

[ 5 | 2016 ]

# ANWALTS

---

# REVUE

---

# DE L'AVOCAT

---

RENÉ RALL

Neues Formular R – Deckungsgleich mit  
Ausnahmeregelung in FATCA-Abkommen SEITE / PAGE 198

Nouveau formulaire R – qui tient compte  
de la clause d'exception prévue  
dans l'Annexe II de l'accord FATCA SEITE / PAGE 200

ROMAIN JORDAN

Le respect des délais pour l'avocat SEITE / PAGE 206

ULRICH MEYER

Tatfrage – Rechtsfrage SEITE / PAGE 211



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

<b>IM FOKUS DES VORSTANDS SAV</b>	195
<b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b>	197

### THEMA / QUESTION DU JOUR

René Rall Neues Formular R – Deckungsgleich mit Ausnahmeregelung in FATCA-Abkommen	198
René Rall Nouveau formulaire R – qui tient compte de la clause d'exception prévue dans l'Annexe II de l'accord FATCA	200

### ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Ernst Staehelin Neues Firmenrecht: Handlungsbedarf für Anwaltskanzleien?	203
Romain Jordan Le respect des délais pour l'avocat	206
Ulrich Meyer Tatfrage – Rechtsfrage	211

### RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE

222

### ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT

Ernst Staehelin Sachliche Zuständigkeit im Miet-Ausweisungsverfahren: Handelsgericht oder Bezirksgericht?	225
---	-----

### SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Jahresbericht 2015/2016	228
Rapport annuel 2015/2016	228

### IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat  
19. Jahrgang 2016 / 19<sup>e</sup> année 2016  
ISSN 1422-5778

Erscheinungsweise / Parution  
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation  
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.  
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par  
Stämpfli Verlag AG  
Schweizerischer Anwaltsverband /  
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef  
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)  
Bollwerk 21, CH-3001 Bern  
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40  
peter.vonins@bollwerk21.ch

Kontakt Verlag /  
Contact maison d'édition  
Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG  
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
www.staempfliverlag.com  
anwaltsrevue@staempfli.com  
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur  
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA  
Marktgasse 4, Postfach 8321,  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16  
info@sav-fsa.ch  
www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces  
Stämpfli AG  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90  
inserate@staempfli.com

Vertrieb / Distribution  
Stämpfli Verlag AG  
Periodika  
Wölflistrasse 1, Postfach 5662  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88  
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für  
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.  
Les membres de la FSA s'adressent  
directement à la FSA pour leurs change-  
ments d'adresse.

Preise / Prix  
Jährlich/Annuel:  
CHF 198.-, EUR 216.- (Print und Online);  
CHF 159.-, EUR 138.- (Online)  
Studenten/ Etudiants: CHF 98.-  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 25.-, EUR 26.-  
Mitglieder des SAV gratis/  
Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /  
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%  
Die Preisangaben in € gelten nur  
für Europa.  
Les prix indiqués en € ne sont valables  
que pour l'Europe.

Copyright  
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de  
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-  
verband, Bern  
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-  
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern  
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-  
scher Anwaltsverband, Bern.  
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift  
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-  
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher  
noch nicht im Druck erschienene Original-

beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen  
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-  
schliessliche Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-  
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-  
verband übergeht. Jede Verwertung und  
Vervielfältigung bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verleges. /  
Tous droits réservés. La revue est protégée  
par la législation sur le droit d'auteur.  
Ne sont publiées que des contributions  
originales qui n'ont pas encore été diffu-  
sées sous forme imprimée. Les contribu-  
tions ne sont acceptées qu'à la condition  
que le droit exclusif de reproduction et de  
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions  
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.  
Toute exploitation et reproduction néces-  
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen  
und Autoren geäußerte Meinungen und  
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-  
gen der Redaktion oder des SAV decken. /  
Les opinions exprimées dans cette revue  
par les auteurs sont personnelles et n'en-  
gagent ni la rédaction ni la FSA.

