

LA SIGNATURE ELECTRONIQUE DES PERSONNES MORALES

Table des matières :

<u>Section 1. Rappel sommaire des règles relatives à la représentation des personnes morales</u>	2
1. <u>Nécessité de l'intervention d'un organe</u>	2
2. <u>Identification des organes de représentation des principales personnes morales de droit privé</u>	2
3. <u>Vérifications à opérer par les tiers</u>	4
4. <u>Mécanismes de "rattrapage"</u>	8
<u>Section 2. Les potentialités de la signature à cryptographie asymétrique en matière de personnes morales et les options ouvertes au législateur</u>	10
1. <u>La technique de la signature à cryptographie asymétrique</u>	10
2. <u>Certificat délivré à la personne morale versus certificat délivré à un organe : les options et leurs conséquences</u>	14
a. <u>Certificats au nom des organes</u>	14
b. <u>Certificat(s) au nom de la personne morale</u>	16
<u>Section 3. La signature des personnes morales à travers les textes</u>	17
1. <u>La directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques</u>	18
2. <u>La loi du 20 octobre 2000 et, plus spécialement, l'article 1322, al. 2, du Code civil</u>	20
3. <u>La loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification</u>	21
<u>Section 4. La signature des personnes morales en pratique</u>	26
<u>Observation liminaire</u>	26
1. <u>Spécificités en ce qui concerne la délivrance, l'utilisation et la révocation du certificat</u>	28
a. <u>Délivrance à une personne morale d'un certificat qualifié à fin de signature</u>	28
b. <u>Signature d'actes par la personne morale</u>	32
c. <u>Révocation du certificat</u>	33
2. <u>Cas pathologiques</u>	34
a. <u>Déduction frauduleuse de la clé privée</u>	35
b. <u>Utilisateur illégitime</u>	36
c. <u>Excès de pouvoir de l'utilisateur légitime</u>	37
d. <u>Dépassement de l'objet social et violation du principe de spécialité</u>	38
<u>Conclusion</u>	39

Section 1. Rappel sommaire des règles relatives à la représentation des personnes morales

1. Nécessité de l'intervention d'un organe

Les personnes morales, enseigne-t-on traditionnellement, ne peuvent accomplir d'actes juridiques que par l'intermédiaire de personnes physiques, ou bien organes ou bien mandataires particuliers habilités par ces organes. Ce postulat "imposé par la nature des choses" s'applique tant aux personnes de droit public que de droit privé, tant en matière d'actes juridiques unilatéraux que de contrats. Il est notamment consacré, en matière judiciaire, par l'article 703, al. 1, du Code judiciaire, aux termes duquel "*les personnes morales agissent en justice à l'intervention de leurs organes compétents*" et, en matière de sociétés, par l'article 61 du Code des sociétés, qui dispose que celles-ci "*agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires (...)*".

En vertu de la théorie de l'organe, lorsqu'une personne physique déclare accomplir, en tant qu'organe, un acte juridique au nom d'une personne morale et qu'elle est nantie du pouvoir de représenter cette dernière, seule la personne morale sera titulaire des droits et obligations qui découlent de l'acte. C'est pourquoi l'article 61 du Code des sociétés poursuit en énonçant que " (...) *les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société*".

2. Identification des organes de représentation des principales personnes morales de droit privé

Dès lors que l'intervention d'un organe est toujours nécessaire pour engager une personne morale, que cet organe agisse par lui-même ou donne procuration à un mandataire particulier, il peut être utile de rappeler très brièvement quels sont, au sein des personnes morales les plus courantes, les organes de représentation. Par souci de concision, nous nous en tiendrons ici aux personnes morales de droit privé .

La société en nom collectif est représentée par un ou plusieurs gérants agissant, selon les statuts, seuls ou conjointement ou, à défaut de désignation d'un gérant, par chaque associé. Les mêmes règles s'appliquent à la *société en commandite simple* sauf à noter que, en l'absence d'un gérant, seuls les associés commandités sont nantis du pouvoir de représentation. Quant à la *société coopérative*, elle est représentée par un ou plusieurs administrateurs, agissant seuls ou conjointement. Ces trois types de sociétés sont caractérisées par une très grande liberté donnée aux parties quant à

l'organisation de la gestion et de la représentation de l'être moral. La consultation des statuts de ces sociétés est, comme on le verra, une démarche incontournable pour les tiers.

Dans la *société privée à responsabilité limitée*, c'est en principe le *gérant* unique ou chaque gérant à titre individuel qui dispose du pouvoir de représentation général. Les statuts peuvent toutefois exiger que les gérants agissent conjointement, en collège. Les mêmes règles s'appliquent au *groupement d'intérêt économique*, au *groupement européen d'intérêt économique*, à la *société agricole* et à la *société en commandite par actions*, étant précisé, en ce qui concerne cette dernière, que les statuts peuvent en outre prévoir, comme en matière de sociétés anonymes, la désignation d'un délégué à la gestion journalière.

Le pouvoir de représentation générale de la *société anonyme* appartient en principe à son conseil d'administration agissant en collège. Une clause statutaire (souvent dénommée, de manière quelque peu abusive, "clause de double signature") peut toutefois conférer ce pouvoir à un ou plusieurs administrateurs, agissant soit seuls, soit conjointement (art. 522 C. soc.) . De surcroît, si une ou plusieurs personnes sont nommées en qualité de délégués à la gestion journalière, elles disposeront, seules ou conjointement selon les indications des statuts, du pouvoir de représenter la société pour les besoins de cette gestion (art. 525 C. soc.) . Il s'agit donc d'un pouvoir de représentation limité.

On ajoutera que l'ensemble des sociétés citées ci-dessus sont valablement représentées, lorsqu'elle sont en liquidation, par le ou les liquidateurs ainsi que, le cas échéant, par un administrateur provisoire.

Quant à l'*association sans but lucratif*, c'est, aux termes de l'article 13 de la loi du 27 juin 1921, son conseil d'administration qui la représente dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires . Cette disposition énonce ensuite que le conseil "*peut, sous sa responsabilité, déléguer ses pouvoirs à l'un de ses membres ou même, si les statuts ou l'assemblée générale l'y autorisent, à un tiers*". La qualité d'organe du ou des délégués est controversée . Il semble que cette délégation puisse avoir lieu soit pour la représentation générale de l'association, soit pour les seuls actes relevant de la gestion journalière .

C'est, enfin, le syndic qui est chargé de représenter l'*association des copropriétaires*, tant en justice que dans la gestion des affaires communes (art. 577-8, § 4, 6°, C. civ.).

3. Vérifications à opérer par les tiers

Pour que la personne morale, et non la personne physique, soit engagée, encore faut-il que certaines conditions soient respectées. La première est que la personne physique ait indiqué, d'une manière ou d'une autre, qu'elle agissait, non en son nom personnel et pour son propre compte, mais pour l'être moral .

Les tiers doivent, deuxièmement, vérifier que la personne physique a effectivement reçu le pouvoir d'engager l'être moral qu'elle prétend représenter. Encore l'ampleur de cette vérification varie-t-elle sensiblement en fonction du type de représentant et de personne morale dont il s'agit.

Quant aux pouvoirs d'un simple mandataire particulier désigné par un organe, ils sont délimités par les termes du mandat. L'article 1998 du Code civil dispose, en effet, que *"le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné (et) n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement"*. Il est dès lors recommandé aux tiers cocontractants d'exiger une procuration écrite. Rappelons également qu'en matière de personnes morales, si le mandat général est exclu, le mandat particulier peut être donné, et l'est le plus souvent, pour des séries d'opérations juridiques de même nature . Le mandat devant nécessairement être donné par un organe de l'être moral concerné, la vérification de la procuration s'ajoutera - et ne se substituera pas - aux vérifications exposées ci-après.

Quant à l'hypothèse d'une personne physique qui affirme avoir *la qualité d'organe* d'un être moral, les tiers sont censés, à tout le moins, vérifier la réalité de cette affirmation. En règle, l'acte de nomination de cette personne aura reçu une certaine *publicité*, laquelle permettra aux tiers d'en prendre connaissance.

Ainsi, en ce qui concerne les personnes morales de droit public, on notera que chaque fois qu'un organe ou que le membre d'un organe est nommé par arrêté, l'acte de nomination fait l'objet d'une publication au Moniteur belge. Il en va de même en cas de révocation ou de démission. En matière de sociétés, l'acte constitutif contenant la désignation des organes, de même que les modifications statutaires et les extraits des actes relatifs à la nomination et à la cessation des fonctions de ces organes, doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège social et publiés dans les Annexes du Moniteur belge (art. 67 et s. C. soc.) . De même, les noms, prénoms, professions, domiciles des administrateurs originaires d'associations sans but lucratif doivent-ils être publiés aux annexes du Moniteur, tout comme les nominations, démissions et révocations ultérieures (art. 3 et 9 de la loi du 27 juin 1921) . Quant au syndic d'une association de copropriétaires, son identité doit apparaître dans un extrait de l'acte portant nomination ou désignation, affiché de manière inaltérable et visible à l'entrée de l'immeuble, siège de l'association (art. 577-8, § 2 C. civ.) .

