

WilhelmGilliéron

AVOCATS



Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 30 mars 2021

Faire signer un contrat à l'heure où les signataires sont tous en télétravail ? Mais oui, c'est possible !

« Il sera difficile de faire signer ce contrat les jours qui viennent, la personne en charge n'étant pas au bureau ». « Les signataires ne sont pas tous là et Monsieur X, seul à pouvoir signer ce contrat, sera de retour la semaine prochaine ». De tels propos n'ont aujourd'hui plus lieu d'être.

Ces difficultés, qui ont existé de longue date, se sont accentuées avec l'actuelle pandémie, qui a rendu toujours davantage plus actuelle la nécessité de conclure des **contrats sous une forme dématérialisée**.

Nous avons précédemment évoqué les modalités de la signature électronique ([cf. notre paper du 27 mai 2019](#)) introduite en droit suisse depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 de la loi sur la signature électronique (LF du 18 mars 2016 « sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques » cf. RS 943.03.), ainsi que sur de récents allègements concernant les modalités de cette signature électronique en période de pandémie de la COVID-19 ([cf. notre paper du 6 avril 2020](#)).

Force est toutefois de constater que cette signature électronique est très lourde d'utilisation et ne répond que fort peu aux besoins actuels des sujets de droit et de la digitalisation toujours croissante de la marche des affaires.

Certaines plateformes, dont la plus répandue est DocuSign (Il y a d'autres comme [www.signnow.com](#) ; [www.universign.com](#) ; [www.pandoc.com](#); [www.signeasy.com](#), pour ne citer que les plus visibles sur le net à l'heure de ce paper.), proposent ainsi de conclure des contrats par leurs biais, mettant quasi gratuitement leurs services à dispositions des parties. Celles-ci peuvent signer en ligne leur contrats, les diffuser ainsi signés entre elles et s'assurer que ces documents ont été dûment visés.

Cette façon de procéder est-elle valable en droit suisse des contrats et une telle signature oblige-t-elle les parties qui ont ainsi procédé ?

Pour répondre à cette question, il faut en premier lieu souligner que le droit suisse des contrats **pose le principe de la liberté contractuelle** (11 CO), c'est-à-dire qu'il admet la validité de contrats conclus oralement ou par actes concluants pourvu que chaque partie manifeste sa volonté de façon reconnaissable et compréhensible pour le destinataire (Tercier/Pichonnaz, *Le droit des obligations*, Zurich, Schulthess, 6^e édition, 2019, p. 171.).

En droit suisse, de très nombreux contrats et non des moindres, ne sont soumis à aucune forme particulière et peuvent ainsi être valablement conclus par oral, par actes concluants ou par le biais des plateformes précitées. On citera le contrat de vente mobilière, le contrat de travail, le contrat de bail ou le contrat de mandat. Il en est de même des conventions d'actionnaires ou des conventions d'achat-vente d'actions et de la quasi-totalité des contrats commerciaux signés au quotidien dans la marche des affaires d'une entreprise.

Il ne fait aucun doute que la conclusion d'un contrat par l'entremise de plateformes numériques de type DocuSign répond au critère susmentionné de la reconnaissance et de la compréhensibilité pour le destinataire. En conséquence, la conclusion, par le biais d'une plateforme de type DocuSign, des contrats qui ne sont pas soumis par la loi suisse au respect d'une forme particulière, répond aux exigences de validité formelle du droit suisse.

Tel n'est toutefois pas le cas **si le droit suisse assortit la validité de l'acte ou du contrat à une forme particulière.**

Ainsi la vente d'objets immobiliers est soumise **à la forme authentique** (216 CO), soit la passation de l'acte devant un notaire, comme également de nombreux actes liés à la vie d'une société de capitaux, essentiellement lorsque les statuts de la société viennent à être modifiés.

D'autres contrats **sont obligatoirement soumis à la forme écrite simple**, comme par exemple l'acte de cession de créance (165 CO), la promesse de donner (243 CO), l'acte de cautionnement si la caution n'est pas une personne physique (493 CO) ou encore le contrat de rente viagère (517 CO) **ou à la forme écrite qualifiée** (qui suppose par exemple l'utilisation d'un formulaire officiel (266I CO) ou que le texte soit entièrement rédigé à la main par son auteur - 347a CO).

Relevons pour finir que l'article 11 al. 2 CO qui prévoit qu' « à défaut d'une disposition contraire sur la portée de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée » peut toutefois révéler un piège pour les parties. Cette disposition signifie en effet que si celles-ci se sont mises d'accord sur le respect d'une forme particulière, par exemple la forme écrite, toute modification ultérieure ou toute accord précontractuel doit en respecter les modalités. **Une signature par DocuSign ne serait donc pas valable**, sauf pour les parties à convenir que sera considéré comme répondant aux exigences de la forme écrite, dans leur cas, la signature par DocuSign ou un outil similaire.

Au vu de ce qui précède, nous recommandons d'inclure dans le contrat une clause particulière régissant l'utilisation de ces plateformes pour sa conclusion et ses éventuelles futures modifications. **Cette clause permettra d'éviter tout doute au sujet de la validité formelle** du contrat en question.

Nous suggérons ainsi d'insérer la clause-type suivante :

« Dans l'hypothèse où les Parties recourraient à un système de signature électronique de type DocuSign ou plateforme ou site comparable au travers de signataires qu'elles garantissent comme étant dûment autorisés, elles confirment recourir à un tel système en pleine connaissance de cause, en particulier de ses conditions d'utilisation et niveau de sécurité proposés, et s'engagent à considérer une telle signature comme équivalent à la forme écrite et à ne pas remettre en question la validité et le caractère contraignant de ce contrat du fait de cette signature. »

Ce type de clause évitera bien des malentendus futurs. Naturellement, elle doit être soigneusement adaptée à chaque cas d'espèce.