



Direction des finances
Office d'informatique et d'organisation
Bureau central de coordination des achats

Signature numérique des contrats

Mémento du 7 juin 2024 de la Conférence cantonale des achats (CCA)

1. Recommandations

1. Les autorités cantonales doivent en principe utiliser un cachet électronique réglementé pour signer un contrat ; l'autre partie peut signer avec son cachet électronique réglementé ou une signature électronique qualifiée (QES¹), selon ce dont elle dispose.
2. La signature électronique qualifiée est toutefois impérative en ce qui concerne les contrats pour lesquels le droit fédéral prescrit la forme écrite du fait de leur type ou des dispositions qu'ils contiennent (cf. annexe 1).
3. Il importe peu que l'autre partie au contrat appose sa signature électronique qualifiée selon le droit suisse ou européen, son cachet électronique réglementé ou la QES qui lui a été fournie par l'application BE-Signature.
4. Les contrats ne revêtant pas une importance majeure peuvent être conclus sous forme textuelle (p. ex. par courriel) lorsque l'autorité cantonale juge le risque de contestation de la validité ou de l'authenticité du contrat plus faible que les formalités associées à une signature numérique.
5. Une méthode de signature hybride (c.-à-d. signature numérique des autorités et signature manuscrite de l'autre partie) ne doit être utilisée qu'à titre exceptionnel et dans le cas de contrats n'ayant pas une importance majeure, du fait de la rupture de média que cela implique.
6. L'annexe 2 récapitule les cas d'application précédemment mentionnés.
7. Il importe en outre de se référer aux textes suivants :
 - a. pour les contrats de travail de droit public : mémento spécifique de l'Office du personnel concernant la signature numérique,
 - b. prescriptions concernant la double signature des contrats, notamment l'[article 11, lettre b OOMP²](#),
 - c. dispositions spécifiques de l'organisation sur la compétence pour conclure les contrats,
 - d. indications du site cantonal www.be.ch/signature sur la signature numérique et sa vérification.

2. Contexte

Depuis novembre 2023, le service BE-Signature de l'Office d'informatique et d'organisation (OIO) est à la disposition de tous les membres du personnel du canton de Berne. Cette application de signature numérique, qui peut être commandée via le [Catalogue des services de l'OIO](#), est décrite en détail sur le site accessible via ce lien : www.be.ch/signature.

¹ Abréviation de l'anglais « qualified electronic signature »

² Ordonnance sur l'organisation des marchés publics, RSB 731.22

BE-Signature permet aux membres du personnel cantonal de signer numériquement des documents via une interface Web, à partir du système GEVER de gestion électronique des affaires ou à partir d'applications spécialisées. Il offre deux méthodes de signature : le cachet électronique réglementé du canton ou une signature électronique qualifiée personnelle. De plus, il permet de soumettre des documents pour signature électronique à d'autres personnes au sein ou en dehors de l'administration (p. ex. des partenaires contractuels).

Ce mémento explique pour quels contrats passés par l'administration bernoise il est recommandé d'utiliser BE-Signature, qu'il s'agisse de contrats relevant du code des obligations (CO) ou de contrats de droit public au sens du droit administratif bernois, tels que les conventions de prestations conclues avec des organisations fournissant des services d'intérêt général.

3. Bases légales

Les personnes ayant à traiter avec des autorités du canton de Berne pour des raisons professionnelles sont tenues de le faire par voie électronique, et vice versa (article 8 LAN³). Cette obligation concerne notamment les personnes morales et les personnes qui demandent ou reçoivent des subventions cantonales. Les autorités doivent désigner les outils TIC (p. ex. BE-Signature) nécessaires à ces échanges.

En conséquence, les contrats passés avec le canton de Berne le sont normalement par voie électronique. Toutefois, lorsque le canton n'agit pas en tant qu'autorité publique mais en vertu du droit privé ou qu'il conclut des contrats avec des personnes physiques qui ne sont pas tenues d'échanger avec les autorités par voie électronique en vertu de l'article 8 LAN, la forme numérique du contrat doit faire l'objet d'un consensus entre toutes les parties.

L'utilisation de la signature numérique est réglementée de la manière suivante en droit administratif bernois :

La forme de document déterminante sur le plan juridique est la forme numérique (art. 5, al. 2 LAN). Les normes TIC cantonales règlent les méthodes certifiant l'authenticité des documents numériques (art. 2 OAN⁴). Les normes sont fixées par le Conseil-exécutif (art. 14 LAN), qui en a délégué la compétence à la Conférence pour l'administration numérique et les TIC (CNT ; art. 34, al. 1, lit. c LAN en lien avec l'art. 8 OAN). Celle-ci a défini dans les normes TIC (www.be.ch/normes TIC), sous l'ID APP-019, que la QES et le cachet électronique réglementé sont des méthodes autorisées pour certifier l'authenticité des documents des autorités et des tiers.

Il s'ensuit que les méthodes de signature fournies par BE-Signature sont valables en droit administratif bernois et qu'elles attestent l'authenticité des documents signés. La signature numérique n'est toutefois pas indispensable dans tous les cas. Des documents non signés (p. ex. courriels ou données de journalisation des applications) sont eux aussi juridiquement contraignants s'il n'existe aucun doute sérieux quant à leur authenticité (art. 2, al. 1, lit. b OAN).