Lorsque l'organe de représentation est composé de plusieurs personnes qui doivent agir conjointement, il convient de vérifier que cette exigence a été satisfaite. Dans une société anonyme, par exemple, la représentation générale de la société n'appartient, en l'absence d'une "clause de double signature", qu'au conseil d'administration agissant en collège ou aux mandataires particuliers de ce conseil.

Il est des hypothèses où les pouvoirs de représentation d'un organe sont limités, soit par la loi, soit par les statuts de l'être moral. La question se pose dès lors si les tiers doivent prendre en considération ces *limitations de pouvoirs* ou s'ils peuvent, au contraire, se borner à vérifier la seule qualité d'organe.

En principe, l'on doit considérer que l'organe d'une personne morale n'a pas plus de pouvoir que ne lui en attribue la loi ou ses statuts. La personne morale peut, en cas de dépassement de pouvoir, faire valoir qu'elle n'est pas valablement engagée; de même, les tiers peuvent-ils, lorsque l'être moral se prévaut d'un acte accompli par un organe de représentation qui a excédé ses pouvoirs, opposer la nullité dudit acte . Il en va de même lorsque la personne morale a accompli un acte qui excède les limites de son objet social. En matière de sociétés, la Cour de cassation a énoncé ce principe pour la première fois dans un arrêt du 31 mai 1957, confirmé à de multiples reprises .

Sauf recours aux mécanismes " de rattrapage " évoqués ci-après, ces principes sont applicables à pur et à plein en matière de sociétés en nom collectif et en commandite simple, de sociétés coopératives à responsabilité illimitée, d'associations sans but lucratif et d'établissements d'utilité publique . Précisons que les limitations statutaires aux pouvoirs de représentation ne sont opposables aux tiers que pour autant qu'elles aient fait l'objet des mesures de publicité évoquées ci-avant.

Force est toutefois de constater que ce principe d'opposabilité de toute restriction, même statutaire pourvu qu'elle soit publiée, aux pouvoirs de représentation des organes des personnes morales contraint les tiers à procéder à des vérifications approfondies et parfois malaisées desdits pouvoirs . C'est pourquoi le législateur européen, soucieux d'accroître la sécurité juridique des personnes qui traitent avec des sociétés au sein du Marché unique, a consacré, dans la première directive "sociétés" , le principe de l'inopposabilité aux tiers *des limitations apportées par les statuts à l'objet social* (art. 9.1) , d'une part, *des aménagements statutaires aux pouvoirs de gestion et de représentation* (art. 9.2), d'autre part.

A l'heure actuelle, cette règle fondamentale s'applique certainement, en Belgique :

- à la société anonyme ;
- à la société en commandite par action ;
- à la société privée à responsabilité limitée ;
- au groupement d'intérêt économique ;
- au groupement européen d'intérêt économique .

Elle nous paraît également applicable à l'association de copropriétaires et, à tout le moins partiellement, à la société coopérative à responsabilité limitée et à la société agricole .

Ainsi les tiers sont-ils dispensés, lorsqu'ils traitent avec l'une des personnes morales énumérées ci-dessus, de vérifier si l'organe qui a signé n'a pas violé les clauses statutaires - ou tout acte adopté par la personne morale - qui tendrait soit à limiter les pouvoirs de représentation des organes de représentation légaux, soit à répartir ces pouvoirs entre les organes, soit encore à préciser l'objet social de la société. En revanche, les *limitations légales* aux pouvoirs de représentation restent opposables aux tiers, censés connaître la loi . Au sein des personnes de droit privé, le principal organe dont le pouvoir de représentation soit limité de par la loi est le délégué à la gestion journalière; si celui-ci accomplit un acte qui excède les limites de cette gestion, la société pourra, en principe, faire valoir qu'elle n'est pas liée.

4. Mécanismes de “rattrapage”

Lorsqu'un organe a accompli un acte excédant ses pouvoirs, il reste loisible à la personne morale de *ratifier* l'acte, en faisant intervenir l'organe dûment habilité à cet effet . Il n'en irait différemment que s'il s'agissait d'un acte unilatéral qui devait être accompli dans un délai de rigueur ou, plus généralement, si la ratification mettait en péril les droits acquis par les tiers . Les tiers peuvent également invoquer la ratification à l'encontre de la personne morale.

La question se pose par ailleurs si la *théorie de l'apparence* pourrait être invoquée par le tiers auquel la personne morale oppose un excès de pouvoir de son représentant. Selon cette théorie, la société serait tenue lorsque la personne qui a agi en son nom disposait apparemment du pouvoir légal de la représenter sans le posséder en réalité. L'on sait que, désormais, la Cour de cassation n'exige plus nécessairement qu'une faute puisse être relevée dans le chef du mandant apparent mais se contente parfois d'une croyance légitime du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire apparent , pourvu que cette croyance soit imputable au pseudo-mandant .

L'application de cette théorie en matière d'actes accomplis par les organes de personnes morales reste controversée . Il semble en effet, *a priori*, que le caractère public des restrictions de pouvoir des organes rende illégitime leur ignorance par les tiers, sauf bien sûr quand la loi elle même les déclare inopposables. Toutefois, comme le relève M. Coipel, "*tout dépendra des circonstances de fait*", "*de l'attitude de la société comme du pseudo-organe*" et "*on ne doit pas décider a priori que l'accomplissement de la publicité légale rend toujours illégitime la confiance du tiers*".

Parmi les "mécanismes de rattrapage", l'on mentionnera encore la gestion d'affaire, l'enrichissement sans cause et, dans une autre optique, la possibilité éventuelle de mettre en cause la responsabilité aquilienne de l'organe lui-même .

Section 2. Les potentialités de la signature à cryptographie asymétrique en matière de personnes morales et les options ouvertes au législateur

L'évolution de la technique et l'apparition de la signature à cryptographie asymétrique conduisent à remettre en question le postulat sur lequel repose la théorie de l'organe et les règles de représentation des personnes morales rappelées ci-dessus, selon lequel ces dernières ne peuvent agir qu'à l'intervention de leurs organes. A dire vrai, l'intervention d'une personne physique *reste* nécessaire pour qu'une personne morale signe de façon électronique. Toutefois, la signature peut, techniquement, être apposée sans que l'identité de cette personne physique soit révélée au tiers. Là est précisément la nuance. Pour en prendre pleinement la mesure, il nous paraît nécessaire de pénétrer, un tant soit peu, dans les arcanes de la cryptographie asymétrique, en dépit du caractère peut-être rebutant pour le juriste, et certainement approximatif pour le scientifique, des explications qui suivent

1. La technique de la signature à cryptographie asymétrique

Comme l'indique l'étymologie hellénique de son nom, la cryptographie a pour objet premier d'assurer le caractère secret de communications. De manière logique, son usage, qui remonte à l'antiquité, a longtemps été cantonné au domaine militaire. L'utilisation des procédés cryptographiques n'a d'ailleurs été libéralisée en Belgique, de manière progressive, que récemment .

L'ère de la télématique a vu se développer des procédés de cryptographie basés sur l'utilisation d'*algorithmes* et de "*clés*". Un algorithme est une fonction mathématique qui, de manière imagée, peut être comparée à une moulinette. Son effet est de transformer, au terme d'une opération dite de *chiffrement*, une séquence donnée de

bits (*binary units* soit une suite de 0 et 1) en une séquence différente. L'opération inverse est le *déchiffrement*. On notera que si les algorithmes eux-mêmes sont publics, les opérations de chiffrement et de déchiffrement ne peuvent être réalisées qu'au moyen de *paramètres* que sont les clés de chiffrement et de déchiffrement. Ces clés, qui, comme les données à chiffrer, ne sont autres qu'une suite de bits, sont, en principe, secrètes et ont une longueur variable. La fiabilité de l'opération dépend, d'une part, de la longueur de la clé utilisée et, d'autre part, de la "robustesse" de l'algorithme.

Trois types d'algorithmes sont utilisés en cryptographie : algorithmes symétriques, algorithmes asymétriques et algorithmes de hachage.

Comme on le sait, la communication à distance par l'internet implique que les données échangées transitent par une série de relais (serveurs, routeurs...). Il existe dès lors un risque qu'une personne mal intentionnée intercepte les données lors de leur transfert, en prenne connaissance et, le cas échéant, les modifie à l'insu de l'expéditeur. La cryptographie symétrique a pour principal avantage de pallier ce danger. Sachant que tout texte qui apparaît en clair sur l'écran d'un ordinateur est stocké et transmis sous forme de *bits*, suivant une sorte d'alphabet universel , il est possible de chiffrer la séquence initiale de bits au moyen d'un algorithme symétrique et d'une clé secrète préalablement à son envoi . Le message, incompréhensible par les tiers, sera "déchiffré" par son destinataire au moyen de la même clé.

