

Georges Chanson\*

## «Durchklick»: Fristwahrung auf elektronischem Weg

**Stichworte:** Elektronischer Rechtsverkehr, elektronische Zustellung an Gerichte und Behörden, Fristwahrung, Art. 21a VwVG, Art. 48 Abs. 2 BGG, Art. 143 Abs. 2 ZPO, Art. 91 Abs. 3 StPO

*In Diskussionen über den elektronischen Rechtsverkehr (ERV) taucht immer wieder die Frage auf, wann die Frist mit einer elektronischen Eingabe eingehalten ist. Dieser «Durchklick»-Beitrag beleuchtet mit Verweis auf die entsprechenden Fundstellen im Internet<sup>1</sup> die Abwicklung des Versands von Eingaben und beurteilt die rechtliche Situation, die mit dem Abstellen auf das Empfangsprinzip vom Expeditionsprinzip im physischen Postverkehr abweicht.*

### Einschaltung von Zustellplattformen

Die – anfänglich kaum genutzte – Möglichkeit, elektronische Eingaben ans Bundesgericht zu machen, besteht seit Anfang 2007.

\* Lic. iur., Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Mitglied der SAV-Technologiegruppe, Beauftragter des Vorstands des Zürcher Anwaltsverbands für den elektronischen Rechtsverkehr, Zürich.

<sup>1</sup> Links zuletzt besucht am 24.4.2012. Siehe auch die Informationen zum ERV auf [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch) sowie [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch).

Dafür waren von Anfang an anerkannte Zustellplattformen vorgesehen.<sup>2</sup> Damals waren IncaMail<sup>3</sup> (von der Schweizerischen Post) und PrivaSphere<sup>4</sup> als solche Plattformen vorläufig anerkannt. Seit Anfang dieses Jahres ist überdies die Zustellplattform des Kantons Bern in Betrieb, welche die Berner Behörden und Gerichte bedient. Weiter gibt es im Bund die verwaltungsinterne Plattform OSIS-BV. Die Zulassung solcher Zustellplattformen wurde erstmals auf Anfang 2008 mit der dann in Kraft tretenden Übermittlungsverordnung für das Verwaltungsverfahren<sup>5</sup> nor-

<sup>2</sup> Vgl. die Vorgabe im entsprechenden Reglement des Bundesgerichts (Art. 3 Abs. 1 ReRBGer, SR 173.110.29) und Normen für die Plattformen in der inzwischen aufgehobenen VO über die elektronische Vermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens, AS 2007 5093, dort Art. 2).

<sup>3</sup> [www.incamail.ch](http://www.incamail.ch), betrieben von der Schweizerischen Post.

<sup>4</sup> [www.privasphere.ch](http://www.privasphere.ch), Vertragspartner des Schweizerischen Anwaltsverbands mit Sonderkonditionen für SAV-Mitglieder.

<sup>5</sup> AS 2007 5093.

miert. Sie machte Vorgaben für die Zertifikate, schrieb vor, dass unverzüglich eine Quittung mit dem Zeitpunkt des Eingangs einer Eingabe auf der Zustellplattform oder der Übergabe durch die Plattform an den Adressaten auszustellen sei, verlangte einen verschlüsselten Transport und wies die Zuständigkeit für das Anerkennungsverfahren dem eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) zu.<sup>6</sup> Mit dem Inkrafttreten der neuen Prozessgesetze StPO und ZPO auf Anfang 2011 wurden diese Anerkennungs-Regeln in eine neue Verordnung über die elektronische Übermittlung im Prozessrecht<sup>7</sup> transferiert und noch ergänzt, z.B. mit dem Zusatz, dass die erwähnte Quittung mit der Zeitangabe eines Zeitstempeldiensts versehen sein muss. Innerhalb des EFD liegt die Zuständigkeit beim Informatikstrategieorgan Bund (ISB)<sup>8</sup>, das einen Kriterienkatalog erlassen hat, der bald durch eine Verordnung abgelöst werden soll.

Weil es den Privaten und – ohne Vorgaben ihrer übergeordneten Organisation – auch den Behörden oder Gerichten freisteht, welcher Plattform sie sich für den Versand und den Empfang solcher elektronischer Eingaben anschliessen, musste eine sog. Interoperabilität zwischen den Plattformen geschaffen werden. Sie wird u.a. mit einem plattformübergreifenden Teilnehmerverzeichnis<sup>9</sup> gewährleistet. Darin sind alle sog. eGov-Teilnehmer verzeichnet, die sich untereinander<sup>10</sup> und über ihre Plattform hinaus eingeschriebene E-Mails, eben «eGov Einschreiben» senden können.

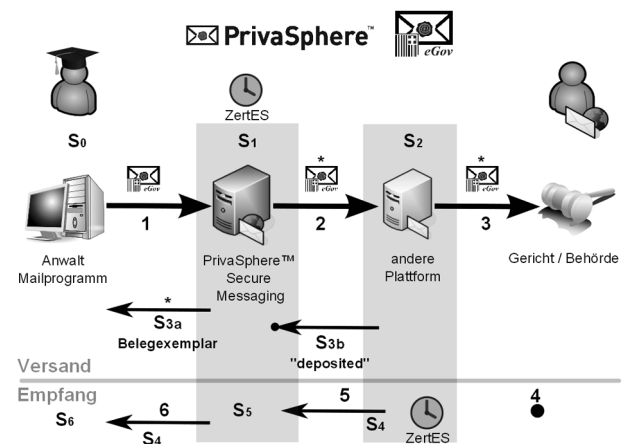
Das Bundesgericht<sup>11</sup> hat bereits bestätigt, dass im Bereich der neuen Prozessgesetze aufgrund von Art. 4 VeÜ-ZSSchK die Zustellung über eine anerkannte Zustellplattform erfolgen muss und eine Eingabe mit gewöhnlichem E-Mail nicht vorgesehen ist.