# LE RESPECT DES DÉLAIS POUR L'AVOCAT

## ROMAIN JORDAN

Avocat, associé en l'Étude Merkt [&] associés,  
Juge suppléant à la Cour de justice à Genève

Mots-clés: procédure, respect des délais

Dans le cadre de son activité judiciaire, l'avocat est confronté dans son quotidien professionnel aux aléas liés au respect des délais légaux pour le dépôt de ses actes; l'intérêt de pouvoir profiter «pleinement» du délai imparti n'est pas à négliger. La présente contribution se propose, après avoir rappelé les règles applicables dans le domaine en matière de preuve, d'aborder deux moyens de preuve atypiques, mais non moins intéressants pour l'avocat: la preuve par témoins du respect du délai, et le recours à l'automate postal récemment mis en place par La Poste suisse.

## I. Introduction

L'avocat déployant une activité judiciaire est rapidement confronté dans son quotidien professionnel aux aléas liés au respect des délais légaux pour le dépôt de ses actes. Un nouveau client venu la veille ou parfois le jour-même de l'échéance d'un délai et l'organisation de l'étude qui s'en retrouve instantanément redéfinie. Il est alors pratique, voire même parfois essentiel, de pouvoir profiter «pleinement» du délai imparti<sup>1</sup>.

Si les délais fixés par le juge peuvent en général être prolongés sur demande, une surcharge de travail plausible étant un motif considéré comme suffisant pour obtenir en tout cas une première prolongation<sup>2</sup>, tel n'est logiquement pas le cas des délais légaux<sup>3</sup>. Il appartient partant à l'avocat, dont la responsabilité élémentaire de mandataire implique le respect des délais<sup>4</sup>, de s'assurer de pouvoir non seulement agir utilement dans le délai fixé, mais aussi de prouver l'avoir fait.

Jusqu'aux années 2000, La Poste avait conservé des guichets postaux ouverts jusqu'à minuit, ce qui permettait à l'avocat de pouvoir déposer un acte à un office de poste ouvert en ayant bénéficié d'un précieux temps supplémentaire, tout en respectant de façon incontestable le délai légal imparti. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Depuis lors, de nombreuses réductions des horaires normaux d'ouverture ont mené ces derniers successivement à 23h00, 22h00 pour désormais, à Genève par exemple, fermer à 19h00, et encore pour certains d'entre eux seulement<sup>5</sup>.

Parallèlement à l'institution bien établie de la preuve de la remise dans une boîte postale par témoins<sup>6</sup>, dont il paraît utile de dresser les contours, l'innovation a récemment apporté des avancées particulièrement intéressantes pour l'avocat.

## II. La preuve du respect du délai

Avant d'examiner succinctement ces nouveautés et de les mettre en perspective dans l'inventaire des moyens à disposition de l'avocat pour prouver le respect d'un délai légal, il est dans un premier temps nécessaire de rappeler quels sont, dans ce domaine, la répartition du fardeau de la preuve (ci-après, pt 1) et le degré de preuve exigé (ci-après, pt 2).

### 1. La répartition du fardeau de la preuve

Le fardeau de la preuve est concrétisé en droit suisse par le principe général de l'art. 8 CC, qui s'applique également en droit public<sup>7</sup>. L'inadéquation de l'application stricte de ce principe en matière de notification est incontestable, si bien que la jurisprudence a estimé qu'il s'imposait de lui apporter des tempéraments. En particulier, le fardeau de la preuve est inversé en matière de notification, en le fai-

1 TAPPY DENNY, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, no 12 ad art. 143 CPC et les références citées; voir aussi MARBACHER SAMUEL, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Berne 2010, n° 4 ad art. 143 CPC.

2 Arrêt 6B\_229/2015 du 30. 4. 2015 consid. 1.1.

3 Art. 144 al. 1 CPC; art. 89 al. 1 CPP; art. 22 al. 1 PA (la règle est reprise par tous les codes de procédure administrative cantonaux); art. 47 al. 1 LTF.

4 Benoit Chappuis, La profession d'avocat, tome II, Genève 2013, p. 178.

5 Cf. <http://places.post.ch>, qui répertorie tous les offices de poste présents en Suisse. Quelques rares exceptions demeurent, notamment lorsqu'un office de poste se trouve dans un centre commercial en cas de «nocturnes» (par exemple, Balxert à Genève, où l'office est ouvert, chaque jeudi, jusqu'à 21h00). L'office ayant l'horaire normal le plus large en Suisse est celui de Wintherhur (Tösstalerstrasse), qui ferme à 23h00.

