



19 septembre 2023

Guide pour l'interprétation et l'élaboration des pres- criptions de forme en droit public de la Con- fédération



Table des matières

1	Introduction.....	3
2	Aperçu.....	3
3	Prescriptions de forme de la loi fédérale sur la procédure administrative : aperçu.....	4
4	Interprétation et application des prescriptions de forme en dehors de la loi sur la procédure administrative	5
4.1	Teneur.....	6
a.	Pas d'automatisme quant à la « forme écrite simple » du CO	6
b.	Pas d'automatisme quant à la « forme papier ».....	7
c.	« Signature » et « signature électronique » : des notions sujettes à interprétation	7
4.2	Objectifs des prescriptions de forme.....	7
a.	Fixation de l'information	8
b.	Protection de l'intégrité des documents	8
c.	Protection de l'authenticité des documents	8
d.	Protection contre une décision hâtive	8
e.	Date de finalisation.....	8
f.	Fonction de preuve ?.....	9
5	Élaboration des prescriptions de forme.....	9
5.1	Définir consciemment le niveau de protection	9
5.2	Permettre l'exécution assistée numériquement des processus opérationnels ..	10
5.3	Examiner les alternatives aux signatures électroniques selon la SCSE.....	11
5.4	Éviter l'expression « preuve par le texte »	12
5.5	Penser aux conséquences juridiques du non-respect de la prescription de forme.....	13
6	Remarques sur l'obligation d'utiliser un formulaire (digression)	13
7	Conclusion	14

1 Introduction

Le présent guide vise à donner aux collaborateurs de l'administration fédérale, et en particulier aux juristes, les outils nécessaires pour interpréter les prescriptions de forme en droit public et pour les élaborer de sorte qu'elles soient applicables dans la pratique et compatibles avec la numérisation¹. Les prescriptions de forme doivent remplir leurs objectifs (p. ex. protéger l'intégrité et l'authenticité des documents²) sans que des processus judiciaires s'en trouvent gênés. En d'autres termes, il s'agit de supprimer les barrières bureaucratiques inutiles tout en assurant que les objectifs de protection en place, s'ils restent pertinents, soient remplis et que les nouveaux besoins de protection susceptibles d'apparaître soient pris en compte. Ainsi, les prescriptions de forme peuvent contribuer à ce que les traitements tant analogiques que numériques se fassent dans le respect de la sécurité du droit et dans un souci d'efficacité. Les points de départ sont l'interprétation des prescriptions existantes (voir ch. 3 s.) et l'élaboration ciblée de nouvelles prescriptions ou de prescriptions à réviser (voir ch. 5). On exploitera ce faisant les marges de manœuvre contenues dans le droit public pour permettre des offres numériques.

Le présent document se concentre sur les aspects juridiques des prescriptions de forme. Des informations de fond et des explications générales sur les signatures électroniques figurent dans les documents élaborés par l'[Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication \(OFIT\)](#), l'[Office fédéral de la communication \(OFCOM\)](#) et le [secteur Transformation numérique et gouvernance de l'informatique \(TNI\)](#) de la Chancellerie fédérale.

Le guide donne des indications sur l'interprétation et l'élaboration des prescriptions de forme conformément aux pratiques de l'Office fédéral de la justice (OFJ). L'application conforme au droit des prescriptions de forme reste de la responsabilité de chaque unité administrative.

2 Aperçu

Le guide montre que l'absence de définition légale de la forme écrite dans le droit public de la Confédération est synonyme d'une certaine flexibilité. Dans un premier temps, il convient d'identifier les marges de manœuvre contenues dans le droit en vigueur moyennant l'interprétation des prescriptions de forme. Deux questions se posent d'emblée : à quel ordre fondamental un traitement numérique déterminé est-il soumis et quelles sont les directives supérieures à considérer ?

Quand il est question de prescriptions de forme dans le domaine de l'*action administrative formelle* dans une procédure administrative de première instance (concrètement pour les écrits adressés aux autorités par voie électronique ou pour la notification électronique de décisions), il faut tenir compte des prescriptions pertinentes de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)³ et de l'ordonnance du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre de procédures administratives (OCEI-PA)⁴ (en particulier les art. 21a et 34, al. 1^{bis}, PA). De plus amples explications sur les prescriptions de forme générales concernant la procédure administrative figurent au ch. 3.

Les prescriptions générales de la PA sont concrétisées de diverses manières dans les *lois spéciales*. De nombreuses prescriptions de forme prévues par des lois spéciales règlent

¹ Basé sur le mandat du Conseil fédéral du 10.6.2022, voir www.admin.ch > Documentation > Communiqués > Avis de publication du 10.6.2022 concernant le [rapport sur l'examen des prescriptions de forme en droit public](#).

² Le présent guide part du principe que les prescriptions de forme se réfèrent à des *documents*. Or, l'échange de *données* prend de plus en plus des formes qui ne renvoient pas en premier lieu au mot « document ». Nombre d'énoncés du guide peuvent être transposés par analogie à des situations dans lesquelles des paquets de données sont transmis de machine à machine, sans que jamais ils n'apparaissent à notre regard comme un document distinct et complet.

³ RS 172.021

⁴ RS 172.021.2

en outre des procédures qui ne relèvent pas du champ d'application de la PA (p. ex. procédure d'annonce)⁵. Des indications sur l'interprétation et l'application des prescriptions de forme fixées dans des lois spéciales figurent au ch. 4. Selon les cas, la question de la délimitation entre le droit civil et le droit administratif peut également se poser (normes dites doubles), étant entendu que les notions de droit administratif ne devraient pas être interprétées sans réserve de la même manière qu'en droit civil, mais qu'il convient de déterminer le sens spécifique de la réglementation de droit administratif⁶.

Une révision ne devrait être envisagée que lorsqu'il s'avère qu'une prescription de forme particulière empêche une gestion efficace des affaires, notamment si elle fait obstacle à des processus numériques de bout en bout. Les prescriptions de forme nécessaires pour un cas d'application donné s'orienteront sur les exigences concrètes en matière de protection. Des indications sur la conception des prescriptions de forme figurent au ch. 5.