## Weg eines eGov Einschreiben

Wer als Anwältin oder Anwalt eine elektronische Eingabe an eine Behörde oder ein Gericht versenden will, hat derzeit mehrere Möglichkeiten. Sie/er

- sendet, wenn dafür eingerichtet,<sup>12</sup> aus der eigenen Mail-Umgebung ein eGov-Mail mit rechtsgültig signiertem Anhang oder allenfalls ein direkt qualifiziert signiertes Mail
- loggt sich auf der Web-Mailplattform von IncaMail oder PrivaSphere ein<sup>13</sup> und macht den E-Mail-Versand von dort aus
- macht, ohne als eGov-Teilnehmer registriert sein zu müssen, die Eingabe über ein von der Behörde/vom Gericht bereitgestelltes Web-Eingabeformular<sup>14</sup>.

Sobald die Zustellplattform<sup>15</sup> diese eGov-Eingabe angenommen hat, bestätigt sie dies dem Absender mittels zertifizierter Quittung mit dem vom Zeitstempeldienst festgelegten Zeitpunkt, den wir hier «eGov Sendedatum»<sup>16</sup> nennen. Die Plattform prüft zuerst, ob der adressierte eGov-Teilnehmer bei ihr eingetragen ist und liefert dann an dessen Mailbox aus. Andernfalls sucht sie ihn im plattformübergreifenden Teilnehmerverzeichnis und leitet, wenn er dort eingetragen ist, die Nachricht interoperabel an dessen Plattform weiter. Diese gibt gemäss Kriterienkatalog ein «receipt-deposited», d.h. bestätigt die Annahme und gibt die Nachricht an die adressierte Mail-Adresse in ihrem Bereich weiter. Holt ein eGov-Adressat dann die elektronische Eingabe ab, wird im Normalfall eine Empfangsbestätigung<sup>17</sup> ausgestellt, die auf dem gleichen Weg zurück an den eGov-Absender geht. PrivaSphere hat den gesamten Vorgang beim Versand über zwei Plattformen visualisiert:<sup>18</sup>



6 Art. 2 Abs. 1 lit. b sowie Abs. 2 in der Fassung vom 17. 10. 2007.  
 7 VO über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (nicht offizielle Abkürzung: VeÜ-ZSSchK, dort. Art. 2 + 3.  
 8 Vgl. dessen Informationen unter [www.isb.admin.ch](http://www.isb.admin.ch), dort Themen > Sicherheit > Fachinformationen > Elektronische Zustellung, samt einem Link auf die letzte Fassung Kriterienkatalog für die Anerkennung von Zustellplattformen.  
 9 Dieses vom Bund betriebene Verzeichnis ist auch den dort eingetragenen Nutzern zugänglich, bringt ihnen aber wenig Komfort, weil keine vernünftige plattformübergreifende Suche möglich ist, was der SAV ändern will. Daneben ist auf [www.ch.ejustice](http://www.ch.ejustice) eine nach den Erfahrungen des Verfassers unvollständige und auch nicht vollständig kongruente Sammlung von Behördenadressen für die elektronische Zustellung abrufbar. Sie basiert auf den Angaben des jeweiligen Kantons.  
 10 Derzeit allerdings noch meist im Einbahnverkehr von den Parteien/Anwälten zu den Behörden/Gerichten. Interoperabilität besteht nur für eGov-Zustellungen. Der SAV hat bei IncaMail und PrivaSphere den Wunsch deponiert, generell einen plattformübergreifenden vertraulichen E-Mail-Verkehr zu ermöglichen.  
 11 BGer 5A\_650/2011 vom 27. 1. 2012, ein aufgrund von Art. 98 BGG auf die Prüfung von Verfassungsverletzungen beschränkter Entscheid, der zwar nicht in der Begründung, aber im Resultat die einjährige Verspätung des Kantons Bern bei der Schaffung seiner eigenen Zustellplattform sanktioniert.

12 Bei IncaMail nur mit einem festen Abonnement möglich.  
 13 Beide Anbieter bieten dazu PrePay-Angebote an.  
 14 Solche Webformulare stellen z.B. die Kantone AR, LU, OW, NW, SG, TI, TG, ZG in Zusammenarbeit mit PrivaSphere sowie einzelne Bundesbehörden bereit. Die Transportkosten gehen (noch) zu Lasten der adressierten Behörde. Die nachstehenden Ausführungen behandeln diese Variante nicht mit ihren Besonderheiten.  
 15 D.h. jene des Absenders beim Mail-Versand und jene der adressierten Behörde bei Verwendung des Web-Formulars.  
 16 In der Grafik auf dieser Seite mit «S1» bezeichnet.  
 17 Dieser Zeitpunkt, den wir hier «eGov Empfangsdatum» nennen, wird ebenfalls mit einem zertifizierten Zeitstempel bescheinigt. Er ist in der Grafik mit «S4» bezeichnet.  
 18 Die (dort farbige) Grafik samt Erläuterungen ist unter [www.privasphere.com](http://www.privasphere.com), dort unter Lösungen/Secure Messaging Service abrufbar.