6 ATF 82 III 101.

7 ATF 138 II 465 c. 6.8.2 p. 486; ATF 138 V 218 c. 6 p. 222.

sant peser sur l'autorité qui, elle seule, a la possibilité de prendre les mesures adéquates pour être à même de prouver la notification, la date à laquelle elle a eu lieu et la personne qui en a pris possession<sup>8</sup>. Dans le domaine des délais, qui relève de la procédure, il n'y a en outre pas lieu de se référer à la maxime le cas échéant différente qui serait applicable selon la nature du litige pendant au fond<sup>9</sup>. L'examen du respect d'un délai suppose ainsi d'établir, d'une part, la date de notification de l'acte attaqué – la preuve de la notification, qui incombe à l'autorité (ci-après, pt A) – et, d'autre part, le moment d'envoi de l'acte judiciaire concerné – la preuve de l'expédition, qui incombe quant à elle logiquement à l'avocat (ci-après, pt B). Cette répartition du fardeau de la preuve implique différentes obligations à l'autorité comme à l'avocat, lesquelles se complètent au fil de ce processus.

#### A) Les obligations de l'autorité

En règle générale<sup>10</sup>, l'autorité n'est pas tenue de par la loi de procéder à la notification de ses prononcés par pli recommandé<sup>11</sup>, même si elle doit être en mesure de prouver la date de prise de connaissance de son envoi, conformément au principe de la réception, si bien que l'autorité qui veut se prémunir contre le risque d'échec de la preuve de la notification doit communiquer ses décisions sous pli recommandé<sup>12</sup>.

L'autorité doit en outre conserver les moyens de preuve afférents à la question du respect du délai. En particulier, elle doit conserver l'enveloppe ayant contenu l'acte lui ayant été adressé, à défaut de quoi son absence du dossier pourra lui être opposée<sup>13</sup>. La seule présence au dossier de la copie d'une lettre n'autorise pas à conclure, avec un degré de vraisemblance prépondérante déjà, que cette lettre a été effectivement envoyée par son expéditeur et qu'elle a été reçue par le destinataire<sup>14</sup>. La preuve de la notification d'un acte peut néanmoins résulter d'autres indices ou de l'ensemble des circonstances, en particulier de la correspondance échangée ou de l'absence de protestation de la part d'une personne qui reçoit des rappels<sup>15</sup>.

L'autorité doit par ailleurs choisir un système de notification adapté. Une pratique consistant à notifier «en bloc» plusieurs prononcés dans un même envoi a été considérée comme inadéquate par le Tribunal fédéral, qui a retenu que puisque la cour cantonale n'était de ce fait pas en mesure d'apporter la preuve requise, le recours devait être considéré comme formé en temps utile<sup>16</sup>.

Enfin, le principe de la bonne foi (art. 9 Cst.) veut que lorsque l'autorité reçoit un document ayant un vice de forme, elle attire immédiatement l'attention de son auteur sur ce vice. À noter toutefois que cette obligation ne vaut pas si, tout en adressant son opposition par e-mail ordinaire – mode de communication inadmissible –, l'administré indique que l'original est «en route par voie postale»<sup>17</sup>.

#### B) Les obligations de l'avocat

L'avocat doit d'abord être organisé de façon à pouvoir gérer administrativement ses délais. Noter la date de ré-

ception d'un acte judiciaire est une précaution élémentaire dans une étude d'avocat. Le secrétariat, dont l'une des tâches classiques est la réception du courrier, ne saurait l'ignorer, à moins de retenir une organisation absolument déficiente de l'étude. En outre, l'avocat qui entend déposer un recours doit personnellement contrôler quand le délai de recours vient à échéance à réception de l'acte en cause<sup>18</sup>. Le mandataire doit s'organiser afin de connaître à tout moment les tâches à accomplir. La planification temporelle est un instrument de travail essentiel. Sans un contrôle régulier des délais, un avocat est dans l'impossibilité d'accomplir son activité en bonne et due forme. L'avocat doit, le cas échéant, déléguer une démarche à un remplaçant<sup>19</sup>.