Remarquons que si ce système assure la confidentialité du message, il présente néanmoins des inconvénients. Il suppose d'abord que tout intervenant partage avec chacun de ses correspondants une clé secrète distincte. La gestion de ces clés est dès lors malaisée. Mais, surtout, ce problème paraît impraticable dans un réseau ouvert où une communication préalable des clés n'a pu avoir lieu de manière sécurisée. Enfin, on relèvera que la fonction d'identification inhérente au concept de signature n'est pas assurée de manière totale, dès lors qu'il est impossible de savoir lequel des correspondants détenant la clé a chiffré un message donné.

La solution à ces problèmes réside dans le recours à un cryptosystème asymétrique . Ce dernier repose sur l'utilisation d'une paire de clés différentes. L'une des clés est une fonction irréversible de l'autre. Ce qui est chiffré au moyen d'une de ces clés ne peut être déchiffré qu'en appliquant l'autre clé, et inversement. Dans la pratique, une des clés - dite *privée ou secrète* - ne sera connue que du titulaire du "bi-clé", tandis que l'autre sera divulguée publiquement, d'où son nom de *clé publique*. Vu que la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée, il est impossible, dans un temps raisonnable , de connaître la clé privée au départ de la clé publique.

Notons dès à présent que le cryptosystème asymétrique présente l'inconvénient d'être nettement moins performant en termes de rapidité que le modèle symétrique .

Pour pallier cet inconvénient, le troisième type d'algorithme mentionné ci-dessus, *l'algorithme de hachage* est combiné à l'algorithme de chiffrement asymétrique. Cet algorithme présente la propriété de convertir un texte (séquence de bits) d'une longueur quelconque en un message d'une longueur fixe, en l'espèce nettement inférieure à celle du message original. L'avantage est que, malgré cette réduction, le hachage de messages distincts ne donnera jamais un résultat identique. Le résultat de l'opération représente en quelque sorte *l'empreinte digitale* du message original (*digest* en anglais) . Ainsi, en chiffrant, au moyen de l'algorithme asymétrique et d'une de ses clés, cette empreinte plutôt que le message lui-même, un temps considérable peut être gagné et le système devient suffisamment performant pour être appliqué à des messages d'une certaine longueur.

Le cryptosystème asymétrique permet deux applications principales. D'abord, il permet d'assurer la *confidentialité* d'un message. Si l'expéditeur du message chiffre celui-ci au moyen de la clé publique de son destinataire, il est en effet assuré que seul ce dernier sera en mesure de le déchiffrer et, partant, d'en prendre connaissance, à l'exclusion de toute autre personne. L'autre application - qui seule retiendra notre attention dans la suite de l'exposé - est celle qui permet de *signer* un message. Pour ce faire, l'expéditeur applique à son message, après l'avoir "haché", sa propre clé privée. Il obtient ainsi une version "chiffrée" de ce message, qui n'est autre que sa signature numérique. Il envoie ensuite à son correspondant le message lui-même, en clair, joint à cette signature. Comme le relève H. Bitan, " la signature électronique contrairement à la signature manuscrite n'a pas d'autonomie. La signature électronique dépend de l'acte ou du message auquel elle est associée. Il y aura donc autant de signatures électroniques distinctes que d'actes ou de messages différents transmis par une même personne" . Précisons cependant que le dispositif de création de signature d'une personne, soit l'algorithme de chiffrement et la clé privée, sont, eux, constants pour la durée de validité de la clé.

Une fois le message et sa signature parvenus à leur destinataire, celui-ci va procéder à la comparaison entre le message lui-même - ou l'empreinte de ce message qu'il obtient en le hachant - et le résultat du déchiffrement de la signature au moyen de la clé publique. S'il y a correspondance parfaite, il aura la certitude que le message a été expédié par la personne qui détient la clé privée correspondant à la clé publique qu'il a utilisée pour le déchiffrement et n'a pas été modifié au cours de la transmission. Reste à s'assurer de l'identité du titulaire de la paire de clés.

C'est ici qu'entre en jeu le *tiers certificateur* . Celui-ci assure la mission fondamentale de certifier au destinataire que la clé publique que ce dernier a utilisée appartient bien à telle personne déterminée et est bien la fonction irréversible d'une clé privée qui n'est, en principe, connue que de cette personne. Ces renseignements sont contenus dans un *certificat* délivré par le tiers certificateur au titulaire du "bi-clé". Ce certificat, qui s'apparente à une *carte d'identité électronique*, pourra être joint par l'expéditeur

aux messages signés qu'il envoie. Il sera, en outre, consultable dans un *annuaire électronique* tenu par le certificateur. La norme Iso X. 509 définit le contenu standard d'un certificat. Il contient notamment le nom de l'autorité qui a généré le certificat, le nom du titulaire de celui-ci, sa période de validité, la clé publique du titulaire et l'algorithme avec lequel sera utilisée cette clé. Le certificat, enfin, porte la signature numérique du certificateur lui-même .

Le certificat apparaît ainsi comme la pierre angulaire de la signature à cryptographie asymétrique. Le destinataire du message signé ne "voit" en aucune manière la signature de l'expéditeur. Son logiciel de courrier électronique lui confirme seulement que le message qu'il a reçu lui a, en principe, effectivement été envoyé par la personne dont le nom figure sur le certificat. Or, rien n'empêche que ce nom soit celui d'une personne morale. Il suffit dès lors, pour qu'une personne morale signe un acte de manière électronique, que cette personne morale soit le titulaire du certificat qui associe un nom à la clé publique.

2. Certificat délivré à la personne morale versus certificat délivré à un organe : les options et leurs conséquences

Le législateur qui entend reconnaître un effet juridique à la signature électronique est face à un choix important en ce qui concerne les personnes morales : doit-il ou non permettre à celles-ci d'être directement titulaires d'un certificat ? Doit-il conférer un effet identique à la signature, qu'elle soit apposée par une personne physique ou par une personne morale ? Doit-il aligner le droit sur ce que permet la technologie ? Et, s'il admet la signature des personnes morales, doit-il corrélativement interdire à celles-ci, dès lors qu'elles agissent dans l'environnement électronique, d'encore s'engager autrement qu'en apposant leur signature propre ?

a. Certificats au nom des organes

Si la reconnaissance de la signature électronique est réservée aux seules personnes physiques, les actes accomplis sur "la toile" par des personnes morales seront, comme dans l'environnement papier, signés par leurs organes au moyen de leur signature personnelle. Le titulaire du certificat de signature sera une personne physique et non la personne morale elle-même.

Les difficultés que suscite cette solution conservatrice ne sont guère différentes de celles que l'on rencontre dans l'univers papier. Nous en relèverons principalement deux.

Il se présentera, d'abord, des hypothèses dans lesquelles il sera malaisé de déterminer si le titulaire du certificat a agi en son nom personnel ou en sa qualité d'organe de la personne morale. Certes, toute personne agissant au nom d'autrui, que ce soit en qualité de mandataire ou d'organe, est tenue de le faire savoir, à défaut de quoi elle peut être personnellement engagée . Toutefois, la preuve selon laquelle le signataire a contracté non pas en son nom personnel mais pour le compte de l'être moral peut être apportée par simples présomptions . Dans l'environnement papier, le juge aura égard, notamment, à des éléments intrinsèques et formels de l'acte, tels l'en-tête du papier à lettre ou le cachet de la personne morale. Ces indices pourront faire défaut en cas de conclusion d'un contrat par courriers électroniques signés, par exemple.

En matière de signature électronique, une façon d'échapper à cette première difficulté consiste à obliger les tiers-certificateurs à indiquer, dans les certificats de personnes physiques utilisés pour signer des actes au nom d'une personne morale, la qualité du titulaire (gérant de la s.p.r.l. X, administrateur délégué de la s.a. Y...) .

Si telle est l'option retenue, il importe que le dispositif de signature dont question soit utilisé exclusivement pour conclure des actes au nom de la personne morale concernée. Si le titulaire est également appelé à signer des actes électroniques à titre personnel, il convient qu'il le fasse au moyen d'une paire de clé distincte et qu'il se fasse délivrer un second certificat ne mentionnant pas sa qualité d'organe. Les personnes qui cumulent des mandats au sein de personnes morales multiples veilleront à avoir, outre leur bi-clé personnel, une paire de clé différente pour chacune de leurs fonctions.

L'autre difficulté, inéluctable, que suscite le détour par la signature de l'organe provient des vérifications auxquelles doivent se livrer les cocontractants de la personne morale. Il leur appartient, en principe, de vérifier la réalité et l'étendue des pouvoirs de représentation de la personne physique qui a signé au nom de l'être moral. Certes, l'ampleur de ces vérifications varie fortement selon le type de personne morale considérée . Néanmoins, une absence de vérification ou une vérification trop sommaire pourra toujours entraîner des conséquences graves pour le cocontractant, puisqu'il subsiste toujours, comme nous l'avons vu, des hypothèses dans lesquelles la personne morale pourra valablement prétendre qu'elle n'est pas engagée.