Obwohl die Systeme heute zuverlässig laufen, könnten bei diesem Ablauf Probleme oder Verzögerungen eintreten, die sich auf drei Varianten reduzieren lassen:

1. Die Internet-Verbindung zwischen dem eGov-Absender und seiner Plattform (oder die Plattform selber<sup>19</sup>) funktioniert temporär nicht oder die E-Mail-Nachricht ist zu gross<sup>20</sup> und wird von der Plattform gar nicht angenommen.
2. Die Zustellung der von der Plattform angenommenen Nachricht kann temporär nicht an die andere Plattform weitergeleitet werden.<sup>21</sup>
3. Die Nachricht kann von der jeweiligen Plattform (vorübergehend oder dauernd) nicht an den eGov-Adressaten ausgeliefert werden<sup>22</sup> oder dieser holt das eGov-Einschreiben nicht ab.

## Intentionen des Gesetzgebers

Nach der 2007 in Kraft getretenen Bestimmung von *Art. 21a Abs. 3 VwVG* ist bei elektronischen Eingaben die Frist gewahrt, wenn das Informatiksystem, welchem die elektronische Zustelladresse der Behörde angehört, vor ihrem Ablauf den Empfang bestätigt hat. Analog sagt *Art. 48 Abs. 2 BGG*, die Frist sei eingehalten, wenn der Empfang bei der Zustelladresse des Bundesgerichts vor Ablauf der Frist durch das betreffende Informatiksystem bestätigt worden ist. Ein Blick in die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege aus dem Jahr 2001<sup>23</sup> zeigt, dass beide Vorschriften als Parallelbestimmungen verstanden worden sind und dass man davon ausging, dass die Behörde (bzw. das Bundesgericht) entweder ein eigenes und während 24 Stunden zugängliches Informatiksystem hat oder sich stattdessen eines Intermediärs, der die elektronische Post besorgt, bedienen könnte. Bei der physischen Post, wo ein – natürlich zu beweisender – Einwurf in einen Briefkasten reicht und nur am Schalter eine Empfangsbestätigung ausgestellt wird, gilt das sog. Expeditionsprinzip, d.h. es reicht ein Versand innert Frist. Dagegen basieren die Fristbestimmungen im ERV auf dem Empfangsprinzip, indem eine Eingabe vor Fristablauf bei der Zustelladresse des Gerichts/der Behörde eintreffen muss. Wie gezeigt kann sich die Zustellad-

resse bei einem vorgelagerten Informatiksystem, eben auf einer Zustellplattform befinden, was dann für die neuen nationalen Prozessgesetze ZPO und StPO sowie durch Verweis<sup>24</sup> auch im SchKG-Bereich ab 2011 durch die eingangs erwähnte Verordnung<sup>25</sup> normiert worden ist. Folgerichtig erklärt *Art. 143 Abs. 2 ZPO* den bestätigten Eingang bei der Zustelladresse des Gerichts als fristwährend, während *Art. 91 Abs. 3 StPO* nur vom Empfang bei der Strafbehörde spricht. Weshalb hier die Zustelladresse nicht speziell erwähnt wird, ist nicht nachvollziehbar.<sup>26</sup> Vermutlich ist es ein Redaktionsversehen, denn in der Botschaft<sup>27</sup> heisst es, diese StPO-Bestimmung, welche das Parlament ohne Diskussion annahm, entspreche *Art. 48 Abs. 2 BGG*. Ebenfalls einen Verweis auf diese BGG-Bestimmung findet sich in der Botschaft zur ZPO<sup>28</sup>, wo gesagt wird, bei elektronischen Eingaben spiele das Empfangsprinzip.

Anders als bei den Prozessgesetzen ist die Einschaltung von Zustellplattformen im Bundesverwaltungsrecht nicht zwingend vorgegeben. *Artikel 21a Abs. 1 VwVG* verweist nur auf Formatvorgaben, die in *Art. 5 VeÜ-VwV* zu finden sind. Diese Bestimmung regelt in Abs. 3 ausdrücklich den Fall, dass keine anerkannte Zustellplattform verwendet wird, und behält in Abs. 4 überdies die Besonderheiten des Instituts für Geistiges Eigentum vor.<sup>29</sup>

## Zeitpunkt der Fristwahrung

Bei diesen gesetzlichen Grundlagen, der Vorgabe besonderer Zustellplattformen und den damit verbundenen technischen Abläufen ist im Bereich des Zivil- und Strafprozesses sowie in SchKG-Verfahren und auch vor Bundesgericht nach der hier vertretenen Auffassung eine Frist eingehalten, wenn die Zustellplattform des eGov-Absenders<sup>30</sup> die Entgegennahme seiner elektronischen Eingabe am Tag des Fristablaufs vor Mitternacht quittiert. Dies entspricht dem Schritt S1 in der vorstehenden Grafik, der einen mit einem zertifizierten Zeitstempeldienst bestätigten Zeitpunkt wiedergibt. Vorher (gemäss Variante 1 vorstehend) bleibt das Risiko von Fehlern bei der Zustellung beim eGov-Absender. Die Anwendung des Empfangsprinzips auf elektronische Zustellungen bedeutet allerdings nicht, dass die Frist erst gewahrt wäre, wenn die Behörde am nächsten Arbeitstag (und manchmal auch später oder vielleicht gar nicht) die eGov-Eingabe abholt und damit eine Empfangsbestätigung auslöst.<sup>31</sup>

Bei plattformübergreifenden Zustellungen kann es keine Rolle spielen, wann die zweite Plattform, auf der der adressierte eGov-

19 Was angesichts der Zulassungsvorgaben selten zutreffen wird.

20 Was sich nach der Grösse der mitgeschickten Anhänge bestimmt. Privatsphäre nimmt derzeit für bei ihr angeschlossene Behörden max. 15 MB entgegen und stellt die Auslieferung sicher. Diese Plattform weist Sendungen an eGov-Adressen bei IncaMail zurück, wenn sie ihr bekannte Limiten überschreiten. Dabei wird berücksichtigt, dass die Mailgrösse aus technischen Gründen auf der Plattform der Post noch anwächst. IncaMail kennt derzeit keine Gröszenbeschränkung und stellt sofort eine Versandquittung zu, kann dann aber aufgrund von Limiten von eGov-Adressaten unter Umständen nicht ausliefern, was dem Autor als eGov-Absender bei einem Grösstentest nicht in jedem Fall unverzüglich mitgeteilt wurde.