3 Prescriptions de forme de la loi fédérale sur la procédure administrative : aperçu

Il est notoire que la procédure administrative se déroule principalement par écrit. La loi fédérale sur la procédure administrative (PA) ne prescrit cependant pas expressément ni systématiquement la forme écrite⁷. De même, elle ne contient pas de définition légale de la notion de forme écrite. Il convient plutôt de faire les distinctions suivantes :

- Il n'est pas fixé de manière générale que les *requêtes adressées par les parties aux autorités* doivent être *formulées* par écrit pour être juridiquement valables. L'art. 21, al. 1, PA se réfère explicitement au respect des délais dans le cas de requêtes écrites. Par là, il faut entendre, par opposition aux communications orales, les requêtes enregistrées sur un support permanent⁸. En outre, il ne ressort pas de cette disposition que les requêtes des parties doivent toujours être écrites⁹. La PA n'exige pas non plus expressément que les écrits soient toujours signés¹⁰. Des prescriptions de forme spécifiques sont réservées : ainsi, la signature du recourant ou de son représentant est prescrite pour le *mémoire de recours* (art. 52, al. 2, PA)¹¹. Nombre de lois spéciales contiennent également des prescriptions de forme complémentaires pour les requêtes des parties qui vont au-delà de l'ordre fondamental de la PA. Leur contenu doit être déterminé par interprétation (voir le ch. 4).
- L'art. 21a, al. 2, PA prescrit la signature électronique qualifiée au sens de la loi du 18 mars 2016 sur la signature électronique (SCSE)¹² pour les *écrits adressés par les parties aux autorités par voie électronique*. Toutefois, une signature électronique qualifiée n'est pas requise lorsque l'identification de la partie et l'intégrité de la communication sont assurées de manière adéquate par d'autres moyens (art. 6, al. 1, OCEI-PA). Font exception les cas dans lesquels une signature est prescrite, par exemple

⁵ Conformément au rapport sur les prescriptions de forme (note 1), plus de 1700 dispositions légales, réparties entre 390 actes législatifs, contiennent une exigence de forme écrite.

⁶ Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne 2022, n° 372

⁷ Cf. Benjamin Schindler, in : Auer/Müller/Schindler, *Kommentar VwVG*, 2^e éd. 2019, Introduction n° 19, selon lequel la prédominance de la forme écrite de la procédure se retrouve certes « comme un fil rouge » dans toute la loi, quand bien même elle ne la prescrit pas expressément.

⁸ Patricia Egli, in : Waldmann/Krauskopf, *VwVG - Praxiskommentar*, 3^e éd. 2023, n° 3 ad art. 21 PA ; Urs Peter Cavelti, in : Auer/Müller/Schindler, *Kommentar VwVG*, 2^e éd. 2019, n° 7 ad art. 21 PA

⁹ Ainsi, les communications orales des parties, par exemple dans le cadre d'une audition ou d'une visite des lieux (art. 12, let. b et d, PA), doivent être reçues par l'autorité et préparées sous une forme appropriée pour la suite de la procédure (en particulier être consignées dans un procès-verbal, ATF 130 II 473, consid. 4.4).

¹⁰ Egli (note 8), n° 3 ad art. 21 PA ; Cavelti (note 8), n° 8 ad art. 21 PA

¹¹ Concernant la jurisprudence relative au dépôt d'actes juridiques par courrier électronique ou par télécopie, voir les indications données par René Wiederkehr, Christian Meyer, Anna Böhme, *OFK-VwVG Kommentar 2022*, n^{os} 16 ss ad art. 21 PA.

¹² RS 943.03

pour les mémoires de recours selon l'art. 52, al. 1, PA (voir plus haut). C'est par interprétation que l'on détermine si tel est le cas (voir à ce sujet les indications figurant au ch. 4). Dans les nombreux cas d'application où la signature n'est *pas* prescrite, l'autorité peut prévoir d'autres méthodes d'identification, telles que la signature électronique réglementée ou le cachet électronique réglementé¹³ ou d'autres méthodes encore (voir à ce sujet les exemples figurant au ch. 5).

- Les *décisions des autorités* doivent en principe être notifiées par écrit (art. 34, al. 1, PA) ; la forme orale n'est autorisée qu'exceptionnellement pour les décisions incidentes adressées aux parties présentes (al. 2). De rares exceptions sont prévues dans des lois spéciales (p. ex. art. 13, al. 1, LAsi). La notification électronique est régie par l'art. 34, al. 2, PA (voir ci-après). La forme écrite est une condition de validité de la décision. Elle permet de clarifier le contenu de la décision et rend celle-ci susceptible de recours par les personnes concernées¹⁴. D'autres exigences relatives à la forme des décisions figurent à l'art. 35 PA.¹⁵ Selon la jurisprudence récente, une signature n'est pas nécessaire pour la validité d'une décision fondée sur le droit fédéral, dans la mesure où le droit applicable n'exige pas une telle signature¹⁶. Selon le Tribunal administratif fédéral, cela vaut aussi bien pour les décisions rendues en masse, que pour les décisions individuelles¹⁷. Dès lors, on ne peut pas déduire de l'exigence de la forme écrite la nécessité d'une signature manuscrite. Si une signature fait défaut malgré l'obligation de droit positif, la décision est en règle générale susceptible de recours, mais pas nulle¹⁸.
- Les *décisions des autorités* peuvent être notifiées *par voie électronique* si la partie concernée a accepté cette forme de transmission (art. 34, al. 1^{bis}, PA). Concernant les détails de la notification électronique, la loi dispose uniquement que celle-ci doit être « munie d'une signature électronique » (art. 34, al. 1^{bis}, phrase 2, PA). Les détails sont réglés dans l'OCEI-PA. Les dispositions pertinentes pour la notification se trouvent aux art. 8 à 10 OCEI-PA. L'autorité est libre de décider si la décision doit être munie d'un cachet électronique réglementé ou d'une signature électronique qualifiée (art. 9, al. 4, OCEI-PA).

