

# AUGENMASS BEIM ERV – ZWEI WICHTIGE ENTSCHEIDE

GEORGES CHANSON

Lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich<sup>1</sup>

Stichworte: elektronischer Rechtsverkehr (ERV), Fristwahrung bei Eingaben, Nachfordern elektronischer Eingaben in Papierform

Massgebend für die Fristwahrung bei einer elektronischen Eingabe ist gemäss BGE 139 IV 257 nicht die Entgegennahme durch die adressierte Behörde, sondern die quittierte Annahme durch die Zustellplattform. Nach einem Entscheid des Schwyzer Kantonsgerichts vom 21.1.2014 sollten die Gerichte bei elektronischen Eingaben nicht generell das Nachreichen in Papierform verlangen.

## I. Fristwahrung bei Eingaben

Das Bundesgericht hat bereits im letzten Sommer in einem inzwischen amtlich publizierten Entscheid<sup>2</sup> klargestellt, dass es bei der Fristwahrung bei elektronischen Eingaben nicht darauf ankommt, wann die adressierte Behörde das ihr elektronisch zugegangene Dokument öffnet, speichert und den Empfang bestätigt. Fristwährend ist nach der Formulierung in der Regeste vielmehr, wenn das Informatiksystem der (Straf)behörde dem Absender vor Ablauf der Frist eine Bestätigung zustellt, dass die Eingabe auf ihrer elektronischen Plattform eingegangen ist.

### 1. Fehlentscheid einer Genfer Behörde

Konkret ging es um die Fristwahrung bei einem Rekurs eines Genfer Anwalts gegen einen Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts, d.h. im Anwendungsbereich von Art. 91 Abs. 3 StPO, der ähnlich formuliert ist wie Art. 143 Abs. 2 ZPO und Art. 48 Abs. 2 BGG. Diese Bestimmungen erklären die Frist als gewahrt, wenn der Empfang bei der entsprechenden Zustelladresse durch das «betreffende Informatiksystem» bestätigt worden ist. Er hatte seine elektronische Eingabe am letzten Tag der Frist, am Freitag, 31.5.2013 um 21.02 Uhr, IncaMail übergeben, worauf sie von der Beschwerdekammer in Strafsachen des Genfer Gerichtshofes am Montagmorgen um 08.05 Uhr geöffnet worden ist. Dies löste (allerdings mit 08.02 Uhr als massgebende Zeit) die Empfangsquittung von IncaMail<sup>3</sup> aus, welche der Anwalt auf Verlangen der Beschwerdekammer später eingereicht hatte. Gestützt auf diese Quittung, mit Verweis auf Art. 91 Abs. 3 StPO und ohne vertiefte rechtliche Begründung hat die Genfer Behörde den Rekurs als verspätet abgewiesen<sup>4</sup>. Sie hielt mit Verweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts<sup>5</sup> fest, die

Partei, die von ihrer Zustellplattform keine Empfangsbestätigung erhalte, müsse ihre Eingabe noch innert Frist der Post übergeben.

### 2. Korrektur durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht ergänzte vorerst<sup>6</sup> den Sachverhalt von Amts wegen dahin, dass IncaMail dem Anwalt bereits am 31.5.2013 um 21.09 Uhr die Annahme seiner Eingabe quittiert hatte<sup>7</sup>, was aus dem angefochtenen Entscheid nicht ersichtlich war. Dann bestätigte es seinen von der Vorinstanz zitierten Entscheid mit ausführlicher Begründung und führte aus, dass beim elektronischen Rechtsverkehr nicht wie beim postalischen Verkehr das Expeditionsprinzip<sup>8</sup>, sondern ein Empfangsprinzip gelte (E. 3.1).

- 1 Mitglied der Technologiegruppe des Schweizerischen Anwaltsverbands, Beauftragter des Vorstands des Zürcher Anwaltsverbands für den elektronischen Rechtsverkehr, Betreuer von [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch) (Informationen und Dokumente, darunter Entscheide, zum ERV).
- 2 BGE 139 IV 257 (1B\_222/2013 vom 19. 7. 2013, französisch), mit dem Hinweis, dass sämtliche in diesem Beitrag behandelten Entscheide auf [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch) abrufbar bzw. verlinkt sind.
- 3 «Quittance de réception», welche die Annahme durch den Adressaten bescheinigt.
- 4 Cour de justice, Chambre pénale de recours, Entscheid vom 12. 6. 2013 (ACPR/268/2013), über <https://ge.ch/justice/cour-de-justice-cour-penale> mit der Prozessnummer abrufbar.
- 5 BGer 6B\_691/2012 vom 21. 2. 2013.
- 6 E. 2, gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG.
- 7 Von IncaMail als «Versandquittung» (quittance d'expédition) bezeichnet.
- 8 Vgl. dazu CHANSON, Fristwahrung auf elektronischem Weg (Anwaltsrevue 5/2012, S. 248, Reihe «Durchklick»), mit Übersetzung ins Französische, und dort unter «Intentionen des Gesetzgebers», mit dem Hinweis, dass alle hier zitierten Aufsätze ebenfalls unter [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch) abrufbar sind.

Mit Empfang sei allerdings nicht der Zeitpunkt gemeint, an dem die adressierte Behörde die Eingabe öffnet – dieser sei irrelevant –, sondern dann, wenn die Zustellplattform die ordnungsgemässe Annahme einer Eingabe quittiert. Sache des Absenders sei es, sich zu vergewissern, dass seine Dokumente ordnungsgemäss auf der Plattform deponiert sind und ab diesem Zeitpunkt der adressierten Behörde zur Verfügung stehen<sup>9</sup>. Damit wies es den Fall zur Beurteilung des Rekurses an die Genfer Behörden zurück.