21 Zum Beispiel wegen der Internetverbindung oder weil das vom Bund betreute eGov-Teilnehmerverzeichnis vorübergehend nicht zur Verfügung steht.

22 Bei Problemen in dessen IT-System oder Beschränkungen der zulässigen Mail-Grösse, wo es derzeit (noch) keine Koordination gibt, was unbefriedigend ist.

23 Vgl. zum damaligen – im Parlament gar nicht diskutierten – Wortlaut der betreffenden Bestimmungen und den dazugehörigen Erläuterungen in der Botschaft die vom Autor zusammengestellte Sammlung der gesetzlichen Fundstellen samt den Bundesblatt-Zitaten: [www.erv.arbeitsrechtler.ch/ERV-Fristwahrung\\_Fundstellen.pdf](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch/ERV-Fristwahrung_Fundstellen.pdf)

24 Vgl. *Art. 31 SchKG*, der bezüglich der Fristen im Allgemeinen auf die ZPO verweist.

25 *Art. 4 VeÜ-ZSSchK*.

26 Vgl. dazu auch P. GUYAN/L. HUBER, Elektronischer Rechtsverkehr nach VeÜ-ZSSchK, AJP 2011, S. 74, Teil K.III, S. 79, Fn. 45, [www.peterguyan.ch](http://www.peterguyan.ch), dort <Informationen>.

27 *BBl 2006 1085*, S. 1158.

28 *BBl 2006 7221*, S. 7308.

29 Vgl. dazu [www.ige.ch](http://www.ige.ch), dort unter Kontakt/Kommunikationswege des IGE.

30 Bzw. jene der adressierten Behörde bei Web-Formularen.

31 Vorstehend bei Fn. 17: S4 in der Grafik.

Empfänger eingeschrieben ist, eine solche elektronische Eingabe übernimmt. Konsultierte Kommentare zu Art. 48 Abs. 2 BGG<sup>32</sup> und Art. 143 Abs. 2 ZPO<sup>33</sup> und auch der lesenswerte Aufsatz von Guyan/Huber<sup>34</sup> behandeln den Fall einer interoperabel übermittelten eGov-Eingabe nicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss der Absender einer elektronischen Eingabe auf die ihm von seiner Plattform mitgeteilte Quittung abstellen können. Weder die VeÜ-ZSSchK noch der erwähnte Kriterienkatalog sehen vor, dass die zweite Plattform eine Quittung ausstellt, die an den eGov-Absender geht. Dieser erfährt wie gezeigt gar nicht, zu welchem Zeitpunkt diese Übergabe erfolgt und wann die zweite Plattform ihr «receipt-deposited» (S3b in der Grafik) zurückgibt.<sup>35</sup> Deshalb kann man ihm in diesem normierten System auch nicht das Risiko für Probleme bei der Interoperabilität oder von Fehlern bei der Auslieferung<sup>36</sup> aufbürden. Das wäre rechtsstaatlich nicht haltbar und nicht im Sinn des Gesetzgebers, dessen Ab-

sicht es war, dass Fristeinhalten im Rahmen des elektronischen Verkehrs auf einfache Art und Weise kontrolliert werden können und ein Absender einer Eingabe schnell wissen soll, ob er die Frist eingehalten hat oder nicht<sup>37</sup> und andernfalls noch zur Post gehen kann.

Aus den gleichen Überlegungen müsste eine Frist gewahrt sein, wenn die Plattform eine eGov-Mail-Nachricht annimmt, aber wegen Grössenbeschränkungen beim eGov-Empfänger nicht ausliefern kann. Ob ein Gericht in diesem Fall auch so entscheidet, bleibt offen und es ist entsprechende Vorsicht geboten. Anders ist es nur, wenn ihm die eigene oder die andere Plattform sofort mitteilt, dass die Auslieferung scheitert. Dann kann der eGov-Absender nicht in guten Treuen davon ausgehen, er habe die Frist gewahrt. Gerade für solche Fälle ist genügend Zeit zwischen dem elektronischen Versand und dem Fristablauf einzuplanen<sup>38</sup>.

Im plattformübergreifenden Verkehr ist noch technisch zu regeln, wie dem eGov-Adressaten die Fristwahrung angezeigt wird. Dies geschieht ja mit «gesendet» oder mit «eGov Sendedatum», obwohl dieser Zeitpunkt den Empfang bei der ersten Plattform meint. Versuche bei der Vorbereitung dieses Artikels haben gezeigt, dass einem Empfänger u.U. nicht diese zertifizierte «Sende»-Zeit angezeigt wird, sondern dass es plattformübergreifend Abweichungen gibt. Massgebend für die Fristwahrung muss auch in diesem Fall die Quittung der ersten Plattform sein. ■

32 J. BÜHLER, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2008, N 19 zu Art. 48. Beim Bundesgericht gibt es allerdings keine plattformübergreifenden Zustellungen, weil das Gericht auf beiden Plattformen eine Adresse hat, was im Anhang zum ReRBGer auf [www.bger.ch](http://www.bger.ch), dort unter «Elektronische Beschwerde» publiziert ist.

33 J. BENN, Basler Kommentar zur ZPO, 2010, N 16–18 zu Art. 143; A. STAHELIN, Zürcher Kommentar zur ZPO, 2010, N 5 zu Art. 143; B. MERZ, Dike-Kommentar zur ZPO, 2011, N 26 zu Art. 143.

