

# DOMICILIATION DES AVOCATS, ARRÊT 2C\_1083/2017 DU 4 JUIN 2017<sup>1</sup>

**TANO BARTH**

Avocat et assistant-doctorant à l'École d'avocature à Genève

**GRÉGOIRE GEISSBÜHLER**

Avocat, docteur en droit et chargé de cours à l'Université de Lausanne

Mots-clés: avocat, domiciliation, étude, indépendance, locaux, auxiliaire, sous-délégation

Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a accepté sur le principe que des avocats se domicilient auprès de sociétés leur fournissant les prestations nécessaires à l'exercice de leur métier. Les lignes directrices sont les suivantes: la possibilité de recevoir des clients et de travailler à l'adresse indiquée, l'absence de risque de confusion entre l'avocat et la société, des conditions générales de la société qui ne sont pas excessivement en défaveur de l'avocat et la prise de diverses mesures pour que le secret de l'avocat soit préservé.

## I. Résumé de l'état de fait

Une avocate inscrite au registre des avocats du canton de Genève informe la Commission du Barreau du canton qu'elle se domiciliera à l'adresse d'une société anonyme fonctionnant comme *plateforme*<sup>2</sup> pour avocats indépendants.

Cette société n'est pas une étude d'avocats, mais une société de services mettant à disposition d'avocats la plupart des *prestations* dont ils ont besoin pour exercer, à savoir:

- des locaux (un bureau et une salle de conférence);
- une domotique (imprimante, ordinateur, accès à internet haut-débit, photocopieuse, scanner, bibliothèque, documentation juridique, coffre-fort et armoire dédiée);
- des services de réception;
- une réception téléphonique;
- une possibilité d'ouverture de courrier et d'envoi par e-mail.

La société anonyme a une *raison sociale* – qui ne peut être révélée en raison de l'anonymisation de l'arrêt – susceptible d'évoquer une étude d'avocats, les réceptionnistes de la société répondent en utilisant sa raison sociale et les avocats recourant aux prestations de cette société peuvent utiliser un *papier en-tête* avec le logo de la société, figurer sur le *site web* de la société et utiliser une adresse *e-mail* contenant le nom de l'avocat @ la raison sociale de la société («@B.ch»).

La société utilise deux ensembles de *conditions générales*, relatives à la domiciliation de l'avocat auprès de B. («CG-domiciliation») et à l'occupation des locaux par

l'avocat («CG-occupation»). Celles-ci règlent notamment les conditions auxquelles les clients de l'avocate peuvent la joindre via la plateforme (notamment par une adresse «info@B.ch», ou via un numéro de téléphone fixe, géré par une société tierce, et dont le message d'accueil était «B., bonjour») et prévoient d'importantes restrictions à la responsabilité de la société en cas de manquement à ses obligations. À l'inverse, une violation du contrat par l'avocate pouvait conduire à une résiliation immédiate du contrat.

La Commission du barreau de Genève refuse la modification requise par l'avocate, à savoir sa domiciliation à l'adresse de la société anonyme. L'avocate recourt contre la décision auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice, qui rejette le recours: la domiciliation de cette avocate à l'adresse de cette société n'était (1) pas compatible avec la condition d'indépendance de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, (2) était source de confusion puisque la société dans laquelle l'avocate était domiciliée pouvait être confondue avec une étude d'avocat et (3) ne garantissait pas le respect du secret professionnel de l'avocat, la société n'étant pas une étude d'avocat. L'avocate recourt au Tribunal fédéral.

<sup>1</sup> Les considérants juridiques de l'arrêt 2C\_1083/2017 et de l'arrêt 2C\_1084/2017 sont identiques et l'état de fait très similaire, à l'exception de l'adresse e-mail de contact de l'avocat dans l'arrêt 2C\_1084/2017, celui-ci n'utilisant pas l'adresse info@B.ch.

<sup>2</sup> Les deux graphies «plateforme» et «plate-forme» sont admises par l'Académie française (<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P2809> [<https://perma.cc/6CCK-4FS8>]).

