



Berne, le 15 septembre 2023

Examen des prescriptions de forme en droit privé

Rapport du Conseil fédéral sur des questions choisies et en réponse au postulat 19.3759 Dobler du 20 juin 2019



Condensé

Après avoir pris acte des résultats de l'enquête « Test de compatibilité numérique » menée par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), le Conseil fédéral a chargé l'ensemble des départements d'examiner les prescriptions de forme dans leurs domaines de compétence respectifs. De nombreuses démarches sont en cours dans les différents secteurs du droit privé dans le but de mettre en place des processus numériques ou de simplifier les processus établis. Le Conseil fédéral poursuit de longue date l'objectif d'éliminer les obstacles à la numérisation constatés en droit privé et de remplacer les applications traditionnelles par des solutions numériques équivalentes. La signature électronique qualifiée, équivalente à la signature manuscrite, a fait son apparition il y a vingt ans déjà. Au cours des dernières années, des papiers-valeurs entièrement numériques ont vu le jour : titres intermédiés d'une part, et droits-valeurs inscrits d'autre part, lesquels favorisent la diffusion de nouvelles applications.

L'analyse réalisée dans le présent rapport montre que la loi n'impose la forme écrite ou la forme authentique que pour une infime partie des actes juridiques conclus au quotidien. La majeure partie des actes juridiques conclus entre des acteurs privés ne sont soumis à aucune prescription de forme ; il n'y a donc pas de frein à la numérisation de ce point de vue. Les prescriptions de forme ne concernent pour l'essentiel que des actes juridiques très spécifiques auxquels les particuliers sont rarement partie, régis notamment par le droit immobilier ou le droit des sociétés. Des motifs précis parlent en faveur du maintien des prescriptions de forme pour ces actes. Il serait au demeurant difficile de faire largement accepter leur suppression. Il ne semble pas non plus pertinent ni acceptable de renoncer aux prescriptions de forme applicables aux actes juridiques qui touchent régulièrement les personnes privées dans leur vie quotidienne, régis notamment par le droit du bail et le droit du contrat de travail. Enfin, il est d'autres domaines dans lesquels des décisions politiques viennent tout juste d'être prises et qui vont dans le sens d'un maintien des prescriptions de forme. Dans l'ensemble, les prescriptions de forme de droit privé ne constituent pas aujourd'hui un obstacle important à la numérisation.

Une forme permettant d'établir la preuve par un texte telle qu'elle existe pour les conventions d'élection de for ou les conventions d'arbitrage ou telle que la prévoit le droit allemand ne pourrait pas remplacer la forme écrite, car elle n'assure pas la fonction de preuve ni de protection des parties contre des engagements irréflexibles. La création d'une nouvelle forme amenée à se généraliser ne semble pas indiquée. Aucune forme ou signature de ce type suscitant la confiance et assurant une sécurité juridique suffisante ne semble exister aujourd'hui. La signature électronique qualifiée au sens de la loi sur la signature électronique (SCSE) associe la cryptographie asymétrique à une base de confiance prodiguée par l'État. La mise en place d'une e-ID telle qu'elle est prévue offrira de nouvelles solutions. Il ne s'agit certes pas d'une signature électronique, mais dans la mesure où elle permet d'identifier ses utilisateurs de manière sûre, elle pourrait simplifier l'utilisation de la signature électronique qualifiée. Elle sera par ailleurs à la disposition des contractants privés, des autorités étatiques et du législateur dans certaines situations où il s'agit simplement d'assurer une identification sûre de l'autre partie. Ces conclusions valent également s'agissant de l'examen demandé dans le postulat 19.3759 Dobler, à savoir déterminer comment la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC) pourrait être modifiée de manière à ce que le contrat de crédit à la consommation puisse être conclu et révoqué sous une autre forme que celle prévue. Il ne semble pas opportun de créer une telle forme à l'heure actuelle. L'e-ID étatique pourrait à l'avenir jouer ce rôle d'identification des consommateurs, faciliter l'emploi de la signature électronique qualifiée et la rendre plus attractive pour les consommateurs.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

Table des matières

1	Contexte et mandat	5
1.1	Introduction	5
1.2	Enquête « Test de compatibilité numérique »	5
1.3	Autres mandats du Conseil fédéral	6
1.4	Interventions parlementaires sur le sujet	6
1.5	Travaux préliminaires	7
2	Les prescriptions de forme en droit privé	8
2.1	Principe de la liberté de forme	8
2.2	Notion et types de prescriptions de forme	8
2.3	Objectifs des prescriptions de forme	9
2.4	La forme écrite en particulier	10
2.4.1	La consignation	10
2.4.2	Signature ou signature électronique qualifiée	11
2.4.3	La forme écrite dans le contexte des moyens de communication modernes	12
2.4.4	La signature électronique selon le droit de l'UE	12
2.4.5	La forme écrite qualifiée	13
2.5	L'acte authentique en particulier	13
2.5.1	Forme et objectifs	13
2.5.2	L'acte authentique électronique	14
2.6	La forme dite « textuelle » en particulier	15
2.6.1	Conditions	15
2.6.2	Questions particulières	16
2.7	Aperçu des actes juridiques de droit civil soumis à une obligation de forme	17
2.7.1	Forme écrite	17
2.7.2	Acte authentique	18
2.8	Moyen d'identification électronique reconnu par l'État (e-ID)	19
3	Analyse	20
3.1	Appréciation générale	20
3.1.1	Liberté de forme pour l'essentiel des actes juridiques	20
3.1.2	Généralisation de la forme permettant d'établir la preuve par un texte à titre d'alternative à la forme écrite	21
3.1.3	Inscription dans la loi d'une nouvelle prescription de forme générale	21
3.1.4	Analyse par secteurs	21
3.2	Cession de créances	22
3.2.1	Portée pratique	22
3.2.2	Prescriptions de forme en pratique	23
3.2.3	Droit comparé	23
3.2.4	Conclusion	24
3.3	Droit des papiers-valeurs	25
3.3.1	Prescriptions de forme et buts poursuivis	25
3.3.2	Vers une plus grande ouverture technologique du droit des papiers-valeurs ?	27
3.3.3	Conclusion	27
3.4	Mainlevée provisoire	28
3.4.1	Exigences formelles	28
3.4.2	Appréciation et conclusion	28

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

3.5	Droit successoral.....	29
3.6	Droits réels	29
3.7	Droit du bail, du contrat de travail et du contrat d'agence	30
3.8	Droit des sociétés.....	31
3.8.1	Optimisation et simplification des processus du registre du commerce	31
3.8.2	Création d'entreprises par voie entièrement numérique (motion 21.3180 Silberschmidt)	31
3.9	Loi fédérale sur le crédit à la consommation.....	32
3.10	Droit de la procédure civile et droit de la poursuite pour dettes et de la faillite ..	33
4	Synthèse et conclusions.....	34

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

1 Contexte et mandat

1.1 Introduction

Le présent rapport a son origine dans divers mandats du Conseil fédéral (voir les ch. 1.2 et 1.3). Différentes interventions parlementaires sont étroitement liées à ces mandats et le présent rapport vise notamment à répondre au postulat 19.3759 Dobler (voir le ch. 1.4). Le rapport ne se contente dès lors pas de répondre audit postulat, mais intègre les questions qu'il soulève dans les recherches approfondies destinées à remplir les mandats du Conseil fédéral.

1.2 Enquête « Test de compatibilité numérique »

En 2017, le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) a, sur mandat du Conseil fédéral, mené l'enquête « **Test de compatibilité numérique** » auprès d'associations économiques, de syndicats, de diverses entreprises et d'organisations de protection des consommateurs, afin d'identifier les éléments de la législation pertinents du point de vue de la politique économique en vigueur qui entravent inutilement la numérisation et ceux qui sont devenus superflus du fait du virage numérique¹. Les retours ont montré que l'économie numérique bénéficie d'ores et déjà de bonnes conditions-cadre en Suisse. Les résultats de l'enquête ont toutefois mis en évidence une nécessité de légiférer, entre autres en ce qui concerne certaines prescriptions de forme légales, notamment s'agissant de la **mainlevée provisoire** et de la **cession de créances**². Comme certains actes juridiques et certains écrits à l'attention des autorités nécessitent une signature, mais que la signature électronique qualifiée³, assimilée à la signature manuscrite, ne s'est pas encore imposée dans la pratique, l'exécution purement numérique des procédures est compliquée.

Le 29 août 2018, le Conseil fédéral a par conséquent demandé à tous les départements de **vérifier les prescriptions de forme** relevant de leur domaine de compétence⁴. Cet examen a révélé que plus de 1700 dispositions légales, réparties entre 390 actes législatifs, exigent la forme écrite. Il a par ailleurs mis en évidence la nécessité de procéder à des analyses approfondies pour trouver des solutions face à un ensemble aussi vaste et hétérogène de prescriptions de forme. Les 1700 dispositions évoquées relèvent majoritairement du droit public⁵.

Il a ensuite été prévu d'analyser séparément les prescriptions de forme relevant du droit privé et celles relevant du droit public⁶. L'Office fédéral de la justice (OFJ) était chargé d'examiner si les prescriptions de forme relevant du droit privé étaient appropriées⁷. Pour ce qui concerne le droit public, il était prévu qu'un groupe de travail placé sous la houlette du SECO procède à l'examen systématique d'une sélection d'actes législatifs, en collaboration avec l'OFJ. L'objectif était de déterminer au cas par cas s'il existe des obstacles à la

¹ Voir le rapport présentant les résultats de l'enquête « Test de compatibilité numérique » – Examen des obstacles que la réglementation pose à la numérisation ; le rapport peut être consulté à l'adresse suivante : www.seco.admin.ch > [Situation économique et politique économique](#) > [Politique économique](#) > [Numérisation](#) > [Rapport présentant les résultats de l'enquête « Test de compatibilité numérique » – Examen des obstacles que la réglementation pose à la numérisation](#).

² Voir l'art. 82, al. 1, de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) pour la mainlevée provisoire et l'art. 165, al. 1, du code des obligations (CO ; RS 220) pour la cession de créances.

³ Voir les art. 13 et 14, al. 2^{bis}, CO.

⁴ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 29 août 2018 « [Le Conseil fédéral veut aplanir la voie à la numérisation](#) ».

⁵ Il convient de souligner qu'il existe également, en particulier dans le droit de la santé, des normes dont le contenu relève à la fois du droit privé et du droit public.

⁶ Voir également l'avis du Conseil fédéral du 8 mai 2020 en réponse à l'interpellation [20.3020](#) Schneeberger « Éliminer rapidement les obstacles au tournant numérique ».

⁷ Voir également l'avis du Conseil fédéral du 21 août 2019 en réponse à la motion [19.3565](#) Schneeberger « Favoriser la signature électronique des contrats comme alternative à la signature manuscrite » (liquidée).

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

numérisation, si les autorités disposent d'une marge de manœuvre dans l'application des prescriptions de forme et si, le cas échéant, il y a lieu de modifier une loi ou une ordonnance.

Le 10 juin 2022, le Conseil fédéral a adopté le **rapport sur l'examen des prescriptions de forme en droit public**⁸. Le présent rapport contient la dernière partie des travaux et résume l'**examen des prescriptions de forme en droit privé**, notamment en matière de mainlevée et de cession de créances.

1.3 Autres mandats du Conseil fédéral

En application de la motion 13.3841⁹, le Département fédéral des finances (DFF) a, le 27 août 2015, mis sur pied le **groupe d'experts « Avenir du traitement et de la sécurité des données »**, limité à trois ans. Dans ce contexte, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) a rédigé le « Rapport sur les recommandations du groupe d'experts sur l'avenir du traitement et de la sécurité des données : prise de connaissance et suite de la procédure »¹⁰. Le DFJP (OFJ) a ensuite été chargé, le 30 octobre 2019, d'examiner si des modifications du droit des contrats étaient nécessaires pour les contrats et les contenus numériques, compte tenu de l'évolution de la situation au niveau international, et de remettre un rapport à ce sujet au Conseil fédéral.

En lien avec l'adoption du message relatif à la poursuite de **l'amélioration du cadre juridique régissant la blockchain et la TRD**, le Conseil fédéral a en outre chargé le DFJP en 2019 d'examiner dans un contexte plus large une modernisation du droit des papiers-valeurs au regard des possibilités offertes par la numérisation d'ici à la fin de l'année 2021 et de préparer ensuite un projet susceptible d'être mis en consultation en cas de nécessité de légiférer.

1.4 Interventions parlementaires sur le sujet

Les interventions parlementaires suivantes sont également pertinentes :

- **Motion 19.3448 Dobler** « Mainlevée provisoire. Prendre en compte l'évolution des pratiques commerciales (numérisation) »¹¹.
La motion charge le Conseil fédéral de revoir la condition de la « reconnaissance de dette ... sous seing privé » prévue à l'art. 82 LP en l'adaptant aux nouvelles habitudes commerciales, à savoir l'achat - désormais courant - de marchandises et de prestations sur Internet, et aux autres contrats conclus sans exigence de forme. La motion a été rejetée par le Conseil des États¹².
- **Postulat 19.3759 Dobler** « Loi sur le crédit à la consommation. Exigences de forme compatibles avec la numérisation »¹³.
Le postulat charge le Conseil fédéral d'examiner comment la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC)¹⁴ pourrait être modifiée de manière à ce que le contrat de crédit à la consommation puisse être conclu et révoqué non seulement en

⁸ Le rapport peut être consulté à l'adresse suivante : www.seco.admin.ch > Situation économique et politique économique > Politique économique > Numérisation > Numérisation : rapport sur les exigences de forme dans le droit public.

⁹ Motion [13.3841](#) Rechsteiner « Commission d'experts pour l'avenir du traitement et de la sécurité des données » du 26 septembre 2013

¹⁰ Le rapport peut être consulté à l'adresse suivante : www.ofi.admin.ch > Documentation > Communiqués > 30.10.2019 > Mise en œuvre de recommandations sur le traitement et la sécurité des données.

¹¹ Motion [19.3448](#) Dobler « Mainlevée provisoire. Prendre en compte l'évolution des pratiques commerciales (numérisation) » du 8 mai 2019

¹² BO 2021 E 287

¹³ Postulat [19.3759](#) Dobler « Loi sur le crédit à la consommation. Exigences de forme compatibles avec la numérisation » du 20 juin 2019

¹⁴ RS 221.214.1

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

la forme écrite mais aussi de manière numérique, sans que cela affecte la protection de l'emprunteur. Le Conseil national a accepté le postulat le 4 mars 2020¹⁵.

- **Postulat 20.3797 Dobler** « Testament et mandat pour cause d'inaptitude. Examiner a) la possibilité d'établir l'acte sous forme numérique et b) les autres mesures à prendre pour éviter la discrimination de certains groupes de la population »¹⁶.

Le postulat charge le Conseil fédéral d'examiner les modifications à apporter au code civil (CC) afin que les testaments et les mandats pour cause d'inaptitude puissent être établis valablement sous forme numérique, dans le respect du niveau de protection garanti aujourd'hui aux testateurs et aux mandants, et que les prescriptions de forme soient définies de manière à éviter la discrimination de certaines catégories de la population (notamment des personnes présentant des déficiences physiques).

- **Motion 21.3180 Silberschmidt** « Création d'entreprises par voie entièrement numérique »¹⁷.

Cette motion charge le Conseil fédéral de veiller à ce qu'il soit possible de créer des entreprises sans rupture de support, c'est-à-dire de manière entièrement numérique. Elle demande en particulier la numérisation des actes authentiques, par exemple moyennant une procédure d'instrumentation électronique et virtuelle. Il faut en outre garantir que l'ensemble du processus puisse se dérouler par voie électronique.

1.5 Travaux préliminaires

L'OFJ a chargé les professeurs Mirjam Eggen et Christian Cachin de l'Université de Berne de rédiger un avis de droit sur la **modernisation des exigences de forme pour le transfert de droits**. Les deux auteurs avaient pour mandat d'examiner si les exigences de forme pour le transfert de droits en droit des papiers-valeurs et en droit de la cession pouvaient et devaient être supprimées ou modernisées. La première partie de l'avis concernant le droit des papiers-valeurs a été livrée le 22 décembre 2020¹⁸ et la deuxième partie, qui concerne la cession, l'a été le 26 juin 2021¹⁹.

