 1 (Contexte) de la présente synthèse).

5 Questions fondamentales

5.1 Introduction de la signature électronique qualifiée avec horodatage obligatoire

L'annexe de l'avant-projet intitulée « Abrogation et modification du droit en vigueur » prévoit notamment une modification de l'art. 14, al. 2^{bis}, CO assortie d'une variante proposant de munir la signature électronique qualifiée d'un horodatage obligatoire. Les cantons de **ZH, BE, LU, SZ, GL, SO, SH, AG, TI** et **GE** de même que la **FSA, CI AG, SWICO** et **SwissHoldings** se félicitent de cette proposition.

Les cantons de **SZ** et **GE** de même que **CI AG** font notamment valoir que la variante résoudrait le problème de la fiabilité de la preuve, d'où l'intérêt de lui accorder la préférence puisqu'elle contribuerait à accroître la sécurité du droit. L'administration des preuves dans le cadre de procédures judiciaires donne toujours lieu à des problèmes. L'introduction de l'horodatage obligatoire permettrait précisément d'y remédier. Même le canton de **ZG** qui rejette le nouveau libellé de l'art. 14, al. 2^{bis}, CO, n'en souscrit pas moins à l'argumentation ci-dessus. S'il le rejette, c'est parce qu'il peut être source d'autres problèmes (voir ci-dessous).

Le canton de **ZH** estime que l'horodatage est de nature à prévenir les escroqueries et autres falsifications. Certes, le fait qu'une signature soit manuscrite ne permet pas de déterminer avec précision la date à laquelle elle a été apposée. Toutefois, c'est précisément son caractère manuscrit qui lui assure une meilleure protection contre les falsifications qu'à la signature électronique. C'est pourquoi il est indispensable de munir cette signature d'un horodatage obligatoire.

SWICO et **SwissHoldings** considèrent l'horodatage comme une composante essentielle de la signature électronique: cette technologie permet d'établir l'origine de documents marqués électroniquement et d'identifier leurs auteurs de manière fiable.

Les cantons de **SO, VD** et **VS** se félicitent de ce que la SCSE ne tranche pas la question de l'horodatage mais que cette dernière puisse au besoin être réglée au niveau de la lex specialis.

Les cantons de **ZG, TG** et **JU, La Poste** et **PrivaSphere** plaident, en revanche, pour le maintien du libellé actuel de l'art. 14, al. 2^{bis}, CO et contre l'introduction de l'horodatage qualifié. Le canton de **ZG, La Poste** et **PrivaSphere** trouvent problématique qu'une connexion internet soit indispensable pour munir une signature électronique d'un tel horodatage. En effet, il faut être connecté à internet au moment où la signature électronique est apposée pour pouvoir la munir d'un horodatage. Or l'expérience montre qu'une connexion internet n'est pas toujours disponible. L'introduction de l'horodatage qualifié obligatoire aurait donc pour effet qu'il ne serait plus possible de signer électroniquement un document hors connexion. Aussi convient-il pour l'heure de renoncer à introduire l'horodatage obligatoire pour toute signature électronique qualifiée. En lieu et place, on pourrait, selon **PrivaSphere**, adopter une formulation potestative qui permette au Conseil fédéral de rendre ultérieurement obligatoire l'horodatage qualifié.

5.2 Responsabilité en matière de clé de signature (art. 59a, al. 1, CO)

Les cantons de **ZH**, **GL** et **JU**, le **PLR**, l'**UVS**, **economiesuisse**, la **FSA**, **ISSS**, **CI AG**, **La Poste**, **SWICO**, l'**OFIT**, **PrivaSphere**, **SwissHoldings** et la **CVCI** estiment que la réglementation de la responsabilité en matière de clé de signature telle qu'elle est prévue à l'art. 59a, al. 1, CO ne va pas sans poser de problèmes. La majorité de ces participants recommande la suppression pure et simple de cette disposition. La **FSA**, **La Poste** et **PrivaSphere** estiment quant à eux que l'on peut maintenir l'art. 59a, al. 1, CO, pour autant que l'on y prévoise une réglementation plus souple.

La Poste estime judicieux d'obliger le titulaire d'une clé cryptographique privée à répondre des dommages subis par des tiers qu'à condition que ces derniers puissent aussi être tenus juridiquement responsables. Par conséquent, elle juge essentiel que la loi mentionne tous les acteurs et règle leurs droits et leurs obligations. Elle demande également que les exigences en matière de sécurité posées dans l'avant-projet soient réduites.

Economiesuisse, **ISSS**, **SWICO** et **SwissHoldings** voient dans le contenu de l'art. 59a, al. 1, CO l'une des raisons majeures de l'utilisation restreinte de la signature électronique dans les rapports juridiques. La responsabilité objective aggravée du titulaire de la clé de signature est étrangère au droit européen unifié concernant la signature électronique (directive 1999/93 CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques). Or, dans ce domaine, il apparaît aussi essentiel qu'impératif de ne pas adopter un régime de responsabilité qui diverge de la réglementation en vigueur au sein de l'UE.