Cette difficulté, sans disparaître totalement, nous paraît atténuée dans l'hypothèse où le certificat mentionne la qualité du signataire. Il nous semble en effet que, si le tiers-certificateur a dû vérifier la réalité de cette qualité lors de la délivrance du certificat, il n'est pas tenu de veiller constamment à son actualité. En outre, comme nous l'avons vu, la circonstance que le titulaire ait une certaine fonction au sein de la personne morale ne suffit pas toujours à établir son pouvoir de représentation, ne songeons ici

qu'à la simple existence de limitations statutaires.

b. Certificat(s) au nom de la personne morale

L'autre branche de l'alternative consiste à reconnaître des effets juridiques identiques à la signature électronique, qu'elle soit apposée par une personne physique ou morale. Ce faisant, le législateur autorise les personnes morales à disposer d'une paire de clés qui leur est propre ; le certificat est, quant à lui, émis au nom de la personne morale.

Formellement, le terme de " signature d'une personne morale " est approprié dès l'instant où le titulaire du certificat est la personne morale elle-même. Toutefois, au delà des mots, il importe de distinguer plusieurs types de " signatures de personnes morales " en fonction des informations fournies aux tiers dans le certificat.

La signature de personne morale la plus *pure* est celle qui ne mentionne pas, dans le certificat, l'identité de la ou des personnes physiques qui détiennent le support de la clé privée de signature. Dans ce cas, les tiers, destinataires des actes signés, sont dans l'impossibilité matérielle de vérifier les pouvoirs de représentation. Il en résulte que les tiers sont, *de facto*, déchargés de tout souci de vérification et que, en conséquence, la personne morale est, sauf violation du principe de spécialité, légale ou statutaire, automatiquement et irrévocablement engagée lorsqu'elle a apposé *sa* signature . Les règles relatives à la représentation des personnes morales sont ainsi, en quelque sorte, paralysées.

Ces règles peuvent toutefois reprendre leur empire sur le plan interne pour autant que les associés ou actionnaires de la personne morale sachent, eux, quelles personnes – en principe investies de pouvoirs de représentation - s'étaient vu remettre une paire de clés et la responsabilité de ces représentants peut alors être mise en cause s'ils ont excédé les pouvoirs qui leur étaient attribués, voire s'ils n'ont pas pris les précautions qui s'imposaient pour mettre la clé privée de la personne morale à l'abri d'une utilisation non autorisée. Cette mise en cause peut néanmoins s'avérer ardue lorsque plusieurs personnes disposaient d'une paire de clés .

Notons encore que si cette solution supprime radicalement les deux inconvénients relevés au point (a) ci-dessus, soit les questions d'imputabilité de l'acte et les soucis de vérification de pouvoirs pour les tiers, elle les empêche aussi de mettre en cause la responsabilité personnelle des organes de la personne morale , sauf à assigner préalablement cette dernière pour l'obliger à dévoiler le nom des personnes qui détenaient un support contenant la clé privée.

Le caractère quelque peu révolutionnaire de cette première solution a conduit à

envisager une forme “ atténuée ” de signature de personne morale. Dans celle-ci, le certificat, quoiqu'établi au nom de la personne morale, mentionne le nom et, éventuellement, la qualité de l'utilisateur légitime de la clé privée.

Si tel est le cas, la question, cruciale, se pose si les tiers sont tenus de vérifier que la personne physique dont le nom leur est communiqué est bien habilité à représenter la personne morale. Nous y reviendrons.

Notons enfin la formule intermédiaire qui consiste à mentionner dans le certificat de la personne morale, non le nom mais la seule qualité de l'utilisateur (gérant, délégué à la gestion journalière...) . Les vérifications auxquelles doivent se livrer les tiers sont alors limitées : ils auront uniquement égard à la définition - légale ou conventionnelle - des pouvoirs de représentation de l'organe mentionné, sans avoir à rechercher si le poste est effectivement occupé par telle personne déterminée. Cette solution évite également que l'on doive révoquer le certificat et en émettre un nouveau chaque fois qu'une personne est nommée à la place d'une autre à un poste auquel est attaché un pouvoir de représentation de la personne morale.

Section 3. La signature des personnes morales à travers les textes

En Belgique, trois textes récents – l'un communautaire, les autres nationaux - régissent la signature électronique : le premier est la directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, le deuxième la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire et complétant notamment l'article 1322 du Code civil et le troisième la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. La présente contribution n'est pas le lieu de faire un exposé général de ces textes ; nous nous interrogerons seulement sur la façon dont ils appréhendent la question de la signature des personnes morales et n'évoqueront les principes qu'ils posent que dans la mesure strictement nécessaire à cet effet. Pour le surplus, le lecteur voudra bien se référer, notamment, à la contribution d'E. Montero et D. Gobert dans le présent ouvrage ainsi qu'à l'article que nous avons consacré au sujet avec P. Lecocq .

1. La directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques

Le cadre juridique mis en place par la directive est double. Il concerne, d'une part, les

services de certification et les prestataires de ceux-ci et, d'autre part, les effets juridiques que les Etats membres sont tenus de conférer aux signatures électroniques. Notons, dès à présent, que le *champ d'application* de la directive 1999/93, et spécialement de son article 5 qui régit les effets de la signature électronique, déborde largement la matière de la preuve, à laquelle est généralement associée la notion de signature. Si la signature est un élément essentiel de l'écrit probatoire, il ne s'agit pas d'un concept propre au droit de la preuve. La signature est une exigence qui émerge dans un nombre appréciable de dispositions légales dans des disciplines aussi diverses que le droit civil, le droit judiciaire, le droit fiscal ou le droit social. *A priori*, l'article 5 a pour vocation à s'appliquer à ces différents domaines.

L'article 5 de la directive opère une *summa divisio* entre, d'une part, ce que nous avons appelé *les signatures électroniques parfaites* et, d'autre part, *les autres signatures électroniques*. Les effets des premières sont régis par l'article 5.1, dite *clause d'assimilation*, ceux des secondes par l'article 5.2, dite *clause de non-discrimination*. Il ne nous paraît pas utile de rappeler ici la portée exacte de ces clauses ; en revanche, il s'impose de préciser, pour la bonne compréhension de la quatrième partie du présent exposé, ce qu'il faut entendre, au sens de la directive, par "signature électronique".

L'article 2.1 de la directive définit la *signature électronique* comme "*une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification*" (art. 2.1). Cette définition s'écarte sensiblement de celle que la doctrine dite fonctionnaliste avait, en Belgique comme ailleurs, proposé de la signature, soit un signe, apposé sur un acte, par lequel une personne s'identifie et marque sa volonté de s'approprier le contenu de cet acte. Non seulement cette fonction d'*adhésion* est absente de l'article 2.1 de la directive mais, en outre, le terme d'authentification nous paraît déborder la fonction d'*identification*, dans la mesure où il ne se rapporte pas nécessairement à une personne. L'authentification consiste, à notre sens, dans la *détermination de l'origine des données*. Cette origine peut être une personne mais aussi un site *web*, un logiciel, un terminal informatique voire, pourquoi pas, le numéro d'une ligne reliée à un télécopieur.

En revanche, la *signature électronique parfaite*, qui jouit de la clause d'assimilation, est une signature dans l'acception traditionnelle (fonctionnelle) du terme puisqu'elle doit notamment "(a) être liée uniquement au signataire, (b) permettre d'identifier le signataire, (c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et (d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable".

La directive 1999/93 n'évoque, ni dans ses dispositions, ni dans son préambule, la possibilité pour une personne morale d'être titulaire d'une signature électronique.

Certes, elle n'interdit pas de manière expresse à un prestataire de services de certification d'émettre des certificats au nom de personnes morales mais elle paraît, à tout le moins, avoir donné sa préférence au système dans lequel le titulaire est l'organe, dès lors que, d'une part, son article 2.3 définit le "*signataire*" comme "*toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente*" et que, d'autre part, c'est au "signataire" qu'est uniquement liée la signature électronique parfaite et c'est lui qu'elle permet d'identifier.

2. La loi du 20 octobre 2000 et, plus spécialement, l'article 1322, al. 2, du Code civil

La loi du 20 octobre 2000 "*introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire*" contient deux groupes de dispositions, les unes modifiant le Code civil, les autres, dont l'entrée en vigueur est tenue en suspens, modifiant le Code judiciaire. Parmi ces dispositions, deux textes - l'article 1322, al. 2, du Code civil et l'article 863, nouveau, du Code judiciaire ont trait à la signature des actes. Encore le second a-t-il pour objet de couvrir, dans certaines conditions, la nullité d'actes de procédure entachés d'un défaut de signature et non de conférer un statut légal à la signature électronique. Seul l'article 2 de la loi du 20 octobre 2000, complétant l'article 1322 du Code civil, a cette dernière portée.

Selon nous, l'article 1322, al. 2, nouveau, du Code civil ne modifie directement ni les règles sur la recevabilité des modes de preuve en matière civile, ni celles relatives à leur force probante. Il a pour seul objet d'introduire une définition fonctionnelle de la signature dans le paragraphe que le Code consacre à l'acte sous seing privé et d'élargir, partant, cette dernière notion : "*peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte*".