Remarque : le projet de LF sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire (P-LPCJ)¹⁹ prévoit une adaptation des art. 21a et 52 PA. Selon ce projet, les exigences en matière de signature pour les particuliers seront levées si l'utilisateur saisit des documents via la plateforme correspondante visée à l'art. 6 P-LPCJ.

4 Interprétation et application des prescriptions de forme en dehors de la loi sur la procédure administrative

Les lois spéciales contiennent de nombreuses prescriptions de forme qui concrétisent les directives générales de la PA décrites ci-dessus ou qui y dérogent. S'y ajoutent des prescriptions de forme prévues par des lois spéciales, qui règlent des processus ne relevant pas

¹³ Urs Peter Cavelti, in : Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2^e édition 2019, n° 17 ad art. 21a PA

¹⁴ Regina Kiener/Bernhard Rüttsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 3^e éd. 2020, n° 819

¹⁵ Outre une désignation correcte, la décision doit également indiquer qui est l'autorité qui a rendu la décision (désignation officielle de l'unité administrative qui a rendu la décision), du moins dans la mesure où cela ne peut pas être déduit d'un organe de publication officiel (ATF 128 V 82, consid. 2b) ; sur l'ensemble, voir Lorenz Kneubühler, Ramona Pedretti, in : Auer/Müller/Schindler, VwVG-Kommentar, 2^e éd. 2019, n° 8 ad art. 34 PA.

¹⁶ TAF A-6102/2019 du 23 mars 2020 consid. 5.2. Selon Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall 2020, n° 1067, la question de savoir dans quelle mesure la signature manuscrite ou en fac-similé fait également partie de la forme écrite (prévue par la loi) n'est pas totalement clarifiée.

¹⁷ ATF 112 V 87 consid. 1 et ATF 105 V 248 consid. 4 ; arrêts du TAF C-1410/2013 du 23 février 2015 consid. 1.2.3, A-8603/2010 du 23 août 2011 consid. 3, A-438/2009 du 8 mars 2011 consid. 9.1.2 et A-4580/2007 du 17 janvier 2008 consid. 3.2.

¹⁸ TAF A-2588/2013 du 4.2.2016, consid. 2.6 ; B-6065/2013 du 3.11.2015, consid. 5.1.3

¹⁹ FF 2023 680

du champ d'application de la PA (p. ex. procédure d'annonce). Ces prescriptions de forme doivent, comme toutes les autres normes juridiques, être interprétées selon les méthodes reconnues : la teneur, la systématique, la genèse, le sens et le but (soit le « pluralisme des méthodes » selon le Tribunal fédéral)²⁰. Les explications ci-après se concentrent sur l'élément grammatical ainsi que sur l'élément téléologique.

4.1 Teneur

De nombreuses dispositions du droit fédéral utilisent des expressions telles que « par écrit » ou « forme écrite ». D'un point de vue grammatical, les indications suivantes sont utiles :

a. Pas d'automatisme quant à la « forme écrite simple » du CO

En droit civil, des expressions telles que « par écrit » permettent de déduire de manière assez fiable qu'il en va de la « forme écrite simple » selon le code des obligations (CO²¹). Il en résulte qu'une signature manuscrite ou une signature électronique qualifiée avec horodatage qualifié selon la SCSE est nécessaire (art. 13 et 14, al. 2^{bis}, CO).

Un tel automatisme n'existe en principe pas en l'absence de définition légale de la notion d'écrit dans le droit public de la Confédération²² : si, par exemple, une communication obligatoire doit être faite « par écrit » ou une demande être déposée « en la forme écrite », il conviendrait d'interpréter ces exigences de manière ouverte.

Exemple :

L'art. 13, al. 1, de l'ordonnance du 14 mai 2014 sur les atterrissages en campagne²³ prescrit que les autorisations sont délivrées sur demande « écrite ». Cela ne signifie pas automatiquement que les demandes doivent être signées ou munies d'une signature électronique qualifiée (voir le ch. 3 relatif à l'art. 6, al. 1, OCEI-PA).

Nombre de dispositions de ce type peuvent être interprétées sans difficulté dans le sens qu'un texte écrit est requis, mais pas une signature manuscrite ou une signature électronique spécifique. L'expression « par écrit » signifie alors en premier lieu que la forme orale ou les déclarations tacites sont exclues. Une telle interprétation est favorable à la conception de processus électroniques de bout en bout.

Il convient de distinguer le cas dans lequel la signature – qu'il s'agisse d'une signature manuelle ou d'une signature électronique – est prescrite conformément à l'interprétation (voir ci-après)²⁴. La jurisprudence et la doctrine émettent également une réserve pour la conclusion de contrats de droit administratif²⁵. Par conséquent, l'exigence de la forme écrite au sens de l'art. 13 CO doit être respectée ; les exceptions nécessitent une base (expresse) dans la loi spéciale concernée.

²⁰ Voir à titre d'exemple l'ATF 145 II 270, consid. 4.1

²¹ RS 220

²² Voir le rapport sur les prescriptions de forme (note 1), ch. 1.2. Le Tribunal fédéral a déjà jugé dans l'ATF 105 V 248, consid. 4b, qu'une application par analogie des dispositions de droit civil sur la forme écrite dans la procédure administrative du droit des assurances sociales n'est pas envisageable, car ces dispositions partent de conditions tout à fait différentes (confirmé dans l'ATF 108 V 232, consid. 2a).

²³ RS 748.132.3

²⁴ Voir par exemple l'ATF 142 V 152 consid. 2.4, selon lequel une opposition à une décision de l'assurance-accidents formulée par courrier électronique n'est pas recevable faute de la signature requise par l'art. 10, al. 4, première phrase, ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA, RS 830.11) pour les oppositions formulées par écrit.