### 3. Beurteilung des Entscheids

Der Genfer Behörde fehlte im konkreten Fall das Augenmass und wohl auch das nötige Know-how zum elektronischen Rechtsverkehr, was das Bundesgericht korrigiert hat. Es kann nicht sein, dass – anders als bei postalischer Zustellung – die Frist erst gewahrt wäre, wenn die adressierte Behörde beliebt, die elektronische Eingabe abzuholen. Persönliche Erfahrungen des Autors zeigen, dass dies keineswegs immer unverzüglich passiert und dass Eingaben sogar überhaupt nicht abgeholt werden, was anfänglich auch im nachstehend behandelten Schwyzer Fall geschah. Massgebend für die Fristwahrung kann aus der hier vertretenen Sicht nur sein, wann die (Erst)plattform die ordnungsgemässe Annahme bescheinigt<sup>10</sup>.

Im vorliegenden Fall fand die Zustellung innerhalb von IncaMail statt. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht bis heute nicht entschieden, wie es sich mit der Einhaltung der Frist verhält, wenn die Zustellung der Eingabe im sog. interoperablen Verkehr über zwei Plattformen geschieht, d.h. beispielsweise von PrivaSphere zu IncaMail oder umgekehrt oder von IncaMail/PrivaSphere zur KAIO-Plattform des Kantons Bern. Ein kürzlich höchstrichterlich beurteilter Fall<sup>11</sup> betraf zwar eine interoperable Zustellung, wo der Beschwerdeführer – ein Laie – daran scheiterte, dass IncaMail als Zweitplattform seine bei der Dateigrösse zu gewichtige Eingabe nicht weiterleiten konnte, was ihm zwar mit «unzustellbar» quittiert wurde, er aber nicht beachtet hatte.

### 4. Folgerung für die Anwaltsarbeit

Der elektronische Rechtsverkehr in der heutigen Form, d.h. mit einer mailbasierten Lösung über vorgegebene Zustellplattformen, setzt auf Absender- und Empfängerseite ein Minimum an Know-how und idealerweise auch eine regelmässige Anwendung voraus. Wer als Anwalt Problemfelder wie

- die versehentliche Unterzeichnung der Eingabe mit dem Authentifizierungszertifikat statt mit der qualifizierten Signatur
- den – wohl nur theoretischen – Ausfall der Erstzustellplattform<sup>12</sup>
- die Grössenlimiten auf Empfängerseite<sup>13</sup>
- gelegentliche Friktionen im interoperablen Verkehr<sup>14</sup>
- die meist auf fehlendem Know-how basierenden Probleme auf Empfängerseite
- die oft ungenügende mentale Akzeptanz des elektronischen Wegs auf Empfängerseite

- die Bedeutung der ausgestellten Quittungen, namentlich den Vorrang der Versandquittung der (Erst)plattform gegenüber der Empfangsquittung der Zustellplattform des Empfängers,<sup>15</sup>

kennt und darauf Rücksicht nimmt, so weit es in seinem Einflussbereich liegt, kann aus der Möglichkeit, elektronisch zu postulieren, durchaus Vorteile ziehen. Dieser Weg eignet sich nicht für aktenmässig umfangreiche Prozesse, hat aber für Eingaben mit prozessleitendem Charakter, für einfache Klagen, für Stellungnahmen etc. durchaus seine Vorteile, weil die für ein Verfahren bestimmten Dokumente – aufgrund der zunehmenden Verlagerung der Kommunikation vom Briefverkehr weg – häufig ohnehin elektronisch vorliegen und bloss noch zusammengetragen werden müssen. Elektronische Eingaben sind ortsunabhängig und machen auch dort Sinn, wo von aussen auf die eigenen Daten zugegriffen werden kann, was sich vermehrt verbreitet.

Ob man sich in sehr fristsensitiven Angelegenheiten auf den elektronischen Weg begeben will, ist eine andere Frage. Wenn z.B. das Arrestgesuch vom Gericht nicht sofort vom Mailserver abgeholt wird, weil die zuständige Person, die das Passwort kennt, gerade frei hat und die zweite in den Ferien weilt<sup>16</sup>, dürfte sich die Expresspost oder mindestens das Nachreichen auf diesem Weg aufdrängen. Andererseits sind aber elektronische Eingaben viel schneller am Ziel, was bei vorsorglichen Massnahmen vorteilhaft sein kann oder erlaubt, die Rechtshängigkeit schneller zu begründen, was beim sog. Forumshopping Sinn machen kann. Dass im konkreten Fall, den das Bundesgericht zu entscheiden hatte, der Rekurs auf Haftentlassung während rund zweier Monate materiell unbehandelt blieb, war für den Anwalt objektiv nicht vorzusehen und spricht deshalb nicht gegen den elektronischen Weg.

<sup>9</sup> E. 3.2, S. 261: «... que les documents sont correctement déposés sur la plateforme – et sont dès lors accessibles dès ce moment à l'autorité, qui n'a toutefois pas à en prendre connaissance immédiatement», eine Beschreibung, die technisch ungenau ist, weil jedenfalls IncaMail die Eingaben nicht speichert, sondern nur verschlüsselt transportiert und an den Mailserver des Empfängers ausliefert.

<sup>10</sup> Vgl. dazu CHANSON, Technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil? (Anwaltsrevue 9/2012, S. 427, Reihe «Durchklick»), mit Übersetzung ins Französische.

<sup>11</sup> BGer 1C\_811/2013 vom 13. 11. 2013 sowie der (ablehnende) Entscheid 1F\_1/2014 vom 20. 1. 2014 über die dagegen erklärte Revision.

<sup>12</sup> Was auch gegen 5-vor-12-Eingaben spricht.

<sup>13</sup> Die zum Teil noch bei 10 MB liegen, was im interoperablen Verkehr nur die halbe Nutzgrösse erlaubt.

<sup>14</sup> Die nicht häufig sind, aber im Verkehr mit der Berner Plattform signifikanter auftreten.