On notera que les conditions qui doivent être satisfaites, pour que des données électroniques puissent satisfaire à l'exigence d'une signature, sont *subjectives* : leur imputabilité à une personne déterminée - autrement dit leur faculté d'identifier celle-ci et de marquer son consentement à l'acte -, de même que leur aptitude à maintenir l'intégrité du contenu de l'acte, sont des fonctions relatives dont il appartiendra au juge, le cas échéant assisté d'un expert, de déterminer l'accomplissement.

Si le juge conclut que ces fonctions sont remplies, il qualifiera l'acte accompli par la voie électronique d'acte sous seing privé, qualification dont découleront les conséquences probatoires nécessaires tant au niveau de la recevabilité (art. 1341 C.

civ.), que de la force probante (art. 1319, 1320 et 1322 C. civ.) .

L'article 1322, al. 2, du Code civil, on le constate, ne prévoit pas explicitement que le signataire de l'acte puisse être une personne morale; la question ne semble pas, du reste, avoir été examinée au cours des travaux préparatoires.

3. La loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification

Comme le précise son article 2, al. 1er, la loi du 9 juillet 2001 a pour objet explicite de transposer la directive 1999/93/CE. A l'instar de cette dernière, elle régit tant l'activité des prestataires de service de certification que les effets de la signature électronique.

Si la clause de non discrimination a été reproduite de manière littérale (article 4, § 5) , le législateur a fait preuve d'originalité dans la mise en œuvre de la clause d'assimilation, puisque l'article 4, § 4, de la loi énonce qu'une signature électronique parfaite "*est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale*" . Ainsi le législateur belge a-t-il décidé de consacrer légalement la signature électronique - parfaite - des personnes morales et de lui donner le même statut que la signature - manuscrite ou électronique parfaite - des personnes physiques .

Mais quel est précisément ce statut ? Rappelons le brièvement . Eu égard au champ d'application large de la loi du 9 juillet 2001 - identique à celui de la directive 1999/93 - , l'article 4, § 4, nous paraît impliquer que, face à toute disposition légale exigeant la signature d'un acte, le juge est tenu d'accorder une efficacité juridique audit acte signé par électronique, pour autant que la signature électronique satisfasse aux "conditions de perfection" définies par la loi.

Certes, ces conditions sont nombreuses mais, d'une part elles présentent un aspect technique et, partant, plus objectif que celles d'imputabilité et de maintien de l'intégrité et, d'autre part, le juge pourra recourir à diverses présomptions et se fonder sur les contrôles *a priori* auxquels l'administration soumet les prestataires de services de certification délivrant des certificats qualifiés . Si la signature électronique est basée sur un certificat qualifiés délivré par un prestataire *accrédité*, le juge ne devra même procéder, à notre avis, à aucune autre vérification que celle de cette accréditation et de son maintien (en réservant toujours l'application des articles 1323 et 1324 du Code civil) .

L'application transversale de l'article 4, § 4, de la loi ne doit pas occulter le fait que le

domaine de prédilection de cette disposition reste celui de la preuve. Ainsi le document électronique "revêtu" d'une signature électronique parfaite est-il un acte sous seing privé au sens de l'article 1322 du Code civil, sans que le juge ait à rechercher si la signature assure les fonctions d'imputabilité et de maintien de l'intégrité. Sous réserve d'une procédure en vérification d'écritures, le document auquel est liée ladite signature est considéré de plein droit comme un acte sous seing privé, par principe recevable et faisant pleine foi de ce qui est contenu au titre.

La portée de l'article 4, § 4, ayant été précisée, revenons à présent sur sa particularité, du moins au regard du droit européen, à savoir la reconnaissance de la signature électronique parfaite des personnes morales.

S'agit-il d'une forme "pure" ou d'une forme "atténuée" de signature de personnes morales ? Les tiers qui reçoivent un acte signé par la personne morale ont-ils, en d'autres termes, la possibilité de connaître l'identité de la personne physique qui a fait usage du dispositif de création de la signature et, si oui, l'obligation de vérifier la qualité de cette personne et l'étendue de ses pouvoirs ? La réponse à cette question est sans doute délicate, notamment en raison d'une modification du texte de la loi intervenue lors de l'examen du projet par le Sénat.

En effet, l'article 8, § 3, du projet adopté par la Chambre des représentants disposait qu'*"en ce qui concerne les personnes morales, le prestataire de services de certification tient un registre contenant le nom et la qualité du ou des représentants de celles-ci qui seront présumés avoir fait usage de la signature liée au certificat"*, et précisait que *"ces données ne seront accessibles qu'à la demande d'un juge"*.

De l'absence de publicité de l'identité de l'utilisateur, il résultait, selon nous, que les tiers étaient, *de facto*, déchargés de tout souci de vérification et que, en conséquence, la personne morale était automatiquement et irrévocablement engagée lorsqu'était apposée sa signature. En revanche, la possibilité pour le juge d'avoir accès à ce renseignement devait, à notre sens, permettre, du moins dans la plupart des cas, la mise en œuvre effective d'une action en responsabilité. En synthèse, les règles relatives à la représentation des personnes morales continuaient à sortir leurs effets au niveau interne - responsabilité pour excès de pouvoir - mais devenaient inopérantes au niveau externe et ce pour le simple motif que les tiers ignoraient totalement qui avait appliqué le dispositif de création de signature de l'être moral.

Le Sénat a toutefois amendé le texte de l'article 8, § 3, et celui-ci dispose, dans sa version définitive, que : *"Le prestataire de services de certification tient un registre contenant le nom et la qualité de la personne physique qui représente la personne morale et qui fait usage de la signature liée au certificat, de telle manière qu'à chaque utilisation de cette signature, on puisse établir l'identité de la personne physique"*.

Il résulte de cette formulation nouvelle que les tiers, destinataires de messages signés par une personne morale, auront la *possibilité* de prendre connaissance de l'identité, et de la qualité, de la personne physique qui est censée avoir fait usage de la signature. Ils sont ainsi en mesure, comme dans l'environnement "papier", de procéder à des recherches - dans les limites prévues par la législation propre à la personne morale considérée - visant à s'assurer que cette personne physique est bien habilitée à représenter l'être moral.

La question fondamentale est toutefois de savoir si ces tiers *sont tenus* de procéder à ces recherches et vérifications et si la personne morale qu'ils croiraient valablement engagée pour avoir reçu un acte signé d'elle-même, pourrait ou non, dans certaines circonstances, leur opposer un défaut de pouvoir de la personne physique qui a utilisé sa signature, soit parce qu'elle n'était plus organe au jour de la signature (le gérant d'une s.p.r.l., par exemple, révoqué), soit parce que le pouvoir de représentation de l'utilisateur de la signature était limité (un délégué à la gestion journalière d'une s.a., par exemple, signant un acte qui excède cette gestion).

L'on est *a priori* tenté, au vu, précisément, de l'amendement du texte, d'affirmer que les tiers doivent procéder exactement aux mêmes vérifications que dans l'environnement papier puisqu'ils en ont la possibilité . Notons que, pour ce qui concerne les sociétés de droit privé et dans l'état actuel du site internet du Moniteur belge, une vérification en ligne de la qualité d'organe de l'utilisateur présumé et de ses pouvoirs sera bien souvent impossible, parce que seules des références - et non le texte - aux actes publiés aux annexes "sociétés commerciales" sont disponibles .

Cette interprétation n'est peut-être pas la seule possible. Examinons, à cet égard, de plus près les motifs qui ont conduit la Commission des affaires économiques du Sénat à modifier le texte de l'article 8, § 3. Il semble que *l'unique souci* des membres de cette commission était de permettre la mise en cause de la *responsabilité personnelle de la personne physique* qui a utilisé la signature . Ainsi, l'ouverture au public dudit registre n'était *pas* motivée par une volonté *d'imposer* aux tiers la consultation systématique de celui-ci en vue de vérifier les pouvoirs de représentation de l'utilisateur présumé . Elle devait leur profiter, non leur nuire.

On relèvera également qu'au cours de la discussion qui s'est tenue au sein de la Commission sénatoriale, il a été suggéré d'abandonner la possibilité pour une personne morale d'être titulaire d'un certificat et de recourir au système dans lequel le titulaire est la personne physique-organe. Le Ministre a toutefois défendu âprement le maintien de la finale de l'article 4, § 4, de la loi, tout en concédant que le souci des sénateurs, en ce qui concerne la responsabilité personnelle des organes, était légitime. Il est permis de se demander si ce choix politique consistant à autoriser une personne morale à être titulaire d'un certificat n'implique pas que cette personne soit, sur le plan externe, automatiquement engagée dès lors qu'elle a apposé *sa*

signature. Si tel n'est pas le cas, l'on ne voit guère, en définitive, ce qu'apporte la possibilité d'émettre des certificats "personnes morales".