Les cantons de **ZH** et **GL** de même qu'**economiesuisse** estiment que cette disposition est superflue. **ZH** demande si les dispositions générales actuelles du CO concernant la responsabilité contractuelle et extracontractuelle ne sont pas suffisantes et propose que l'on vérifie ce point. **GL** estime que l'actuel art. 41 CO constitue une base légale suffisante pour permettre la réparation d'éventuels dommages en matière de signature électronique. Pour sa part, **economiesuisse** considère que l'art. 59a, al. 1, CO est inutile. En effet, il découle déjà de l'art. 14, al. 2^{bis}, CO, que tout utilisateur de signatures électroniques ou de certificats numériques communique par principe de manière contraignante dans les limites des conditions légales et contractuelles applicables.

De l'avis du **PLR**, la clause de responsabilité figurant à l'art. 59a, al. 1, CO débouche sur des régimes juridiques différents selon que la signature est électronique ou manuscrite.

Dans leur prise de position, le canton du **JU**, l'**UVS**, **CI AG** et la **CVCI** relèvent une contradiction qui, à leur sens, doit être éliminée. En effet, à propos de l'art. 59a, al. 1, CO, on peut lire dans le rapport explicatif que l'expression « clé de signature » n'a pas été remplacée par celle plus générale de « clé cryptographique ». Or, dans l'avant-projet lui-même, il est question du « titulaire d'une clé cryptographique privée ». Pour le moment, il faudrait au contraire maintenir le terme « clé de signature » pour que la responsabilité reste limitée au seul domaine des signatures électroniques, ainsi que l'entendent les auteurs de l'avant-projet.

5.3 Abrogation et modification du droit en vigueur

5.3.1 Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)

Ad art. 21a, al. 2, PA

La Poste, qui ne voit pas pourquoi l'avant-projet n'exige pas une signature électronique qualifiée, propose de substituer celle-ci à la « signature électronique réglementée » telle qu'elle figure à l'art. 21a, al. 2, PA. Cette suggestion vaut également pour l'art. 42, al. 4, LTF, l'art. 130, al. 2, CPC et l'art. 110, al. 2, CPP.

La **FSA** propose une modification de l'art. 21a, al. 2, PA. Le libellé de celle-ci et les autres remarques concernant des dispositions de la PA qui ne sont pas incluses dans l'avant-projet mis en consultation figurent en annexe.

5.3.2 Loi sur le Tribunal fédéral

Ad art. 42, al. 4, LTF

Le **TF** souscrit au remplacement de l'expression « signature électronique reconnue » par « signature électronique réglementée ». Il relève que l'utilisation de cette première expression à l'art. 42, al. 4, LTF a donné lieu à des interprétations erronées. En tout état de cause, il ne saurait être question d'autoriser n'importe quel employé du secrétariat d'une étude d'avocat constituée en tant que personne morale à adresser au Tribunal fédéral des requêtes qui préservent les délais. Ce droit n'appartient qu'aux avocats inscrits dans le registre professionnel. Le TF doit pouvoir continuer d'exiger une signature électronique qualifiée à l'appui de telles requêtes.

La **FSA** propose une modification de l'art. 42, al. 4, LTF. Le libellé de celle-ci et les autres remarques concernant des dispositions de la LTF qui ne sont pas incluses dans l'avant-projet mis en consultation figurent en annexe.

5.3.3 Code de procédure civile et code de procédure pénale

La FSA souhaite que l'on profite de la mise en œuvre de la correspondance électronique pour examiner – en fonction du processus à réglementer – s'il est réellement indispensable de recourir à la signature électronique qualifiée ou si une signature électronique réglementée ne suffirait pas à assurer l'identification de l'expéditeur ou de l'ayant droit. Elle propose donc de limiter au strict nécessaire le recours à la signature électronique qualifiée.

Il n'est, par exemple, pas indispensable de munir d'une signature les pièces annexées à une requête. En revanche, il peut être approprié de munir une requête d'une signature qualifiée.

Ad art. 130, al. 2, CPC/art. 110, al. 2, CPP

ISSS se félicite de ce que l'avant-projet prévoie d'exiger une signature électronique réglementée pour la transmission par voie électronique de requêtes des parties dans le cadre d'une procédure civile ou d'une procédure pénale. Toutefois, compte tenu des enseignements que l'on peut tirer de l'application de la SCSE de 2003, cette exigence ne devrait pas être suffisante pour permettre à la correspondance par voie électronique avec les tribunaux civils et pénaux de s'imposer sans qu'il en résulte des restrictions et retards importants. Ce constat amène **ISSS** à préconiser que les particuliers qui sont parties à une procédure puissent demander que la correspondance afférente soit échangée par voie électronique. Il

s'agirait là d'une modification de la pratique actuelle qui n'autorise la communication par voie électronique qu'avec les autorités qui y ont souscrit et figurent sur une liste ad hoc.

Ad art.130, 139 et 143, al. 2, CPC/art. 86 CPP:

Ces dispositions ne sont pas incluses dans l'avant-projet mis en consultation. Pour de plus amples détails sur ces dispositions, on voudra bien consulter l'annexe à la présente synthèse (vue d'ensemble des réponses).