<sup>15</sup> Wo heute im interoperablen Verkehr für den gleichen Zeitpunkt zum Teil unterschiedliche Zeiten bescheinigt werden, was sich mit der Anpassung des Kriterienkatalogs ändern soll.

<sup>16</sup> Was der Autor bei der unproblematischen Zustellung einer Vollmacht an ein Landgericht erlebt hat.

## II. Nachfordern elektronischer Eingaben in Papierform

Augenmass zeigte auch das Schwyzer Kantonsgericht, indem es kürzlich die Verfügung eines Einzelgerichts aufhob<sup>17</sup>, mit der dem Anwalt für das Ausdrucken seiner «e-Stellungnahme» zur Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils Kosten von CHF 64.– aufgebürdet worden waren.

### 1. Fehlendes Augenmass eines lokalen Gerichts

Diese Stellungnahme des Anwalts vom 27.5.2013 war gar nicht angenommen worden, weshalb er sie am 11.6.2013 – nach Nachfrage beim Gericht – nochmals elektronisch stellte, worauf die Bezirksgerichtskasse ihm persönlich und nicht etwa seiner Partei gleichentags eine Rechnung stellte. Das Gesuch um deren Stornierung wies das Einzelgericht mit Verfügung vom 27.6.2013 ab, ohne allerdings den Anwalt als Partei im Rubrum zu nennen. Es berief sich in dieser Verfügung auf seine angeblich bekannte Praxis, wonach bei elektronischer Eingabe verlangt werde, dass die Eingaben und Beilagen in genügender Anzahl nachgereicht würden.

Diesen Entscheid focht der Anwalt aus eigenem Recht und namens seiner Partei<sup>18</sup> im Rahmen einer Kostenbeschwerde beim Kantonsgericht Schwyz an. Er hatte dem Einzelgericht vor Erlass dieser Verfügung – erfolglos – dargelegt, dass seine elektronische Eingabe korrekt erfolgt sei, es keine Aufforderung zur Nachreichung gegeben habe und dass er lediglich Parteivertreter und nicht selber Partei sei, weshalb allfällige Kosten nur den Parteien selbst und nicht deren Vertretern überbunden werden könnten. Den Kostenvorschuss des Kantonsgerichts von CHF 800.– leistete er fristgemäss.

### 2. Kantonsgerichtliche Korrektur

Das Kantonsgericht stellte vorab klar, dass nur der Anwalt mit diesem Kostenentscheid beschwert sei, weshalb es auf die Beschwerde (und eventualiter erhobene Aufsichtsbeschwerde) der Partei nicht eintrat.

Die Beschwerde gab dem Kantonsgericht Gelegenheit, sich mit Art. 130 Abs. 3 und Art. 131 ZPO zu befassen. Die erstere Bestimmung sieht vor, dass das Gericht bei elektronischer Übermittlung verlangen kann, dass die Eingabe und die Beilagen in Papierform nachgereicht werden. Art. 131 ZPO bestimmt, dass Eingaben und Beilagen in Papierform je in einem Exemplar für das Gericht und die Parteien eingereicht werden müssen und das Gericht andernfalls eine Nachfrist setzen oder die notwendigen Kopien auf Kosten der Partei erstellen kann. Weil der Anwalt im konkreten Fall nie aufgefordert war, seine elektronische Eingabe in Papierform einzureichen, waren die Voraussetzungen für einen Kostenentscheid nicht erfüllt und die Kostenaufgabe erfolgte zu Unrecht. Dabei konnte offen bleiben, ob die Kopierkosten dem Anwalt überhaupt hätten persönlich auferlegt werden dürfen oder ob eine Nachreichung in Papierform nur in Ausnahmefällen verlangt werden kann.

Zum letzten Thema äusserte sich das Gericht dennoch in einem «obiter dictum»<sup>19</sup>. Es verwies auf den Wider-

spruch zwischen der Botschaft und der Meinung einiger Kommentatoren einerseits und den Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zu den sog. Übermittlungsverordnungen<sup>20</sup> andererseits, wo festgehalten ist, dass die Gerichte nicht standardmässig die Nachreichung elektronischer Eingaben in Papierform verlangen dürften, was auch von verschiedenen Kommentatoren vertreten wird. Zusammenfassend hielt das Kantonsgericht fest, eine generelle Aufforderung zur Nachreichung in Papierform sei wohl eher abzulehnen und sollte sich insbesondere auf umfangreiche Eingaben oder Beilagen beschränken. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass ohne Ansetzung einer Frist die Nachreichung einer elektronischen Eingabe in Papierform per se verlangt werden könne.

Mit der Gutheissung der Kostenbeschwerde wurden die Verfahrenskosten von CHF 800.– auf die Staatskasse genommen und der Anwalt mit CHF 1000.– entschädigt.

### 3. Beurteilung des Entscheids

Man wird, wenn man sich diesen Fall vor Augen führt, den Eindruck nicht los, das Einzelgericht habe dem Anwalt über die Rechnungsstellung deutlich zu verstehen geben wollen, dass elektronische Eingaben einfach nicht erwünscht sind. Dass dieser die CHF 64.– nicht pragmatisch beglich, sondern – mit einem mehrfach höheren Kostenrisiko – die Sache vor höherer Instanz beurteilen liess, ist verdienstvoll. In der Sache war klar, dass es gegen das Gesetz verstösst, einfach automatisch den Ausdruck der Eingabe zu fakturieren. Die Bedeutung des Entscheids liegt insbesondere darin, dass er den Automatismus des Nachforderns von ERV-Eingaben in Papierform infrage stellt. Da mancherorts gewissermassen flächendeckend die Nachreichung elektronischer Eingaben in Papierform verlangt wird<sup>21</sup>, hilft dieser Entscheid vielleicht, die Fronten aufzulockern und darüber zu reflektieren, in welche Richtung der elektronische Rechtsverkehr sich bewegen soll.