Soulignons enfin que le *certificat* lui-même ne doit pas mentionner l'identité et la qualité de l'utilisateur de la clé privée, ces indications apparaissant seulement dans un *registre* tenu par le tiers-certificateur. Ne serait ce pas tromper la confiance légitime du tiers que de lui opposer, après coup, un défaut de pouvoir de l'utilisateur dont l'intervention n'est pas révélée lors du processus de vérification de signature par le logiciel de courrier ?

Pour ces différentes raisons, et dans l'état actuel de nos recherches, nos préférences vont à cette seconde interprétation, selon laquelle les tiers, qui reçoivent un acte électronique signé par une personne morale, ne sont pas tenus de rechercher l'identité et, par voie de conséquence, de vérifier les pouvoirs, de la ou des personnes physiques qui ont mis en œuvre le dispositif de création de signature. C'est aussi en suivant cette opinion que la suite de notre exposé a été rédigée.

Section 4. La signature des personnes morales en pratique

Observation liminaire

La loi est une chose, la pratique en est une autre. Il nous a donc paru fondamental, dans le cadre de cette étude, de rechercher si les prestataires de services de certification opérant en Belgique délivraient, à l'heure actuelle, des " certificats personnes morales " et, dans l'affirmative, selon quelles modalités et avec quel contenu. Les résultats de cette recherche doivent être appréhendés avec une certaine réserve, dès lors qu'ils sont fondés sur des informations parfois fragmentaires.

Globalement, il semble que les organismes de certification n'ont, à ce jour, guère développé la possibilité offerte par la loi du 9 juillet 2001 de délivrer des certificats au nom de personnes morales, permettant à celles-ci de disposer de leur propre signature électronique. Des distinctions se révèlent toutefois indispensables selon le type du certificat dont il s'agit. Tous les certificateurs distinguent en effet, en pratique, les certificats de personnes (*personal certificate, personal sign*), principalement utilisés pour la signature de courriers électroniques , les certificats d'objets (*object certificate, object sign*) et les certificats de sites (*server certificate, server sign*).

Il n'est pas douteux que les organismes de certification délivrent, à l'heure actuelle, des *certificats de sites* directement au nom de personnes morales ; il s'agit même du *quod plerumque fit*. Nous avons noté précédemment que la définition très large

donnée de la signature électronique par la directive et la loi – une méthode d'authentification - permettait de parler de la " signature " d'un site, tout comme de celle d'un logiciel. Il n'est même pas exclu que cette signature soit " parfaite ". Il nous paraît toutefois que tant la clause de non discrimination que la clause d'assimilation, inscrites à l'article 5 de la directive et à l'article 4 de la loi du 9 juillet 2001, sont sans portée en ce qui concerne une telle signature : celle-ci n'ayant pas d'équivalent manuscrit, il ne peut être question de discrimination, ni d'assimilation.

C'est seulement en ce qui concerne les signatures de personnes que les dispositions susvisées ont un réel effet parce que de nombreux textes de loi confèrent un effet juridique à la signature manuscrite, mais il semble que les organismes de certification, à ce jour, n'émettent guère de certificats de personnes dont le titulaire serait une personne morale , sauf peut-être le leur ou celui d'autres autorités de certification . Ce qui se pratique en revanche est la délivrance de " *personal certificates* " à des personnes physiques avec indication d'un lien entre ces personnes et une personne morale. Ce lien, dont la nature n'apparaît généralement pas dans le certificat, est plus souvent un contrat d'emploi qu'un mandat social .

L'on trouve également – et paradoxalement - des certificats attribués à un service ou à un département au sein d'une personne morale. Il s'agit là, à notre sens, d'une dérive déplorable car ledit service n'a aucune personnalité juridique, contrairement à la personne morale elle-même ou à la personne physique qui en est organe ou préposé. Dans la pureté des principes, cette signature électronique est, à l'instar de la signature de site, sans portée légale ; il se pourrait toutefois que le tiers destinataire d'un message signé par un tel " service " assimile cette signature à celle de la personne morale elle-même, avec les conséquences qui peuvent s'ensuivre (*supra*, section 1.4). Ici aussi, la théorie de l'apparence a de beaux jours en perspective.

1. Spécificités en ce qui concerne la délivrance, l'utilisation et la révocation du certificat

a. Délivrance à une personne morale d'un certificat qualifié à fin de signature

Lorsqu'un certificat qualifié est délivré à une personne physique à des fins personnelles, la seule vérification à opérer par l'organisme de certification est en principe, outre la correspondance entre la clé privée et la clé publique, celle de l'identité de la personne, vérification réalisée grâce à une présentation physique de la personne, munie de sa carte d'identité ou de son passeport, devant une autorité d'enregistrement .

L'émission d'un certificat au nom d'une personne morale est, d'évidence, plus complexe. Pour commencer, il nous paraît opportun de distinguer, outre les autorités de certification et d'enregistrement, trois personnes distinctes :

- *le titulaire* du certificat, soit la personne morale ;
- *le demandeur* en délivrance, soit la personne physique qui s'adresse au prestataire de service pour l'inviter à émettre un ou plusieurs certificats au nom de la personne morale et qui est visée à l'article 8, § 2, de la loi du 9 juillet 2001 ;
- *l'utilisateur*, soit la personne physique qui, en principe, détiendra le " dispositif de création de la signature " (art. 2, al. 2, 7°, de la loi du 9 juillet 2001), autrement dit le support de la clé privée, personne dont le nom doit apparaître dans le registre visé à l'article 8, § 3, de la loi du 9 juillet 2001. Cette dernière personne peut également être qualifiée, encore que chacun de ces termes puisse être critiqué, de " détenteur ", de " possesseur " ou de " dépositaire " du dispositif de création de signature. Soulignons que demandeur et utilisateur peuvent être une seule et même personne.

Quant au terme de " *signataire* ", défini par la directive mais non par la loi , il nous paraît préférable de l'éviter en raison de son ambiguïté, pouvant aussi bien désigner le titulaire que l'utilisateur.

A notre sens, le prestataire qui délivre un certificat personne morale est tenu de vérifier, outre l'existence de la personne morale ,

- 1° l'identité du demandeur ;
- 2° la qualité d'organe du demandeur et, s'il s'agit d'un mandataire particulier, la qualité d'organe du mandant et la procuration du mandataire ;
- 3° l'étendue des pouvoirs de représentation de l'organe demandeur, dans les limites tracées par la loi et rappelées ci-avant .

En revanche, dans le système prévu par la loi, le tiers-certificateur ne nous semble en aucune manière tenu de vérifier la qualité et, *a fortiori*, l'étendue des pouvoirs de représentation de *l'utilisateur* . Sa seule qualité devrait être contrôlée si elle apparaissait dans le certificat lui-même et constituait, en conséquence, une information certifiée. Il reste que le demandeur doit, lui, sous sa propre responsabilité, s'assurer que l'utilisateur dont le nom est communiqué à l'organisme certificateur, est une personne – ou un groupe de personnes – dotée de pouvoirs de représentation . Le cas échéant, plusieurs certificats peuvent être émis au nom d'une même personne morale, pour autant, afin de respecter la loi, qu'à chaque certificat corresponde un utilisateur distinct.

Pour ce qui est du deuxième point, soit la vérification de la qualité d'organe du demandeur, le prestataire ne peut, à notre sens, se contenter d'une copie ou d'un extrait des statuts ou d'un acte de nomination qui serait apporté par le demandeur. Il n'y a en effet aucune garantie que cette copie, fut-elle fidèle, figure l'état *actuel* de l'organisation de la personne morale. Il convient de vérifier la réalité et l'actualité de

la qualité d'organe de représentation du demandeur par une consultation des actes publiés, à la date de la demande, au Moniteur ou à ses annexes.

Le troisième point appelle, on l'a vu, une distinction selon que, outre les dispositions légales, l'organisation statutaire des pouvoirs de représentation est opposable aux tiers ou qu'au contraire, seules les restrictions légales à ces pouvoirs ne puissent être ignorés par eux.

Dans le premier cas, le tiers certificateur devra vérifier minutieusement que la demande de délivrance est un acte qui entre dans les limites du pouvoir de représentation du demandeur, tels que définis par la loi, les statuts et les autres actes publiés. Si tel n'est pas le cas, il doit refuser de délivrer le certificat.

Dans le second cas, la principale question susceptible de se poser en pratique est celle de savoir si la demande de délivrance peut être formulée par un délégué à la gestion journalière, puisqu'il s'agit là d'une limitation légale. La réponse nous semble négative, dans la mesure où le dispositif de création de signature associé au certificat dont question pourra, en principe, être utilisé pour engager la personne morale dans tout acte électronique ultérieur et sans limite aucune. Le certificateur doit dès lors, à notre sens, exiger une décision du conseil d'administration lui-même – ou du ou des administrateurs au(x)quel(s) les statuts auraient conféré la représentation générale de la société –, la personne qui se présente à l'autorité d'enregistrement pouvant bien sûr être un simple mandataire du conseil ou l'administrateur délégué chargé d'exécuter la décision prise en amont.