²⁵ Voir Tschannen/Müller/Kern (note 6), n° 997 avec renvoi à l'arrêt du TF 1C_61/2010 du 2.11.2010, consid. 4.1.

b. Pas d'automatisme quant à la « forme papier »

Des expressions telles que « par écrit » ne permettent pas de conclure automatiquement que les documents doivent obligatoirement se présenter sous forme papier. Il faut plutôt partir du principe que des documents électroniques sont également possibles comme supports écrits. Cela vaut en particulier aussi lorsque la prescription de forme concernée doit être interprétée dans le sens de la forme écrite simple du CO (art. 14, al. 2^{bis}, CO). Les documents électroniques doivent alors porter une signature électronique qualifiée avec un horodatage qualifié.

c. « Signature » et « signature électronique » : des notions sujettes à interprétation

Lorsqu'un acte législatif exige une « signature », il faut déterminer par interprétation si seule une signature manuscrite est admise, si elle doit exister en original sur papier ou si les signatures électroniques sont également à prendre en compte. Selon l'OFJ, la première hypothèse suppose une prescription expresse ou une motivation qualifiée fondée sur d'autres éléments d'interprétation.

Exemple :

Pour la signature d'un référendum facultatif, la signature manuscrite est expressément prescrite (voir l'art. 61, al. 1, de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques [LDP]²⁶). Les signatures électroniques sont donc exclues.

Si la notion de « signature » englobe, selon l'interprétation, également les signatures électroniques ou si un acte législatif exige simplement une « signature électronique » sans donner d'indications spécifiques quant à la qualité de la signature, la question se pose alors de savoir quelles exigences doivent être remplies en détail. Exiger une signature électronique *qualifiée* selon la SCSE (et éventuellement un horodatage qualifié) nécessite une justification correspondante (notamment sur la base du texte [p. ex. l'art. 18, al. 4, de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce²⁷] ou sur la base d'une interprétation téléologique). Une telle interprétation est évidente dans les cas dans lesquels une signature manuscrite est requise sur papier, car ces deux éléments des prescriptions de forme sont généralement mis sur un pied d'égalité (voir la règle pour le droit privé à l'art. 14, al. 2^{bis}, CO : « [...] est assimilée à la signature manuscrite. »)

4.2 Objectifs des prescriptions de forme

La question des objectifs qu'une prescription de forme déterminée est censée remplir est souvent déterminante pour l'interprétation. De nombreuses prescriptions datent d'une époque où la communication électronique n'était pas encore répandue. En conséquence, les anciennes publications de l'administration fédérale, la littérature et la jurisprudence ne mentionnent typiquement que l'apposition de signatures manuscrites. On ne saurait en déduire sans autre que seule cette possibilité de mise en œuvre existe. Les nouvelles technologies présentent des risques en partie différents. Les prescriptions de forme doivent être interprétées de sorte que leurs objectifs soient atteints dans le contexte de l'état actuel de la technique. Les objectifs les plus courants sont les suivants.

²⁶ RS 161.1

²⁷ RS 221.411

a. Fixation de l'information

La rédaction (« mise par écrit », « consignation ») conduit à une fixation permanente de l'information par rapport à l'expression orale (p. ex. par téléphone) ou tacite. Différentes technologies entrent en ligne de compte pour la fixation de l'information (documents papier ou documents électroniques comme les courriels, les PDF, les formulaires en ligne, etc.). Selon le cas, une attention particulière est accordée à la permanence de la lisibilité, notamment par le choix d'un format de fichier (p. ex. PDF, éventuellement le PDF/a optimisé pour une lisibilité à long terme et une protection contre la falsification) et d'un support de données appropriés. Il convient de noter que la fixation d'informations ne requiert pas en soi de signature manuscrite ou électronique.

b. Protection de l'intégrité des documents

Tant les signatures manuscrites que les signatures électroniques peuvent aider à constater si des documents ont été modifiés ultérieurement, avec des efforts et un degré de fiabilité variables. Le niveau requis de protection de l'intégrité, et donc les mesures de protection concrètes, diffèrent selon le cas d'application. Est déterminant le risque que des documents soient falsifiés, ou que des faux soient utilisés, et que l'authenticité des documents puisse être prouvée.

c. Protection de l'authenticité des documents

La signature manuscrite, tout comme les signatures électroniques, sert typiquement à attribuer le contenu du document à un auteur et à permettre de vérifier *a posteriori* (p. ex. en cas de contestation), de la manière la plus fiable possible, si l'attribution exprimée sur le support est effectivement correcte (vérification de l'authenticité du document). Ici aussi, l'effort à fournir pour la vérification et le degré de fiabilité varient. Le niveau requis de protection de l'authenticité et donc les mesures de protection concrètes diffèrent selon le cas d'application.

d. Protection contre une décision hâtive

Les prescriptions de forme servent souvent à ce que l'auteur du document prenne conscience, par une sorte de rituel, de la signification de l'acte et soit ainsi protégé contre des actes irréfléchis. Cela joue un rôle dans le cas de la signature manuscrite et de la signature électronique qualifiée, et d'autant plus dans le cas de l'acte authentique connu du droit civil. Mais même une simple mise par écrit sans signature manuscrite ou électronique peut avoir un certain effet.

e. Date de finalisation

Si une signature électronique est associée à un horodatage qualifié, celui-ci permet de prouver de manière fiable le moment de la finalisation du document.²⁸ L'indication de la date à côté d'une signature manuscrite peut également avoir une certaine valeur probante à cet égard. Cela peut s'avérer important en rapport avec la conception conforme à la sécurité juridique des procédures.

Il faut distinguer le moment où la signature manuscrite ou électronique est apposée du moment où le document parvient à son destinataire (p. ex. le mémoire de recours à l'autorité de recours). Des règles spécifiques s'appliquent donc au respect des délais dans la PA, qui ne

²⁸ La signature électronique seule ne fournit aucune indication sur la date de finalisation, qui ne peut être confirmée que par la combinaison avec un service d'horodatage. Opérer son propre service d'horodatage n'est guère complexe, mais le fournisseur peut alors définir l'heure comme il l'entend. C'est pour éviter ce problème que la loi exige un horodatage certifié, c'est-à-dire opéré par un fournisseur reconnu, qui est régulièrement auditionné afin de vérifier l'exactitude de ses horodatages.

se réfèrent pas à la signature manuscrite ou à la signature électronique (art. 21 et 21a, al. 3, PA ainsi qu'art. 5a et 9, al. 1 et 2, let. b, OCEI-PA).

f. Fonction de preuve ?