Pour ce qui est de la **mainlevée provisoire** (art. 82 LP), l'OFJ a demandé un avis de droit au professeur Florian Eichel de l'Université de Berne. Pour déterminer si les conditions régissant la mainlevée provisoire sont adaptées aux échanges économiques actuels, dans le cadre desquels les contrats sont de plus en plus souvent conclus par « communication électronique », l'expert devait présenter la pratique actuelle des tribunaux de première instance s'agissant des exigences de forme de l'art. 82 LP. Pour ce faire, une enquête a été menée dans le cadre de l'avis de droit auprès des 108 tribunaux civils de première instance sur la pratique actuelle en matière de mainlevée. L'avis de droit a été livré le 12 juin 2019²⁰.

¹⁵ BO 2020 N 123

¹⁶ Postulat [20.3797](#) Dobler « Testament et mandat pour cause d'inaptitude. Examiner a) la possibilité d'établir l'acte sous forme numérique et b) les autres mesures à prendre pour éviter la discrimination de certains groupes de la population » du 18 juin 2020

¹⁷ Motion [21.3180](#) Silberschmidt « Création d'entreprises par voie entièrement numérique » du 16 mars 2021

¹⁸ Avis de droit EGGEN

¹⁹ Avis de droit EGGEN/CACHIN

²⁰ Avis de droit EICHEL

2 Les prescriptions de forme en droit privé

2.1 Principe de la liberté de forme

Le droit suisse applique le principe de la liberté de forme²¹ : selon l'art. 1, al. 1, CO, la conclusion d'un contrat requiert la **manifestation réciproque et concordante de la volonté** des parties (« principe du consensus »²²). Une **forme particulière n'est nécessaire que si la loi en prescrit une** (voir l'art. 11, al. 1, CO). Comme elles constituent des dérogations au principe général de la liberté de forme, les prescriptions de forme doivent être interprétées de manière stricte²³.

2.2 Notion et types de prescriptions de forme

Les prescriptions de forme soumettent les éléments de l'acte juridique à des exigences spécifiques. Il est possible de distinguer les prescriptions de forme en fonction des **éléments de forme exigés**, c'est-à-dire en fonction des exigences à proprement parler dont les parties doivent tenir compte. Les éléments de forme sont d'une importance décisive pour l'utilisation pratique des prescriptions de forme par les parties concernées et en particulier pour la « compatibilité numérique » des prescriptions de forme. C'est la raison pour laquelle les prescriptions de forme sont présentées ci-après de manière approfondie dans des chapitres séparés (voir en particulier les ch. 2.4, 2.5 et 2.6). Mais les **effets juridiques** que produisent les prescriptions de forme revêtent aussi une grande importance. De ce point de vue, on peut distinguer les prescriptions de forme suivantes²⁴ :

- Dans le cas des **formes constitutives**, la validité d'un acte juridique ou d'une déclaration juridiquement pertinente dépend du respect de la prescription de forme. Les prescriptions de forme des art. 11 ss CO sont des formes constitutives, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement (voir l'art. 11, al. 2, CO).
- Dans le cas de la **forme probante**, la preuve judiciaire de la conclusion du contrat ou de la déclaration faite ne peut être apportée qu'au moyen de la forme correcte, par exemple uniquement par la présentation du document rédigé en bonne et due forme. La validité de l'acte juridique ne dépend toutefois pas de la prescription de forme. La forme probante n'a aujourd'hui aucune importance en droit suisse²⁵.
- Les **obligations de retranscription (Verurkundungsvorschriften)** prévoient l'obligation de transcrire un acte juridique particulier, c'est-à-dire de le consigner (par écrit). Elles ont un effet déclaratoire et peuvent, le cas échéant, être imposées par les tribunaux. Il existe dans le droit fédéral des prescriptions d'ordre importantes pour la pratique. Souvent, elles sont également exprimées par le terme « écrit ». Dans certains cas, il peut être difficile de dire s'il s'agit de la forme écrite comme forme constitutive ou d'une simple prescription d'ordre. La forme concrète que doivent prendre ces prescriptions de forme n'est souvent pas non plus claire, notamment en ce qui concerne l'exigence de la signature manuscrite. Les prescriptions relatives à la police d'assurance (art. 11 LCA), à l'inventaire des choses comprises dans le bail (art. 277 CO) ou au reçu (art. 909 CC) sont des exemples de prescriptions d'ordre. Lorsque la doctrine ou la jurisprudence affirment qu'une prescription

²¹ Voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n^{os} 489 ss.

²² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n^o 491

²³ ATF 116 II 117, 127 ; 113 II 404

²⁴ Selon SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^{os} 105 ss ad art. 11

²⁵ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^o 106 ad art. 11

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

de forme sert « uniquement à des fins de preuve », il ne s'agit généralement pas d'une forme probante proprement dite, mais d'une prescription d'ordre.

2.3 Objectifs des prescriptions de forme

Par les prescriptions de forme, le législateur poursuit des objectifs politico-juridiques déterminés. On distingue en particulier les objectifs ci-après²⁶.

- **Fonction d'avertissement et de protection contre des engagements irréfléchis** : l'objectif est de protéger les parties contre leur propre hâte. La prescription de forme vise à rendre la conclusion plus difficile, afin de faire prendre conscience au déclarant de la portée de la transaction et de l'inciter à examiner le sérieux de sa volonté²⁷. Cet objectif joue surtout un rôle pour les actes de grande portée (p. ex. les actes juridiques portant sur des immeubles ou les dispositions pour cause de mort). La fonction d'avertissement ou la protection contre des engagements irréfléchis est souvent assurée par la **forme écrite** (voir le ch. 2.4), la **forme écrite qualifiée** (voir le ch. 2.4.5) ou la **forme authentique** (voir le ch. 2.5).

Tout d'abord, le fait qu'un acte juridique doive être consigné par écrit constitue un obstacle ; cela exclut une promesse spontanée quant à ce qui a été discuté seulement par oral. Mais surtout, la signature manuscrite est, dans une certaine mesure, un « acte solennel » par lequel les parties prennent conscience de l'importance de la conclusion de l'acte juridique. Dans certaines circonstances, une signature électronique peut également être appropriée pour garantir la protection contre des engagements irréfléchis, à la différence d'une **forme purement textuelle** sans signature, qui n'est pas jugée appropriée pour assurer cette fonction, en particulier selon la doctrine allemande²⁸.

- **Sécurité du droit et fonction de preuve** : les prescriptions de forme servent souvent à la sécurité juridique entre les parties, mais aussi vis-à-vis de tiers. En prévision d'une éventuelle procédure judiciaire, un moyen de preuve est créé, qui clarifie la situation juridique. Il existe dès lors une séparation claire entre les négociations contractuelles et la conclusion du contrat. Enfin, dans certains cas, le rapport juridique doit également être visible pour les tiers²⁹. La doctrine allemande, en particulier, fait en relation avec la fonction de preuve une distinction entre la *fonction d'identité* (*Identitätsfunktion*) et la *fonction d'authenticité* (*Echtheitsfunktion*). La prescription de forme ne doit pas seulement prouver le contenu de la déclaration, mais aussi l'identité de l'expéditeur et garantir l'authenticité de la déclaration, c'est-à-dire la concordance entre le déclarant présumé et le déclarant effectif³⁰. Les prescriptions de forme qui requièrent une signature manuscrite ou une signature électronique qualifiée remplissent ces objectifs dans une large mesure. Cependant, les déclarations sans signature manuscrite, comme celles sous forme de texte selon le § 126b BGB³¹, ou la communication électronique en général, ne sont pas considérées comme appropriées pour prouver l'identité de l'expéditeur et l'authenticité de

²⁶ Voir à ce sujet p. ex. KRAMER/SCHMIDLIN, n^{os} 8 ss ad art. 11 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^{os} 40 ss ad art. 11 ; VON THUR/PETER, p. 235 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n^{os} 497 ss ; XOUDIS, n^{os} 4 ss ad art. 11 ; HUGUENIN, n^{os} 339 ss ; MÜLLER, n^{os} 46 ss ad art. 11 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, n^o 31.02 ; les différents objectifs sont parfois délimités et nommés différemment dans la littérature.

²⁷ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^o 45 ad art. 11

²⁸ GRÜNEBERG-ELLENBERGER, n^o 1 ad § 126b ; Münchener KOMMENTAR-EINSELE, n^{os} 1 et 9 ad § 126 ; voir également PWW-AHRENS, n^o 2 ad § 126b ; voir aussi le ch. 2.6.2.

²⁹ Par exemple, dans le cas de la cession, les créanciers du cédant et du cessionnaire, ainsi que le débiteur, doivent pouvoir déterminer sans difficulté à qui revient la créance à partir de l'acte de cession lui-même : ATF 122 III 361, consid. 4c.

³⁰ Voir GRÜNEBERG-ELLENBERGER, n^o 3 ad § 125.

³¹ Bürgerliches Gesetzbuch Deutschland (code civil allemand)

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

la déclaration³².

Même si une prescription de forme a pour objectif d'assurer la fonction de preuve, il ne s'agit en général pas pour autant en droit suisse d'une forme probante, et le support de déclaration valable quant à sa forme n'a pas davantage de force probante³³. En droit de la procédure civile, le **principe de la libre appréciation des preuves** s'applique³⁴. Par conséquent, la preuve de l'établissement et du contenu d'un acte juridique peut être apportée d'une autre manière que par la présentation du document valable quant à sa forme. Une exception vaut pour l'acte authentique car, conformément à l'art. 9 CC (et à l'art. 179 CPC³⁵), un acte authentique apporte l'entière preuve des faits qu'il atteste, aussi longtemps que l'inexactitude de son contenu n'est pas prouvée.

- **Clarification et précision** : une prescription de forme, notamment lorsqu'elle requiert une consignation par écrit du contenu de la déclaration, oblige les parties à clarifier et à préciser les rapports et la situation juridique. Le risque que le contenu d'un acte juridique ne soit pas clair ou qu'il soit contesté s'en trouve réduit. Cela permet en particulier de jeter des bases claires en vue d'une éventuelle inscription dans un registre public³⁶.
- **Information et documentation** : s'agissant de ces objectifs, soit une partie contractante considérée comme ayant besoin de protection doit être informée de ses droits sous une forme déterminée, soit le contenu d'une transaction juridique doit être documenté. L'objectif d'information joue depuis peu surtout un rôle en rapport avec la protection des consommateurs. Cet objectif est atteint soit au moyen de la forme écrite, soit moyennant l'information par écrit d'une partie contractante ou la consignation par écrit de la transaction juridique, auquel cas il est possible de renoncer à une signature. Dans les deux derniers cas, il s'agit alors essentiellement de « formes textuelles » (voir l'art. 40d CO, les art. 17, al. 2, et 358, al. 1, CPC et les art. 5, al. 1, et 178, al. 1, LDIP³⁷). La forme textuelle du droit allemand selon le § 126b BGB sert en priorité ces objectifs.

2.4 La forme écrite en particulier

La forme écrite est réglée (de manière lacunaire) aux **art. 12 à 15 CO**. **Deux exigences** sont essentiellement requises, à savoir, d'une part, une déclaration en la forme écrite (consignation du contenu de la déclaration) et, d'autre part, la signature de cet acte par le déclarant³⁸.

2.4.1 La consignation

La consignation n'est pas expressément réglée par la loi, mais la doctrine exige à cet égard que le contenu de la déclaration soit (i) formé avec des moyens linguistiques (mots et phrases), (ii) *exprimé en caractères écrits* et (iii) apposé *de manière permanente* sur un bien corporel (fonction de perpétuation)³⁹. L'élément de permanence se rapporte aux caractères

³² GIRSBERGER, n° 3 ad art. 358 ; voir BERGER, n° 38 ad art. 17 CPC ; HEDINGER/HOSTETTLER, n° 18 ad art. 17 CPC ; GRÜNEBERG-ELLENBERGER, n° 1 ad § 126b ; Münchener KOMMENTAR-EINSELE, n°s 1 et 9 ad § 126 ; voir également PWW-AHRENS, n° 2 ad § 126b ; voir aussi le ch. 2.6.2.

³³ Voir à ce sujet MÜLLER, n°s 91 ss ad art. 11.

³⁴ Art. 157 CPC

³⁵ Code de procédure civile ; RS 272

³⁶ Voir p. ex. les exigences de forme pour le contrat de vente d'immeubles ou la constitution de la société anonyme selon les art. 216 et 629, al. 1, CO.

³⁷ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ; RS 291

³⁸ Voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 503.

³⁹ Voir à ce sujet SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n°s 6 ss ad art. 13.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

écrits et à la matière de l'acte⁴⁰. La consignation à elle seule a une certaine fonction d'avertissement pour les parties concernées et garantit par là une certaine protection contre des engagements irréflechis. La fonction de perpétuation est ensuite indispensable aux fins de la sécurité juridique, de la sécurité des preuves et de la fonction d'information et de documentation. Malgré l'exigence de permanence de la consignation, l'existence de la transaction juridique ne dépend toutefois pas de la permanence de l'acte⁴¹.

2.4.2 Signature ou signature électronique qualifiée

La déclaration consignée doit être signée par toutes les personnes auxquelles l'acte juridique impose des obligations (art. 13, al. 1, CO), au moyen d'une **signature manuscrite** (art. 14, al. 1, CO). La prescription de forme est remplie dès que toutes les personnes requises ont apposé leur signature⁴². Les parties peuvent signer différents documents, mais les documents signés doivent ensuite être échangés⁴³. L'exigence de la signature manuscrite a pour but d'identifier la personne qui fait la déclaration (identification) et de constater qu'elle reconnaît le contenu de la déclaration (reconnaissance)⁴⁴. Elle sert en particulier à *protéger* le déclarant *contre des engagements irréflechis*, car elle le sensibilise au caractère juridiquement contraignant de la déclaration et lui donne l'occasion de réfléchir. Elle remplit également la fonction de preuve du fait de l'identification du déclarant et de la preuve de l'authenticité de l'acte qui en découlent. La signature qui procède de quelque moyen mécanique n'est tenue pour suffisante que dans les affaires où elle est admise par l'usage, notamment lorsqu'il s'agit de signer des papiers-valeurs émis en nombre considérable (art. 14, al. 2, CO).

La **signature électronique qualifiée** avec horodatage électronique qualifié au sens de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la signature électronique (SCSE)⁴⁵ est assimilée à la signature manuscrite (art. 14, al. 2^{bis}, CO). La signature électronique qualifiée repose sur un système de cryptographie asymétrique (voir l'art. 2, let. f, SCSE). Comme c'est généralement le cas lors du traitement électronique d'informations et de données, le traitement effectif des données échappe alors à la compréhension de l'utilisateur. Ce dernier n'a d'autre choix que de croire que la qualité des données et les modalités de traitement sont bien celles qui lui sont communiquées au niveau de l'interface utilisateur et qu'il a demandées. L'utilisateur est dans l'impossibilité de savoir si le processus en cours est bien celui dont il suppose qu'il s'agit et si celui-ci se déroule correctement. En outre, une vérification ultérieure est la plupart du temps relativement complexe. Pour renforcer la confiance de l'utilisateur, la SCSE prévoit une reconnaissance des fournisseurs de services de certification par des organismes de reconnaissance, qui sont eux-mêmes accrédités par un organisme d'accréditation (étatique) (voir les art. 3 ss SCSE).

Il convient d'ajouter que, dans certains cas exceptionnels, lorsque la locution « par écrit » figure dans la loi, il n'est cependant pas exigé de signature manuscrite ou de signature électronique qualifiée. Les art. 330b⁴⁶ et 335, al. 2, CO (ce dernier ne faisant toutefois pas

⁴⁰ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^{os} 7 et 11 ad art. 13

⁴¹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^o 7 ad art. 13

⁴² MÜLLER, n^o 76 ad art. 13 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^o 64 ad art. 13

⁴³ ATF 50 II 267, consid. 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n^o 508 ; MÜLLER, n^o 86 ad art. 13 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^o 69 ad art. 13 ; XOUDIS, n^{os} 13 s. ad art. 13

⁴⁴ ATF 140 III 54, consid. 2.3 ; 138 III 401, consid. 2.4.2 ; 138 III 123, consid. 2.4.1 ; 119 III 4, consid. 3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n^o 512 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n^o 20 ad art. 13 ; MÜLLER, n^{os} 31 ss ad art. 13

⁴⁵ RS 943.03

⁴⁶ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, n^o 12 ad art. 330

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

l'unanimité dans la doctrine)⁴⁷ peuvent être nommés à titre d'exemples. Dans ces cas, il s'agit finalement de formes textuelles (voir le ch. 2.6).