Ensuite, il doit être prudent. Dans le calcul de son délai comme dans le choix du mode de preuve de son envoi ou encore dans l'affranchissement de ce dernier<sup>20</sup>. Aussi, si une question est controversée en marge du calcul d'un délai, la prudence s'impose avant le prononcé d'une jurisprudence fédérale<sup>21</sup>. Il convient par ailleurs de conserver soigneusement la preuve de l'envoi recommandé, ou des autres moyens de preuve collectés (attestations, accusés de réception, etc.), et cela même si la juridiction ne sollicite pas immédiatement, à réception de l'acte en cause, des explications sur les circonstances de l'envoi d'un acte judiciaire. La nécessité de tels actes peut en effet n'apparaître que plusieurs mois après son dépôt<sup>22</sup>.

L'envoi recommandé ou avec suivi devrait être systématiquement choisi. L'avocat qui se contente de déposer son pli dans une boîte postale n'est pas sans ignorer le risque qu'il court que ce pli ne soit pas enregistré le jour même de son dépôt, mais à une date ultérieure. Il doit donc être proactif et indiquer spontanément à l'autorité compétente avoir respecté le délai, en présentant les

<sup>8</sup> YVES DONZALLAZ, La notification en droit suisse, Berne 2002, § 1231 et les références citées.

<sup>9</sup> ATF 92 I 253 consid. 2 *in fine* p. 257.

<sup>10</sup> Dans le domaine des assurances sociales – s'agissant de la phase relevant de ce que l'on appelle «l'administration de masse» –, la jurisprudence a été amenée à apporter des tempéraments spécifiques (ATF 121 6 V consid. 3b, ATF 119 V 10 consid. 3c/bb).

<sup>11</sup> Cf. art. 112 al. 1 LTF par exemple; *a contrario* voir par exemple l'art. 19 al. 2 LPFisc/GE, qui prévoit que les communications de l'administration fiscale genevoise doivent être «recommandées lorsque la loi l'exige».

<sup>12</sup> ATF 129 I 8 consid. 2.2 p. 10.

<sup>13</sup> ATF 124 V 372 consid. 3 p. 375.

<sup>14</sup> ATF 101 Ia 7 consid. 1 p. 8.

<sup>15</sup> ATF 105 III 43 consid. 2a p. 46; DTA 2000 n° 25 p. 121 consid. 1b.

<sup>16</sup> ATF 124 V 400 consid. 4 p. 404.

<sup>17</sup> Arrêt 8C\_259/2015 du 24. 2. 2016 consid. 4 destiné à la publication aux RO.

<sup>18</sup> Arrêt 4A\_442/2009 du 17. 11. 2009 consid. 2.

<sup>19</sup> Arrêt 6B\_389/2011 du 10. 10. 2011 consid. 1.8 (une situation de surcharge aiguë en raison de l'hospitalisation et du décès du père de l'avocat ne constitue pas un motif de restitution de délai).

<sup>20</sup> Arrêt 4A\_374/2014 du 26. 2. 2015 consid. 3.2.

<sup>21</sup> STEPHANE ABBET, Délais, fêtes et suspensions en droit des poursuites et en procédure civile, in JDT 2016 II 72, p. 82.

<sup>22</sup> Arrêt 6B\_397/2012 du 20. 9. 2012.

moyens de preuves en attestant<sup>23</sup>. Ainsi que la jurisprudence l'a déjà relevé, il est peu usuel, pour un mandataire professionnel, d'expédier une écriture le dernier jour du délai sans le faire sous pli recommandé. Celui-ci, simple et peu onéreux, permet à l'avocat de se ménager un moyen de preuve incontestable en cas, notamment, de perte du document par les services postaux<sup>24</sup>.

L'avocat doit enfin aussi se garder de combiner deux modes d'envoi alternatifs prévus par la loi pour le dépôt d'un mémoire, cette manière de procéder, contraire au texte légal, n'étant pas admissible, compte tenu de l'objet de clarté et de simplicité poursuivi par la législation dans le domaine des délais<sup>25</sup>.

### C) *Les présomptions légales applicables*

Dans cette constellation, et en marge des obligations précitées, plusieurs présomptions légales sont applicables; il sied de les rappeler brièvement, sans prétention d'exhaustivité.

Le sceau postal est présumé correspondre à la date du dépôt à la poste<sup>26</sup>. Il s'agit toutefois d'une présomption réfragable par l'apport d'autres moyens de preuve «appropriés», en particulier des témoins (ci-après, pt III.4); s'il y a deux sceaux, il n'y a dans ce cas pas de présomption et le fardeau de la preuve d'un envoi à temps incombe alors à l'auteur de l'envoi<sup>27</sup>.