Dabei darf man nicht vergessen, dass der ERV im heutigen Zeitpunkt den Gerichten und manchen Behörden wenig Vorteile und zusätzlichen Aufwand bringt, weil die Dossiers immer noch in Papierform geführt werden und die Umwandlung in dieses Medium (einschliesslich Validierung der Signaturen) einen Mehraufwand bringt. Erst wenn ein Gericht oder eine Behörde auf die elektronische

<sup>17</sup> Beschluss Kantonsgericht SZ, 2. Zivilkammer, vom 21.1.2014 (ZK 2013 55 und 56), bisher unpubliziert, über [www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/KGSZ\\_140121\\_ZK2\\_2013\\_55-56.pdf](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/KGSZ_140121_ZK2_2013_55-56.pdf) abrufbar.

<sup>18</sup> Für die er die unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines Rechtsbeistands in seiner Persona beantragt hat.

<sup>19</sup> E. 5, S. 5/6 im Entscheid.

<sup>20</sup> Verordnungen über die elektronische Übermittlung, Erläuterung der einzelnen Bestimmungen, dort S. 5/13, auch abrufbar über [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch).

<sup>21</sup> Was der Autor dieses Beitrags in seiner Funktion als ERV-Beauftragter gelegentlich erfährt und was auch die Anweisung eines Zürcher Bezirksgerichtspräsidenten sein soll.

Aktenführung umgestellt hat<sup>22</sup>, macht es richtig Sinn, auch Eingaben in dieser Form zu erhalten. Umgekehrt sehen die Verfahrensgesetze diesen neuen Postulationsweg schon heute ausdrücklich vor, und die Gerichte und Behörden dürfen ihn nicht damit torpedieren, indem sie alles in Papierform nachfordern. Dann wird nämlich auch der Aufwand auf Anwaltsseite ein doppelter. Ganz abgesehen davon kostet der Erlass einer – wenn möglich noch eingeschrieben zugestellter – Verfügung bei Einrechnung aller nötigen Ressourcen ein Mehrfaches als das zweite Drücken auf den Printknopf des Computers und die dabei anfallenden Druckauslagen.

#### 4. Verhaltensregeln für die Beteiligten

Wenn man sich als Anwalt oder Anwältin der aktuellen Interessenlage der Gerichte bewusst ist, muss man ebenfalls Augenmass bewahren und beim Einreichen sehr umfangreicher Eingaben auf elektronischem Weg Zurückhaltung üben. Deshalb wird hier postuliert, dass im Regelfall nur auf diesem Weg eingereicht werden soll, was in einer einzigen Datei Platz hat und deshalb auch auf einmal ausgedruckt werden kann. Wer dem Gericht eine ERV-Eingabe mit 20 oder mehr separaten Beilagen schickt<sup>23</sup>, wird kaum auf Gegenliebe stossen, weil deren Ausdrucken die zuständige Person über längere Zeit absorbiert. Mit dieser Verhaltensregel ist der Autor dieses Beitrags stets gut gefahren, und es wurde ihm bisher erst einmal – von einer übereifrigen Kanzleimitarbeiterin während der Ferienabwesenheit des Vorsitzenden – eine Nachreichungsverfügung geschickt. Selbstverständlich wurde dieser Aufforderung brav Folge geleistet, aber das Thema später im Gespräch mit dem Vorsitzenden aufgenommen.

Aufseiten der Gerichte und Behörden ist zu wünschen, dass elektronische Eingaben, auch wenn sie noch nicht so häufig und deshalb ungewohnt sind, nicht als Störung oder Belästigung empfunden werden, sondern als Teil einer neuen Regelung, die irgendwann auch einmal produktive Früchte zeigen wird.

### III. Künftige Entwicklung

Bis der elektronische Rechtsverkehr im Verhältnis zwischen Parteien/Anwälten und den Gerichten etabliert und auch beidseits geschätzt sein wird, wird noch einige Zeit

vergehen. Derzeit gibt es, wie auch die bisher bekannten und hier z. T. angeführten Entscheide zeigen, immer noch einige Problemfelder, die der Entwicklung nicht förderlich sind. Heute ist der ERV faktisch auch noch eine Einbahnstrasse von den Parteien zur Behörde, während es kaum Zustellungen auf umgekehrtem Weg gibt, obwohl dort auch für die Gerichte Potenzial für Kosteneinsparungen liegt.

Gewisse Klärungen zur Frage, wann eine Eingabefrist gewahrt ist, verspricht die derzeit laufende Anpassung des Kriterienkatalogs für die Anerkennung der Zustellplattform, wofür die Zuständigkeit seit letztem Jahr auf das Bundesamt für Justiz übergegangen ist. Hier sind auf Mitte 2014 auch Anpassungen der VO über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren<sup>24</sup> zu erwarten, und es soll vorgegeben werden, dass die Versandquittung, die der Absender erhält, sogleich an die adressierte Behörde weitergeleitet werden muss. Dann sieht diese (wie beim Poststempel), wann genau der Versand der Eingabe erfolgte.

Der Schweizerische Anwaltsverband steht weiterhin für die Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs ein, was sich auch in der Unterstützung der Motion Bischof zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs<sup>25</sup> niederschlägt. Daneben bearbeitet er in einer noch kleinen Arbeitsgruppe die Frage, wie sich der ERV noch technisch verbessern und benutzerfreundlicher machen liesse<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Was verschiedenorts, z. B. bei der Bundesverwaltung, bei den Gerichten von Basel-Stadt, bei Strafbehörden, schon geschehen ist.

<sup>23</sup> Wie wir es bei unseren Klienten ja auch gelegentlich antreffen.

<sup>24</sup> VeÜ-ZSSV, SR 272.1.

<sup>25</sup> Siehe in Curia Vista: [www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20124139](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20124139) sowie auf der SAV-Website bei den News zum elektronischen Rechtsverkehr: [www.sav-fsa.ch/News.1422.0.html](http://www.sav-fsa.ch/News.1422.0.html).