2.4.3 La forme écrite dans le contexte des moyens de communication modernes

À l'époque de l'élaboration du CO, la forme écrite était un moyen simple d'atteindre les objectifs souhaités (voir le ch. 2.3). Les changements que la technique a connus entre-temps et le passage aux moyens de communication électroniques ont toutefois soulevé de nouvelles questions. La création de la signature électronique qualifiée selon la SCSE et l'assimilation de cette signature à la signature manuscrite (voir le ch. 2.4.2) ont permis de satisfaire à l'exigence de la forme écrite notamment pour les courriers électroniques. Dans les faits, la signature électronique qualifiée ne s'est toutefois pas fortement répandue et elle n'est notamment guère utilisée par les consommateurs.

Il est clair aujourd'hui que l'échange par la poste de *photocopies* de l'acte original signé ne satisfait pas à la prescription de forme⁴⁸. En revanche, selon la doctrine, la transmission par *télécopie* est censée satisfaire à l'exigence de la forme écrite, bien qu'il n'y ait alors pas non plus de transmission de la signature originale⁴⁹. Le Tribunal fédéral n'a, à ce jour, pas tranché cette question⁵⁰.

Il y a lieu de se demander si des documents signés en original, puis *scannés* et échangés par courrier électronique ordinaire *sous forme d'images ou de documents PDF*, satisfont à l'exigence de la forme écrite. La doctrine semble répondre majoritairement par l'affirmative, par analogie avec la télécopie et en invoquant l'énorme besoin pratique⁵¹. Il faut cependant tenir compte du fait que, comme pour une photocopie, l'authenticité d'une signature scannée ne peut plus être vérifiée avec la même fiabilité que la signature originale (même si la qualité et la résolution des images sont bonnes) et que la fonction de preuve ne peut donc pas être remplie dans la même mesure. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a considéré que l'envoi de documents par télécopie ou de photocopies ne satisfaisait pas aux exigences procédurales en matière de signature⁵². S'agissant des déclarations de volonté transmises par simple courrier électronique, par SMS ou par d'autres services de transmission et de messagerie (comme WhatsApp, etc.), il est clair qu'elles ne satisfont pas à l'exigence de la forme écrite simple⁵³.

2.4.4 La signature électronique selon le droit de l'UE

Le règlement (UE) n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur abrogeant la directive

⁴⁷ Voir à ce sujet STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, n° 13 ad art. 335.

⁴⁸ Selon une partie de la doctrine, c'est parce que l'acte signé en original reste entre les mains de l'expéditeur et qu'il n'existe en même temps aucun besoin de déroger à l'exigence de la signature originale dans ces cas ; voir p. ex. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, n° 14a ad art. 13 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 518. En ce qui concerne les signatures copiées, le Tribunal fédéral fait surtout remarquer le risque d'abus : ATF 112 Ia 173, consid. 1.

⁴⁹ La raison en est l'art. 13, al. 2, CO, entre-temps abrogé, selon lequel un télégramme, entre autres, pouvait également satisfaire à la forme écrite, pourvu que l'original du télégramme porte la signature manuscrite ; cette règle a été transposée plus tard par la doctrine au téléfax pour des raisons pratiques ; voir avec d'autres renvois à la doctrine GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 518 ; MÜLLER, n° 100 ad art. 13 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, n° 14c ad art. 13.

⁵⁰ Voir l'ATF 127 III 181, consid. 4b ; avec d'autres renvois également MÜLLER, n° 99 ad art. 13.

⁵¹ Voir, avec d'autres renvois à la doctrine, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 518 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, n° 14c ad art. 13, répondant par l'affirmative pour les documents PDF résistants aux modifications ; WIEGAND/HURNI, n° 5 ad art. 13, répondant par l'affirmative uniquement pour les cas dans lesquels, selon l'art. 14, al. 2, CO, une signature en fac-similé suffit ; HUGUENIN, n° 349, répondant par l'affirmative, du moins en relation avec la signature électronique ; XOUDIS, n° 19 ad art. 13, répondant par l'affirmative avec la remarque que lors de l'envoi de copies, les objectifs de la prescription formelle sont largement préservés.

⁵² Voir l'ATF 121 II 252, consid. 3 ; 112 Ia 173, consid. 1.

⁵³ Voir avec des renvois à la jurisprudence MÜLLER, n° 141 ad art. 13 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 519a ; XOUDIS, n° 9 ad art. 13.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

1999/93/CE⁵⁴ (règlement eIDAS) est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2016⁵⁵. Le règlement eIDAS vise à assurer un niveau adéquat de sécurité des moyens d'identification électronique et des services de confiance ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur ; à cette fin, il régit la reconnaissance mutuelle des moyens d'identification électronique des États membres entre eux, il établit des règles applicables aux services de confiance, en particulier pour les transactions électroniques, et il instaure un cadre juridique pour les services de signatures, de cachets, d'horodatages et de documents électroniques, d'envoi recommandé électronique et les services de certificats pour l'authentification de sites internet (voir l'art. 1 du règlement eIDAS). En tant que règlement de l'UE, le règlement eIDAS est de portée générale, est obligatoire dans toutes ses parties et est directement applicable dans les 27 États membres de l'UE et dans l'Espace économique européen, en raison de son intégration à l'accord EEE.

Le règlement eIDAS énumère dans son chapitre III les exigences précises applicables aux prestataires de services de confiance. Ceux-ci garantissent l'identité électronique et sont responsables des certificats et signatures électroniques. Seuls les prestataires de services de confiance qui remplissent les conditions énumérées à partir de l'art. 13 sont considérés comme qualifiés et donc comme des *Trust Centres* reconnus par l'État. Les entreprises et les particuliers ont la possibilité de distinguer les prestataires de services de confiance qualifiés des prestataires de services de confiance non qualifiés à l'aide de ce que l'on appelle la « EU/EEA Trusted List »⁵⁶. Cette liste regroupe tous les prestataires et services bénéficiant du statut « qualifié » dans les États de l'UE concernés. Les prestataires et services qui ne figurent pas sur la liste sont exclus de l'offre de services de confiance qualifiés.

2.4.5 La forme écrite qualifiée

S'agissant de la forme écrite qualifiée, la loi ordonne, en plus de la forme écrite simple, d'autres éléments, comme **certaines indications dans l'acte** (p. ex. les indications de contenu pour certains contrats selon les art. 9 à 12 LCC), l'utilisation d'un formulaire déterminé (p. ex. en cas d'augmentation de loyer pour des locaux d'habitation ou commerciaux selon l'art. 269d, al. 1, CO) ou la rédaction manuscrite du contenu de l'acte ou de certaines parties de celui-ci (p. ex. pour le testament selon l'art. 505, al. 1, CC ou la déclaration de cautionnement selon l'art. 493, al. 2, CO)⁵⁷.

2.5 L'acte authentique en particulier

2.5.1 Forme et objectifs

Bien qu'aucune loi fédérale ne le règle, l'acte authentique est une **notion du droit fédéral**⁵⁸. L'acte authentique est l'enregistrement de faits juridiquement importants ou de déclarations d'actes juridiques par une personne chargée de cette tâche par l'État, dans la forme exigée par l'État et selon la procédure prévue à cet effet⁵⁹. Le droit fédéral permet de déterminer ce qu'il faut entendre par acte authentique et à quelles exigences minimales celui-ci doit satisfaire⁶⁰. Il ne règle toutefois pas selon quelles modalités, dans quelle procédure et par

⁵⁴ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, JO L 257 du 28.8.2014, p. 73

⁵⁵ Voir l'art. 52, al. 2, du règlement eIDAS.

⁵⁶ La « EU/EEA Trusted List » peut être consultée à l'adresse : eidas.ac.europa.eu > eIDAS Dashboard > Search for an EU-EEA trust service provider.

⁵⁷ Voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 521.

⁵⁸ ATF 113 II 402, consid. 2a ; ATF 124 I 297, consid. 4a ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n° 57 ad art. 11

⁵⁹ ATF 99 II 159, consid. 2a

⁶⁰ ATF 99 II 159, consid. 2a ; voir aussi ATF 124 I 297, consid. 4a ; 106 II 146, consid. 1.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

quelle personne l'acte authentique doit être établi. Conformément à l'art. 55, al. 1, tit. fin. CC, il appartient aux cantons de régler ces points. Dans la mesure où le **droit cantonal** règle les détails concernant l'acte authentique, il détermine également s'il s'agit de prescriptions de validité ou de simples prescriptions d'ordre⁶¹. Dans la pratique, l'acte authentique consiste le plus souvent en ce que l'officier public doit vérifier l'identité des parties ainsi que leur capacité de discernement et s'assurer que le contenu de l'acte correspond à la volonté réelle des parties⁶².

L'acte authentique représente la **forme légale la plus stricte**. En raison des prescriptions strictes le régissant, il garantit dans une large mesure la protection contre des engagements irréflechis⁶³, mais aussi d'autres objectifs, tels que la fonction de preuve⁶⁴ et la fonction de clarification et de précision⁶⁵. L'acte authentique est ordonné pour les transactions particulièrement importantes et risquées et lorsque l'acte juridique constitue le fondement d'une inscription dans un registre public⁶⁶.

2.5.2 L'acte authentique électronique

Selon le droit en vigueur, l'original d'un acte authentique doit impérativement être établi sur papier. Conformément à l'art. 55a tit. fin. CC, le droit cantonal peut toutefois prévoir que les officiers publics puissent établir des expéditions électroniques et légaliser des copies sous forme électronique. L'expédition électronique est établie dans la phase postérieure à la phase d'instrumentation et remplace l'original de l'acte authentique dans les relations juridiques. Les dispositions d'exécution relatives à l'art. 55a tit. fin. CC figurent dans l'ordonnance du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (OAAE)⁶⁷ et dans l'ordonnance du DFJP du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (OAAE-DFJP)⁶⁸.

Cette situation juridique est liée à une discontinuité des supports employés : même si les projets d'actes authentiques sont aujourd'hui régulièrement établis sous forme électronique, les officiers publics ne peuvent pas établir des actes authentiques électroniques directement par la voie informatique. Plusieurs étapes intermédiaires sont nécessaires. Les officiers publics doivent d'abord imprimer le projet établi par la voie informatique pour dresser un acte authentique sur papier (l'original) dans le cadre de la procédure principale. S'ils souhaitent utiliser l'original de l'acte authentique ainsi créé dans un échange électronique de documents, ils doivent le numériser. Cette façon de travailler n'est ni efficace, ni moderne.

Le 17 décembre 2021, le Conseil fédéral a adopté le projet de loi fédérale sur le passage au numérique dans le domaine du notariat (LNN)⁶⁹ et le message afférent⁷⁰. La nouvelle loi fédérale est un pas en direction de l'instrumentation entièrement électronique puisqu'elle permet d'établir l'original des actes authentiques directement sous forme électronique.

⁶¹ ATF 106 II 146, consid. 3

⁶² Voir p. ex. §§ 239 ss de la loi sur l'introduction du code civil suisse du canton de ZH (recueil de feuillets mobiles du canton de Zurich, numéro d'ordre 230) ; art. 43 ss. de l'ordonnance sur le notariat du canton de BE (Recueil systématique BE, n° 169.112) ; art. 39 ss et 47 ss de la loi sur le notariat du canton de VD (Recueil systématique VD, n° 178.11).

⁶³ BRÜCKNER, n°s 258 s. ; JEANDIN, p. 17

⁶⁴ MARTI, p. 22 s.

⁶⁵ WOLF/PFAMMATTER, n° 9 ad art. 23 de la loi sur le notariat ; SCHMID, n° 12 ad art. 55 tit. fin.

⁶⁶ SCHWENZER/FOUNTULAKIS, n° 7 ad art. 11 ; voir aussi ATF 99 II 159, consid. 2a.

⁶⁷ RS 211.435.1

⁶⁸ RS 211.435.11

⁶⁹ FF 2022 144

⁷⁰ FF 2022 143

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

L'original des actes authentiques établis sous forme électronique devra être préservé de toute modification, être lisible et conservé à l'abri de tout accès indu, et cela à long terme. Il sera de ce fait saisi dans un registre électronique central des actes authentiques directement après son établissement. Le 16 juin 2023, le projet a été adopté par les deux chambres du Parlement fédéral. Le délai référendaire court jusqu'au 5 octobre 2023⁷¹.

Ce pas en direction de l'instrumentation entièrement électronique pour les transactions juridiques en rapport avec la propriété foncière lève les obstacles à la numérisation dans ce domaine également.

2.6 La forme dite « textuelle » en particulier

La disposition relative à l'obligation d'informer du fournisseur de l'art. 40d CO ainsi que les dispositions relatives à la forme des conventions d'élection de for et d'arbitrage dans les relations nationales et internationales, figurant respectivement aux art. 17, al. 2, et 358, al. 1, CPC et aux art. 5, al. 1, et 178, al. 1, LDIP, contiennent toutes une prescription de forme formulée de manière identique dans les grandes lignes : les déclarations soumises à une obligation de forme doivent être faites « *par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte* ».

Cette forme et cette formulation, qui ont d'abord été introduites dans la LDIP, devaient permettre de tenir compte des usages en matière de communication dans les relations commerciales internationales⁷². En droit allemand, une forme comparable appelée « *Textform* » (§ 126b BGB) a été introduite en 2001 dans le droit privé^{73 et 74}. Grâce à cette forme, des dispositions similaires jusqu'alors dispersées ont été remplacées par une forme uniforme qui permet de tenir compte des développements des rapports juridiques modernes⁷⁵. En droit suisse, la question se pose de savoir, pour les formes textuelles correspondantes, dans quelle mesure il s'agit toujours de la même prescription de forme, à interpréter de manière uniforme. Le Tribunal fédéral a considéré à cet égard que les exigences de forme applicables aux conventions d'élection de for selon l'art. 17, al. 2, CPC et l'art. 5, al. 1, LDIP (ainsi que la forme selon l'art. 23 CL⁷⁶) devaient être interprétées de manière uniforme⁷⁷.

2.6.1 Conditions

La manifestation de volonté et l'acte juridique soumis à une obligation de forme doivent être exprimés d'une manière qui permette une **consultation permanente sous forme de texte sans possibilité de changements**⁷⁸. La déclaration doit parvenir au destinataire sous la forme d'un écrit visuellement perceptible et physiquement reproductible⁷⁹. Les transmissions et supports de déclaration électroniques peuvent également satisfaire à cette exigence, à

⁷¹ Voir à ce sujet www.parlement.ch > [21.083](#) Loi sur la numérisation du notariat.

⁷² Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) (*Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht [IPR-Gesetz] vom 10. November 1982*), FF **1983** 255 291

⁷³ Voir le projet de loi sur l'adaptation des prescriptions de forme du droit privé et d'autres prescriptions aux transactions juridiques modernes (*Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*), Bundestag allemand, imprimé 14/4987 du 14 décembre 2000, p. 5.

⁷⁴ GRÜNEBERG-ELLENBERGER, n° 1 ad § 126b ; PWW-AHRENS, n° 1 ad § 126b ; Münchener KOMMENTAR-EINSELE, n° 1 ad § 126

⁷⁵ Projet de loi sur l'adaptation des prescriptions de forme du droit privé et d'autres prescriptions aux transactions juridiques modernes (*Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*), Bundestag allemand, imprimé 14/4987 du 14 décembre 2000, pp. 18 ss

⁷⁶ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano) ; RS **0.275.12**

⁷⁷ Arrêts du TF 4A_507/2021 du 2 juin 2022, consid. 5.1.2 ; 4A_592/2014 du 25 février 2015, consid. 2.1

⁷⁸ MÜLLER, n° 105 ad art. 11, avec renvoi à GRÜNEBERG-ELLENBERGER, n° 3 ad § 126b BGB

⁷⁹ GIRSBERGER, n° 7 ad art. 358

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

condition que le texte ne soit pas seulement consultable à l'écran pendant un temps limité, mais qu'il puisse être imprimé ou que le fichier puisse être enregistré durablement ou accessible au moins pendant une période appropriée au but de la déclaration⁸⁰. Il ne suffit pas de simplement rendre la manifestation de volonté accessible sur un support maîtrisé uniquement par le déclarant et ne permettant pas au destinataire de l'enregistrer⁸¹. Par conséquent, l'exigence de forme peut être remplie par la transmission par télécopie, par courrier électronique, par SMS ou par le téléchargement à partir d'un site Web⁸². Dans cette dernière variante, le destinataire doit effectivement télécharger et enregistrer la déclaration pour que la forme soit respectée⁸³. La **signature** manuscrite **n'est pas requise**. Selon une partie de la doctrine, il ne doit être possible d'y renoncer uniquement si on choisit un moyen de communication qui, pour des raisons techniques, ne permet pas la transmission de la signature manuscrite sous forme originale⁸⁴.