La jurisprudence a par ailleurs admis que lorsque l'autorité produit une impression des données du service «Track & Trace» attestant de l'envoi de l'avis de distribution d'un pli recommandé ou en suivi<sup>28</sup>, la simple affirmation du recourant contestant avoir reçu l'avis, sans alléguer aucune circonstance de nature à faire douter de la remise de cet avis, et le seul fait de toujours avoir retiré dans le délai les décisions ne suffisaient pas à renverser la présomption de fait découlant des documents et des supports de données postaux<sup>29</sup>.

Corollairement, celui qui se sait partie à une procédure judiciaire et qui doit dès lors s'attendre à recevoir des actes du juge est tenu de relever son courrier ou, s'il s'absente de son domicile, de prendre des dispositions pour que celui-ci lui parvienne néanmoins. À défaut, il est réputé avoir eu, à l'échéance du délai de garde de sept jours, connaissance du contenu des plis recommandés que le juge lui adresse. Le délai de garde n'est pas prolongé lorsque La Poste permet de retirer le courrier dans un délai plus long, par exemple à la suite d'une demande de garde. En effet, des accords particuliers avec La Poste ne permettent logiquement pas de repousser l'échéance de la notification, réputée intervenue à l'échéance du délai de sept jours<sup>30</sup>.

S'agissant des cas – rares – où le contenu même de l'envoi dont il s'agit pose problème, la jurisprudence retient que la preuve du contenu de l'envoi est apportée dès que l'intéressé produit une quittance postale ou un autre reçu attestant de l'existence d'un envoi dans lequel l'acte peut s'être trouvé. Il s'agit dès lors d'une présomption qui dispense l'expéditeur de la preuve du contenu de son envoi, dans la mesure où il parvient à démontrer l'envoi

lui-même. Si l'autorité – à laquelle l'envoi était adressé – prétend qu'il contenait autre chose, la charge de la preuve lui incombe<sup>31</sup>.

Enfin, si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y aura lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi<sup>32</sup>.

## 2. *Le degré de preuve applicable*

De longue date, le Tribunal fédéral a jugé que la preuve d'avoir agi en temps utile devait être une preuve stricte<sup>33</sup>, emportant la certitude du juge, la vraisemblance prépondérante ne suffisant pas<sup>34</sup>. La simple possibilité que l'acte ait été déposé dans les délais ne suffit donc pas<sup>35</sup>. Dans le domaine de l'administration de masse (avant le procès), en particulier dans le domaine des assurances sociales, le degré de preuve requis peut toutefois être celui de la vraisemblance prépondérante, y compris pour l'autorité administrative<sup>36</sup>.

En règle générale, la preuve d'un fait contesté n'est rapportée que si le juge a acquis, en se fondant sur des éléments objectifs, la conviction de l'existence de ce fait. Une certitude absolue n'est pas nécessaire; mais il faut qu'il n'y ait aucun doute sérieux ou, à tout le moins, que les doutes qui subsistent paraissent légers<sup>37</sup>. Sur la base de ces principes, le Tribunal fédéral a par exemple considéré qu'un recours avait été déposé en temps utile malgré le fait qu'il avait été faxé, à titre de preuve complémentaire à l'envoi en présence d'un témoin, à un numéro erroné<sup>38</sup>, ce seul fait n'étant pas de nature à ébranler sa conviction.

<sup>23</sup> Arrêt 5A\_267/2008 du 16.10.2008 consid. 3.1.

<sup>24</sup> Arrêt 2C\_404/2011 du 21.11.2011 consid. 2.3.

<sup>25</sup> Arrêt 4A\_374/2014 précité (note 20) consid. 3.2.

<sup>26</sup> Arrêt 5P.113/2005 du 13.9.2006 consid. 3.1; ATF 124 V 372 consid. 3b p. 375; ATF 115 Ia 8 consid. 3a p. 12; ATF 98 Ia 247 consid. 3.

<sup>27</sup> Arrêt 2C\_404/2011 du 21.11.2011 publié in: RSPC 2012 113.

<sup>28</sup> <http://service.post.ch/EasyTrack/>.

<sup>29</sup> Arrêt 2A.339/2006 du 31.7.2006 consid. 4.2; cf. également arrêt 5F\_1/2009 du 15.5.2009.