<sup>26</sup> Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Bernische Anwaltsverband zusammen mit dem Verband bernischer Notare einen «Support elektronische Kanzlei» anbietet, um entsprechendes Know-how zu sammeln und auszutauschen.

# PRAGMATISME DANS LA CEE: DEUX ARRÊTS IMPORTANTS

GEORGES CHANSON

Licencié en droit, avocat spécialiste FSA en droit du travail, Zurich<sup>1</sup>

Mots-clés: communication électronique des écrits (CEE), observation du délai des actes déposés électroniquement, injonction d'imprimer les actes numériques

Dans son ATF 139 IV 257, le Tribunal fédéral a retenu que l'observation du délai d'un acte déposé électroniquement ne se détermine pas selon le moment auquel l'autorité ouvre le document, mais d'après la quittance de réception remise à l'expéditeur par la plateforme électronique. En outre, selon l'arrêt du tribunal cantonal schwyzois du 21 janvier 2014, les tribunaux ne devraient pas exiger, sous la forme d'un automatisme, une impression sur papier des mémoires déposés via CEE.

## I. Observation du délai d'un acte déposé électroniquement

Dans son ATF 139 IV 257<sup>2</sup> de l'été 2013, le TF a précisé qu'en cas de transmission du recours par voie électronique, le moment auquel l'autorité ouvre ensuite le document, l'enregistre ou en confirme la réception est indifférent. Selon le *regeste* de l'arrêt, le délai est réputé observé lorsque, avant son échéance, le système informatique de l'autorité adresse à l'expéditeur une confirmation de réception de l'acte sur la plateforme électronique.

### 1. Décision genevoise cassée par le TF

Dans le cadre d'un refus de mise en liberté prononcé par le tribunal des mesures de contrainte, un avocat genevois a déposé un recours électroniquement, en application de l'art. 91 al. 3 CPP. La teneur de celui-ci est similaire aux art. 143 al. 2 CPC et 48 al. 2 LTF. Ces dispositions mentionnent qu'un délai est réputé observé lorsque le «système informatique» de l'autorité concernée en a confirmé la réception dans le délai. *In casu*, l'avocat genevois a transmis son recours à IncaMail le dernier jour du délai, soit le vendredi 31.5.2013 à 21h02. La chambre pénale de recours de Genève a quant à elle ouvert le document le lundi suivant à 8h05, ce qui déclencha (avec toutefois 8h02 comme heure retenue) une quittance de réception d'IncaMail<sup>3</sup>, versée ensuite au dossier par l'avocat sur invitation du tribunal. A la lumière de cet accusé de réception du lundi et se fondant sur l'art. 91 al. 3 CPP (sans autres considérations juridiques), le tribunal a retenu que le recours avait été déposé hors délai et que, partant, il était irrecevable<sup>4</sup>. En se référant à la jurisprudence du TF<sup>5</sup>, il a ajouté que la partie qui n'avait pas reçu d'accusé de récep-

tion devait envoyer son acte, toujours dans le délai, sous pli postal.

### 2. Correctifs apportés par le TF

Faisant usage de l'art. 105 al. 2 LTF qui lui permet de compléter d'office des faits établis de manière inexacte, le TF a tout d'abord précisé<sup>6</sup> qu'IncaMail avait délivré à l'avocat une quittance de réception de son acte le 31.5.2013 à 21h09<sup>7</sup>, élément cardinal qu'il convenait de retenir dans l'arrêt cantonal. En fournissant des considérations juridiques détaillées (c. 3.1), le TF a par ailleurs confirmé sa jurisprudence antérieure, citée à bon escient par l'autorité genevoise: c'est bien le principe de réception<sup>8</sup> qui s'ap-

1 Membre du groupe technologique de la Fédération Suisse des Avocats, délégué du Conseil de l'Ordre des avocats zurichois pour la CEE, responsable du site [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch) (comportant des informations et des documents liés à la CEE, y compris des décisions judiciaires rendues en la matière). Traduction libre de l'article intitulé «Augenmass beim ERV – zwei wichtige Entscheide» in *Revue de l'avocat* 3/2014, p. 139.

2 Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_222/2013 du 19. 7. 2013, rédigé en français. Remarque: tous les arrêts cités dans cet article peuvent être consultés sur [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch).

3 Cette «quittance de réception» atteste l'acceptation de l'envoi par le destinataire.

4 Cour de justice, chambre pénale de recours, arrêt du 12. 6. 2013, publié sur <http://ge.ch/justice/dans-la-jurisprudence-en-y-saisissant-le-no-de-decision-ACPR/268/2013>.

5 Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_691/2012 du 21. 2. 2013.

6 C. 2.

7 Qualifiée par IncaMail de «quittance d'expédition».

8 Voir à ce sujet, dans la série «Clic informatique», CHANSON, «Observation des délais dans la CEE» in *Revue de l'avocat* 5/2012, p. 251, *ad* chapitre intitulé «Intentions du législateur». Tous les articles cités ici sont eux aussi publiés sur [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch).

plique à un acte déposé électroniquement, à l'opposé du principe d'expédition généralement connu pour les plis postaux. Toujours selon le TF, par réception, il ne faut cependant pas entendre le moment auquel l'autorité pénale ouvre le document: seule est déterminante la quittance remise à l'expéditeur par le système informatique de l'autorité. En revanche, il est de la responsabilité de l'expéditeur de s'assurer que les documents ont été correctement déposés sur la plateforme et sont dès lors accessibles dès ce moment à l'autorité, qui n'a toutefois pas à en prendre connaissance immédiatement<sup>9</sup>. Le TF a donc admis le recours de cet avocat genevois, annulé l'arrêt cantonal et renvoyé la cause à la Cour de justice pour un examen du fond.