Le droit administratif impose les exigences suivantes en ce qui concerne les contrats passés par le canton de Berne :

Aux termes de l'article 13, alinéa 1 OAIMP⁵, « L'adjudicateur conclut le contrat par écrit. Il n'est pas exigé que le contrat conclu sous forme numérique porte une signature manuscrite ou électronique. » ; « par écrit » signifie ici « sous forme de texte », c'est-à-dire « une forme numérique permettant d'établir la preuve par un texte » (art. 3 OAN). La seconde phrase de l'article 13, alinéa 1 OAIMP doit aussi être interprétée de cette manière : une signature manuscrite ou numérique n'est pas indispensable. Cela correspond à la

³ Loi sur l'administration numérique, RSB 109.1

⁴ Ordonnance sur l'administration numérique, RSB 109.111

⁵ Ordonnance concernant l'accord intercantonal sur les marchés publics, RSB 731.21

notion de forme écrite dans l'acception du droit administratif bernois, qui est bien plus vaste que dans le droit des obligations (cf. ci-dessous).

Il importe néanmoins de tenir également compte des exigences particulières du droit civil fédéral. Selon le Code des obligations, la conclusion des contrats n'est soumise à aucune exigence formelle ; autrement dit, ils peuvent aussi être conclus oralement ou par écrit. Une signature manuscrite est toutefois nécessaire lorsque la loi prescrit la forme écrite au sens du droit fédéral (art. 13 et 14 CO⁶). Elle peut être remplacée uniquement par une signature électronique qualifiée : un cachet électronique réglementé ne convient pas dans ce cas (art. 14, al. 2bis CO). Par conséquent, la QES s'impose pour tous les contrats conclus par voie électronique qui nécessitent la forme écrite en vertu de la législation fédérale.

Cela signifie que le canton de Berne doit passer ses contrats au minimum sous forme de texte simple et les signer avec une QES lorsque le droit fédéral le prescrit.

Dans la pratique, on rencontre parfois une forme « hybride » dans laquelle une partie signe de sa main, tandis que l'autre (en l'occurrence les autorités) signe par voie électronique la copie numérique du contrat portant la signature manuscrite. Cette forme est toutefois déconseillée car, du fait de la rupture de média, il n'existe aucun exemplaire original du contrat mais de simples copies. Comme cela peut poser des problèmes de preuve en cas de litige, cette méthode ne doit être utilisée qu'à titre exceptionnel et pour des contrats d'importance mineure, notamment lorsqu'une partie n'est pas en mesure d'utiliser la fonction QES de BE-Signature, par exemple parce qu'elle n'a pas de smartphone ou de pièce d'identité valide.

Annexe 1 : Contrats requérant la forme écrite en vertu du Code des obligations

Les contrats ou actes juridiques soumis à la forme écrite, donc valables uniquement avec une QES ou une signature manuscrite et qui peuvent être pertinents dans la pratique de l'administration sont les suivants⁷ :

- cessions de créances (art. 165 CO),
- promesses de dons (art. 243 CO),
- contrats entre une société anonyme et son représentant (art. 718b CO),
- acquisition de la qualité d'associé d'une société coopérative (art. 834, 840 CO),
- engagements de créances (art. 900, 903 CC⁸),
- transferts de marques (art. 17 LPM⁹) et droits sur le design (art. 14 LDes¹⁰),
- décisions d'une association (art. 66 CC),
- divers contrats ou conventions et actes juridiques concernant le droit du travail, des baux à loyer, des sociétés anonymes, des assurances, des successions, de la protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que le droit foncier. Les pactes successoraux et les contrats de vente immobilière requièrent non seulement la forme écrite, mais aussi la forme authentique.

⁶ Code suisse des obligations, RS 220

⁷ Voir : Christoph Müller, Berner Kommentar zum OR (commentaire bernois du CO), 2018, art. 11 N 72 ss.

⁸ Code civil suisse, RS 210

⁹ Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance, RS 232.11

¹⁰ Loi fédérale sur la protection des designs, RS 232.12

Annexe 2 : Récapitulatif des cas d'application

Le tableau suivant fournit un récapitulatif simplifié des cas d'application possibles et des méthodes de signature appropriées. La colonne « Risque » indique le niveau de risque juridique dans les rares cas où le contrat ferait l'objet d'une procédure judiciaire parce que la partie adverse en conteste la validité ou l'authenticité. Il appartient à l'autorité contractante d'employer dans chaque cas la méthode adaptée au risque concret.

	Risque	Méthode	Cas d'application
1.	Aucun	a. QES (des deux parties)	Contrats ou clauses contractuelles requérant la forme écrite (cf. annexe 1)
		b. Cachet (canton) / cachet ou QES (autre partie)	En règle générale , tous les contrats <i>exceptés</i> ceux mentionnés ci-dessus et ci-dessous
2.	Faible	Cachet (canton) / signature manuscrite numérisée (autre partie)	Cas particuliers de contrats d'importance mineure, lorsque l'autre partie ne peut ou ne souhaite pas signer numériquement
3.	Majoré	Simple forme textuelle, p. ex. courriel, photo de la signature manuscrite, signature électronique simple ou avancée	Cas particuliers de déclarations de volonté ou de contrats sans grande importance
4.	Élevé	Orale	Conclusion orale ou tacite interdite (interprétation a contrario de l'art. 13, al. 1 OAIMP)

* * *