<sup>30</sup> ATF 141 II 429 consid. 3.1 p. 431 et les arrêts cités.

<sup>31</sup> Arrêt 5C.97/2005 du 15.9.2005 consid. 4.4.3, publié partiellement in SJ 2006 I p. 271.

<sup>32</sup> ATF 124 V 400 consid. 2a p. 402; arrêt 1B\_300/2009 du 26.11.2009 consid. 3. Le cas échéant, il n'est en principe pas possible pour l'expéditeur d'une lettre d'apporter lui-même la preuve directe du contenu de celle-ci, puisqu'il s'en est dessaisi. Mais il lui est facile de requérir production de l'original par le destinataire ou d'en produire une copie. Même si elle ne constitue pas une preuve directe et absolue de l'envoi et du contenu de la lettre, la production d'une copie comportant tous les éléments prescrits par la loi constitue un fort indice qui peut contribuer à fonder une certitude et non seulement une vraisemblance prépondérante.

<sup>33</sup> JEAN-MAURICE FRÉSARD, in Commentaire de la LTF, 2<sup>e</sup> éd. 2014, n° 29 ad art. 48 LTF.

<sup>34</sup> ATF 92 II 215; arrêt 9C\_564/2012 du 12.9.2012 consid. 2, in SVR 2013 IV n° 4 p. 8.

<sup>35</sup> ATF 98 Ia 249.

<sup>36</sup> Arrêt 9C\_711/2009 du 26.2.2010 consid. 4.2.

<sup>37</sup> ATF 121 V 5 consid. 3b p. 6.

<sup>38</sup> Arrêt 1B\_488/2011 du 2.12.2011 consid. 1.2.

### III. Les moyens de preuve de l'avocat

Selon la formule consacrée, les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au greffe de la juridiction, à une représentation diplomatique ou consulaire suisse soit à l'attention de celle-ci, ou encore remis à La Poste. Si les deux premiers moyens ne soulèvent guère de discussion pour le lecteur, de même que les modalités – basiques – de remise d'un pli à un office postal sont bien connues, il est intéressant de présenter ici deux procédés moins connus: la preuve de l'envoi par témoins (ci-après, ch. 1), et la remise à un office de poste automate («My-Post24»; ci-après, ch. 2). La transmission par voie électronique demeure quant à elle, dans les faits, d'un intérêt relatif pour les avocats, le risque technique demeurant de leur entière responsabilité, alors qu'ils ne maîtrisent parallèlement en rien la procédure du côté de l'interface d'envoi sécurisé et du système informatique de la juridiction concernée<sup>39</sup>.

#### 1. La preuve par témoins

Une boîte postale est assimilée à un bureau de poste. Ainsi, le délai sera observé par le dépôt du recours sous pli dans une boîte postale le dernier jour utile avant minuit, même après la dernière levée ordinaire. Encore faudra-t-il que l'expéditeur prouve que le délai a été observé<sup>40</sup>. La preuve par témoins, souvent vécue comme un exotisme par les avocats, n'en reste pas moins, à la condition d'être bien maîtrisée, un moyen efficace de s'assurer la possibilité de profiter ce faisant pleinement du délai octroyé. En substance, elle consiste à apporter la preuve, par la présence de témoins au moment de la remise du pli contenant l'acte judiciaire dans une boîte aux lettres de La Poste, de l'évènement et subséquemment du respect du délai légal imparti. Conjuguée à d'autres moyens de preuve chacun insuffisant individuellement mais permettant d'emporter collectivement la certitude du juge, la méthode suppose chronologiquement l'envoi de l'acte judiciaire par télécopie (ci-après, pt A), puis le postage du pli le contenant en présence de témoins (ci-après, pt B), une photo géolocalisée pouvant encore être prise au moment en cause au moyen d'un smartphone (ci-après, pt C).

##### A) La télécopie de l'acte

La jurisprudence constante a toujours refusé de considérer le seul envoi par télécopie comme suffisant. Lorsqu'une écriture est adressée à l'autorité par poste et par télécopie, seule la réception de l'exemplaire écrit fait en principe courir les délais en raison des incertitudes que l'envoi d'une télécopie comporte concernant l'identification de l'expéditeur, la vérification de la signature ou encore la preuve du moment de la réception du document<sup>41</sup>.