2.6.2 Questions particulières

Les formes textuelles telles que celles mentionnées plus haut soulèvent des questions qui ne se posaient pas jusqu'à présent en rapport avec la forme écrite. Dans la forme écrite (et d'autant plus l'exigence de la rédaction manuscrite d'une partie ou de l'ensemble de l'acte ; voir le ch. 2.4.5), la forme ne peut nécessairement être réalisée que par la partie qui fait la déclaration en personne et il est donc clair que la déclaration émane de cette partie et qu'elle en reconnaît le contenu. Même si une déclaration remplit « en apparence » les exigences de ces formes textuelles, il n'est pas pour autant garanti qu'elle constitue effectivement une déclaration de la partie qui s'oblige. L'**attribution du texte à la personne qui l'a rédigé** doit donc être effectuée d'une autre manière. Cela peut se faire au moyen d'une signature manuscrite facultative ou par l'apposition automatique d'un nom sous le texte ou, par exemple, au moyen d'une ligne d'expéditeur dans un courrier électronique ; si le texte ne peut être attribué à un déclarant, il ne constitue pas une manifestation de volonté⁸⁵. Parvenir à ce que toutes les personnes qui s'obligent respectent la forme requise n'est pas non plus sans poser de problèmes. En cas d'offre valable quant à la forme et d'acceptation tacite ou implicite, la forme serait également respectée « en apparence », mais cette déclaration n'émane alors que d'une seule partie. Dans de tels cas, le Tribunal fédéral semble en général ne pas considérer la forme comme respectée⁸⁶. L'acceptation de la convention d'arbitrage doit ressortir de l'ensemble des déclarations de toutes les parties contractantes, prouvées sous forme textuelle⁸⁷. Entre personnes présentes, la consignation écrite commune dans un document suffit et un échange de déclarations n'est alors pas nécessaire (comme dans le cas d'un procès-verbal approuvé par toutes les parties)⁸⁸.

Comme cette forme textuelle ne prouve pas la reconnaissance du contenu de la déclaration par le déclarant, qu'elle ne l'identifie pas et qu'elle n'offre pas non plus une représentation symbolique du caractère contraignant de la déclaration comme une signature manuscrite, la forme textuelle sert en premier lieu à **clarifier** le contenu, à **informer** une partie contractante ou à **documenter** l'acte juridique ; la protection contre des engagements irréflectifs et la fonction de preuve ne peuvent en revanche être garanties que dans une mesure très

⁸⁰ MÜLLER, n^{os} 106 ss ad art. 11 ; GIRSBERGER, n^o 7 ad art. 358

⁸¹ MÜLLER, n^o 105 ad art. 11

⁸² MÜLLER, n^o 106 ad art. 11 ; GIRSBERGER, n^o 7 ad art. 358

⁸³ MÜLLER, n^o 106 ad art. 11

⁸⁴ Ainsi, GROLIMUND/BACHOFNER, n^o 26 ad art. 5.

⁸⁵ GIRSBERGER, n^o 10 ad art. 358

⁸⁶ Arrêts du TF 4A_618/2015 et 4A_634/2015 du 9 mars 2016, consid. 4.3

⁸⁷ GRÄNICHNER, n^o 16 ad art. 178

⁸⁸ GIRSBERGER, n^{os} 13 et 15 ad art. 358 ; OETIKER, n^o 31 ad art. 178

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

limitée⁸⁹. En rapport avec les conventions d'arbitrage, le Tribunal fédéral considère certes que la protection contre des engagements irréflechis est le but de cette prescription de forme⁹⁰, même si, dans le cas de la forme textuelle, tant la **protection contre des engagements irréflechis** que la **fonction de preuve** sont considérablement **affaiblies au profit des besoins pratiques**.

2.7 Aperçu des actes juridiques de droit civil soumis à une obligation de forme

2.7.1 Forme écrite

Les **actes juridiques indépendants suivants**⁹¹ du CC sont soumis à la forme écrite simple ou qualifiée⁹² :

- constitution d'une association (art. 60, al. 2, CC) ;
- mandat pour cause d'inaptitude (art. 361, al. 1, CC ; ou acte authentique) ;
- directives anticipées du patient (art. 371, al. 1, CC) ;
- contrat d'assistance (art. 382, al. 1, CC) ;
- testament olographe (art. 505, al. 1, CC) ;
- résiliation d'un pacte successoral par contrat (art. 513, al. 1, CC) ;
- convention de partage (art. 634, al. 2, CC), même si elle porte sur un immeuble, et convention de cession de droits successifs (art. 635, al. 1, CC) ;
- déclaration de l'ancien créancier concernant le transfert de la cédule hypothécaire de registre (art. 858, al. 1, CC) ;
- déclaration du créancier inscrit au registre foncier concernant la constitution d'un droit de gage sur la cédule hypothécaire de registre (art. 859, al. 1, CC) ;
- droit de gage successif sur des biens mobiliers (art. 886 CC) ;
- engagement de créances qui ne sont pas constatées par un titre ou ne résultent que d'une reconnaissance de dette (art. 900, al. 1, CC) ;
- engagement subséquent de créances et d'autres droits (art. 903 CC) ;
- constitution d'un prêt sur gage (art. 909 CC).

Le CC contient également différents **actes juridiques dépendants** qui sont soumis à la forme écrite. Cela concerne en particulier diverses conventions relevant des *droits réels*, notamment en relation avec le *gage immobilier*, mais aussi certaines communications à la personne concernée par une mesure dans le *droit de la protection de l'enfant et de l'adulte*⁹³.

Les **actes juridiques indépendants suivants du CO** sont soumis à la forme écrite simple ou qualifiée⁹⁴ :

- cession d'une créance (art. 165, al. 1, CO ; voir à ce sujet en détail le ch. 3.2) ;
- pacte de préemption portant sur un immeuble (art. 216, al. 3, CO) ;
- promesse de donner (art. 243, al. 1, CO), pour autant qu'elle ne porte pas sur un immeuble ou sur la constitution d'un droit réel ;
- mise en gage d'un droit du travailleur à des prestations de prévoyance ou d'un montant à concurrence de sa prestation de libre passage (art. 331d, al. 3, CO, avis écrit à l'institution de prévoyance) ;

⁸⁹ Voir le ch. 2.3 et concernant les renvois au droit allemand, les notes de bas de page 32 et 75 ; également MÜLLER, n° 101 ad art. 11.

⁹⁰ ATF 142 III 239, consid. 3.3.1

⁹¹ Sur la notion d'actes juridiques indépendants et dépendants, voir MÜLLER, n° 39 s. ad art. 11.

⁹² Voir également MÜLLER, n° 74 ad art. 11.

⁹³ Voir en détail MÜLLER, n° 78, 83 et 87 ad art. 11.

⁹⁴ Voir également MÜLLER, n° 72 ad art. 11.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

- contrat d'apprentissage (art. 344a CO) ;
- contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347a, al. 1, CO) ;
- convention collective de travail (art. 356c, al. 1, CO) ;
- mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406d CO) ;
- déclaration de cautionnement dans certains cas (art. 493, al. 1, 2 et 3, CO) ;
- octroi du pouvoir de cautionner et promesse de cautionner au sens de l'art. 493, al. 1, 2 et 3, CO (art. 493, al. 6, CO) ;
- contrat de rente viagère (art. 517 CO) ;
- contrat d'entretien viager avec un asile reconnu par l'État (art. 522, al. 1, CO) ;
- divers actes juridiques dans le domaine du droit des sociétés⁹⁵ ;
- déclaration de transfert de titres nominatifs (art. 967, al. 1, CO ; pour le droit des papiers-valeurs, voir les explications exhaustives au ch. 3.3) ;
- déclaration de cession pour le transfert de droits-valeurs (art. 973c, al. 4, CO).

Un grand nombre **d'actes juridiques dépendants** ou de conventions accessoires d'actes juridiques de forme libre sont également soumis à la forme écrite simple ou qualifiée. Cela concerne en particulier diverses dispositions du droit du bail, du contrat de travail et du contrat d'agence, mais aussi un grand nombre de conventions accessoires relevant du droit des sociétés et des papiers-valeurs⁹⁶.

Outre les actes juridiques du CC et du CO, certains actes juridiques (indépendants ou dépendants) régis par des actes législatifs accessoires de droit privé sont également soumis à l'exigence de la forme écrite. Il convient de mentionner en particulier diverses communications et manifestations de volonté selon la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA⁹⁷), divers actes juridiques selon la LCC ; voir à ce sujet les explications exhaustives fournies au ch. 3.9), le contrat de fusion et de scission ainsi que d'autres éléments selon la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus⁹⁸) et enfin d'autres actes juridiques isolés, notamment dans le domaine du droit des biens immatériels, du droit des marchés financiers, du droit du bail à ferme agricole ainsi que du droit régissant les bateaux et les aéronefs⁹⁹.

2.7.2 Acte authentique

Les **actes juridiques suivants du CC** sont soumis à la forme authentique¹⁰⁰ :

- constitution d'une fondation (art. 81, al. 1, CC) ;
- célébration du mariage (art. 102 CC en relation avec l'art. 71 OEC) ;
- contrat de mariage (art. 184 CC) ;
- inventaire des biens des époux (art. 195a CC) ;
- biens propres selon le contrat de mariage (art. 199 en relation avec l'art. 184 CC) ;
- contrat portant sur la constitution d'une indivision (art. 337 CC) ;
- mandat pour cause d'incapacité (art. 361, al. 1, CC ; en tant qu'alternative à la forme écrite qualifiée) ;

⁹⁵ Contrat d'apport en nature pour la société anonyme dans certains cas (art. 634, ch. 2, CO) ; contrat entre la société anonyme et son représentant (art. 718b CO) ; cession de parts sociales ainsi qu'obligation de céder des parts sociales d'une Sàrl (art. 785, al. 1, CO) ; fondation d'une société coopérative (art. 834, al. 1, en relation avec l'art. 832 CO) ; acquisition de la qualité d'associé d'une société coopérative (art. 834, al. 1, et 840, al. 1, CO) ; contrat entre la société coopérative et son représentant (art. 899a CO)

⁹⁶ Voir en détail MÜLLER, n^{os} 76, 84 et 88 ad art. 11.

⁹⁷ RS 221.229.1

⁹⁸ RS 221.301

⁹⁹ Voir en détail MÜLLER, n^{os} 75, 79, 86 et 90 ad art. 11.

¹⁰⁰ Voir à ce sujet MÜLLER, n^{os} 130, 137, 141 et 145 ad art. 11.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

- testament public (art. 499 à 504 CC) ;
- pacte successoral (art. 512 CC) ;
- résiliation publique unilatérale du pacte successoral en cas de faute des héritiers ou des légataires (art. 513, al. 3, CC en relation avec l'art. 499 CC) ;
- convention excluant le partage de la copropriété (art. 650, al. 2, CC) ;
- tous les contrats et actes juridiques visant à transférer la propriété d'un immeuble (art. 657, al. 1, CC, sous réserve des art. 216, al. 3, et 229, al. 2, ainsi que de l'art. 634, al. 2, CC) ;
- suppression ou modification des restrictions légales de la propriété (art. 680, al. 2, CC) ;
- convention sur l'exclusion ou la modification d'un droit de préemption légal (art. 681b, al. 1, CC) ;
- constitution d'une propriété par étages (art. 712d en relation avec l'art. 712e, al. 1, CC) ;
- divers actes concernant des droits réels limités¹⁰¹.

Les **actes juridiques suivants du CO** sont soumis à la forme authentique :

- contrat de vente d'un immeuble (art. 216, al. 1, CO) ;
- promesse de vente, pacte d'emption et pacte de réméré portant sur un immeuble (art. 216, al. 2, CO) ;
- contrat d'échange portant sur un immeuble (art. 237 en relation avec l'art. 216, al. 1, CO) ;
- promesse de donner portant sur un immeuble ou un droit réel (art. 243, al. 2, CO) ;
- déclaration de cautionnement de la personne physique si le cautionnement dépasse 2000 francs (art. 493, al. 2, CO) ;
- procuration pour contracter un cautionnement et promesse par la personne physique de se porter caution si le cautionnement dépasse 2000 francs (art. 493, al. 6, en relation avec l'art. 493, al. 2, CO) ;
- contrat d'entretien viager (art. 522, al. 1, CO, sous réserve de l'al. 2) ;
- divers actes de droit des sociétés¹⁰² ;
- déclaration du créancier concernant l'annulation du titre et l'extinction de la dette lors de l'annulation de titres nominatifs (art. 977, al. 2, CO) ;
- refus d'acceptation ou de paiement (protêt) dans le cas d'une lettre de change (art. 1034, al. 1, CO) ;
- refus de paiement (protêt) dans le droit en matière de chèques (art. 1128, al. 1, CO).

En outre, certains autres actes juridiques régis par des actes accessoires de droit privé sont également soumis à l'exigence de la forme authentique, par exemple la décision de fusion, de scission et de transformation selon la LFus¹⁰³.

2.8 Moyen d'identification électronique reconnu par l'État (e-ID)

L'e-ID doit permettre de créer une preuve de l'identité sécurisée et reconnue par l'État, avec laquelle il sera également possible de s'identifier en ligne. La consultation publique a eu lieu du 29 juin 2022 au 20 octobre 2022. Le Conseil fédéral a été informé d'une première

¹⁰¹ Constitution d'une servitude foncière (art. 732 CC) ; constitution de l'usufruit sur un immeuble (art. 746, al. 1, CC) ; inventaire des biens sujets à l'usufruit (art. 763 CC) ; constitution d'un droit d'habitation (art. 776, al. 3, CC) ; constitution d'un droit de superficie indépendant et permanent (art. 779a CC) ; constitution d'une charge foncière (art. 783, al. 1 et 3, CC) ; constitution d'un gage immobilier (art. 799, al. 2, CC)

¹⁰² Acte constitutif de la SA (art. 629 CO) ; contrat d'apport en nature dans la société anonyme dans certains cas (art. 634, al. 2, CO) ; décision de l'assemblée générale de la SA qui a pour objet une modification des statuts (art. 647, al. 1, CO) ; décision d'augmenter le capital-actions de la SA (art. 650, al. 2, CO) ; décision d'augmenter le capital social de la Sàrl (art. 781, al. 5, ch. 1, en relation avec l'art. 650, al. 2, CO) ; décision et constatations du conseil d'administration lors de l'augmentation ordinaire et autorisée du capital-actions de la SA (art. 652g, al. 2, CO) ; constatation que le rapport de révision de l'expert-réviseur agréé contient les indications exigées concernant l'extinction des droits de conversion ou d'option (art. 653i, al. 2, CO) ; constatation que les prescriptions des art. 732 à 735 pour la réduction du capital-actions de la SA sont remplies (art. 734 CO) ; décision de l'assemblée générale de dissoudre la SA (art. 736, al. 1, ch. 2, et 737 CO) ; acte constitutif de la société en commandite par actions (art. 764, al. 2, en relation avec l'art. 629 CO) ; acte constitutif d'une Sàrl (art. 777 CO) ; décision de modifier les statuts de la Sàrl (art. 780 CO) ; décision de réduire le capital social de la Sàrl (art. 782, al. 4, CO) ; dissolution de la Sàrl (art. 821, al. 2, CO).

¹⁰³ Voir en détail MÜLLER, n^{os} 131, 138, 142 et 146 ad art. 11.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

analyse des prises de position le 2 décembre 2022. Le message relatif à la nouvelle loi sur l'e-ID sera vraisemblablement disponible fin 2023, ce qui signifie que les débats parlementaires pourront commencer au plus tôt début 2024¹⁰⁴.

Comme l'e-ID prouvera l'identité de l'utilisateur, elle sera en principe propre à remplir au moins partiellement la fonction de preuve. La question se posera de savoir si elle pourra remplacer la forme écrite dans les cas où il n'en va que de la fonction de preuve. Cela présuppose d'une part que l'e-ID soit largement acceptée. D'autre part, il faudra examiner, à la lumière des futures conditions sociétales et des détails techniques de l'e-ID, si et, le cas échéant, dans quels contextes concrets elle pourrait éventuellement remplacer la signature manuscrite.