### 3. Examen critique de la décision genevoise

Dans cette affaire, l'autorité genevoise ne disposait probablement pas des connaissances techniques suffisantes, ce qui explique le manque de pragmatisme de sa décision. Elle est en effet partie de l'idée erronée que l'observation du délai dépend du moment auquel l'autorité veut bien prendre connaissance de l'acte déposé électroniquement, à sa seule discrétion, de sorte que tout le raisonnement qu'elle présente ensuite est frappé de la même inexactitude. Les expériences personnelles de l'auteur montrent que cette «prise de connaissance» de l'acte déposé électroniquement n'est de loin pas toujours réalisée immédiatement, voire pas du tout comme nous le verrons ci-dessous dans l'affaire schwyzoise. De l'avis exprimé ici, pour savoir si un délai est observé ou non, seul est déterminant le moment où la première plateforme atteste de la bonne réception de l'acte<sup>10</sup>.

*In casu*, la livraison de l'acte numérique s'est faite uniquement *via* IncaMail, c'est-à-dire sans passer par des plateformes différentes. A la connaissance de l'auteur, le TF ne s'est encore jamais prononcé sur l'observation du délai lorsque l'acte passe par des systèmes interopérables, d'une plateforme à l'autre, typiquement de PrivaSphere à IncaMail (et vice versa) ou de PrivaSphere/IncaMail à la plateforme KAIO du canton de Berne. Le TF a néanmoins récemment déclaré irrecevable<sup>11</sup> le recours interjeté par un citoyen genevois dans une affaire de votation fédérale. En l'espèce, le recourant avait reçu, quelques minutes après l'envoi de son recours sur IncaMail (comme 2<sup>e</sup> plateforme), un avis intitulé «non distribuable» en raison de la taille trop importante de son envoi. Selon les faits retenus dans l'arrêt, le recourant n'a toutefois ni réagi ni tenté de renvoyer son acte par la voie électronique ou sous pli postal.

### 4. Conséquences pour le travail de l'avocat

Dans sa forme actuelle, c'est-à-dire un courrier électronique qui passe par au moins une plateforme accréditée, la CEE demande tant à l'expéditeur qu'au destinataire un minimum de connaissances techniques et, si possible, une utilisation suffisamment régulière pour être bien maîtrisée. En outre, l'avocat devra être particulièrement attentif aux points suivants:

- son acte numérique devra être muni d'une signature électronique *qualifiée* (et non d'un simple certificat d'authentification);
- théoriquement, une défaillance technique de la première plateforme est toujours possible<sup>12</sup>;
- le destinataire impose généralement une taille maximale des envois<sup>13</sup>;
- l'interopérabilité entre plusieurs plateformes peut être déficiente<sup>14</sup>;
- des problèmes, souvent liés à l'absence de savoir-faire ou de connaissances techniques, peuvent aussi se poser du côté du destinataire;
- toujours du côté du destinataire, il peut y avoir un réel manque de volonté à utiliser à la voie électronique;
- ne pas sous-estimer le degré d'importance des différentes quittances délivrées, à savoir la primauté de la quittance d'expédition de la (première) plateforme par rapport à la quittance de réception de la plateforme du destinataire<sup>15</sup>.

Si l'avocat garde à l'esprit ces quelques points fondamentaux et qu'il les respecte dans sa sphère d'influence, il pourra pleinement tirer profit des avantages de la CEE. Certes, celle-ci n'est pas encore optimale pour de longues procédures qui impliquent des pièces particulièrement nombreuses. En revanche, des actes de type très formel, typiquement des demandes ou requêtes simples, des prises de position, etc. sont particulièrement bien adaptés à la CEE, ne serait-ce que parce que la tendance veut qu'on s'écarte de plus en plus de la lettre classique sur papier adressée au juge. En outre, les documents sont de plus numérisés, ce qui permet à l'avocat de les reprendre tels quels dans la CEE. Enfin, les actes numériques peuvent aussi être consultés et utilisés en dehors d'un lieu précis, concrétisant ainsi le souhait de plus en plus marqué d'accéder à ses données professionnelles de l'extérieur.

<sup>9</sup> C. 3.2, p. 261. D'un point de vue purement technique, la formulation «... que les documents sont correctement déposés sur la plateforme et sont dès lors accessibles dès ce moment à l'autorité, qui n'a toutefois pas à en prendre connaissance immédiatement.» semble toutefois incorrecte, dès lors qu'IncaMail n'enregistre par les actes. IncaMail se limite à les transporter, après les avoir chiffrés, et à les livrer au serveur mail du destinataire.

<sup>10</sup> Voir à ce sujet, dans la série «Clic informatique», CHANSON, «Défauts techniques dans la CEE ou décision judiciaire erronée?», *in* Revue de l'avocat 9/2012, p. 429.

<sup>11</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_811/2013 du 13.11.2013 et 1F\_1/2014 du 20.1.2014, ce dernier ayant rejeté la demande en révision du premier.

<sup>12</sup> Ce qui plaide évidemment en défaveur d'un envoi à 23h55 le dernier jour du délai.

<sup>13</sup> Certaines de ces tailles sont encore limitées à 10 MO, étant précisé qu'il faut encore diviser ce quota par deux pour atteindre une interopérabilité efficace.

<sup>14</sup> Qui ne sont pas fréquentes, mais qui sont encore importantes dans la plateforme bernoise.

<sup>15</sup> Où l'on rencontre parfois, aujourd'hui encore, pour la même heure donnée, des indications de temps qui varient d'un système à l'autre. Ceci devrait changer avec l'adaptation du catalogue des critères d'admission des plateformes (voir *infra*).

En revanche, savoir si l'on souhaite utiliser la CEE pour des affaires particulièrement urgentes est une autre question. Par exemple, si l'autorité ne prend pas immédiatement connaissance d'une requête de séquestre, parce que la personne responsable qui connaît le mot de passe pour accéder au serveur a congé et que son remplaçant est en vacances<sup>16</sup>, un courrier express ou, à tout le moins, un pli postal devrait sans doute s'imposer. D'un autre côté, les actes déposés électroniquement arrivent plus vite à destination, ce qui peut être particulièrement avantageux pour des mesures provisionnelles, mais aussi pour se prévaloir de l'exception de litispendance, avec parfois le dessein sous-jacent d'un *forum shopping*. Dans l'affaire genevoise qui est montée jusqu'au TF, il aura quand même fallu deux mois pour qu'elle soit tranchée sur le fond. L'avocat ne pouvait objectivement s'attendre à une telle lenteur, de sorte que cette affaire ne plaide en rien en défaveur de la CEE.