Si l'on considère les objectifs susmentionnés à ce niveau de détail, la « fonction de preuve » tant évoquée n'apporte rien de neuf : peuvent être prouvés en particulier le contenu fixé, l'intégrité, l'authenticité, l'observation d'un rituel aux fins de protection contre une décision hâtive et le moment de la finalisation du document.

5 Élaboration des prescriptions de forme

Une modification du droit ne devrait être envisagée que lorsqu'il s'avère, moyennant une interprétation, qu'une prescription de forme existante empêche une gestion efficace des affaires, notamment si elle fait obstacle à des processus numériques de bout en bout. Lors de l'élaboration ciblée de prescriptions à réviser ou de nouvelles prescriptions, il convient d'utiliser les marges de manœuvre offertes par le droit public pour rendre possibles des offres numériques.

Des modifications juridiques sont en particulier nécessaires lorsqu'il s'agit de déroger à des prescriptions générales telles que l'exigence de la forme écrite pour les décisions de première instance (art. 34, al. 1, PA). Des prescriptions de forme prévues par des lois spéciales peuvent également être nécessaires lorsqu'aucune prescription générale n'est applicable, comme c'est le cas pour les requêtes des parties (art. 21 PA) (voir le ch. 3). Concernant l'admissibilité d'une réglementation au niveau de l'ordonnance, voir le chapitre 12 du Guide de législation²⁹.

Les considérations suivantes peuvent être utiles lors de l'élaboration des prescriptions de forme.

5.1 Définir consciemment le niveau de protection

Le niveau de protection requis varie en fonction du cas d'application. Il importe que la décision relative à la prescription de forme qui en découle soit prise dans le cadre d'une évaluation des risques et des avantages. Les critères sont par exemple la valeur des biens juridiques concernés, l'importance d'une transaction (p. ex. un volume de commande élevé), le risque de difficultés à apporter la preuve ou des prescriptions de forme en aval (p. ex. dans la procédure de poursuite, où une reconnaissance de dette constatée sous seing privé selon l'art. 82 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP]³⁰ permet la mainlevée provisoire et confère ainsi au créancier un avantage dans la procédure). En particulier, il n'est pas nécessaire d'apposer une signature manuscrite ou une signature électronique qualifiée pour chaque requête ou pour chaque transaction.

Exemples :

- Lors de la manipulation de certains déchets spéciaux, les entreprises remettantes, les transporteurs et les entreprises d'élimination sont tenus de remplir, d'emporter et de conserver des documents de suivi qui doivent comporter, outre des contenus précisément prescrits, la signature de chaque partie³¹. L'objectif est de s'assurer que les informations nécessaires sur les substances dangereuses sont correctement transmises par l'entreprise remettante au transporteur et à l'entreprise d'élimination.

²⁹ Office fédéral de la justice, Guide de législation, 4^e éd. 2019, n° 721 ss

³⁰ RS 281.1

³¹ Art. 6, 11, 13 et annexe 1 de l'ordonnance sur les mouvements de déchets (OMoD, RS 814.610)

Cela ne répond pas à la question de savoir si et dans quelles conditions les documents de suivi électroniques sont autorisés ; cette question devra faire l'objet d'une attention particulière lors de la refonte des prescriptions de forme ayant une motivation similaire.

- L'art. 6 OCEI-PA dispose que pour les requêtes électroniques de particuliers dans le cadre de procédures administratives, une signature électronique qualifiée (art. 21a, al. 2, PA) n'est requise que si le droit fédéral exige qu'un document spécifique soit signé (voir au ch. 3 l'exemple du mémoire de recours selon la PA). Dans les autres cas, il est possible de renoncer à une signature électronique qualifiée si l'identification de l'expéditeur et l'intégrité de la transmission sont assurées d'une autre manière appropriée.
- Dans les *procédures douanières* où le risque de déclarations de marchandises incorrectes est faible ou lorsque le montant de la taxe en jeu est minime, l'autorité d'exécution doit pouvoir décider à l'avenir qu'il est possible de renoncer totalement ou partiellement à l'authentification de la partie³². Au premier plan figure par exemple la vignette électronique pour la redevance pour l'utilisation des routes nationales, pour laquelle il n'est pas nécessaire de garantir l'identité au moment de la transmission des données électroniques.
- Les demandes d'accès à des documents officiels selon la loi sur la transparence peuvent être déposées de manière informelle³³. Sont recevables les demandes déposées oralement ou par écrit, que ce soit sur papier, par téléphone, par courriel ou par formulaire web, aucune authentification du demandeur n'étant requise.

5.2 Permettre l'exécution assistée numériquement des processus opérationnels

Les autorités doivent permettre l'exécution assistée numériquement des processus opérationnels « chaque fois que cela est possible et lorsque cela est judicieux » (art. 3 de la loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités [LMETA]³⁴)³⁵. Sont réservés les cas où cela n'est pas possible pour des raisons pratiques ou pas souhaitable pour de justes motifs.

Lors de l'élaboration des prescriptions de forme, les autorités doivent impérativement veiller à ce que l'accès à leurs services respecte les principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination. Actuellement, on peut considérer comme règle générale que l'utilisation de canaux électroniques peut être obligatoirement prévue dans les contacts avec les entreprises, mais pas dans les contacts entre les autorités et la population en général³⁶. La question de savoir si une prescription de forme déterminée peut être imposée aux destinataires dépend bien entendu de la forme concrète. Ainsi, on ne saurait obliger chaque PME de structurer les données à transmettre à l'aide d'un logiciel spécial. Afin de tenir compte de la situation des différents destinataires, il peut être judicieux de proposer plusieurs formes de communication possibles avec des profils d'exigences différents (p. ex. transmission de données structurées

³² Voir l'art. 75, al. 3, du projet de loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF ainsi que le message y afférent (FF 2022 2724, p. 119/437 ss)

³³ Art. 10 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3) en relation avec l'art. 7, al. 1, de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31)

³⁴ Texte soumis au référendum : FF 2023 787

³⁵ Dans la « Stratégie Suisse numérique 2023 » (FF 2022 3154, ch. 2), le Conseil fédéral range cette idée sous le principe « numérique d'abord » ; l'art. 3 LMETA la confirme ainsi que sa relativisation au vu des différentes possibilités et conditions des personnes dans différentes situations.