3 Analyse

3.1 Appréciation générale

3.1.1 Liberté de forme pour l'essentiel des actes juridiques

L'aperçu qui précède (voir le ch. 2.7) montre que la **liberté de forme** domine en droit suisse pour **l'essentiel des actes juridiques** et, en particulier, pour les actes juridiques les plus courants. C'est le cas notamment pour le contrat de vente et pour la plupart des contrats de services (contrat d'entreprise, mandat, contrat de travail).

La **forme écrite** s'impose principalement à des actes juridiques qui sont rarement conclus par des personnes physiques. Les actes juridiques soumis à des prescriptions de forme sont conclus principalement par des professionnels actifs dans les secteurs régis par le droit immobilier, le droit des sociétés ou le droit des papiers-valeurs, soit des prestataires de services financiers ou des sociétés immobilières. La forme écrite s'impose de manière plus large, aux particuliers, mais aussi et surtout aux entreprises, dans les domaines du droit du bail et du droit du contrat de travail. Si le contrat de bail et le contrat de travail, à l'exception du contrat d'apprentissage, sont libres de forme, de nombreuses conventions accessoires requièrent la forme écrite ou, en droit du bail, l'utilisation d'une formule agréée. De même, les contrats régissant le service de placement et la location de services doivent être conclus en la forme écrite.

Les contrats de mariage et les pactes successoraux, mais aussi certains actes juridiques très rares, portant notamment sur des immeubles ou des transactions relevant du droit des sociétés, sont conclus en la **forme authentique**. Cette prescription de forme a une portée quasi-nulle au quotidien pour les personnes physiques et les entreprises individuelles. Elle concerne surtout les professionnels des secteurs concernés et, dans une moindre mesure, les sociétés de commerce.

Il ne semble donc guère nécessaire de remplacer les prescriptions de forme existantes. Si la signature électronique qualifiée ne s'est pas imposée à large échelle (voir le ch. 2.4.3) et que quelques actes juridiques du quotidien ayant une portée pratique importante sont soumis à la forme écrite, il n'en demeure pas moins que les prescriptions de forme jouent un rôle mineur dans la vie courante de larges pans de la population, ce qui pourrait d'ailleurs expliquer au moins en partie le peu d'intérêt que suscite la signature électronique qualifiée. La question se pose nonobstant : faut-il adapter les prescriptions relatives à la forme écrite figurant aux art. 12 ss CO aux conditions actuelles ou la remplacer de manière générale par une autre forme ? Peut-on généraliser la forme permettant d'établir la preuve par un texte en lieu et place de la forme écrite (voir le ch. 3.1.2) ? Et, question subséquente, faut-il remplacer ou

¹⁰⁴ Sur le projet E-ID, voir : www.ofj.admin.ch > Etat & Citoyen > Projets législatifs en cours > e-ID étatique.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

compléter la forme écrite par une nouvelle forme qui pourrait remplir les mêmes objectifs de protection (voir le ch. 3.1.3) ?

3.1.2 Généralisation de la forme permettant d'établir la preuve par un texte à titre d'alternative à la forme écrite

La forme permettant d'établir la preuve par un texte, que l'on retrouve déjà ponctuellement en droit suisse et qui est la prescription de forme standard notamment en droit allemand (voir le ch. 2.6) est plus compatible avec la numérisation dans la mesure où elle ne requiert pas de signature manuscrite ni de signature électronique qualifiée. Elle n'est cependant pas aussi adaptée que la forme écrite pour assurer la fonction de preuve et de protection contre des engagements irréflechis (voir le ch. 2.6.2).

La forme permettant d'établir la preuve par un texte poursuit essentiellement **d'autres buts de protection** et ne saurait de ce fait **remplacer de manière générale** la forme écrite. Ce ne pourrait être le cas qu'après une réévaluation, sous l'angle de la politique du droit, des objectifs de protection poursuivis au moyen de la forme écrite. Un examen au cas par cas devrait déterminer si la forme écrite ou authentique prescrite par la loi apparaît comme excessive et inutile. Les aspects pratiques entourant les prescriptions de forme ne peuvent en effet revêtir qu'une importance secondaire. Les mêmes réflexions valent pour la forme authentique, à la différence près qu'il est beaucoup plus évident que la forme textuelle ne permet pas d'atteindre les mêmes objectifs que celle-ci. L'analyse par secteurs (voir les ch. 3.2 ss) traite des cas concrets dans lesquels une nouvelle appréciation s'impose sous l'angle de la politique du droit.

3.1.3 Inscription dans la loi d'une nouvelle prescription de forme générale

Partant du constat que la forme permettant d'établir la preuve par un texte ne peut pas remplacer de manière générale la forme écrite, il s'agit de déterminer s'il serait éventuellement possible de créer une toute nouvelle forme compatible avec le numérique qui pourrait remplacer la forme écrite ou servir d'alternative. Il faut tout d'abord rappeler l'existence de la signature électronique qualifiée, équivalent numérique de la signature manuscrite (voir le ch. 2.4.2). Elle ne s'est cependant pas imposée dans la pratique, si bien qu'il faudrait trouver une autre forme qui pourrait remplir dans la même mesure les fonctions de preuve et de protection contre des engagements irréflechis et qui serait (ou qui est déjà) acceptée à large échelle. Aucune forme de ce type ne semble cependant exister à nos jours pour les transactions par Internet. Le législateur ne saurait nullement s'appuyer sur les instruments de prestataires privés, à savoir différentes signatures ou encore les procédures d'identification multi-plateformes de grands exploitants. Il ne peut en effet apprécier dans le détail leur fonctionnement, leur fiabilité ou d'autres aspects tels que la sécurité et la protection des données, et encore moins les garantir, et ce d'autant que ces critères sont parfois loin d'être remplis. L'inscription dans la loi d'un tel instrument reviendrait sans doute, pour susciter l'acceptation requise dans les transactions juridiques, à instituer une seconde signature électronique qualifiée, avec éventuellement d'autres modalités techniques. On peut douter de l'opportunité d'une telle solution. L'e-ID étatique (voir le ch. 2.8) est un projet prometteur. Elle pourra le cas échéant remplacer la signature électronique qualifiée dans certains secteurs voire faciliter grandement son emploi et en conséquence accélérer sa diffusion.

3.1.4 Analyse par secteurs

Nous procédons ci-après à une analyse spécifique portant sur certains secteurs du droit privé, en nous concentrant, au vu des résultats du « test de compatibilité numérique » et de différents mandats (voir les ch. 1.1 et 1.3) sur la cession de créances (voir le ch. 3.2), sur le droit des papiers-valeurs (voir le ch. 3.3) et sur la mainlevée (voir le ch. 3.4). Les

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

explications fournies ci-après reposent en grande partie sur deux avis de droit externes (voir le ch. 1.5).

3.2 Cession de créance

L'art. 165, al. 1, CO dispose que la cession d'une créance n'est valable que si elle a été constatée **par écrit**. Cette règle ne s'applique qu'à la **cession en tant qu'acte de disposition**. Aucune forme particulière n'est requise pour la promesse de céder une créance (art. 165, al. 2, CO). La prescription de forme figurant à l'art. 165, al. 1, CO poursuit un but de **sécurité du droit et des transactions** ainsi qu'un objectif de **clarté** ; les créanciers du cédant et du cessionnaire, autant que le débiteur cédé, doivent pouvoir constater à qui revient la créance au moment donné¹⁰⁵.

Dans le cadre des travaux d'élaboration de l'avis de droit EGGEN, des discussions ont été menées avec des représentants des tribunaux, des autorités de conciliation, des autorités de faillite, des banques, des sociétés de recouvrement et du barreau quant à la pertinence de la forme écrite dans le domaine des cessions de créances¹⁰⁶. Le nombre de personnes consultées n'étant pas représentatif, l'évaluation des réponses demeure purement qualitative. Il s'est agi en priorité d'examiner le champ d'application pratique de la cession et les défis auxquels sont confrontées les personnes consultées dans leur activité. Celles-ci ont, en particulier, répondu à la question de la nécessité **d'adapter ou de supprimer les prescriptions de forme applicables à la cession**.

3.2.1 Portée pratique

La cession a une **vaste portée économique**, car elle s'applique aux créances qui ne sont pas incorporées dans des papiers-valeurs. Elle est par exemple utilisée en pratique en rapport avec la garantie de crédit et l'affacturage¹⁰⁷. Dans le domaine de la **garantie de crédit**, il peut s'agir de la cession d'une créance isolée ou d'une cession globale de créances, qui remplace la procédure complexe de mise en gage en cela que l'emprunteur se dessaisit d'une ou plusieurs créances à l'intention du prêteur à titre de sûreté. Dans le domaine de l'**affacturage**¹⁰⁸, la cession sert à fournir des liquidités.

La cession revêt aussi de l'importance en rapport avec **les droits de participation et les droits de créance**¹⁰⁹. Ceux-ci peuvent être émis sous forme de papiers-valeurs qui, depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI), peuvent être considérés comme des titres intermédiés au sens de la loi (art. 3)¹¹⁰. Mais ils peuvent aussi l'être sous forme de droits-valeurs inscrits au sens de l'art. 973d CO. La forme numérique est appropriée pour les acteurs du marché qui escomptent un échange régulier des droits en question. De nombreuses entreprises renoncent toutefois à émettre des titres intermédiés ou des droits-valeurs inscrits. S'il n'y a pas de titrisation lors de l'émission des droits de participation ou des droits de créance, les créances sont cédées à des tiers. En dehors de la banque de détail, les **produits dérivés** ne sont en général pas émis sous forme

¹⁰⁵ ATF 122 III 361, consid. 4.c ; 105 II 83, consid. 2 ; 82 II 48, consid. 1

¹⁰⁶ EGGEN, pp. 45 ss

¹⁰⁷ Voir EGGEN, pp. 45 s.

¹⁰⁸ En concluant un contrat d'affacturage, une partie (affactureur), souvent une banque, acquiert les créances d'une autre partie à qui elle avance une part substantielle des liquidités résultant de ces créances. Pour cette prestation, l'affactureur perçoit de son client des frais, des intérêts et, le cas échéant, un ducroire, voir EGGEN, p. 46.

¹⁰⁹ Voir EGGEN, p. 46.

¹¹⁰ RS 957.1

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

de papiers-valeurs ni de titres intermédiés, mais plutôt sous forme de créances simples¹¹¹. Le transfert en droit suisse se fait donc sous forme de cession.

La cession est également très pratiquée dans l'activité de **recouvrement**. Si une entreprise fait recouvrer ses créances vis-à-vis de clients et de tiers par une société de recouvrement spécialisée, elle peut donner procuration à celle-ci pour qu'elle encaisse les créances concernées. Elle peut aussi transmettre les créances à la société de recouvrement par des procédés fiduciaires. La société de recouvrement fait alors valoir la créance en son nom propre auprès du débiteur. Elle transmet ensuite le montant recouvré, déduction faite des prétentions qui lui sont dues pour ses services, à son mandant¹¹². Des créances peuvent également être cédées à des tiers dans un tout autre contexte, par exemple en vue du paiement (*erfüllungshalber*) ou à titre de paiement (*erfüllungsstatt*), ou être vendues ou dévolues par cession¹¹³.

3.2.2 Prescriptions de forme en pratique

Les entretiens menés avec les praticiens en vue de l'élaboration de l'avis de droit EGGEN montrent¹¹⁴ que les prescriptions de forme en vigueur ne posent guère de problème en matière de cession. La majorité des personnes interrogées sont favorables à la preuve de la cession par un texte (pour, en quelque sorte, authentifier le contenu de la déclaration). Le fait de documenter l'acte juridique est pour eux source de sécurité et favorable à toutes les personnes impliquées. Là où le bât blesse, c'est qu'outre cette authentification, le législateur demande la signature manuscrite du cédant. En particulier, la rupture de média, le temps de transmission et le manque de praticabilité de la signature électronique qualifiée sont considérés comme problématiques.

Interrogés sur la **nécessité de légiférer**, une majorité des praticiens consultés se sont montrés favorables à une adaptation des exigences de forme s'agissant de la cession de créance, souhaitant notamment la suppression de l'obligation de produire une signature manuscrite. Les avis divergent sur l'opportunité de supprimer purement et simplement cette obligation ou de conserver la preuve de l'identité de l'auteur et de l'intégrité du texte comme conditions de validité de la cession. Les personnes interrogées ont suggéré diverses manières d'apporter cette preuve. Une minorité est satisfaite de la réglementation en vigueur et ne souhaite aucune adaptation des exigences de forme en ce qui concerne la cession.

3.2.3 Droit comparé

La comparaison internationale met en évidence une vaste **palette d'exigences de forme** pour la cession de créance¹¹⁵. Notamment les pays de *common law*, tels que l'Angleterre ou les États-Unis, renoncent en principe à la forme écrite pour la cession de créances. La protection du débiteur est toutefois assurée par un mécanisme prévoyant qu'il ne doit s'acquitter de son dû auprès du cessionnaire qu'après réception d'une notification de cession. Les pays de *civil law* ont quant à eux longtemps appliqué des prescriptions de forme très hétéroclites à la cession de créance. Par exemple, l'Allemagne¹¹⁶, la France¹¹⁷, l'Italie¹¹⁸

¹¹¹ EGGEN, p. 47

¹¹² EGGEN, p. 47

¹¹³ EGGEN, p. 47

¹¹⁴ Pour une vue d'ensemble des réponses données lors des entretiens, voir EGGEN, pp. 51 s.

¹¹⁵ Voir EGGEN, pp. 53 ss ; pour le résumé, voir pp. 90 s.

¹¹⁶ Concernant l'Allemagne, voir EGGEN, pp. 54 ss.

¹¹⁷ Concernant la France, voir EGGEN, pp. 60 ss.

¹¹⁸ Concernant l'Italie, voir EGGEN, pp. 64 ss.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

ou le Japon¹¹⁹ appliquent des exigences formelles aussi strictes que celles du droit suisse, non pas à la cession elle-même, mais à d'autres éléments touchant l'effectivité de la transaction vis-à-vis de tiers. Les exigences de forme en matière de cession ou de notification de cession se caractérisent par leur **grande diversité**. Les instruments internationaux ne statuent pas, en général, de prescriptions de forme pour la cession. En contrepartie, ils protègent les intérêts du débiteur en ne l'obligeant à s'acquitter de son dû auprès du cessionnaire qu'après réception d'une notification de cession. De plus, le débiteur a en général la possibilité d'exiger une preuve de la cession¹²⁰.

Il est intéressant d'examiner dans quelle mesure les autres pays recourent déjà aux nouvelles possibilités techniques pour atteindre les objectifs qui découlent des prescriptions de forme. Lors d'adaptations législatives récentes, certains pays ont tiré profit de la possibilité d'atteindre un niveau élevé de sécurité des preuves à l'aide de processus techniques. Ainsi, le Japon a mis en place l'enregistrement de la cession comme variante de l'instrumentation de l'acte de cession par un notaire. Aux États-Unis, l'attestation de l'authenticité de la notification est parfois demandée pour que la notification déploie un effet libératoire¹²¹. Les lois plus récentes exigent de plus en plus que soit attestée l'authenticité de la notification de cession, et cela par une signature soit manuscrite soit numérique. Les différences entre les législations imposant des exigences de forme et celles qui en sont exemptes tendent par conséquent à s'estomper dans les faits¹²².

3.2.4 Conclusion

L'avis de droit EGGEN étudie les possibilités de réviser le droit de la cession de créance en se fondant sur les entretiens menés avec les milieux concernés et sur la comparaison avec les législations étrangères. Il conclut que des prescriptions de forme s'imposent pour assurer la sécurité du droit et la fonction de preuve et rejette la cession libre de forme¹²³. Il faut, d'après l'avis, conserver la **documentation sous forme de texte**¹²⁴. Pour assurer la sauvegarde des preuves, il faut également selon l'avis maintenir la **preuve de l'authenticité et de l'intégrité du texte**¹²⁵. L'avis EGGEN considère en outre que les prescriptions de forme doivent demeurer la **condition de validité** de la cession elle-même et non uniquement de la notification de la cession comme le prévoient certaines législations étrangères, qui peut occasionner des problèmes importants au cessionnaire dans certaines circonstances¹²⁶.

Enfin, l'avis propose de *compléter* les prescriptions de forme actuelles par une nouvelle variante¹²⁷.

Pour cette variante, il rejette une solution fondée sur un **registre des cessions**, car l'inscription dans un registre est une solution trop complexe dans de nombreux cas pratiques et ne devrait être envisagée tout au plus que pour certaines créances, en particulier celles cédées à titre de sûretés¹²⁸.