## II. Raisonnement juridique du Tribunal fédéral

Quatre problématiques sont analysées par le Tribunal fédéral: (1) l'indépendance structurelle de l'avocate au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA; (2) le respect du secret professionnel au sens de l'art. 13 LLCA; (3) l'adresse professionnelle de l'avocate au sens de l'art. 5 al. 2 let. d LLCA; et finalement (4) la liberté économique au sens de l'art. 27 al. 2 Cst. et la discrimination à rebours par rapport aux avocats étrangers.

### 1. L'indépendance structurelle (art. 8 al. 1 let. d LLCA)

Le Tribunal fédéral rappelle les *principes de l'indépendance structurelle (ou institutionnelle)* de l'avocat au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA. L'avocat doit pouvoir «se consacrer entièrement à la défense des intérêts de ses clients, sans être influencé par des circonstances étrangères à la cause»<sup>3</sup>. L'avocat ne doit ainsi «pas se trouver dans une relation de dépendance économique ou d'autre nature envers des autorités étatiques, des tiers ou des clients»<sup>4</sup>.

À la lumière de ce principe, le Tribunal fédéral examine l'indépendance structurelle de l'avocate sous trois aspects: (A) la domiciliation dans la société et l'utilisation de ses prestations; (B) les conditions générales de la société; (C) le risque de confusion sur la manière dont l'avocate exerce sa profession<sup>5</sup>.

#### A) La domiciliation dans la société et l'utilisation de ses prestations

Le Tribunal fédéral relève tout d'abord que l'avocate dispose d'une armoire physique au sein de la société à laquelle elle seule a accès. Elle n'a *pas de bureau ou salle de conférence* propre, mais peut, dans la mesure disponible, réserver une salle dans les locaux de la société. L'avocate avait surtout besoin de la société pour relever son courrier.

Le fait que l'avocate ne puisse recevoir des clients que si un local est disponible n'est *pas problématique* au regard de l'indépendance structurelle, relève le Tribunal fédéral: il appartient à l'avocate de juger si l'accessibilité aux locaux de la société est suffisante au regard de ses besoins.

Par ailleurs et contrairement à l'opinion de l'autorité précédente, le fait que l'avocate ait *besoin de la société* pour pratiquer ne porte pas non plus atteinte à son indépendance, la situation n'étant pas différente «d'un avocat d'une étude traditionnelle» qui se retrouverait en conflit avec ses associés ou ses employeurs avocats.

Le Tribunal fédéral juge ainsi que la domiciliation dans une société de service mettant à disposition les prestations dont les avocats ont besoin est admissible sur le principe.

#### B) Les conditions générales de la société

Le Tribunal fédéral relève que les conditions générales «sont problématiques au regard de l'indépendance structurelle, car elles protègent davantage les intérêts de [la société] que ceux de [l'avocate]»<sup>6</sup>. Tant les CG-occupation que les CG-domiciliation prévoient une très large *exclusion de responsabilité* en faveur de la société, alors même qu'un manquement de l'avocate peut conduire à une résiliation immédiate du contrat. De plus, aucune garantie n'est fournie quant aux appels reçus par la société de do-

miciliation (respectivement la société à qui le standard téléphonique est délégué) à l'attention de l'avocate. Il ressort également des faits qu'aucune garantie n'est fournie pour la transmission du courrier<sup>7</sup>.

Ces conditions sont problématiques. Compte tenu de la responsabilité qu'il assume vis-à-vis de ses clients, un avocat doit pouvoir compter sur ses partenaires contractuels. Une restriction, ici par le biais des règles relatives à l'indépendance structurelle, est donc adéquate.

Le Tribunal fédéral n'expose pas quel serait le *degré d'exclusion de responsabilité* qui serait admissible dans un tel cadre. Une interdiction totale de ces clauses nous paraît excessive, mais il serait délicat de donner une réponse générale d'emblée, cet élément devant être analysé selon les circonstances concrètes du cas d'espèce.

Lorsque l'on se rappelle le peu d'appétit dont font preuve le législateur et le Tribunal fédéral dans la réglementation et le *contrôle des conditions générales* (art. 8 LCD), un tel raisonnement peut surprendre. Un avocat n'est pas *a priori* une personne inexpérimentée ou ayant besoin d'une protection particulière.