³⁶ Message concernant la loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités, FF 2022 804, p. 56

soit au moyen de formulaires en ligne à remplir manuellement, soit au moyen d'interfaces machine-machine).

Exemples :

- La loi fédérale du 18 juin 2021 sur *les procédures électroniques en matière d'impôts*³⁷ oblige les cantons à permettre une procédure électronique pour l'impôt fédéral direct, les impôts cantonaux directs, l'impôt anticipé et la taxe d'exemption de l'obligation de servir³⁸.
- Le projet de loi fédérale sur *les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire* (P-LPCJ) limite l'obligation aux parties professionnelles et, dans le droit de procédure administrative, à la procédure de recours³⁹. En revanche, l'obligation d'échanger des documents par voie électronique n'est pas imposée au grand public. Toutefois, les parties non professionnelles peuvent utiliser volontairement l'option électronique. Si l'offre est conviviale et efficace, la question de l'admissibilité d'une *obligation* d'utilisation pour la population générale peut ne pas se poser si la plupart des particuliers utilisent volontairement la nouvelle solution.
- Les solutions efficaces et éprouvées du monde analogique doivent rester possibles. Par exemple, la *déclaration en douane des marchandises* devra à l'avenir être effectuée par voie électronique⁴⁰. Le Conseil fédéral peut toutefois autoriser d'autres formes de déclaration de marchandises ou d'expression de la volonté, comme la déclaration orale des marchandises ou la déclaration par comportement implicite dans le cadre du traditionnel système de voies vertes et rouges dans les aéroports et les gares⁴¹.

5.3 Examiner les alternatives aux signatures électroniques selon la SCSE

Jusqu'à présent, la signature électronique qualifiée selon la SCSE était considérée comme le véritable « étalon-or » pour l'authentification sécurisée dans les relations juridiques entre les particuliers et les autorités ainsi que pour la garantie de l'intégrité du document signé. Toutefois, ce type de signature n'est à ce jour guère parvenu à s'établir dans la pratique. De nouvelles approches réglementaires ont donc vu le jour récemment :

Exemples :

- L'art. 6, al. 1, première phrase, OCEI-PA exige la protection de l'authenticité (identification de l'expéditeur) et de l'intégrité (cf. ch. 3 ci-dessus).
- La mise en place et l'exploitation d'un système d'information par l'autorité compétente constituent une alternative à la signature électronique des documents. La signature manuscrite ou la signature électronique qualifiée est remplacée par l'authentification vis-à-vis du système d'information, qui prévient les risques de falsification ou d'usurpation d'identité (p. ex. moyennant une authentification à deux facteurs, comme la

³⁷ RO 2021 673, pour l'entrée en vigueur, voir <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-85713.html>

³⁸ Voir l'art. 104a LIFD, l'art. 38b LHID, l'art. 35a LIA et l'art. 30a LTEO, dans chaque cas dans la version selon le ch. I de la loi fédérale du 18 juin 2021 sur les procédures électroniques en matière d'impôts (voir la note 37)

³⁹ Voir l'art. 38d P-LTF, l'art. 128d P-CPC, l'art. 103d P-CPP et l'art. 47a PA, dans chaque cas dans la version de l'annexe au projet de loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine de la justice (LPCJ), FF 2023 680

⁴⁰ Voir l'art. 75, al. 1, du projet de loi fédérale sur la partie générale relative à la perception des redevances et sur le contrôle de la circulation transfrontalière des marchandises et des personnes par l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (Loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF, LE-OFDF), FF 2022 2725

⁴¹ Message relatif au projet de loi définissant les tâches d'exécution (FF 2022 2724, p. 65/437)

vérification d'un numéro de téléphone portable au moyen d'un code unique envoyé par SMS ; à l'avenir moyennant une preuve d'identité électronique conformément au projet de loi sur l'e-ID⁴²). Le système d'information appose un cachet électronique sur les données saisies par l'utilisateur, permettant de prouver l'intégrité des documents ainsi que le moment de leur téléversement. C'est par ce biais que devrait se dérouler à l'avenir la communication électronique avec les tribunaux et les autorités⁴³ ou encore les recours électroniques de particuliers dans les procédures douanières⁴⁴.

- L'ouverture d'un dossier électronique de patient sera désormais possible sans que la déclaration de consentement soit signée à la main ou munie d'une signature électronique qualifiée. Il est prévu que le Conseil fédéral puisse permettre une procédure alternative⁴⁵. Le consentement doit reposer sur une procédure qui exige une manifestation expresse de volonté d'ouverture et permette de prouver à tout moment que le consentement a été donné.
- L'art. 16, al. 1, de la loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH)⁴⁶ dispose que le consentement à la participation à un projet de recherche doit être donné « par écrit ». La forme électronique n'est pas expressément réglementée. Le sens et le but de l'exigence de la forme écrite résident en premier lieu dans la fixation d'informations au sens d'une garantie de la preuve (sécurité des relations juridiques) ainsi que dans la protection contre une décision hâtive. Le consentement sous forme électronique n'est pas exclu, mais il devrait remplir les mêmes objectifs d'une manière comparable pour pouvoir être prévu valablement comme modalité de la forme écrite. Selon un projet mis en consultation, le droit d'exécution concernant la loi relative à la recherche sur l'être humain concrétisera les prescriptions de protection pour le consentement sous forme électronique (voir l'art. 7b AP-OClin⁴⁷). Il est notamment prévu que le consentement sous forme électronique ne nécessite pas obligatoirement une signature électronique qualifiée selon la SCSE. La sécurité des relations juridiques dans le domaine de la recherche sur l'être humain peut être garantie si le consentement a été donné dans une procédure qui identifie de manière univoque la personne concernée. En outre, il faut s'assurer que le consentement ne peut être donné que lorsque la personne concernée a confirmé être consciente de la portée de sa décision (protection contre une décision hâtive). L'autorité qui délivre l'autorisation vérifie si le système prévu pour un projet de recherche donné satisfait à ces exigences et à d'autres (art. 25, let. d, ch. 6, AP-OClin).