A notre sens, lorsque le certificat, quoique délivré à une personne physique, mentionne la qualité d'organe de celle-ci au sein d'une personne morale déterminée, les vérifications évoquées ci-avant quant à l'identité de cette personne et à sa qualité d'organe s'imposent également. En revanche, l'étendue des pouvoirs ne doit pas être examinée, parce que précisément il ne s'agit pas d'un certificat de la personne morale mais de l'organe, personne physique.

Quant au certificat émis au nom d'une personne physique et qui, quoique mentionnant également celui d'une personne morale, ne précise pas le lien entre ces personnes, il n'implique, à notre sens, de la part du certificateur, pas même la vérification de la qualité d'organe du demandeur. L'on ne peut dès lors faire grief à la pratique actuelle, qui s'en tient actuellement à ce type de certificat, de se contenter d'un extrait des statuts ou d'un acte de la personne morale exhibé par le demandeur et dans lequel apparaisse le nom de ce dernier, en quelque qualité que ce soit, ou le nom d'une personne dont il tient une procuration.

b. Signature d'actes par la personne morale

Une fois émis le certificat au nom de la personne morale, il convient en principe que l'utilisateur de la signature soit la seule personne à avoir accès au dispositif de création de signature, autrement dit au support de la clé privée de chiffrement . Concrètement, la clé peut soit être stockée directement sur le disque dur d'un ordinateur, soit, ce qui est préférable, être placée sur une carte à puce ou sur un *token* que l'utilisateur garde en lieu sûr. Une protection par un code pin est une sécurité supplémentaire recommandée.

Lorsqu'un acte accompli par voie électronique doit être signé par la personne morale, il suffit à l'utilisateur d'introduire, le cas échéant, sa carte à puce ou son *token* dans le lecteur prévu à cet effet, de déverrouiller le système en composant le code pin et de cliquer sur l'icône de signature prévu par le logiciel, de courrier électronique ou autre.

Si l'utilisateur, en principe organe de la personne morale, souhaite déléguer la signature d'un ou plusieurs actes à un mandataire particulier, il lui suffit de confier, sous sa responsabilité, le support de la clé privée à ce mandataire. De même l'utilisateur peut-il confier la signature automatique d'actes à un agent électronique mais il le fait, à nouveau, sous sa propre responsabilité.

Il est, dans tous les cas, inopportun, selon nous, que la personne qui met en œuvre le dispositif de création signature révèle, dans l'acte lui-même, son identité puisqu'aussi bien l'acte est censé être accompli et signé directement par la personne morale. L'article 62 du Code des sociétés, qui dispose que *"les personnes qui représentent une société doivent, dans tous les actes engageant la responsabilité de la société, faire précéder ou suivre immédiatement leur signature de l'indication de la qualité en vertu de laquelle elles agissent"* est, en d'autres termes, inapplicable en l'espèce, du moins dans la perspective qui est la nôtre.

Une fois le message et sa signature parvenus à bon port, le logiciel du destinataire procède aux vérifications d'usage et, si elles sont concluantes, présente au destinataire le contenu du message, d'une part, et du certificat du signataire, d'autre part. Dans notre hypothèse, où le titulaire du certificat est une personne morale, le destinataire doit, à notre sens, considérer que l'acte reçu est signé par cette personne, sans avoir à rechercher l'identité de l'utilisateur . Il lui appartient toutefois de vérifier si le certificat de la personne morale n'est ni expiré, ni révoqué. Pour ce faire, le destinataire doit consulter l'annuaire électronique en ligne tenu par l'autorité de certification signataire du certificat et visé à l'article 10 de la loi du 9 juillet 2001 .

c. Révocation du certificat

La révocation des certificats qualifiés est régie par les articles 12 et 13 de la loi du 9 juillet 2001. Le prestataire est tenu de révoquer un certificat, d'une part, à la demande du titulaire et, d'autre part, d'office, dans certains cas précisés par la loi (art. 12, § 2).

L'un de ces cas est celui où le prestataire est informé de la *dissolution* de la personne morale qui est titulaire du certificat (art. 12, § 2, 4°). Il ne nous semble pas qu'il puisse être fait grief au certificateur de n'avoir point révoqué un certificat en raison de la seule publication de la décision de dissolution, qu'elle soit judiciaire ou non ; une information spécifique émanant des organes de la personne dissoute nous paraît requise.

Une hypothèse plus délicate est celle où *l'utilisateur* de la signature cesse d'être organe ou mandataire de la personne morale, suite à sa démission, sa révocation ou son décès. Certaines distinctions s'avèrent ici nécessaires.

Si, comme le prévoit la loi, le certificat est émis au nom de la personne morale et que le nom de l'utilisateur apparaît seulement dans le registre visé à l'article 8, § 3, il ne nous paraît pas nécessaire de procéder à la révocation du certificat. Il appartient, par contre, à la personne morale d'inviter le certificateur à modifier le registre en conséquence ; le certificateur n'est nullement tenu de procéder à cette modification d'office, pas plus qu'il n'est tenu, lors de l'émission du certificat, de vérifier la qualité et les pouvoirs de l'utilisateur. La personne morale titulaire devra, par ailleurs, veiller à ce que l'utilisateur révoqué ou démissionnaire restitue le support de la clé privée ou qu'il n'ait plus accès au terminal sur lequel celle-ci est stockée. Si ces mesures ne peuvent être prises, la révocation du certificat doit être demandée.

Dans l'hypothèse, par contre, où le certificat mentionnerait à la fois le nom de la personne morale titulaire, de l'utilisateur et le lien entre eux, le certificat doit nécessairement être révoqué, dès lors que "*les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité*" (art. 12, § 2, 1°). Il en va de même lorsque le certificat est émis au nom d'une personne physique avec indication de sa qualité d'organe d'une personne morale .

Soulignons qu'en toute hypothèse, si la révocation d'un certificat a seulement, pour reprendre les termes employés par Ph. Deltombe , "un effet d'annonce", en ce sens qu'il n'emporte aucune conséquence du point de vue technique, il s'agit d'une mesure qui, lorsqu'elle est publiée dans l'annuaire visé par l'article 10 de la loi du 9 juillet 2001, est opposable aux tiers, en vertu de l'article 13.

2. Cas pathologiques

Il est évidemment ardu d'envisager, *a priori*, les différents dysfonctionnements susceptibles de survenir au cours du processus de signature d'un acte électronique par une personne morale. Nous avons néanmoins tenté de les regrouper en quatre catégories.

Les deux premières impliquent en réalité, nous semble-t-il, un "faux électronique"; elles doivent dès lors être appréhendées, en premier lieu, par les règles du droit de la preuve. Il y a deux méthodes pour contrefaire une signature électronique : celle de l'informaticien chevronné, consistant à déduire la clé privée de chiffrement à partir de la clé publique, et celle du malfrat patenté, consistant à dérober le support matériel de la clé privée ou à l'utiliser à l'insu de son gardien. Dans les deux cas il est, en théorie, permis au signataire apparent, le titulaire du certificat, de désavouer sa signature, l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 réservant de manière expresse la possibilité d'un désaveu de signature.

Les deux dernières pathologies de la signature électronique des personnes morales - excès de pouvoir de l'utilisateur légitime et dépassement de l'objet social - ressortissent, non au droit de la preuve mais à celui de la représentation des personnes morales. Un premier diagnostic en a déjà été fait à la section précédente et nous nous y référerons largement.

On relèvera que, dans bien des cas, le remède ultime se cache dans les règles de la responsabilité.

a. Déduction frauduleuse de la clé privée

L'un des principes de base de la cryptographie asymétrique est, comme nous l'avons vu, que la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée . C'est précisément cette qualité qui doit assurer l'authentification des données chiffrées : seul le signataire détient la clé privée et ce qui a été chiffré au moyen de cette clé ne peut donc émaner que de lui seul.

Toutefois, les meilleures serrures ne résistent pas aux faussaires les plus habiles et le risque d'une déduction de la clé privée au départ de la clé publique correspondante, permettant ensuite au fraudeur de reproduire à volonté, et de manière parfaite, la signature de sa victime, n'est jamais nul .

Nous l'avons dit, la loi autorise dans cette hypothèse le titulaire du certificat, signataire apparent, à désavouer sa signature. Cependant, l'application pure et dure du régime des articles 1323 et suivants du Code civil nous semble, *a priori*,

défavorable au développement de l'acte sous seing privé électronique. Elle implique en effet que, conformément au droit commun, la partie qui invoque l'acte a la charge de prouver qu'il émane bien de celle à laquelle il entend l'opposer et donc, en l'espèce, que l'acte de piratage n'a pu avoir lieu.