¹¹⁹ Concernant le Japon, voir EGGEN, pp. 77 ss.

¹²⁰ Concernant les instruments internationaux en particulier, voir EGGEN, pp. 82 ss.

¹²¹ EGGEN, p. 91 ; concernant le Japon en particulier, pp. 77 ss et concernant les États-Unis en particulier, pp. 74 ss.

¹²² EGGEN, p. 91

¹²³ EGGEN, pp. 92 s.

¹²⁴ EGGEN, p. 94

¹²⁵ EGGEN, pp. 95 ss

¹²⁶ EGGEN, pp. 97 s.

¹²⁷ EGGEN, pp. 98 s.

¹²⁸ EGGEN, p. 100

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

L'avis étudie également la possibilité d'adapter les exigences applicables à la **signature électronique qualifiée** ; cette option n'a toutefois pas été examinée à fond dans la mesure où elle aurait des répercussions sur un grand nombre de prescriptions de forme. S'agissant de l'art. 165 CO, ni une refonte des exigences applicables à l'établissement des certificats, ni la reconnaissance d'un niveau d'exigence plus bas selon la SCSE n'ont été perçues comme des solutions appropriées pour éliminer les obstacles pratiques à la réalisation des prescriptions de forme par la voie numérique en droit de la cession¹²⁹. L'avis EGGEN est favorable à une **preuve d'authenticité et d'intégrité**, dont la conception concrète est laissée aux soins des praticiens¹³⁰. Cette exigence devrait être formulée de manière abstraite dans la loi et devrait être concrétisée et appréciée au cas par cas¹³¹. Le choix du type concret de signature pourrait être laissé aux parties, la seule condition étant que la signature soit « sûre », c'est-à-dire qu'elle atteste l'authenticité et l'intégrité de la déclaration. L'avantage de cette solution serait que les évolutions techniques et sociétales à venir seraient compatibles avec une telle prescription de forme. Il y aurait cependant aussi des inconvénients majeurs. Les parties devraient faire confiance au fournisseur de la signature ou du procédé technique. Il n'y aurait aucune garantie de l'État quant à la fiabilité du processus technique ni quant à l'intégrité et à l'authenticité des données. Une grande incertitude entourerait l'acceptation de cette forme. Par ailleurs, l'examen par les tribunaux du respect de cette prescription de forme serait rendu très difficile voire impossible dans la mesure où même un expert mandaté ne pourrait pas forcément reconstituer entièrement les processus informationnels en jeu. Dans ce contexte, une modification de la loi ne semble actuellement pas indiquée. Les évolutions techniques et sociétales à venir pourraient le cas échéant offrir de nouvelles solutions.

3.3 Droit des papiers-valeurs

3.3.1 Prescriptions de forme et buts poursuivis

Les papiers-valeurs sont des titres auxquels des droits sont incorporés¹³². Les droits revêtent une forme spéciale qui les soumet à des règles particulières, notamment en matière de transfert. À l'origine, ce lien entre un droit et une chose devait rendre les droits transmissibles et négociables sur les marchés des capitaux et devait permettre de mobiliser ces droits¹³³.

Selon la définition donnée à l'art. 965 CO, tous les titres auxquels un droit est incorporé d'une manière telle qu'il soit impossible de le faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre sont des papiers-valeurs. Ceux-ci remplissent **plusieurs fonctions**¹³⁴ :

- **fonction de légitimation** : la possession du papier-valeur permet de se prévaloir du droit qu'il incorpore ;
- **fonction de transmission du droit** : le transfert du droit incorporé nécessite le transfert de la possession du titre ;
- **fonction de sécurité des transactions** : la possession du titre public protège l'acquéreur de bonne foi lorsqu'il s'agit de papiers-valeurs publics.

Le droit des papiers-valeurs place les droits véhiculés dans un **cadre juridique spécifique** visant à simplifier la transmission et la légitimation de ces droits, ainsi que la sécurité des

¹²⁹ EGGEN, pp. 102 ss

¹³⁰ EGGEN, pp. 105 ss

¹³¹ Voir la proposition formulée et son commentaire dans EGGEN, pp. 110 ss.

¹³² Voir MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, n° 1 ss ; message relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, FF 2020 223 249 ss ; message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiaires et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiaires, FF 2006 8817 8823.

¹³³ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, n° 1315

¹³⁴ Voir le résumé fourni dans le message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiaires et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiaires, FF 2006 8817 8823 ss.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

transactions (lorsqu'il s'agit de papiers-valeurs publics)¹³⁵. Les papiers-valeurs traditionnels doivent être conçus comme des titres porteurs d'une déclaration de droit privé¹³⁶ ou comme des écrits contenant l'expression d'une idée ayant une portée juridique¹³⁷. Avec le progrès technique et la révolution numérique, on observe toutefois depuis quelque temps une tendance à l'*immobilisation* et à la *dématérialisation* des papiers-valeurs¹³⁸. Deux lois tiennent compte de cette évolution :

- La **LTI** règle la conservation des papiers-valeurs et des droits-valeurs par les dépositaires ainsi que leur transfert (art. 1, al. 1). Les **dépositaires** sont énumérés exhaustivement à l'art. 4 LTI. Ces institutions tiennent des comptes de titres et effectuent des écritures sur instruction de leurs clients sans que les droits-valeurs et papiers-valeurs sous-jacents existent ou doivent être transférés physiquement.
- La loi fédérale du 25 septembre 2020 sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués¹³⁹ crée aux art. 973d ss CO la **possibilité de constituer un registre électronique de droits-valeurs** à même d'assurer les fonctions des papiers-valeurs. La révision du droit des papiers-valeurs vise principalement à garantir que les droits puissent être inscrits et transférés avec les effets juridiques connexes dans des registres électroniques offrant une protection contre les manipulations sans l'intervention d'intermédiaires financiers¹⁴⁰. Les droits ainsi créés, assimilables à des papiers-valeurs, sont appelés **droits-valeurs inscrits** ; le registre dans lequel ils sont inscrits est appelé **registre de droits-valeurs**.

Tant la LTI que les art. 973d ss CO sur les droits-valeurs inscrits prévoient des exigences strictes pour que les papiers-valeurs publics puissent déployer leurs effets, notamment la protection de la bonne foi de leurs acquéreurs, même s'ils ne sont pas établis sous forme physique. Tandis que dans la LTI, seuls des intermédiaires financiers fiables et soumis à la surveillance de l'État peuvent effectuer des écritures déployant des effets juridiques, dans la loi régissant les registres distribués, ce sont les registres de droits-valeurs qui sont soumis à des exigences techniques qualifiées. L'art. 973d, al. 2, CO définit les objectifs auxquels ces registres doivent satisfaire pour pouvoir remplacer les titres traditionnels en tant que supports d'informations. La référence est le papier, qui assure une certaine protection contre la falsification, qui est confié au créancier après établissement et échappe donc à tout accès par le débiteur et qui assure une certaine publicité dans la mesure où le possesseur du papier est perçu comme l'ayant droit¹⁴¹. Le registre de droits-valeurs choisi doit :

- garantir l'intégrité des données qu'il contient,
- permettre aux créanciers, et non au débiteur, de disposer de leurs droits, et
- garantir la publicité de l'attribution des droits.

¹³⁵ Voir ZOBL/GERICKE, n° 17 ; Rapport du Conseil fédéral du 14 décembre 2018 Bases juridiques pour la *distributed ledger technology* et la *blockchain* en Suisse, disponible à l'adresse www.admin.ch > Documentation > Communiqués (communiqué du 14 décembre 2018), ch. 5.1.3.

¹³⁶ Pour un résumé de la thématique, voir MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, n° 6 ; KUHN, n° 19 ad art. 965, et les références citées.

¹³⁷ Voir PETITPIERRE-SAUVAIN, 15.

¹³⁸ Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés, FF **2006** 8817 8823 ss

¹³⁹ RO **2021** 33

¹⁴⁰ Message relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, FF **2020** 223 249 ss

¹⁴¹ À propos de cette analogie, voir pour plus de détails le message relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, FF **2020** 223 268 ss ; KUHN/STENGEL/MEISSER/WEBER, n° 15 ; MAIRE/GERSZT, 134 s.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

Ces exigences reprennent les éléments essentiels du droit des papiers-valeurs¹⁴² et permettent **l'émission et la transmission de droits ayant les fonctions de papiers-valeurs sous une forme purement numérique.**

3.3.2 Vers une plus grande ouverture technologique du droit des papiers-valeurs ?

Si le législateur a veillé à la neutralité technologique tant pour les titres intermédiés que pour les droits-valeurs de registre, les deux révisions résultent de cas d'application concrets. Les droits-valeurs inscrits ont été conçus de manière neutre dans la loi, mais coïncident avec la technologie des registres électroniques distribués existants et devraient apporter rapidement la sécurité juridique nécessaire en la matière¹⁴³. Peut-être la solution choisie s'avérera-t-elle trop limitée à l'avenir. L'avis de droit EGGEN/CACHIN a analysé les objectifs des dispositions du code des obligations sur les papiers-valeurs et examiné la possibilité d'une ouverture technologique, par exemple par l'extension des règles adoptées à d'autres technologies, et a formulé des exigences générales, si possible technologiquement neutres, pour que les papiers-valeurs puissent être représentés sous forme numérique. Les auteurs ont procédé à un état des lieux et vérifié pour différentes technologies si elles étaient à même de remplir les fonctions d'un papier-valeur public (légitimation, transmission du droit, sécurité des transactions). Parmi ces technologies, il y avait les modules de sécurité matériels, l'architecture parallèle décentralisée et les solutions de gestion des droits numériques comme les documents PDF sécurisés¹⁴⁴. L'analyse conclut que seuls les modules de sécurité matériels et l'architecture parallèle décentralisée offrent pour l'instant un niveau de sécurité comparable à la technologie des registres électroniques distribués pour les droits sous forme numérique¹⁴⁵.

Les auteurs ont ensuite examiné si ces nouvelles technologies prometteuses pouvaient être subordonnées aux dispositions du droit des papiers-valeurs en vigueur (nouvelle catégorie des droits-valeurs inscrits comprise) ou s'il était nécessaire d'adapter la réglementation¹⁴⁶. Ils concluent que les exigences applicables aux droits-valeurs inscrits (art. 973d CO) laissent suffisamment de latitude pour d'autres technologies que celle des registres électroniques distribués permettant l'émission et la transmission de droits sous forme numérique¹⁴⁷. À moyen terme, ils recommandent toutefois l'adoption de dispositions parfaitement neutres sur le plan technologique¹⁴⁸. Il faudrait alors opérer une refonte totale du droit des papiers-valeurs¹⁴⁹. À court terme, ils estiment qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une révision de grande ampleur de la loi notamment d'adapter les dispositions du droit des papiers-valeurs qui ont trait aux titres sur papier¹⁵⁰.

3.3.3 Conclusion

Le législateur a adapté le droit des papiers-valeurs de manière à réagir aux évolutions technologiques : il a adopté deux types de papiers-valeurs entièrement numériques sous la forme de titres intermédiés et de droits-valeurs inscrits. L'analyse exhaustive effectuée par

¹⁴² Message relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, FF 2020 223 250

¹⁴³ Message relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, FF 2020 223 234 s.

¹⁴⁴ EGGEN/CACHIN, pp. 52 ss

¹⁴⁵ EGGEN/CACHIN, p. 79

¹⁴⁶ EGGEN/CACHIN, pp. 77 ss

¹⁴⁷ EGGEN/CACHIN, p. 109

¹⁴⁸ EGGEN/CACHIN, p. 109

¹⁴⁹ EGGEN/CACHIN, p. 113

¹⁵⁰ EGGEN/CACHIN, p. 109

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

l'Université de Berne, laquelle tient compte des évolutions technologiques les plus récentes, n'a pas mis en évidence de nécessité urgente de réformer le droit des papiers-valeurs. En l'absence de besoins pratiques, une refonte complète du droit des papiers-valeurs n'est pas indiquée pour le moment. Il s'impose néanmoins de continuer à observer les évolutions technologiques.

3.4 Mainlevée provisoire

3.4.1 Exigences formelles

L'art. 82 LP dispose que le créancier dont la poursuite se fonde sur une **reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé** peut requérir la mainlevée provisoire. Cet article ne constitue pas une prescription de forme, mais fait dépendre les effets juridiques de l'exécution simple de la forme d'une reconnaissance de dette ou d'un contrat (pour autant que ceux-ci aient une forme donnée). Il pourrait donc revêtir une fonction analogue à celle d'une prescription de forme.

La doctrine considère la signature manuscrite ou la signature électronique qualifiée comme requise pour le titre de mainlevée, étant à noter qu'**une copie** (ou un document au format PDF) suffit si le document original a été signé et qu'il n'y a pas de doute fondé quant à son authenticité¹⁵¹. La jurisprudence du Tribunal fédéral concrétisant les exigences formelles rattachées à la signature est lacunaire. Les tribunaux qui statuent sur les requêtes en mainlevée demandent en grande majorité une signature manuscrite et ne considèrent pas comme suffisante une communication ou une signature électroniques ne satisfaisant pas aux exigences de la SCSE en matière de signature électronique qualifiée¹⁵². Une majorité des tribunaux semble toutefois accepter les signatures scannées lorsqu'ils peuvent croire en l'existence d'un document original signé et que le débiteur n'en conteste pas l'authenticité. Par contre, une majorité de tribunaux n'acceptent pas les signatures apposées sur une tablette¹⁵³. La situation est donc comparable à celle qui prévaut pour la **forme écrite simple**, à la différence près que les tribunaux accordent la mainlevée sur la foi d'un scan au format PDF. Par contre, ils n'accordent pas la mainlevée pour les contrats conclus par voie électronique¹⁵⁴.

3.4.2 Appréciation et conclusion

En rejetant la motion 19.3448 Dobler, qui demandait une adaptation de l'art. 82 LP aux nouvelles habitudes commerciales (voir le ch. 1.4), le Parlement a récemment exprimé qu'il ne souhaitait **pas d'adaptation** en rapport avec cette prescription de forme. Nombre de conseillers aux États ont fait preuve d'une grande retenue quant à une intervention dans les rapports déjà difficiles entre le créancier et le débiteur¹⁵⁵. La mainlevée provisoire pour les actes juridiques qui ne sont pas conclus en la forme écrite (c'est-à-dire sans signature) reviendrait à un renversement du fardeau de la preuve. Or la mainlevée provisoire n'a pas été prévue pour de tels actes juridiques. Dans ce contexte, le Conseil fédéral considère qu'il est pour l'instant préférable de renoncer à adapter les prescriptions de forme dans ce domaine : de tels changements ne sont **ni indispensables sur le plan pratique ni susceptibles de**

¹⁵¹ Voir SCHMIDT, n^{os} 19 s. ad art. 82 ; STAEHELIN, n^{os} 12, 14 et 17 ad art. 82 et EICHEL, n^{os} 24 ss avec les références citées ; concernant la copie, voir les n^{os} 30 ss et concernant le scan le n^o 35.

¹⁵² Voir EICHEL, n^{os} 25 ss et 57.

¹⁵³ EICHEL, n^o 38

¹⁵⁴ EICHEL, n^{os} 74 s.

¹⁵⁵ Voir BO 2021 E 282 ss.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

réunir un consensus politique. Il faudra vraisemblablement réévaluer la situation en tenant compte des nouvelles règles sur la future identité électronique étatique (voir le ch. 2.8).

3.5 Droit successoral

En droit successoral, des prescriptions de forme s'appliquent principalement en rapport avec les **dispositions pour cause de mort** : celles-ci sont prises soit par acte public, soit dans la forme olographe, soit dans la forme orale (art. 498 ss CC). Les **pactes successoraux** doivent eux aussi être reçus sous forme d'acte public (art. 512, al. 1, CC). Actuellement, il n'existe aucune autre possibilité de prendre valablement des dispositions pour cause de mort. En particulier, la forme électronique n'est pas admise.

Dans son avant-projet de révision du droit successoral de 2016, le Conseil fédéral avait notamment proposé de compléter l'art. 506 CC (testament passé en la forme orale) de manière à ce qu'il soit possible à l'avenir de prendre valablement des dispositions pour cause de mort sous la forme d'un **testament d'urgence audiovisuel**¹⁵⁶. Les participants à la consultation ont accueilli positivement cette proposition, mais ont soulevé de nombreuses questions liées à l'absence de témoins, au délai d'annulation ou de contestation, aux supports admissibles, à l'extension à des situations non urgentes, etc.¹⁵⁷. Le Conseil fédéral a par conséquent décidé d'examiner et de traiter la question des **nouvelles formes de dispositions pour cause de mort, en particulier numériques ou audiovisuelles**, dans le cadre du troisième volet de la révision du droit successoral. Le postulat 20.3797 Dobler (voir le ch. 1.4) sera également examiné dans ce contexte. L'administration a entamé ces travaux de révision, mais ils prendront encore quelque temps.