34 Siehe vorstehend Fn. 26, Teil K.III, S. 79.

35 Was bei einer Eingabe des Autors von PrivaSphere zu IncaMail kürzlich eine gute Stunde dauerte.

36 Siehe die Varianten 2 und 3 vorstehend.

37 *BBl* 2001 4202, S. 4267 und S. 4298.

38 Der ERV ist ohnehin nicht für 5-vor-12-Eingaben gedacht.

Georges Chanson\*

## «Clic informatique»: observation des délais dans la CEA

**Mots-clés:** Communication électronique avec les autorités judiciaires et administratives (CEA), transmission électronique des écrits aux autorités judiciaires et administratives, observation des délais, art. 21a PA, art. 48 al. 2 LTF, art. 143 al. 2 CPC, art. 91 al. 3 CPP

*«Quand le délai est-il réputé observé dans la CEA?» est une question qui revient régulièrement lorsqu'on parle d'un écrit communiqué électroniquement aux autorités. Cet article, tiré de la série «Clic informatique», tente de répondre à cette interrogation. Au moyen de références qui pourront être retrouvées sur Internet<sup>1</sup>, l'auteur décrit tout d'abord le parcours complet d'un acte électronique. Il aborde ensuite la question du principe de réception applicable à la CEA, par opposition au courrier postal qui demeure sujet à expédition.*

### Passage obligé par des plateformes de messagerie

Il est possible de déposer un recours électronique devant le Tribunal fédéral depuis 2007. A cette époque, ce moyen n'était guère utilisé. En revanche, il a été prévu dès le commencement de faire passer la CEA par des plateformes de messagerie accréditées<sup>2</sup> et deux ont officiellement été reconnues. Il s'agissait d'IncaMail<sup>3</sup> (de la Poste Suisse) et de PrivaSphere<sup>4</sup>. Depuis le début de cette

\* Licencié en droit, avocat spécialiste FSA en droit du travail, membre du groupe technologique FSA, délégué du Conseil de l'Ordre des avocats zurichois pour la CEA, Zurich.

Traduction libre de l'article intitulé «Durchklick: Fristwahrung auf elektronischem Weg».

1 Dernière consultation des liens: 24.4.2012. Voir également les informations relatives à la CEA sur [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch) et [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch)

2 Cf. les directives du Règlement du Tribunal fédéral (art. 3 al. 1<sup>er</sup> RCET, RS 173.110.29) et les dispositions applicables aux plateformes qui figuraient dans l'ancienne Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre d'une procédure administrative, RO 2007 5093, art. 2).

3 [www.incamail.ch](http://www.incamail.ch), exploité par la Poste Suisse.

4 [www.privasphere.ch](http://www.privasphere.ch), partenaire contractuel de la Fédération Suisse des Avocats avec conditions préférentielles pour les membres FSA.

année, les autorités et tribunaux bernois disposent eux aussi de leur plateforme de messagerie. Quant à la Confédération, elle possède une plateforme administrative interne du nom d'OSIS-BV. L'admission d'une plateforme a pour la première fois été réglementée début 2008 par l'Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre d'une procédure administrative<sup>5</sup>. Ce texte donnait des directives pour les certificats, ancrant l'obligation de délivrer sans délai une quittance lors du dépôt d'écrits sur la plateforme et lors de leur remise au destinataire, exigeait le chiffrement des communications et attribuait au Département fédéral des finances (DFF)<sup>6</sup> la compétence de statuer sur les demandes de reconnaissance. Avec l'entrée en vigueur des nouveaux CPC et CPP début 2011, ces règles de reconnaissance ont été transférées dans la nouvelle Ordonnance sur la communication électronique<sup>7</sup>. Elles ont également été complétées, p. ex. en indiquant que la quittance précitée devra être attestée par un horodateur synchronisé. Au sein du DFF, la compétence a été attribuée à l'Unité de stratégie informatique de la Confédération (USIC)<sup>8</sup> qui a d'ailleurs émis un catalogue de critères devant bientôt faire l'objet d'une ordonnance.

Tant les particuliers que les autorités judiciaires et administratives – du moins en l'absence de directives données par leur échelon hiérarchique supérieur – sont libres de choisir l'une des plateformes reconnues pour la CEA. Il a donc été nécessaire de garantir une interopérabilité entre ces différentes plateformes afin que les informations puissent être échangées efficacement. La présence d'un répertoire des utilisateurs eGov<sup>9</sup> est l'un des éléments qui assure cette interopérabilité. Il regroupe l'adresse de tous les utilisateurs eGov qui peuvent, via la plateforme sur laquelle ils se sont enregistrés, envoyer<sup>10</sup> des recommandés par courrier électronique et que l'on appellera ci-dessous des «recommandés eGov».

Le Tribunal fédéral<sup>11</sup> a d'ailleurs déjà confirmé que, dans le cadre des nouvelles procédures fédérales et conformément à l'art. 4 OCE-PCPP, la transmission de l'acte électronique devait

impérativement se faire via une plateforme de messagerie reconnue, et non par le biais d'une adresse e-mail ordinaire.

## Parcours d'un recommandé eGov

Lorsqu'un avocat souhaite transmettre son écrit électroniquement à une autorité judiciaire ou administrative, il dispose à l'heure actuelle de plusieurs moyens. Il peut

- envoyer, depuis sa messagerie électronique, du moins s'il dispose de l'équipement nécessaire<sup>12</sup>, un recommandé eGov avec des pièces jointes valablement signées, ou, éventuellement, directement un e-mail doté d'une signature électronique qualifiée;
- s'enregistrer sur IncaMail ou PrivaSphere<sup>13</sup> et y envoyer son e-mail depuis le webmail de l'une de ces plateformes;
- transmettre son acte électronique, sans devoir être un utilisateur eGov enregistré, via le formulaire Web proposé par l'autorité judiciaire ou administrative<sup>14</sup>.