Cela étant, elle a parallèlement souvent mis en exergue l'intérêt probatoire, lors du recours à la preuve par témoins, d'un envoi télécopié de l'acte en cause avant sa remise dans une boîte postale<sup>42</sup>, cette démarche ayant l'intérêt de démontrer que la rédaction est terminée avant l'échéance du délai et par voie de conséquence son postage. La Cour suprême du canton de Berne a évoqué dans

une décision la possibilité qu'un tel envoi puisse se faire également par un courriel ordinaire le cas échéant<sup>43</sup>, ce qui semble effectivement logique.

À noter enfin qu'il n'est pas nécessaire que la mention de l'identité du témoin, du lieu et de l'heure du dépôt soit également apposée dans la télécopie, le fait qu'elle soit inscrite sur l'enveloppe contenant l'acte original étant suffisant<sup>44</sup>.

##### B) Les témoins de la remise

La jurisprudence n'exige pas impérativement la présence de deux témoins, un seul pouvant être suffisant, *a fortiori* si d'autres moyens de preuve tels que ceux évoqués ici ont été collectés<sup>45</sup>. Dans le choix des témoins, on évitera toute personne soumise à un rapport de subordination ou de parenté avec l'avocat, son étude ou son client, le risque qu'elle ne soit pas détachée et désintéressée comme peut l'être n'importe quel tiers ou un confrère soumis à des règles professionnelles strictes ne pouvant être évacué d'emblée. Pour qu'un témoin puisse valablement remplir sa fonction, il doit en effet nécessairement donner au moins l'apparence de neutralité et d'objectivité.

Les témoins doivent connaître le contenu du pli, dans les limites du secret professionnel (autorité saisie, sujet de la contestation), puis signer le dos de l'enveloppe en indiquant leurs identités détaillées et coordonnées, ainsi que les circonstances de la remise (lieu, heure, adresse précise de la boîte postale, etc.). Cette attestation est en principe suffisante à elle seule pour prouver le respect du délai<sup>46</sup>. La prudence et la diligence commandent toutefois de collecter également d'autres moyens de preuve, à commencer par la signature parallèle par les témoins d'une photocopie de l'enveloppe valant quittance pour l'avocat; ce document pourra être adressé à la juridiction en cas de perte hypothétique de l'envoi par La Poste.

##### C) La photo géolocalisée

L'innovation technologique fait qu'aujourd'hui quasiment chaque avocat est doté d'un smartphone équipé non seulement d'un appareil photo, mais également d'un système précis de géolocalisation. Il est dès lors aisé de prendre une photo des témoins avec en mains le pli en cause, au

<sup>39</sup> Par exemple: arrêt 6B\_691/2012 du 21. 2. 2013 consid. 1.4.

<sup>40</sup> ATF 82 III 101; ATF 92 I 253 consid. 3 p. 257; ATF 92 II 215; 97 III 12; ATF 98 Ia 247 consid. 1; ATF 99 Ib 356 consid. 2; ATF 106 III 49; 109 Ia 183; arrêt 1B\_488/2011 précité (note 38) consid. 1.2.

<sup>41</sup> Arrêt 1B\_304/2013 du 27. 9. 2013 consid. 2.4 cité par VIKTOR LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Donatsch/Hansjakob/Lieber, 2014, n. 2 ad art. 110 CPP, p. 514; voir aussi arrêt 8C\_259/2015 précité (note 17) consid. 2.4.

<sup>42</sup> Arrêt 5A\_267/2008 du 16. 10. 2008 consid. 3; arrêt 1B\_488/2011 précité (note 38) consid. 1.2; arrêt 5A\_484/2015 du 2. 10. 2015 consid. 1.

<sup>43</sup> Décision de la Cour suprême du canton de Berne ZK 12 386 du 5. 11. 2012 consid. 2.

<sup>44</sup> Arrêt 5A\_267/2008 précité (note 42) consid. 3.2.

<sup>45</sup> RSPC 2009 34 et 153; voir aussi arrêt 5A\_267/2008 précité (note 42) consid. 3.2.

<sup>46</sup> Arrêt 4C.245/1999 du 3. 1. 2000 consid. 1a.



moment de la remise dans la boîte postale. Cette photo sera datée à la seconde près et comportera sa géolocalisation précise – dont il est possible techniquement d’assurer l’intangibilité originelle –, ce qui permettra de vérifier si nécessaire qu’elle est identique à celle mentionnée sur l’enveloppe.