3.6 Droits réels

La constitution et la transmission des droits réels sur des immeubles requièrent la **forme authentique**. Celle-ci remplit plusieurs fonctions : elle protège les parties contre des engagements irréflechis¹⁵⁸, sert d'aide-mémoire¹⁵⁹ et de moyen de preuve¹⁶⁰, évite les conflits¹⁶¹, permet l'établissement de titres justificatifs pour le registre foncier¹⁶², a une fonction de police du droit¹⁶³, assure la clarté de l'acte juridique¹⁶⁴ et répond au besoin de disposer d'un acte authentique pouvant être conservé pendant une durée indéterminée¹⁶⁵ (voir le ch. 2.5.1).

L'exigence de la forme authentique recèle indubitablement une certaine complexité pour les parties et la loi ne peut l'ordonner que pour de justes motifs. Il est bien sûr permis de s'interroger sur son bien-fondé. Il a par exemple été question de la portée de l'acte authentique lors des délibérations parlementaires sur la révision partielle des dispositions relatives aux droits réels immobiliers entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012¹⁶⁶. L'exigence

¹⁵⁶ Rapport explicatif du 4 mars 2016 relatif à une modification du code civil (droit des successions), p. 50, consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Droit successoral

¹⁵⁷ Révision du code civil (Droit des successions), Synthèse des résultats de la procédure de consultation du 10 mai 2017, pp. 59 ss, consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Droit successoral

¹⁵⁸ BRÜCKNER, n^{os} 258 ss ; JEANDIN, p. 17

¹⁵⁹ MARTI, pp. 21 s.

¹⁶⁰ MARTI, pp. 22 s.

¹⁶¹ MARTI, p. 22.

¹⁶² JEANDIN, p. 17 ; MARTI, p. 24

¹⁶³ JEANDIN, p. 18 ; MARTI, p. 25

¹⁶⁴ WOLF / PFAMMATTER, n^o 9 ad art. 23 LN ; SCHMID, n^o 12 ad art. 55 tit. fin. CC

¹⁶⁵ BRÜCKNER CHRISTIAN, p. 63 ; JEANDIN, p. 18

¹⁶⁶ BO 2008 E 410 ss ; BO 2009 N 613 618 ss

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

de la forme authentique a en définitive été étendue à l'établissement de toutes les servitudes et hypothèques. Le but avancé lors des délibérations était d'améliorer la sécurité juridique des actes conclus en matière de propriété foncière et d'assurer l'établissement de justificatifs fiables pour le registre foncier. L'idée était par ailleurs de permettre à toutes les parties d'obtenir des conseils juridiques approfondis dans des situations complexes impliquant des engagements immobiliers importants¹⁶⁷.

Les fonctions de l'acte authentique, énoncées tant dans la doctrine que dans le cadre des débats politiques, n'ont rien perdu de leur importance à l'heure actuelle, bien au contraire. En matière de propriété foncière, les rapports juridiques deviennent de plus en plus complexes. Des propriétés par étages sont par exemple érigées sur des immeubles grevés d'un droit de superficie et ces immeubles font dans le même temps l'objet de plusieurs servitudes. Il semble alors indispensable d'établir un justificatif clair relatif au titre et de conseiller et d'informer les parties pour les protéger et assurer la sécurité du droit, et ce d'autant plus que les actes juridiques conclus en matière de droits réels immobiliers ont de lourdes conséquences pour les propriétaires fonciers concernés.

Le Conseil fédéral estime qu'il faut maintenir l'exigence de la forme authentique dans le domaine de la propriété foncière. À l'ère du numérique, il s'agit cependant aussi d'éliminer les obstacles en la matière (voir les initiatives en cours au ch. 2.5.2). Les mesures prises en vue d'une **instrumentation entièrement électronique des actes juridiques en rapport avec la propriété foncière** permettront de lever les barrières sans remettre en question l'exigence de la forme authentique.

3.7 Droit du bail, du contrat de travail et du contrat d'agence

L'essentiel des rares exigences de forme applicables en droit contractuel concernent des conventions accessoires (dans les domaines du droit du bail et du contrat de travail), lesquelles requièrent la forme écrite simple ou qualifiée voire une formule officielle (voir les ch. 2.4.4, 2.4.5 et 2.7.1).

Ces prescriptions de forme ont **une vaste portée pratique**, dans la mesure où presque tous les particuliers et entreprises sont partie à de tels contrats et conventions accessoires et doivent se soumettre à la forme écrite qui s'y applique. Par exemple, la forme écrite ou la communication au moyen d'une formule officielle s'applique lorsque le bailleur donne congé au locataire (art. 266I, al. 2, CO en relation avec l'art. 9 OBLF¹⁶⁸), lorsque le locataire donne congé au bailleur (art. 266I, al. 1, CO), lorsque le bailleur augmente le loyer ou procède à d'autres modifications unilatérales du contrat (art. 269d CO en relation avec l'art. 19 OBLF) ou, en cas de demeure du locataire, lorsque le bailleur lui fixe un délai de paiement et lui signifie qu'à défaut de paiement dans ce délai, il résiliera le bail (art. 257d CO). En droit du contrat de travail, la prohibition de faire concurrence (art. 340, al. 1, CO), les conventions concernant la rétribution des heures supplémentaires (art. 321c, al. 3, CO) ou l'opposition à la résiliation abusive des rapports de travail (art. 336b CO) ne sont par exemple valables qu'en la forme écrite. Certaines conventions accessoires en droit du contrat d'agence sont également soumises à la forme écrite, dans le but de protéger l'agent¹⁶⁹.

Les rapports contractuels susmentionnés (en droit du bail, principalement lorsqu'il s'agit de la location de locaux d'habitation, mais en partie aussi de locaux commerciaux) se caractérisent en général par un déséquilibre des forces en présence et par le fait que le contrat

¹⁶⁷ BO 2008 E 410 ss ; BO 2009 N 613 618 ss

¹⁶⁸ Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux ; RS 221.213.11

¹⁶⁹ Concernant l'histoire et la *ratio legis* du droit du contrat d'agence, voir BÜHLER, remarques précédant le commentaire des art. 418a à 418v, n^{os} 21 ss.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

concerne un pan fondamental de la vie de la partie la plus faible. Au vu de la portée des conventions passées, la forme écrite est primordiale pour **protéger la partie la plus faible** et pour **sauvegarder les preuves**¹⁷⁰. Les changements sociétaux et en particulier la numérisation des transactions n'y changent rien. Il n'y a pas lieu en droit contractuel de supprimer les prescriptions de forme en vigueur ni de les remplacer par d'autres.

3.8 Droit des sociétés

3.8.1 Optimisation et simplification des processus du registre du commerce

Après avoir procédé à un audit de la fiabilité des données du registre du commerce et de la surveillance de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC), le Contrôle fédéral des finances (CDF) a recommandé entre autres « d'étudier les possibilités légales, techniques et financières de simplifier à moyen terme l'environnement informatique dédié au registre du commerce », notant qu'« une application informatique unique pour tous les offices suisses serait plus efficiente. Elle permettrait de rationaliser les coûts des cantons et de la Confédération, tout en assurant un traitement sécurisé et simplifié des données »¹⁷¹. L'office compétent a par conséquent fait analyser par un bureau externe les besoins des utilisateurs et des parties prenantes au registre du commerce en vue d'une uniformisation de l'environnement informatique. Cette analyse a mis en évidence en février 2020 que les utilisateurs du registre du commerce avaient essentiellement besoin de données d'un niveau de qualité élevé et uniforme, de convivialité, de fonctions de recherche étendues et de processus rapides¹⁷². Le 28 avril 2021, le Conseil fédéral a décidé de renoncer à mettre en œuvre la recommandation du CDF et a chargé le DFJP de lui soumettre un rapport d'ici la fin 2022 sur les possibilités légales, techniques et financières de simplifier l'environnement informatique du registre du commerce. Lors de sa séance du 9 décembre 2022, le Conseil fédéral a établi le cadre d'une modification du CO et de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC) et chargé le DFJP d'élaborer un avant-projet d'ici la fin juin 2024. Cette révision vise à examiner d'autres améliorations des processus du registre du commerce. L'administration fédérale prépare actuellement un avant-projet à l'intention du Conseil fédéral. Certaines des mesures qui y sont prévues, faisant appel notamment à la numérisation, pourraient entraîner un réexamen des exigences de forme en droit des sociétés à des fins de simplification et d'optimisation.

3.8.2 Création d'entreprises par voie entièrement numérique (motion 21.3180 Silberschmidt)

La motion 21.3180 Silberschmidt, adoptée par le Parlement en décembre 2022, demande au Conseil fédéral de veiller à ce qu'il soit possible de créer des entreprises sans rupture de support, c'est-à-dire de manière entièrement numérique (voir le ch. 1.4). Dans son avis du 19 mai 2021, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion et noté que depuis le 1^{er} janvier 2013, tous les offices du registre du commerce étaient tenus d'accepter les réquisitions d'inscription effectuées par voie électronique et de saisir et traiter les données sous forme numérique dans le réseau électronique des registres du commerce ; il a rappelé qu'ils étaient équipés en conséquence. Il a indiqué également qu'il allait adopter le message relatif à la loi fédérale sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (qui correspond maintenant au projet de LNN, voir le ch. 2.5.2). Le projet prévoit l'instrumentation sous forme numérique sans rupture de support. Pour que la constitution

¹⁷⁰ Concernant le droit du contrat de travail, voir STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, n° 3 ad art. 320.

¹⁷¹ Voir Contrôle fédéral des finances, Fiabilité des données du registre du commerce, 16 avril 2018, consultable à l'adresse [www.efk.admin.ch/fr/>Publications > Justice et police > Archives justice et police > Fiabilité des données du registre du commerce - Office fédéral de la justice](http://www.efk.admin.ch/fr/>Publications>Justice%20et%20police>Archives%20justice%20et%20police>Fiabilité%20des%20données%20du%20registre%20du%20commerce%20-%20Office%20fédéral%20de%20la%20justice).

¹⁷² BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, Bedarfsabklärung: Vereinheitlichung der Informatikumgebung des Handelsregisters, 28 février 2020, consultable à l'adresse [www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit externes > Bedarfsabklärung: Vereinheitlichung der Informatikumgebung des Handelsregisters](http://www.ofj.admin.ch>Publications%20et%20services>Rapports,%20avis%20de%20droit%20et%20décisions>Rapports%20et%20avis%20de%20droit%20externes>Bedarfsabklärung:Vereinheitlichung%20der%20Informatikumgebung%20des%20Handelsregisters).

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

d'une entreprise puisse se faire entièrement sous forme numérique, les parties devraient cependant pouvoir prendre part à la procédure d'instrumentation et s'identifier de manière totalement virtuelle, ce que les 26 réglementations cantonales relatives à l'établissement d'actes authentiques ne permettent pas encore à l'heure actuelle. L'UE, avec sa directive (UE) 2019/1151 concernant l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, avance elle aussi dans la direction souhaitée par l'auteur de la motion : d'ici au 1^{er} août 2023, les 27 États membres de l'UE devaient mettre en place des procédures permettant la création d'entreprises en ligne¹⁷³. La Suisse aussi a un intérêt marqué à l'instauration d'une procédure entièrement numérique, sans rupture de support. Dans l'optique de cette numérisation justement, il est opportun d'uniformiser les règles sur l'instrumentation au niveau suisse. Un groupe d'experts mandaté par l'OFJ élabore actuellement les principes généraux d'une procédure d'instrumentation unifiée à l'échelon fédéral¹⁷⁴. Ces principes serviront de base aux travaux législatifs qui seront menés en association avec les cantons et le notariat pour permettre la constitution d'entreprises sous forme entièrement numérique. L'administration fédérale a entamé les travaux et a traité certains aspects de la motion dans le contexte des travaux sur la LNN et sur l'optimisation et la simplification des processus du registre du commerce (voir le ch. 3.8.1).

3.9 Loi fédérale sur le crédit à la consommation

La LCC impose la forme écrite pour les contrats de crédit à la consommation, pour les contrats de leasing et pour les contrats par lesquels le prêteur accorde un crédit à un consommateur sous la forme d'une avance sur compte courant ou sur compte lié à une carte de crédit ou à une carte de client avec option de crédit (voir les art. 9, al. 1, 11, al. 1, et 12, al. 1, LCC). Cette prescription de forme vise principalement à informer les consommateurs de manière exhaustive sur la portée, l'étendue et les frais liés au contrat de crédit à la consommation ; elle les protège en outre d'une conclusion de contrat trop hâtive¹⁷⁵. À cela s'ajoutent les fonctions de sauvegarde des preuves et de facilitation de la procédure¹⁷⁶. La forme écrite prend en compte la situation des consommateurs en tant que preneurs de crédit non initiés aux transactions juridiques, lesquels s'exposent à des risques financiers considérables¹⁷⁷.

Les règles suisses sont proches de celles de ses **voisins européens** : la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs exige que les contrats de crédit soient établis sur papier (art. 10, par. 1). Le droit allemand prévoit par exemple que les contrats de prêt aux consommateurs doivent être conclus par écrit et porter la signature manuscrite du consommateur (§ 492 (1) BGB).

La LCC a été modifiée dans le contexte de la refonte du droit relatif aux marchés financiers et de l'élaboration de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin)¹⁷⁸, où l'on a également examiné s'il fallait renoncer aux prescriptions de forme¹⁷⁹. Le Conseil fédéral a alors conclu que l'allègement des exigences de forme remettrait en question un élément qui, au sein de la LCC, est **une des pierres d'angle de la protection des**

¹⁷³ Directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, JO L 186 du 11.7.2019, p. 80

¹⁷⁴ Voir www.ofj.admin.ch > Économie > Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse

¹⁷⁵ Arrêt du TF 4C.227/2001 du 29 octobre 2001, consid. 2.a

¹⁷⁶ Voir BARNIKOL, p. 67.

¹⁷⁷ BARNIKOL, p. 67

¹⁷⁸ BO 2018 5247 ; FF 2015 8101

¹⁷⁹ Voir le rapport explicatif du 4 août 2017 sur la révision de la LCC (soumission à la loi des plateformes de financement participatif), p. 5.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

consommateurs. Il a décidé d'abandonner cet aspect, jugeant qu'un tel affaiblissement sans débat politique de principe n'était pas justifié¹⁸⁰.

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il n'y a pas lieu aujourd'hui de revenir sur la décision d'alors, dans la mesure où la technologie et la société n'ont guère évolué depuis. La comparaison avec d'autres pays ne laisse pas entrevoir davantage de motifs de changer de cap. En rapport avec le postulat 19.3759 (voir le ch. 1.4), il convient de déterminer s'il est possible dans le cas concret de remplir les objectifs liés à la forme écrite (protection des consommateurs, sauvegarde des preuves et protection contre des engagements irréfléchis) d'une autre manière. La forme textuelle sans obligation de signature ne permet pas la sauvegarde des preuves ni ne protège les parties contre des engagements irréfléchis (voir les ch. 2.3, 2.4.1, 2.4.2 et 2.6.1). Elle ne peut dès lors remplacer la forme écrite exigée par la LCC. Faut-il dès lors trouver une nouvelle solution sectorielle ? Cela semble à l'heure actuelle peu approprié. Les objectifs de protection poursuivis au moyen des prescriptions de forme figurant dans la LCC exigent une identification sûre des consommateurs, ainsi qu'un « obstacle » à la conclusion du contrat, ayant une fonction d'alerte. Il faudrait donc prévoir une procédure d'identification sécurisée, chose impossible aujourd'hui sans une débauche de moyens (l'e-ID pourrait faciliter les choses, voir le ch. 2.8). Avant la conclusion du contrat de crédit de consommation proprement dite, il faudrait également prévoir un mécanisme protégeant les consommateurs d'engagements irréfléchis. La forme écrite simple permettrait de remplir cette fonction de manière efficace. D'autres solutions numériques, comme la double confirmation par clics de souris, n'offrent pas le même degré de protection contre des engagements irréfléchis¹⁸¹. Une solution sectorielle serait donc comparativement coûteuse voire encore plus coûteuse que la forme écrite simple et on peut douter que les consommateurs acceptent mieux cette solution que la signature électronique qualifiée. Il ne semble donc pas y avoir à l'heure actuelle d'autres options valables que les prescriptions de forme de la LCC. Comme cela a déjà été dit, l'e-ID pourrait à l'avenir permettre une identification sûre des consommateurs, simplifier l'utilisation de la signature électronique qualifiée et la rendre plus attrayante pour les consommateurs.