Lorsque l'acte eGov a été accepté par la plateforme<sup>15</sup>, celle-ci fait tout d'abord parvenir à son expéditeur un accusé de réception certifié et horodaté. Nous appellerons ici cette étape «date de l'envoi eGov»<sup>16</sup>. La plateforme examine ensuite si le destinataire est un utilisateur eGov enregistré chez elle et, cas échéant, transmet l'écrit à sa messagerie électronique. S'il ne s'agit pas d'un utilisateur enregistré sur cette première plateforme, celui-ci va être recherché dans le répertoire qui regroupe l'ensemble des utilisateurs de toutes les plateformes. Si le destinataire dispose d'un compte sur une autre plateforme, son message est alors transféré sur celle-ci. Cette dernière délivre ensuite, conformément au catalogue des critères à respecter, un «*receipt-deposited*». En d'autres termes, elle confirme la réception et transmet la communication à l'adresse e-mail du destinataire eGov. Lorsque celui-ci retire l'acte électronique, un accusé de réception<sup>17</sup> est en principe délivré dans le sens inverse à l'expéditeur eGov. PrivaSphere a visualisé le parcours d'une communication électronique via deux plateformes dans le graphique suivant<sup>18</sup>:

5 Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre d'une procédure administrative (RS 172.021.2, RO 2007 5093).

6 Art. 2 al. 1<sup>er</sup> let. b, ainsi que l'al. 2 dans sa teneur du 17.10.2007.

7 Art. 2 et 3 de l'Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite (abréviation non officielle: OCE-PCPP).

8 Ces informations peuvent être retrouvées sous [www.isb.admin.ch](http://www.isb.admin.ch) > Thèmes > Sécurité > Informations spéciales > Plateformes de distribution électronique, puis en cliquant sur le lien intitulé «*Kriterienkatalog für die Anerkennung von Zustellplattformen*» (seule la version allemande est disponible).

9 Ce répertoire, exploité par la Confédération, est accessible aux utilisateurs inscrits, mais reste peu commode dans son utilisation, dès lors qu'il n'existe pas de recherche interplateforme. La FSA souhaite changer cette situation. Il existe également, sous [www.ch.levjustice](http://www.ch.levjustice), un répertoire qui permet de connaître l'adresse des autorités pour l'envoi de documents électroniques, mais, d'après les expériences faites par l'auteur, ce répertoire n'est ni complet ni vraiment congruent. Le répertoire se base sur les données fournies par les cantons.

10 A l'heure actuelle, n'existe toutefois que dans le sens unique allant des «parties/avocats» aux «autorités/tribunaux». L'interopérabilité n'est assurée que pour les envois eGov. La FSA a sollicité auprès d'IncaMail et PrivaSphere une interopérabilité avec les autres plateformes pour tout le courrier électronique confidentiel.

11 Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_650/2011 du 27.1.2012, décision rendue en vertu de l'art. 98 LTF, c'est-à-dire sous l'angle restreint d'une violation des droits constitutionnels, et dont le résultat, au-delà des considérants, est de sanctionner le retard d'un an du canton de Berne pour la création de sa plateforme.

12 Chez IncaMail, n'est possible qu'avec un abonnement fixe.

13 Les deux fournisseurs proposent par ailleurs des offres à prépaiement.

14 De tels formulaires Web sont proposés par les cantons d'AR, LU, OW, NW, SG, TI, TG, ZG, en collaboration avec PrivaSphere, ainsi que quelques autorités fédérales. Les frais de transport sont (encore) à la charge des autorités destinataires. Les explications qui suivent ne concernent pas cette variante et ses particularités.

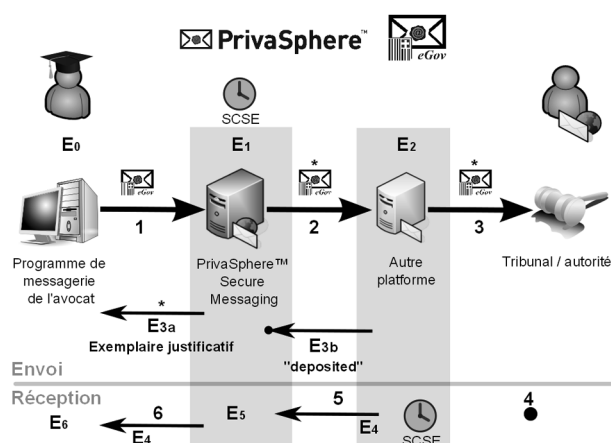
15 C'est-à-dire celle de l'expéditeur lors d'un envoi par e-mail et celle de l'autorité destinataire lors de l'utilisation du formulaire Web.

16 Noté dans le graphique à la page suivante par l'étape «E1».

17 Ce moment, que nous appelons ici «date de réception eGov», est également doté d'un timbre horodateur certifié. Dans le graphique, il s'agit de l'étape intitulée «E4».

18 Le graphique peut être retrouvé en couleurs sous [www.privasphere.com](http://www.privasphere.com) > Solutions > Secure Messaging Service.