## II. Tribunaux qui exigent que les actes déposés électroniquement soient ensuite imprimés sur papier

Le tribunal cantonal de Schwyz a lui aussi récemment statué à bon escient en matière de CEE. Il a en effet annulé<sup>17</sup> la décision d'un juge unique qui avait infligé CHF 64 de frais à un avocat pour l'impression (par le tribunal) de sa prise de position électronique sur la reconnaissance d'un jugement de divorce étranger.

### 1. Absence de pragmatisme du juge

Il appert tout d'abord que la prise de position du 27.5.2013 déposée électroniquement par l'avocat n'a tout simplement pas été reprise par le tribunal. Après avoir interrogé ce dernier, l'avocat a renouvelé son envoi électronique le 11.6.2013. Le jour même, le service de comptabilité du tribunal lui a fait parvenir une facture de CHF 64 à son nom (et non celui de la partie qu'il représentait). Sur recours de l'avocat, le juge unique a refusé par décision du 27.6.2013 d'annuler cette facture, sans toutefois citer nommément l'avocat comme partie dans le texte. Dans sa décision, le juge s'est référé à une pratique judiciaire personnelle. Celle-ci serait connue de tous et consisterait à devoir spontanément imprimer et envoyer sous pli postal séparé un nombre suffisant d'exemplaires des pièces déposées par voie électronique.

De son propre chef mais au nom de sa cliente<sup>18</sup>, l'avocat a interjeté recours contre ces frais devant le tribunal cantonal de Schwyz. Il a invoqué avoir tenté d'expliquer au juge, avant que celui-ci ne rende sa décision, que son acte électronique avait été déposé en bonne et due forme, que le juge ne l'avait pas formellement invité à imprimer les documents, qu'il n'était que le représentant de sa cliente et qu'il n'avait ainsi pas la qualité de partie, de sorte que seule cette dernière, contre toute attente, pourrait être condamnée à des frais. L'avocat a effectué dans le délai l'avance des frais judiciaires fixée à CHF 800 par le tribunal cantonal.

### 2. Correctifs apportés par le tribunal cantonal schwyzois

Le tribunal cantonal a tout d'abord retenu que seul l'avocat était touché par cette décision sur les frais, de sorte qu'il n'est pas entré en matière sur le recours (et la procédure disciplinaire dirigée contre le juge) de la partie représentée par l'avocat.

Ce recours a été l'occasion, pour le tribunal cantonal, d'examiner les art. 130 al. 3 et 131 CPC. La première disposition prévoit que le tribunal peut exiger que l'acte et ses annexes électroniques soient produits sur support papier. Quant à l'art. 131 CPC, il précise qu'un exemplaire devra être déposé pour le tribunal et un exemplaire pour chaque partie adverse; à défaut, le tribunal peut accorder à la partie un délai supplémentaire ou faire les copies utiles aux frais de cette dernière. Dans la présente affaire, le tribunal cantonal a retenu que l'avocat n'avait pas été requis de produire son acte électronique sur papier, de sorte que les conditions pour une condamnation aux frais n'étaient pas réunies. Deux questions fondamentales sont cependant restées ouvertes: d'une part, ces frais pouvaient-ils lui être facturés personnellement en sa qualité de conseil de l'une des parties et, d'autre part, la possibilité offerte au tribunal de demander une impression doit-elle ou non rester une exception?

Sur cette dernière question, le tribunal s'est tout de même exprimé dans un *obiter dictum*<sup>19</sup>, en soulignant qu'il existe une contradiction entre le message du Conseil fédéral et, d'une part, la position d'une partie de la doctrine et, d'autre part, les explications fournies par l'OFJ sur les ordonnances sur la communication électronique<sup>20</sup> qui montrent que les tribunaux ne sont pas en droit d'exiger systématiquement une impression des actes déposés électroniquement. Ce point de vue est partagé par plusieurs auteurs. En substance, le tribunal cantonal a déclaré qu'une demande systématique d'impression sur papier doit plutôt être rejetée et être réservée aux actes qui incluent des annexes particulièrement nombreuses. C'est donc à tort que l'autorité précédente a retenu que la présentation sur papier pouvait être demandée d'une façon générale, sans fixer un délai pour y donner suite.

En obtenant gain de cause, l'avocat a reçu une indemnité de CHF 1000 et les frais de la procédure de CHF 800 ont été mis à la charge de l'Etat.

<sup>16</sup> Ce que l'auteur a personnellement vécu lorsqu'il a envoyé électroniquement (sans difficultés particulières) sa procuración à un tribunal de district.

<sup>17</sup> Arrêt du tribunal cantonal schwyzois, II<sup>e</sup> chambre civile, du 21.1.2014 (ZK2 2013 55 et 56), non publié jusqu'à présent, mais consultable sur [www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/KGSZ\\_140121\\_ZK2\\_2013\\_55-56.pdf](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/KGSZ_140121_ZK2_2013_55-56.pdf).

<sup>18</sup> Pour laquelle il a requis l'assistance judiciaire et la désignation d'un avocat en sa propre personne.

<sup>19</sup> C. 5, p. 5 s. dans l'arrêt.

<sup>20</sup> «Ordonnances sur la communication électronique: commentaire article par article», p. 5 et 13. Egalement consultable sur [www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch).