3.10 Droit de la procédure civile et droit de la poursuite pour dettes et de la faillite

Les prescriptions de forme jouent un rôle central dans tout le droit de la procédure, et par conséquent aussi dans le **droit de la procédure civile**. Des exigences formelles s'appliquent aux actes des parties (voir l'art. 130 CPC). C'est le cas également pour les citations à comparaître et les notifications judiciaires, eu égard tant à la forme qu'à la notification (voir les art. 133 et 136 ss). Les actes des parties peuvent aujourd'hui être transmis par voie électronique et, avec l'accord de la personne concernée, les citations, les ordonnances et les décisions peuvent lui être notifiées par voie électronique (voir les art. 130, al. 2, et 139 CPC).

Le **projet Justitia 4.0**, lancé sur le mandat de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police et de la Conférence de la justice, vise un passage complet au numérique pour l'ensemble des acteurs de la justice suisse¹⁸². Il ne s'agit pas seulement d'adapter les prescriptions de forme applicables aux actes des parties, mais de remplacer les dossiers papier par des dossiers électroniques. La communication dans le domaine judiciaire entre les personnes concernées se feront sous forme électronique via une plateforme centralisée, et ce dans les procédures civiles, pénales et administratives. Les adaptations du droit fédéral que cela implique figurent dans le projet de loi fédérale

¹⁸⁰ Voir le rapport explicatif du 4 août 2017 sur la révision de la LCC (soumission à la loi des plateformes de financement participatif), p. 5.

¹⁸¹ Cliquer prend peu de temps et est devenu un acte de routine qui ne permet pas aux consommateurs de mener une réflexion approfondie sur la déclaration de volonté qu'ils s'approprient à faire. Il n'y a qu'à penser pour s'en convaincre à l'alerte relative à l'utilisation de cookies qui apparaît à chaque consultation d'un site Internet ; en pratique, les internautes sont peu conscients de son but.

¹⁸² Pour de plus amples informations, voir www.justitia40.ch.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire, actuellement débattu au Parlement¹⁸³. Celui-ci prévoit que les utilisateurs s'identifient au moyen d'une identité électronique reconnue par le Conseil fédéral auprès d'une plateforme centralisée afin de pouvoir transmettre des documents (mémoires, moyens de preuve) aux tribunaux et aux autorités. La plateforme apposera un cachet électronique réglementé et un horodatage électronique qualifié sur le document. On pourra donc renoncer à la signature manuscrite ainsi qu'à la signature électronique qualifiée. L'identification électronique permettra d'apporter la preuve que c'est telle personne qui a transmis le document. L'apposition d'un cachet électronique réglementé et d'un horodatage électronique qualifié permettra quant à elle de déterminer le jour et l'heure de la transmission et d'assurer l'intégrité du document transmis.

Le numérique est déjà bien avancé depuis des années dans le domaine de la poursuite pour dettes et de la faillite : **e-LP** est une norme d'échange de données électroniques relatives aux poursuites entre personnes physiques, personnes morales de droit privé ou public et offices des poursuites. Grâce à cette norme, les créanciers peuvent déposer par voie électronique une réquisition de poursuite ou une demande de délivrance d'un extrait du registre des poursuites et faillites¹⁸⁴. En 2022, 1 942 765¹⁸⁵ des 2 782 251¹⁸⁶ procédures de poursuites (soit environ 70 %) ont été menées par voie électronique au moyen de la norme e-LP.

Le Conseil fédéral a fait des propositions en vue d'une **numérisation plus poussée** du domaine des poursuites. Les offices des poursuites devront indiquer sur l'extrait du registre si la personne visée est déjà inscrite au contrôle des habitants de l'arrondissement de poursuite. Les offices devront pour ce faire avoir accès sous forme électronique aux données du registre des habitants. Par ailleurs, le projet favorise l'utilisation des actes de défaut de biens électroniques et met en place un nouveau cadre législatif pour les ventes aux enchères en ligne comme mode de réalisation¹⁸⁷. La procédure de consultation relative à cet objet a eu lieu à l'automne 2022. L'évaluation est en cours et le Conseil fédéral devrait adopter le projet et le message à l'intention du Parlement au troisième trimestre 2023.

4 Synthèse et conclusions

L'analyse (voir les ch. 3 ss) montre que la forme écrite et la forme authentique ne sont prévues par la loi que pour quelques actes juridiques. La majorité des actes juridiques pour lesquels ces prescriptions de forme s'appliquent sont très spécifiques et rarement conclus par des particuliers ou des entreprises, si ce n'est par des acteurs particuliers de certaines branches, relevant par exemple du droit immobilier ou du droit des sociétés. Des motifs spécifiques parlent en faveur du maintien de ces prescriptions de forme ; y renoncer ou les remplacer au cas par cas par une forme permettant d'établir la preuve par un texte est une solution qui ne paraît à l'heure actuelle ni opportune ni susceptible de rallier une majorité. Des travaux sont en cours dans les deux branches citées en vue de l'adoption ou de la simplification de processus numériques. Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral considère que les prescriptions de forme existantes ne constituent pas aujourd'hui d'obstacle important à la numérisation pour l'économie et la société suisses.

¹⁸³ Message du 15 février 2023 concernant la loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire, FF 2023 679 ; voir également www.parlement.ch > [23.022](#) « Loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire ».

¹⁸⁴ Pour de plus amples informations, voir www.e-lp.ch et www.ofj.admin.ch > Etat & Citoyen > Informatique juridique > [Projet e-LP](#).

¹⁸⁵ Voir www.e-lp.ch > Actualités > e-LP en chiffres.

¹⁸⁶ Voir www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html > Trouver des statistiques > Industrie, services > Entreprises et emplois > Démographie des entreprises > Poursuites et faillites.

¹⁸⁷ Pour de plus amples informations, voir www.ofj.admin.ch > Economie > Projets législatifs en cours > [Modernisation du domaine des poursuites](#).

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

La suppression des exigences de forme ou leur remplacement au cas par cas par la forme permettant d'établir la preuve par un texte pour les autres actes juridiques concernés qui touchent régulièrement des particuliers ou des entreprises, notamment en droit du bail et en droit du contrat de travail, ne semble pas matériellement justifiée ni susceptible de rallier une majorité. Dans les autres domaines concernés, soit des démarches sont déjà en cours pour permettre le recours aux processus numériques, par exemple en matière de droit successoral (voir le ch. 3.5) ou en matière de droit de la procédure (voir le ch. 3.10), soit des décisions politiques ont été prises contre de tels processus, par exemple en matière de mainlevée provisoire (voir le ch. 3.4) ou dans le domaine de la LCC (voir le ch. 3.9).

La forme permettant d'établir la preuve par un texte, qui correspond par exemple à celle requise pour l'élection de for et pour la convention d'arbitrage (art. 17, al. 2, et 358, al. 1, CPC ; art. 5, al. 1, et 178, al. 1, LDIP) ou à la forme textuelle allemande (§ 126 BGB) ne peut remplacer la forme écrite, car elle ne peut assurer ni la fonction de preuve ni celle de protection contre des engagements irréflechis (voir les ch. 2.3, 2.4.1, 2.4.2 et 2.6.1). Compléter la forme écrite par la forme textuelle ou créer une forme textuelle générale en tant que variante standard ne serait pas approprié. Le Conseil fédéral est opposé à cette option.

On peut donc se demander s'il serait judicieux de créer une nouvelle prescription de forme qui pourrait remplacer la forme écrite simple, mais qui serait plus facile à mettre en œuvre en pratique que la signature électronique qualifiée. Aucune forme ou signature de ce type ne semble pour l'heure exister. C'est en définitive l'État qui donne la confiance dans la signature électronique qualifiée (voir le ch. 2.4.2), comme dans les pays voisins de la Suisse (voir le ch. 2.4.4). Une autre option serait une preuve numérique d'authenticité et d'intégrité qui serait décrite de manière abstraite dans le texte de loi. Le choix de la signature concrètement utilisée pourrait être donné aux parties, la seule condition étant que cette signature soit « sûre », c'est-à-dire qu'elle atteste l'authenticité et l'intégrité de la déclaration. Mais une telle forme aurait des inconvénients majeurs, car les parties devraient impérativement pouvoir se fier au prestataire de la signature sans intervention de l'État. Il semble donc plus qu'incertain qu'une telle forme puisse susciter confiance et acceptation et se diffuser. De plus, il serait très difficile voire impossible (pour un juge ou pour une autorité) de vérifier si la prescription de forme est respectée. Le Conseil fédéral juge ce changement de paradigme inopportun. La signature électronique qualifiée au sens de la SCSE correspond cependant pour l'essentiel au concept de la cryptographie asymétrique avec une base de confiance créée par l'État. Il ne serait pas judicieux de créer une nouvelle forme semblable.

La preuve de l'identité électronique reconnue par l'État (e-ID) devrait permettre dans peu de temps d'attester l'identité d'un utilisateur sous forme numérique. L'e-ID pourrait donc, au moins en partie, assurer la fonction de preuve (voir le ch. 2.8). Des possibilités nouvelles pourraient en résulter. Il serait notamment possible de rendre plus simple l'utilisation de la signature électronique qualifiée. Mais l'e-ID permettra également à des particuliers qui sont parties à un contrat, à des autorités étatiques et au législateur d'identifier l'autre partie de manière sûre.

Dans le présent rapport, on a examiné en particulier les prescriptions de forme applicables à la cession de créances et au droit des papiers-valeurs, dans la mesure où il s'agit de secteurs juridiques extrêmement importants en pratique (voir les ch. 3.2 et 3.3). En droit des papiers-valeurs, aucune nécessité de prévoir de nouvelles solutions n'est apparue. En matière de cession de créance, par contre, aujourd'hui soumise à la forme écrite, une solution plus simple s'avère nécessaire. Il semble cependant aujourd'hui qu'il n'existe pas de solution qui n'entraîne pas dans le même temps des inconvénients plus importants ou des conséquences imprévisibles. C'est pourquoi le Conseil fédéral estime qu'il est nécessaire d'attendre les

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

évolutions à venir dans ces secteurs, et ce d'autant que les prescriptions de forme en vigueur n'empêchent pas la conclusion d'actes juridiques, ni ne la compliquent outre mesure.

Le Conseil fédéral conclut qu'aucune mesure supplémentaire ne s'impose en rapport avec les prescriptions de forme prévues par la loi. Dans leur ensemble, les prescriptions de forme en droit privé ne constituent pas un obstacle important à la numérisation. La nécessité d'agir au plan législatif n'est pas générale, mais bien plus ponctuelle, c'est-à-dire limitée à des secteurs du droit et à des domaines déterminés. Le présent rapport fait état des mesures déjà mises en œuvre ou sur le point de l'être, certaines impliquant des changements en profondeur. Des problèmes pratiques déjà apparus ou qui pourraient encore apparaître pourront dès lors être réglés de manière plus simple et plus efficace que par la création d'une nouvelle forme légale de droit privé ou par d'autres interventions profondes dans les prescriptions de forme de droit privé.

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

Bibliographie

BARNIKOL MICHAEL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, thèse, Berne 2014

BERGER BERNHARD, in : Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, vol. I ad art. 1 à 149 CPC, vol. II ad art. 150 à 352 et 400 à 406 CPC, coord. : Andreas Güngerich ; commenté par Cipriano Alvarez [et al.], vol. III ad art. 353 à 399 et 407 CPC, coord. : Marco Stacher ; commenté par Christopher Boog [et al.], Berne 2012 à 2014

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993

BRÜCKNER CHRISTIAN, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in : Schweizerischer Notarenverband (éd.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne 2018

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zurich 2000

EGGEN MIRJAM, Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten (Zession und Wertpapierrecht), Teil 2: Zessionsrecht, avis de droit sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Berne 2020, consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Publications et services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit externes > 26.06.2021

EGGEN MIRJAM / CACHIN CHRISTIAN, Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten (Zession und Wertpapierrecht), Teil 1: Wertpapierrecht, avis de droit sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Berne 2020, consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Publications et services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit externes > 22.12.2020

EICHEL FLORIAN, Gutachten zum Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift als Voraussetzung an den provisorischen Rechtsöffnungstitel im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs, avis de droit sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Berne 2019, consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Publications et services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit externes > 12.06.2019

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2020

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

GIRSBERGER DANIEL, in : Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e édition, Bâle 2017

GRÄNICHER DIETER, in: Grolimund Pascal / Loacker Leander D. / Schnyder Anton K. (éd.) Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4^e édition, Bâle 2019

GROLIMUND PASCAL / BACHOFNER EVA, in: Grolimund Pascal / Loacker Leander D. / Schnyder Anton K. (éd.) Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4^e édition, Bâle 2019

Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82^e édition, Munich 2022 (cit. Grüneberg-AUTOR)

HOSTETTLER YANNICK / HEDINGER MARTIN, in: Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3^e édition, Zurich 2016

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019

JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Zurich/Bâle/Genève 2017

KRAMER ERNST A. / SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR. Allgemeine Bestimmungen: Die Entstehung durch Vertrag, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berne 1986

KUHN HANS, in : Amstutz Marc / Breitschmid Peter / Furrer Andreas / Girsberger Daniel / Huguenin Claire / Jungo Alexandra / Müller-Chen Markus / Roberto Vito / Schnyder Anton K. / Trüb Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^e édition, Zurich 2016

KUHN HANS / STENGEL CORNELIA / MEISSER LUZIUS / WEBER ROLF H., Wertrechte als Rechtsrahmen für die Token-Wirtschaft, in : Jusletter IT, 23 mai 2019

MAIRE SONJA / GERSZT ARIE, DLT-Vorlage des Bundesrates: Zivil- und finanzmarktrechtliche Aspekte in: Reutter Thomas U. / Werlen Thomas, Kapitalmarkt (éd.), Recht und Transaktionen XV, Zurich 2020

MARTI HANS, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Berne 1989

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

MEIER-HAYOZ ARTHUR / VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 3^e édition, Berne 2018

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR. Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne 2018

OETIKER CHRISTIAN, in: Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (éd.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (2 volumes), 3^e édition, Zurich 2018

PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, Les papiers-valeurs, Schweizerisches Privatrecht Band VIII/7, Bâle 2006

PRÜTTING HANNS / WEGEN GERHARD / WEINREICH GERD (éd.), BGB Kommentar, 17^e édition, Cologne 2022 (cit. PWW-AUTEUR)

SÄCKER FRANZ JÜRGEN (éd.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1 – 240, AGG, 7^e édition, Munich 2015 (cit. Münchener Kommentar-AUTEUR)

SCHMID JÖRG, in : Geiser Thomas / Wolf Stephan (éd.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 6^e édition, Bâle 2019

SCHMIDT ANDRÉ, in : Dallèves Louis / Foëx Bénédicte / Jeandin Nicolas (éd.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi de la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé, Bâle 2005

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung, einschl. Internationales Privatrecht, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3^e édition, Zurich 1973

SCHWENZER INGEBORG / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, in : Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (éd.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, 7^e édition, Bâle 2019

SCHWENZER INGEBORG / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8^e édition, Berne 2020

STAEHELIN DANIEL, in: Daniel Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi (éd.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3^e édition, Bâle 2021

Rapport du Conseil fédéral sur l'examen des prescriptions de forme en droit privé

STREIFF ULLIN / VON KÄNEL ADRIAN / RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e édition, Zurich 2012

VON TUHR ANDREAS / PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3^e édition, Zurich 1979

WIEGAND WOLFGANG / HURNI CHRISTOPH, in: Heinrich Honsell (éd.), Kurzkomentar Obligationenrecht, 2^e édition, Bâle 2014

WOLF STEPHAN / PFAMMATTER ARON, N 9 zu Art. 23 NG in: Wolf Stephan (éd.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Berne 2009

XOUDIS JULIA, in : Thévenoz Luc / Werro Franz (éd.), Commentaire Romand, Code des obligations I., Art. 1-529 CO, 3^e édition, Bâle 2021

ZOBL DIETER, in : Zobl Dieter / Hess Martin / Schott Ansgar (éd.), Kommentar zum Bucheffektengesetz (BEG), Zurich 2013