Quand bien même les systèmes sont aujourd'hui fiables, le processus pourrait néanmoins être confronté à certains problèmes ou des retards. Typiquement, les trois cas de figure sont les suivants:

1. La liaison Internet entre l'expéditeur eGov et sa plateforme (ou la plateforme elle-même<sup>19</sup>) ne fonctionne temporairement pas ou le message électronique est supérieure à la taille maximale autorisée<sup>20</sup>, avec pour conséquence d'être refusé par la plateforme.
2. Une fois accepté par la plateforme, l'envoi ne peut temporairement pas être transféré à la deuxième plateforme.<sup>21</sup>
3. Le message ne peut pas (temporairement ou durablement) être livré aux destinataires eGov depuis la plateforme sur laquelle ils sont enregistrés,<sup>22</sup> ou ces destinataires ne retirent tout simplement pas les recommandés eGov qui leur sont destinés.

## Intentions du législateur

Conformément à l'art. 21a al. 3 PA entré en vigueur en 2007, le délai est observé si, avant son échéance, le système informatique correspondant à l'adresse électronique de l'autorité confirme la réception des écrits. De manière analogue, l'art. 48 al. 2 LTF précise que le délai est observé si, avant son échéance, le système

informatique correspondant à l'adresse électronique officielle du Tribunal fédéral confirme la réception du mémoire. Le message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale de 2011<sup>23</sup> nous précise que les deux dispositions ont été comprises comme des normes parallèles et qu'on parlait de l'idée que l'autorité (ou le Tribunal fédéral), soit disposait de son propre système informatique accessible 24 heures sur 24, soit faisait appel à un intermédiaire en le chargeant de gérer tout le courrier électronique. Pour le courrier postal papier, où le fait de glisser celui-ci avant minuit dans une boîte aux lettres peut suffire, preuve à l'appui bien sûr, et où une quittance n'est délivrée que par un guichet, c'est le principe d'expédition qui s'applique. Le délai est donc réputé observé si l'envoi a été posté le dernier jour avant minuit. Tel n'est pas le cas de la CEA qui répond au principe de réception, en ce sens que l'acte doit parvenir dans le délai à l'adresse de réception de l'autorité ou du tribunal. Or, comme mentionné plus haut, l'adresse de destination peut également se trouver sur un système informatique situé en avant de l'autorité (en l'occurrence, sur la plateforme de messagerie). Cette situation particulière a été ancrée dès 2011 dans les nouvelles procédures fédérales et le renvoi qui figure dans la LP<sup>24</sup>, ainsi que dans l'OCE-PCPP<sup>25</sup>. L'art. 143 al. 2 CPC indique ainsi, à juste titre, que le délai est respecté si le système informatique correspondant à l'adresse électronique officielle du tribunal confirme sa réception, alors que l'art. 91 al. 3 CPP parle lui de la réception par l'autorité pénale. Sur ce dernier point, on ne comprend pas pourquoi le texte légal ne parle pas d'adresse électronique officielle du tribunal.<sup>26</sup> Il s'agit probablement d'une inadvertance de rédaction, puisque le message<sup>27</sup> indique que cette disposition du CPP, acceptée sans le moindre débat parlementaire, trouve son pendant dans l'art. 48 al. 2 LTF. Quant au message relatif au CPC<sup>28</sup>, il se réfère lui aussi à cette disposition de la LTF, où l'on précise que les actes électroniques sont sujets à réception.

A l'inverse des nouvelles procédures, le droit administratif fédéral ne prévoit pas de passage obligé par une plateforme reconnue, dès lors qu'il s'agit de droit dispositif. L'art. 21a al. 1 PA ne fait référence qu'à des formats déterminés que l'on retrouvera dans l'art. 5 OCE-PCPP. Le troisième alinéa de cette disposition règle explicitement le cas où la CEA se fait via une messagerie non reconnue et réserve, dans le quatrième alinéa, des dispositions particulières pour l'Institut de la propriété intellectuelle<sup>29</sup>.

19 Ce qui est plutôt rare, eu égard aux conditions techniques plutôt sévères que l'on exige des plateformes reconnues.

20 Pour la taille maximale autorisée des pièces jointes du message, PrivaSphere prend en charge un maximum de 15 MB pour les autorités enregistrées chez elle et assure une livraison sûre. Cette plateforme rejette les envois aux adresses eGov enregistrées chez IncaMail lorsque les limites connues des utilisateurs sont dépassées. Il convient d'observer que la taille des e-mails augmente encore sur la plateforme de la Poste, notamment en raison du chiffrement des données. IncaMail ne connaît pas, pour l'instant, de limites quant à la taille et délivre immédiatement une quittance d'envoi, mais peut ensuite ne pas être en mesure, suivant les cas, de livrer l'envoi aux destinataires eGov, typiquement en raison d'une taille limite fixée par ces derniers, ce qui n'a pas toujours été communiqué immédiatement lors d'un grand test effectué par l'auteur (en tant qu'expéditeur eGov).

21 Exemples: la liaison Internet est interrompue ou le répertoire des utilisateurs eGov est indisponible temporairement.

22 Lors de problèmes dans le système IT ou en raison de la taille autorisée pour l'envoi des données, là où il n'y a pas (encore) de coordination, ce qui est insatisfaisant.

23 Au sujet de la teneur des dispositions de l'époque – qui n'ont fait l'objet d'aucun débat au Parlement – et des précisions données par le message, cf. la vue d'ensemble des références légales établie par l'auteur, le tout agrémente des citations dans la FF: [www.erv.arbeitsrechtler.ch/ERV-Fristwahrung\\_Fundstellen.pdf](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch/ERV-Fristwahrung_Fundstellen.pdf)

24 Art. 4 OCE-PCPP.

25 Cf. art. 31 LP qui se réfère, d'une manière générale, aux délais prévus par le CPC.

26 Cf. également à ce sujet P. GUYAN/L. HUBER, Elektronischer Rechtsverkehr nach VeÜ-ZSSchK, AJP 2011 74, partie K.III, p. 79, N 45, [www.peterguyan.ch](http://www.peterguyan.ch) > Informationen.