5.4 Éviter l'expression « preuve par le texte »

Il peut arriver que l'expression « par écrit » doive être interprétée selon les règles reconnues (voir le ch. 4) comme une forme écrite simple au sens du droit civil, alors qu'une forme écrite plus libérale serait en fait souhaitable. Cela peut notamment être le cas pour les dispositions qui présentent une proximité particulière avec le droit civil, en particulier pour les normes dites « doubles », qui sont à la fois importantes sur le plan du droit administratif et qui définissent des rapports de droit civil. Il convient d'éviter d'utiliser la formulation « moyen permettant

⁴² Projet mis en consultation 2022/19 (https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/19/cons_1)

⁴³ Voir les art. 20, al. 1, et 22, al. 2, du projet de loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine de la justice (LPCJ), FF 2023 680

⁴⁴ Voir l'art. 75, al. 4, du projet de loi définissant les tâches d'exécution (voir la note 40)

⁴⁵ Art. 3, al. 1^{bis}, de l'avant-projet de révision de la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (projet mis en consultation 2022/63 : https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/63/cons_1)

⁴⁶ RS 810.30

⁴⁷ Consultation 2023/5 (https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2023/5/cons_1)

d'établir la preuve de la convention / du ... par un texte », que l'on rencontre de manière isolée⁴⁸. Elle enverrait un signal erroné selon lequel l'expression « par écrit » est à interpréter plus ou moins schématiquement dans le sens du droit civil, même en droit public, et la « forme textuelle » doit être prévue de manière conséquente avec la formulation mentionnée. Il faut donc chercher d'autres solutions pour atteindre les objectifs de protection pertinents (voir le ch. 5.3).

5.5 Penser aux conséquences juridiques du non-respect de la prescription de forme

Selon le cas, les prescriptions de forme peuvent être conçues comme une simple prescription d'ordre ou comme une exigence de validité. Dans le premier cas, il s'agit d'une instruction d'utiliser une certaine forme à des fins d'ordre et de clarté (en particulier pour assurer la traçabilité de l'activité administrative ; voir l'art. 22 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA]⁴⁹). Dans le second cas, le non-respect de la forme entraîne la nullité de l'acte juridique. Afin d'éviter des exigences excessives en matière de forme, il convient dans ce cas d'envisager des garanties procédurales.

Exemples :

- Si une signature électronique prescrite fait défaut, l'autorité peut accorder à la partie un délai pour corriger ce vice, conformément à l'art. 6, al. 2, OCEI-PA. La partie le corrige soit en réitérant l'envoi avec une signature électronique qualifiée, soit en expédiant selon les modalités prévues à l'art. 21 PA l'écrit muni de sa signature manuscrite.
- Une plateforme de communication électronique peut vérifier de manière automatisée que les écrits ne présentent pas certains vices de forme (p. ex. présence de la signature électronique sur les documents téléversés), signaler en retour les éventuels vices et empêcher le quittance.
- En cas d'inaccessibilité de la plateforme de communication électronique de la justice le jour de l'expiration du délai, les délais en cours seront prolongés jusqu'au jour suivant celui où la plateforme est à nouveau accessible⁵⁰. En outre, il convient de prévoir que l'utilisateur n'ait pas à apporter l'entière preuve de l'inaccessibilité de la plateforme, mais seulement à la rendre vraisemblable.

6 Remarques sur l'obligation d'utiliser un formulaire (digression)

Un formulaire est un document officiel ("masque") invitant à répondre à certaines questions ou à fournir certaines informations.⁵¹ Considéré comme une incarnation de l'activité administrative bureaucratisée, on le rencontre régulièrement au début de procédures de masse (par exemple sous la forme de formulaires de demande) et il permet un dialogue écrit standardisé entre les destinataires juridiques et l'autorité.⁵² Les formulaires se présentent selon différents formats, notamment sous forme de formulaires imprimés, de formulaires électroniques (par exemple fichiers au format PDF) ou de masques de saisie en ligne. Leurs objectifs sont en partie similaires à ceux décrits plus haut (ch. 4.2). S'y ajoutent typiquement la structuration et

⁴⁸ En particulier pour les clauses d'arbitrage et d'élection de for en droit civil : art. 5, al. 1, 149b, al. 1, et 178, al. 1, LDIP, art. 17, al. 2, et 358, al. 1, CPC.

⁴⁹ RS 172.010.1

⁵⁰ Voir l'art. 26 du projet de loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine de la justice (LPCJ), FF 2023 680.

⁵¹ Christian Meyer, Das Formular im Verwaltungsverfahren - Elemente einer Dogmatik, ZBI 123/2022 p. 231, 233.