Estimant qu'il y a là, pour celui qui invoque l'acte, une preuve négative indéfinie impossible à apporter et, pour le signataire apparent peu scrupuleux, un moyen de pouvoir toujours revenir sur son engagement, nous avons suggéré, avec P. Lecocq, que le juge se contente d'une vraisemblance sérieuse de fiabilité en lieu et place d'une certitude. Il pourra ainsi interroger un expert pour savoir si, à sa connaissance, la clé utilisée a pu, étant précisé l'algorithme auquel elle était liée, être "cassée" moyennant la mise en œuvre de moyens raisonnables. Si la réponse de l'expert est négative, la partie qui invoque l'acte aura, *prima facie*, apporté la preuve qui lui incombait. Il appartiendra alors au signataire apparent de prouver positivement que sa clé a effectivement été cassée, ce qui sera, il faut l'admettre, malaisé.

Mentionnons l'existence d'une position plus favorable encore à la signature électronique "parfaite". Selon D. Gobert et E. Montero, cette signature bénéficie d'une présomption réfragable selon laquelle les fonctions d'imputabilité et d'intégrité sont remplies. Ils en déduisent que "(...) un signataire peut toujours, comme pour la signature manuscrite, contester sa signature puisque la présomption est réfragable, avec néanmoins la différence fondamentale qu'il ne lui suffit plus de désavouer sa signature mais qu'il doit renverser la présomption".

b. Utilisateur illégitime

L'hypothèse d'une soustraction ou d'une utilisation frauduleuse du support de la clé privée par une personne non autorisée est également à redouter et, derechef, il paraît peu équitable de considérer que le signataire apparent puisse se borner à alléguer un tel fait et qu'il appartiendrait à celui qui invoque l'acte signé de prouver le contraire. La présomption dont l'existence est suggérée par D. Gobert et E. Montero présente dès lors ici aussi un intérêt certain.

Quoi qu'il en soit, il nous paraît que cette hypothèse d'une divulgation accidentelle du dispositif de création de signature doit être appréciée à la lumière de l'article 19 de la loi du 9 juillet 2001 : "dès le moment de la création des données afférentes à la création de signature, le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité de ces données. En cas de doute (...) le titulaire est tenu de faire révoquer le certificat". Il en résulte que, si même le titulaire a désavoué victorieusement sa signature au sens de l'article 1323 et si dès lors, à défaut d'avoir prouvé comme il se doit l'existence du contrat, la partie qui invoquait l'acte doit être déboutée de sa demande initiale, elle pourra mettre en cause la responsabilité aquilienne du titulaire fautif et lui réclamer

une indemnisation équivalente au dommage résultant de la non conclusion du contrat. Si le titulaire du certificat a effectivement demandé la révocation de celui-ci en raison de la perte du support de sa clé privée mais que cette révocation n'a pas été enregistrée dans son annuaire par le certificateur, il est évident que c'est ce dernier qui sera responsable envers le cocontractant débouté . Enfin, si la révocation du certificat a été enregistrée mais que le cocontractant a négligé de vérifier que tel n'était pas le cas, il ne disposera d'aucun recours .

En matière de personnes morales, l'éventuelle responsabilité, de la personne morale - titulaire du certificat - envers le destinataire s'accompagnera, éventuellement, responsabilité, contractuelle cette fois, de l'utilisateur à l'égard de la personne morale. L'utilisateur, qu'il soit simple mandataire ou organe, a en effet l'obligation de veiller à sécuriser l'accès aux données afférentes à la création de signature. Si, par négligence, il faillit à cette obligation, il doit en répondre à l'égard de son mandant. Rappelons que la responsabilité pour faute de gestion peut notamment être mise en œuvre, en matière de sociétés, par la personne morale elle-même, par des actionnaires minoritaires, voire par le curateur de faillite . Rappelons que l'identité de l'utilisateur légitime peut être déterminée grâce au registre visé à l'article 8, § 3, de la loi du 9 juillet 2001.

Précisons enfin que l'utilisateur illégitime pourrait être une personne autrefois chargée d'une mission de représentation mais dont le mandat a depuis lors pris fin et qui continue, de manière illicite, à utiliser le dispositif de création de signature. Dans cette hypothèse, les gestionnaires de la personne morale pourraient voir leur responsabilité engagée pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour retirer à cette personne l'accès au dispositif ou, à défaut, fait révoquer le certificat.

c. Excès de pouvoir de l'utilisateur légitime

Nous avons exposé, à de multiples reprises déjà, les motifs qui nous incitent à considérer que le destinataire d'un acte électronique signé par une personne morale ne doit pas s'enquérir de l'identité de la personne physique qui a mis en œuvre le dispositif de création de signature ou qui est censée l'avoir mis en œuvre . Même en cas d'excès de pouvoir, la personne morale est engagée par l'acte portant sa signature . C'est là, nous semble-t-il, conférer sa pleine portée à la consécration, par la loi du 9 juillet 2001, de la signature électronique des personnes morales.

Il sera toutefois des hypothèses dans lesquelles l'utilisateur légitime du dispositif de création de signature de la personne morale aura excédé les pouvoirs de représentation qui sont les siens, que ces pouvoirs aient été limités par la loi, par les statuts de la personne morale ou par le mandat qui lui a été conféré . La personne

morale pourra alors mettre en cause, sur le plan interne, la responsabilité contractuelle de l'utilisateur .

Ainsi l'excès de pouvoir par l'utilisateur légitime entraîne-t-il des conséquences fort similaires à celles qui découlent de la mise en œuvre du dispositif de création de signature par un utilisateur illégitime : recours du tiers contre la personne morale, recours de la personne morale contre l'utilisateur légitime négligent.

d. Dépassement de l'objet social et violation du principe de spécialité

La personne morale peut-elle, enfin, lorsque l'utilisateur a mis en œuvre son dispositif de création de signature pour un acte qui dépasse les limites assignées par la loi ou les statuts à son objet social, faire valoir qu'elle n'est pas valablement engagée ? La réponse est évidemment négative dans les cas où la loi répute l'objet social inopposable aux tiers . Une solution similaire nous paraît pouvoir être également défendue quant aux personnes morales qui ne connaissent pas la règle de l'inopposabilité des limitations apportées à l'objet social, dès lors que ces limitations concernent en réalité, non la capacité de la personne morale, mais les pouvoirs de ses représentants. Or, répétons-le, les tiers n'ont pas à se soucier de ceux-ci dès l'instant où l'acte est signé par la personne morale elle-même et non par son organe.

En revanche, le principe de spécialité, qui constitue, lui, une limite légale à la capacité des personnes morales, particulièrement de droit public, reste une donnée dont les tiers doivent impérativement tenir compte .

Conclusion

Risquons nous, en guise de conclusion, à un pronostic quant à l'avenir de la signature électronique des personnes morales. En optant pour la reconnaissance de celle-ci, le législateur belge a, à notre sens, apporté un nouveau tempérament au principe, "imposé par la nature des choses", selon lequel les personnes morales ne peuvent agir qu'à l'intervention de leurs organes. Cette originalité du droit belge nous paraît offrir des perspectives nouvelles et intéressantes, pour autant qu'on veuille bien en déduire toutes les conséquences qui en découlent . La signature électronique des personnes morales assure en effet aux cocontractants de celles-ci une sécurité juridique sans précédent puisqu'ils ne pourront plus se voir opposer par leur contrepartie un quelconque dépassement de pouvoir de ses organes et mandataires. Dans le même temps, ces organes et mandataires restent pleinement responsables, au niveau interne, à l'égard de la personne morale et, le cas échéant, sur base aquilienne, à l'égard des tiers.

L'on peut certes craindre qu'en offrant ses principaux atouts aux tiers, et non aux personnes morales elles-mêmes, ces dernières boudent cette nouveauté et ne sollicitent l'émission de certificats qualifiés qu'au nom de leurs seuls organes et mandataires. Cette attitude - qui, notons le au passage, ne met pas la personne morale à l'abri de l'invocation par les tiers de la théorie du mandat apparent - ne nous paraît en effet point illégale, à défaut pour le législateur d'avoir imposé, et non simplement permis, aux personnes morales de ne plus signer d'actes électroniques qu'au moyen d'un dispositif lié à un certificat émis à leur propre nom.

Cette note pessimiste appelle peut-être des nuances en raison de l'avènement futur de l'"e-justice" et, plus généralement, de l'"e-gouvernement". Il sera en effet possible aux justiciables et aux administrés, à terme, d'introduire des procédures administratives et judiciaires, de même que de poser d'autres actes unilatéraux tels des déclarations fiscales, par voie télématique. Si ces actes sont signés par des personnes physiques, organes ou mandataires des personnes morales, ces dernières courent le risque que des tiers se prévalent d'un dépassement de pouvoir, lequel peut-être irrémédiable lorsque l'acte litigieux devait être accompli dans un délai prescrit à peine de déchéance . Ce risque serait en revanche annihilé dès l'instant où l'acte serait signé par la personne morale elle-même . Voilà qui incitera peut-être les personnes morales à demander l'émission de certificats à leur nom propre, demande que les prestataires de services de certification ne laisseront vraisemblablement pas insatisfaite. Gageons que les faits, alors, rattraperont le droit et que le présent article échappera au rayon "science-fiction" auquel il appartient aujourd'hui probablement.

Bernard Vanbrabant