Le contrôle de la validité des conditions générales n'est toutefois qu'*indirect*. Le Tribunal fédéral ne considère pas que les conditions générales de la société seraient nulles, mais seulement qu'elles ne suffisent pas au plan de l'indépendance structurelle de l'avocate. Cette approche aura néanmoins un effet sur le marché, car les sociétés qui voudraient proposer des prestations similaires seront forcées de proposer des conditions générales équilibrées, faute de quoi elles ne trouveront pas de clients.

#### C) Le risque de confusion sur la manière dont l'avocate exerce sa profession

Finalement, sous l'angle de l'indépendance structurelle, le Tribunal fédéral examine le risque de confusion sur la manière dont l'avocate exerce sa profession.

Il relève que le fait de faire apparaître le nom et les coordonnées de la société dans son adresse professionnelle n'est pas problématique, vu sa domiciliation à l'adresse de la société.

En revanche, ce qui pose effectivement problème pour le Tribunal fédéral est que l'avocate apparaissait, aux yeux du justiciable, comme exerçant dans le cadre d'un groupement d'avocats sous le couvert d'une société anonyme d'avocats, ce qui n'était pas le cas, la société en question n'étant pas une étude d'avocats. Le Tribunal fédéral préconise ainsi à l'avocate de «prendre une série de mesures pour éviter ou à tout le moins limiter ce risque»:

– s'abstenir d'utiliser le logo de la société sur son papier en-tête et autre matériel promotionnel;

<sup>3</sup> Consid. 6.1 de l'arrêt.

<sup>4</sup> Consid. 6.3 de l'arrêt.

<sup>5</sup> Consid. 6, en particulier 6.5 de l'arrêt.

<sup>6</sup> Consid. 6.5 de l'arrêt.

<sup>7</sup> Consid. A.b de l'arrêt.

- ne pas utiliser ou faire apparaître l'adresse e-mail terminant après le @ du nom de la société;
- si l'avocate souhaite être atteignable à un numéro de téléphone fixe, elle doit disposer d'un numéro qui lui est spécialement attribué, elle ne peut se servir d'un numéro de téléphone sur lequel les téléphonistes répondent en utilisant le nom de la société.

## 2. Le respect du secret professionnel (art. 13 LLCA)

Le Tribunal fédéral rappelle les *principes applicables au secret professionnel* au sens de l'art. 13 LLCA. Cette disposition «interdit la divulgation de secrets confiés par le client et oblige l'avocat à prendre les précautions nécessaires pour la conservation du secret»<sup>8</sup>. L'art. 13 al. 2 LLCA impose à l'avocat de veiller au respect du secret par ses auxiliaires. Cette disposition implique que l'avocat doit «les choisir soigneusement et veiller à ce qu'ils respectent le secret professionnel. Il lui revient donc de les instruire sur le secret professionnel, le cas échéant par la signature d'un accord de confidentialité, et d'assurer leur contrôle, afin d'éviter toute violation du secret»<sup>9</sup>.

Le Tribunal fédéral définit ensuite la notion d'*auxiliaire* au sens de l'art. 13 al. 2 LLCA. Il rappelle que la notion correspond à celle de l'art. 101 CO et que son application suppose un rapport d'obligation préalable entre l'avocat et l'auxiliaire. Le statut de l'auxiliaire «est sans importance: il peut être employé ou mandataire, travailler à titre gratuit ou onéreux»<sup>10</sup>. Le Tribunal fédéral dresse même une *liste – non exhaustive – des auxiliaires de l'avocat*:

- collaborateurs;
- secrétaires;
- avocats-stagiaires;
- étudiants en stage;
- apprentis;
- détective privé;
- entreprise de nettoyage;
- banque;
- service de traduction;
- prestataires de services cloud.

Le Tribunal fédéral pose ensuite le principe que la *sous-délégation* – un auxiliaire faisant exécuter par un tiers une tâche qu'il s'est engagé à fournir – n'est pas admissible dans le cadre d'un mandat d'avocat, car ce dernier ne pourrait veiller au respect du secret dans les mêmes conditions que s'il délèguait lui-même<sup>11</sup>.