⁵² Les autorités peuvent aussi utiliser des « lettres-formulaires » pour mettre fin à une procédure de manière standardisée ; ce procédé n'est pas abordé dans les lignes qui suivent.

la sélection d'informations par les utilisateurs (plutôt que par l'autorité elle-même), ce qui sert en fin de compte à uniformiser l'application du droit.⁵³

L'obligation d'utiliser un formulaire peut être considérée comme une prescription de forme particulière.⁵⁴ La question de savoir si une telle obligation nécessite une base légale spécifique n'est pas entièrement résolue. Certains indices suggèrent que les tribunaux soutiennent, selon la situation, les demandes des autorités que leur soit remis un formulaire complété dans le cadre de l'obligation de collaborer des parties (art. 13 PA), même si les lois et ordonnances spéciales ne prévoient pas d'obligation de remplir un formulaire. Dans ce cas, une décision de non-entrée en matière serait admissible en dernier ressort en l'absence de formulaire complété et remis à l'autorité, si cela s'inscrit dans le cadre de la collaboration nécessaire et raisonnable que l'on peut attendre des parties (art. 13 al. 2 PA).⁵⁵ Afin d'éviter tout doute inutile lié à l'application du droit, il est donc conseillé d'ancrer l'obligation d'utiliser un formulaire dans les lois spéciales. La conséquence juridique en cas de retard devrait également être inscrite dans la loi, dans la mesure où la règle générale de l'art. 13, al. 2, PA n'est pas applicable ou si des dérogations à cette règle s'imposent pour des considérations de politique juridique (voir par exemple les art. 29 et 43, al. 3 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA]⁵⁶).

Dans tous les cas, un formulaire émis par l'administration et devant être rempli par les parties doit se limiter aux contenus requis par le droit applicable. Une attention particulière doit être portée aux champs obligatoires du formulaire qui, s'ils ne sont pas remplis, empêchent l'envoi. Même dans les cas où la loi ou l'ordonnance applicable rend l'utilisation d'un formulaire obligatoire, la définition des conditions d'autorisation, par exemple, ne peut pas être laissée à l'autorité administrative qui édite le formulaire. Il en va autrement lorsqu'un formulaire fait partie du droit (réglementaire) applicable⁵⁷ ; dans ce cas également, il y a lieu d'opter pour le niveau normatif adéquat (concernant l'admissibilité d'une réglementation au niveau de l'ordonnance, voir le chapitre 12 du Guide de législation⁵⁸).

7 Conclusion

Lors de l'interprétation et de l'élaboration des prescriptions de forme en droit public, les obstacles bureaucratiques inutiles doivent être supprimés et les objectifs de protection doivent être remplis. Les prescriptions de forme, telles que la forme écrite ou la signature, sont des notions faciles à comprendre dans le langage courant. Dans une perspective juridique, plusieurs significations sont toutefois possibles.

Dans le droit public de la Confédération, il n'existe pas de définition légale de la forme écrite, d'où une certaine flexibilité. Les marges de manœuvre doivent être identifiées par le biais de l'*interprétation*. Tout commence par la question de savoir quel ordre fondamental régit un traitement déterminé. Pour les procédures administratives, il convient de prendre en compte les prescriptions de la loi sur la procédure administrative ainsi que son droit d'exécution. Ces prescriptions sont concrétisées de diverses manières dans les lois spéciales ; les dérogations y sont également définies.

Sur le plan conceptuel, on peut dire de manière générale que des expressions telles que « par écrit » ne permettent pas de conclure automatiquement à la « forme écrite simple »

⁵³ Meyer (note 51), p. 237-239.

⁵⁴ Meyer (note 51), p. 23 ; Kiener/Rütsche/Kuhn (note 14), N 890.

⁵⁵ En ce sens : Meyer op. cit. p. 243-244 et 252, et les références citées.

⁵⁶ RS 830.1

⁵⁷ Exemples : Ordonnance du 27 octobre 1976 réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC ; RS 741.51), annexes 2a et suivantes ; ordonnance du 30 mars 2011 relative aux règles d'origine régissant l'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (OROPD ; RS 946.39), annexe 2.

⁵⁸ Office fédéral de la justice, Guide de législation, 4^e éd. 2019, n° 721 ss.

du CO. Souvent, elles signifient simplement que la forme orale ou les déclarations tacites sont exclues. C'est l'interprétation qui permet de déterminer si une signature (manuscrite ou électronique) est nécessaire. La question de l'*objectif de la norme* est souvent déterminante à cet égard. Les prescriptions de forme visent notamment à fixer les informations, à protéger l'intégrité et l'authenticité des documents et à empêcher les décisions hâtives. Les exigences concrètes et les mesures de protection varient en fonction du cas d'application.

Une *modification du droit* ne devrait être envisagée que lorsqu'il s'avère, moyennant une interprétation, qu'une prescription de forme existante empêche une gestion efficace des affaires, notamment si elle fait obstacle à des processus numériques de bout en bout. Lors de l'élaboration de dispositions à réviser ou de nouvelles dispositions, il convient d'utiliser la marge de manœuvre offerte par le droit supérieur. Ce faisant, le niveau de protection doit être fixé en connaissance de cause. En particulier, une signature n'est pas obligatoire pour chaque transaction. Des expressions telles que « par écrit » peuvent et doivent continuer à être utilisées. Il est important que les objectifs poursuivis par la prescription de forme soient décrits dans les travaux préparatoires. En revanche, il convient d'éviter d'utiliser la formulation « moyen permettant d'établir la preuve de la convention / du ... par un texte », que l'on rencontre de manière isolée.

Lors de l'élaboration des prescriptions de forme, les autorités doivent impérativement veiller à ce que l'accès à leurs services respecte les principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination. En tout cas, dans les contacts avec la population en général, l'utilisation des canaux électroniques ne devrait pas être sans alternative. Ces derniers temps, différentes approches réglementaires ou de nouvelles solutions techniques ont vu le jour qui peuvent remplacer les signatures électroniques selon la SCSE. Dans ce contexte, les technologies telles que les plateformes des autorités offrent, dans certaines circonstances, la possibilité de vérifier de manière automatisée le respect des prescriptions de forme dès le moment de la transmission. Afin d'éviter des exigences excessives en matière de forme, il convient bien entendu d'envisager des garanties de procédure. Si nécessaire, il faut proposer aux destinataires plusieurs formes de communication possibles avec des profils d'exigences différents (p. ex. transmission de données structurées soit au moyen de formulaires en ligne à remplir manuellement, soit au moyen d'interfaces machine-machine).

Toute suggestion pour le développement du présent guide est la bienvenue. Veuillez écrire à rs-sekretariat@bj.admin.ch.

Version 1 / JEC / CHB