27 FF 2006 1057, p. 1136.

28 FF 2006 6841, p. 6918.

29 Cf. à ce sujet [www.ige.ch](http://www.ige.ch) > Contact > Moyen de communication.

## Moment déterminant pour l'observation du délai

A la lumière de ces bases légales, des conditions à remplir par une plateforme reconnue et des processus techniques qui en découlent, nous pensons qu'un délai est réputé observé – du moins dans la teneur actuelle du CPC et du CPP, du renvoi de la LP et de la procédure devant le TF – lorsque la plateforme de l'expéditeur eGov<sup>30</sup> accuse réception d'un acte électronique le dernier jour du délai avant minuit. Il s'agit de l'étape représentée par «E1» dans le graphique et qui confirme le moment de réception au moyen d'un horodateur certifié. Avant cette étape décisive, le risque du transfert de l'acte est supporté par l'expéditeur eGov (voir les exemples donnés juste après le graphique dans le 1<sup>er</sup> cas de figure). L'application du principe de réception ne signifie donc pas qu'il y aura forclusion si l'autorité ne retire finalement l'acte eGov que le prochain jour ouvrable (parfois même plus tard, voire pas du tout) et n'en accuse réception qu'à ce moment<sup>31</sup>. En d'autres termes, lorsque la communication électronique est transmise d'une plateforme à l'autre, le fait que le destinataire eGov ne retire l'acte électronique qu'à un moment ultérieur est dépourvu d'effets sur l'observation du délai. Les commentaires consultés au sujet des art. 48 al. 2 LTF<sup>32</sup> et 143 al. 2 CPC<sup>33</sup>, ainsi que l'article de Guyan/Huber<sup>34</sup> (qui mérite d'être lu) ne traitent toutefois pas le cas d'un message eGov échangés sur plusieurs plateformes. Pour contribuer à la sécurité du droit, il conviendrait que l'expéditeur eGov puisse connaître, au moyen d'une quittance, sur quelle plateforme son acte a été transmis. Ni l'OCE-PCPP ni le catalogue des critères mentionné plus haut ne le prévoient, de

sorte que l'expéditeur eGov ne sait ni à quel moment la transmission a été effectuée ni la date et l'heure auxquelles la deuxième plateforme a délivré son «*receipt-deposited*» (cf. étape «E3b» du graphique)<sup>35</sup>. Dans un système aussi standardisé, on ne saurait donc faire supporter à l'expéditeur le risque d'éventuels problèmes d'interopérabilité ou d'erreurs dans la livraison des données au-delà de la première plateforme<sup>36</sup>. Cela s'opposerait à l'idée d'un Etat de droit et à la volonté du législateur qui a souhaité que les délais puissent être facilement observés dans la CEA: l'expéditeur doit pouvoir savoir rapidement si le délai a été observé ou non<sup>37</sup> afin qu'il puisse, cas échéant, encore passer à un guichet postal.

Dans ce même contexte, un délai devrait également être réputé observé si la plateforme accepte un e-mail eGov, mais qu'elle ne peut ensuite le délivrer en raison d'une taille trop importante. La question de savoir si les tribunaux statueront dans le même sens reste ouverte, de sorte que la prudence s'impose. La situation est différente si la première ou la deuxième plateforme communique instantanément le fait que la livraison n'a pas été effectuée. L'expéditeur eGov ne peut ensuite, de bonne foi, prétendre à l'observation du délai. C'est précisément pour ce genre de cas qu'il convient de prévoir suffisamment de temps<sup>38</sup> entre l'envoi de son acte électronique et l'expiration du délai.

Dans le transfert d'informations d'une plateforme à l'autre, il faut encore régler la question technique de savoir comment l'observation du délai sera indiquée aux destinataires eGov. Certes, il y a les messages «envoyé» ou «date de l'envoi eGov» qui mentionnent la date de réception par la première plateforme. Or, les tests réalisés pour la préparation de cet article ont montré que ce n'était parfois pas le certificat certifié «envoyé à telle heure» qui était présenté au destinataire eGov et qu'il existait des écarts de temps lorsque l'acte était transféré d'une plateforme à l'autre. Dans ce cas aussi, c'est l'accusé de réception de la première plateforme qui fait foi et qui détermine si le délai a été observé. ■

30 Ou, pour les formulaires Web, celle des autorités destinataires.

31 Voir *supra* note 17: étape «E4» dans le graphique.

32 J. BÜHLER, Commentaire bâlois de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, 2008, N 19 ad art. 48. Pour le Tribunal fédéral, il n'existe toutefois pas de transfert d'une plateforme à l'autre, dès lors que cette autorité possède une adresse sur les deux plateformes accréditées, voir l'annexe du RCETF publiée sous [www.bger.ch](http://www.bger.ch) > Jurisprudence > Recours électronique.

33 J. BENN, Commentaire bâlois sur le CPC, 2010, N 16–18 ad art. 143; A. STAEHELIN, Commentaire zurichois sur le CPC, 2010, N 5 ad art. 143; B. MERZ, Commentaire Dike sur le CPC, 2011, N 26 ad art. 143.

34 *Op. cit.* in note de bas de page 26, partie K.III, p. 79.

35 Ce qui, pour un acte déposé par l'auteur, a duré une bonne heure pour passer de PrivaSphere à IncaMail.

36 Voir *supra* les cas de figure 2 et 3.

37 *FF* 2001 4000, p. 4066 et p. 4096.

38 La CEA n'est dès lors pas conçue pour des actes déposés à minuit moins 5.