### 3. Examen de l'arrêt schwyzois

En lisant cet arrêt, on ne peut évidemment s'empêcher de penser que le juge, par la facture qu'il a fait parvenir à cet avocat, a clairement fait savoir que les actes déposés électroniquement n'étaient pas les bienvenus dans son tribunal. Le fait que l'avocat se soit véritablement interrogé sur la légitimité de ces CHF 64 et qu'il ait fait trancher cette affaire par une autorité supérieure (avec tous les risques de frais judiciaires supplémentaires) est pour le moins méritoire. Sur le fond, il était clair que vouloir instaurer une facturation systématique pour l'impression d'actes numériques violait de manière évidente le droit. Mais l'arrêt schwyzois est surtout pertinent dans la mesure où il a remis en cause toute forme d'automatisme<sup>21</sup> que l'on rencontre encore parfois dans les demandes d'impression d'actes électroniques. En outre, une telle décision permettra peut-être de réduire les oppositions et de montrer le chemin que devrait prendre la CEE.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que la CEE, à l'heure actuelle, n'apporte en réalité que peu d'avantages aux autorités judiciaires et administratives. En effet, le fait de devoir convertir des dossiers qui sont encore en grande partie gérés sur support papier exige incontestablement des efforts supplémentaires, y compris pour la validation des signatures. Ce n'est qu'à partir du moment où une autorité judiciaire ou administrative a décidé de passer à une gestion électronique des dossiers<sup>22</sup> que recevoir des actes numériques devient véritablement judicieux. D'un autre côté, il convient de rappeler que les codes de procédure prévoient déjà explicitement la voie électronique et que les autorités ne sont pas légitimées à la torpiller en demandant systématiquement une impression sur papier. Dans ce cas, c'est aussi le travail de l'avocat qui est multiplié par deux. Quant aux tribunaux qui n'utilisent pas encore la CEE, il convient d'ajouter aux frais d'impression le coût de toutes les ressources nécessaires pour la notification des décisions judiciaires (sans compter la surtaxe du recommandé).

### 4. Quelques règles qui faciliteront la tâche des personnes concernées

En notre qualité d'avocat, nous devons nous aussi faire preuve de pragmatisme, d'une part en tenant compte de l'intérêt actuel plutôt restreint des tribunaux à passer à la CEE et, d'autre part, en faisant preuve de retenue lorsqu'il s'agit d'actes numériques de taille importante. Par conséquent, il est recommandé de s'en tenir à la règle suivante: l'utilisation de la voie électronique devrait être réservée aux actes qui tiennent sur un fichier unique et qui peuvent être imprimés en une seule fois. Celui qui dépose électroniquement un acte numérique comportant une vingtaine de pièces annexes s'attirera sans doute les foudres<sup>23</sup> du tribunal, dès lors que la personne responsable devra investir un temps non négligeable pour l'impression de tous ces documents. En respectant cette règle du fichier qui peut être imprimé en une seule fois, l'auteur de cet article a eu des expériences plutôt positives. Seule la collaboratrice d'un tribunal, rivalisant de zèle durant les vacances de son président, lui a fait parvenir une injonction d'imprim

mer les documents qu'il avait déposés électroniquement. L'auteur a bien entendu donné sagement suite à cette demande, mais la démarche de cette collaboratrice a ensuite été rediscutée avec le président.

Du côté des tribunaux et des autorités, il reste à espérer que les actes électroniques, même s'ils sont encore peu fréquents, ne seront plus perçus comme une perturbation, mais comme une nouvelle façon de communiquer qui finira bien par s'imposer et porter ses fruits.

### III. Développement futur

Certes, il faudra encore un certain temps pour que la CEE entre tribunaux et avocats/parties puisse s'implanter de manière efficace et être appréciée par tous. Il subsiste encore des problèmes, comme le montrent la jurisprudence déjà connue et les arrêts cités dans cet article, et qui ne sont guère propices au développement de la CEE. Aujourd'hui, cette dernière reste une route à sens unique utilisée avant tout par les parties pour communiquer avec les autorités, alors que le sens inverse est pour ainsi dire inexistant, même s'il permettrait aux tribunaux de réaliser des économies.

Le catalogue des critères pour l'accréditation d'une plateforme, dont la responsabilité a été transférée à l'OFJ depuis l'année dernière, est en pleine révision. Cette dernière permettra de clarifier plusieurs points, en particulier la question de l'observation des délais. On peut également s'attendre, dès juillet 2014, à quelques ajustements 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<sup>24</sup>. Il devrait y être prévu que la quittance de réception remise à l'expéditeur devra être transmise à l'autorité de destination. A l'instar du cachet d'oblitération de la poste, toutes les parties devraient donc désormais être au clair sur le moment précis de l'envoi de l'acte numérique.

La Fédération Suisse des Avocats continue d'encourager la communication électronique. A ce titre, elle a notamment soutenu la motion Bischof pour l'introduction de la CEE<sup>25</sup>. La FSA débat également, au sein d'un groupe de travail encore restreint, la question de savoir comment la CEE pourrait être améliorée techniquement pour devenir plus conviviale<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Ce qui est parfois porté à la connaissance de l'auteur dans sa fonction de délégué à la CEE et qui semble aussi être la consigne d'un président de tribunal de district zurichois.

<sup>22</sup> Ce qui a déjà été réalisé à différents endroits, p. ex. au sein de l'administration fédérale, des tribunaux de Bâle-Ville et d'autres autorités pénales.

<sup>23</sup> Comme nous le ressentons occasionnellement auprès de nos propres clients.

<sup>24</sup> OCEI-PCPP, RS 272.1.

<sup>25</sup> Voir à ce sujet Curia Vista: [www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20124139](http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20124139), ainsi que les news sur la communication électronique publiées sur le site de la FSA: <http://www.sav-fsa.ch/News.1422.0.html?&L=1>.

<sup>26</sup> On peut mentionner ici que l'Association des avocats bernois et l'Association des notaires bernois proposent un «Support elektronische Kanzlei» qui permet d'acquiescer et échanger un savoir-faire entre confrères.