## 2. La remise à un office de poste automate («MyPost 24»)

Ainsi qu’on vient de le voir, la procédure de la preuve par témoins n’est pas forcément absolue et présente certains risques si elle n’est pas complètement maîtrisée. Une innovation postale pourrait à terme la faire tomber dans l’oubli: l’office postal automate. Depuis l’été 2015, La Poste a en effet procédé à l’installation, dans des gares mais également dans les principaux centres urbains, de plusieurs dizaines d’«automates postaux» dénommés «MyPost 24» (ci-après: l’automate)<sup>47</sup>. Il s’agit de véritables offices postaux automatisés permettant notamment de recevoir et d’expédier des colis et autres envois en suivi; comme tels, ils sont actifs en permanence, 24/24h., autrement dit jusqu’à minuit. Les conditions générales de ce service<sup>48</sup> confirment qu’il s’agit là de véritables services postaux, en tous points analogues à ceux délivrés dans un office de poste «ordinaire» (ch. 1.3).

Concrètement, l’utilisation de l’automate, semblable à un bancomat, est très simple. Il suffit de sélectionner sur l’écran tactile le type de colis à envoyer, de saisir au moyen d’un clavier virtuel l’adresse du destinataire, et d’indiquer la taille de l’envoi; le paiement (pour l’heure au tarif colis uniquement) se fait par carte bancaire ou billets (comme à toute caisse de parking). En fonction de la taille du colis, une case s’ouvre pour accueillir l’envoi (différentes cases, similaires à des cases postales, sont disposées autour du guichet, de tailles allant d’une enveloppe à un gros paquet). Si la taille de la case n’est pas la bonne, l’automate offre la possibilité de sélectionner une case de format différent. A la fin du processus, le service «Track and Trace» intègre la remise du pli à l’heure dite, et constate objectivement ainsi le respect du délai légal, tandis que l’expéditeur reçoit de son côté une quittance imprimée analogue à celle remise dans un office de poste ordinaire, munie d’un numéro de suivi (avec code barre) et de l’heure et la date auxquelles le dépôt est intervenu.

Les récentes expériences menées devant les juridictions cantonales et le Tribunal fédéral dans différentes situations démontrent que ceux-ci ne traitent pas un envoi effectué depuis l’automate différemment de celui remis dans une boîte postale ou *a fortiori* auprès d’un office postal. Cette conclusion s’impose en effet, vu l’analogie parfaite avec les services postaux délivrés ordinairement. En d’autres termes, un pli déposé dans un automate avant minuit interrompt valablement le délai légal, la quittance délivrée lors du dépôt – et reprise dans le «Track and Trace» – en étant la preuve stricte.

Il conviendra toutefois de porter attention au fait que le nombre de compartiments est limité dans l’automate. Ainsi, si ceux-ci sont tous utilisés, le dépôt ne sera pas possible. Il convient donc d’anticiper cette éventualité, en prenant une marge temporelle suffisante pour, le cas échéant, assurer la preuve par témoins ou auprès d’un autre automate situé à proximité.

## IV. Conclusion

Face aux cautions que représentent la garantie constitutionnelle du droit d’être entendu et de l’interdiction du formalisme excessif (art. 29 Cst.), qui lui offrent une protection relativement limitée dans le domaine des délais, l’avocat dispose de moyens facilement maîtrisables, en pleine diligence et prudence, pour profiter pleinement d’un délai légal. En matière de délais, il convient de s’en tenir à des principes simples et à des solutions claires, sous peine d’ouvrir la porte à de longues et oiseuses discussions, voire à des abus<sup>49</sup>. Dans ce contexte, on ne peut que se réjouir de l’intégration de nouveaux outils technologiques au service de l’avocat et de son client.

<sup>47</sup> <http://mypost24.post.ch/>.

<sup>48</sup> [http://mypost24.post.ch/wp-content/uploads/2016/02/agb-pickpost-mypost24\\_FR.pdf](http://mypost24.post.ch/wp-content/uploads/2016/02/agb-pickpost-mypost24_FR.pdf).

<sup>49</sup> Arrêt 4A\_374/2014 précité (note 20) consid. 3.2.