Dans le cas d'espèce, la société fournissant des services à l'avocate doit être considérée comme une auxiliaire de l'avocate. Or, d'une part, l'avocate n'a *pas pris de mesures suffisantes pour faire respecter le secret professionnel* par la société, par exemple un engagement écrit. Au contraire, la responsabilité de B. était limitée aux cas de faute grave ou intentionnelle. D'autre part, la société avait elle-même mandaté une société tierce pour la réception des appels téléphoniques, ce qui constituait une situation de *sous-délégation* et n'était pas admissible au regard du principe posé précédemment.

## 3. L'adresse professionnelle (art. 5 al. 2 let. d LLCA)

Le Tribunal fédéral analyse ensuite la problématique d'une *adresse professionnelle* au sens de l'art. 5 al. 2 let. d LLCA.

Tout en rappelant que le droit fédéral est très souple et ne prévoit aucune règle expresse en la matière, le Tribunal fédéral semble indiquer que même s'il n'y a pas lieu de fixer des règles trop strictes en la matière, il est nécessaire pour l'avocat de disposer d'un *local physique à l'adresse professionnelle* et, ainsi, une simple *case postale* ou *adresse «care of»* ne seraient pas suffisantes pour constituer une adresse professionnelle<sup>12</sup>.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral estime que le fait que l'avocate «n'ait pas de bureau dédié fait partie du mode d'activité qu'elle a choisi, compte tenu de sa clientèle» et n'est pas problématique en soi, pour autant que les conditions d'indépendance structurelle soient réalisées<sup>13</sup>.

## 4. Liberté économique (art. 27 al. 2 Cst.) et discrimination à rebours

En deux brefs considérants, le Tribunal fédéral balaie deux griefs relatifs à la liberté économique et d'une discrimination à rebours.

Concernant la *liberté économique* (art. 27 al. 2 Cst.), le Tribunal fédéral rappelle que les cautèles posées dans le présent arrêt sont une restriction à la liberté économique, mais reposent sur une base légale (art. 8 al. 1 let. d LLCA et 13 al. 2 LLCA), poursuivent un but d'intérêt public et sont proportionnées, si bien qu'il n'y a pas de restriction inadmissible à la liberté économique.

Concernant une éventuelle *discrimination à rebours* par rapport à des avocats étrangers qui pourraient exercer par le biais de plateformes similaires à celle du présent arrêt en étant domiciliés à l'étranger, le Tribunal fédéral renvoie à l'ATF 140 II 102 consid. 5.2.3 où il avait déjà jugé que si le droit interne est le même pour toute personne souhaitant se domicilier en Suisse – et même s'il subsiste des différences de traitement avec un avocat domicilié à l'étranger pouvant plaider en Suisse – une telle discrimination à rebours serait admissible. Comme aucun élément ne semble indiquer qu'un avocat étranger souhaitant se domicilier à Genève ne devrait pas répondre aux mêmes cri-

<sup>8</sup> Consid. 7.2 de l'arrêt, avec référence à BENOÎT CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I, 2<sup>e</sup> éd., p. 116 s.

<sup>9</sup> Consid. 7.2, avec référence à FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, p. 765 N 1861; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, p. 130 § 540 s.; HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDER, in *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2<sup>e</sup> éd., art. 13 BGFA, N. 57.

<sup>10</sup> Consid. 7.3 de l'arrêt.

<sup>11</sup> Consid. 7.4 de l'arrêt.

<sup>12</sup> Consid. 8.1 *in fine* et 8.3 *in fine* de l'arrêt, avec référence à FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET (n. 9) p. 288 N 649; ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, in *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2<sup>e</sup> éd., art. 5 BGFA, N. 14; JÉRÔME GURTNER, *Les études d'avocats virtuelles aux États-Unis et en Suisse: réalité ou fiction?*, *Revue de droit suisse (RDS)*, vol. 133, N. 3, p. 335 et 341; BENOÎT CHAPPUIS, (n. 8), p. 19.

<sup>13</sup> Consid. 8.4 de l'arrêt.

tères que l'avocate de la présente affaire, le Tribunal fédéral rejette le grief de la discrimination à rebours.

### III. Commentaire de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'est attaché à *trois questions de principe*.

En premier lieu, le Tribunal fédéral fixe des *limites en matière de délégation et de sous-délégation* des tâches de l'avocat. La délégation à un auxiliaire (ou ses employés) qui reste sous le contrôle de l'avocat est possible, mais la sous-délégation à un tiers indépendant ne l'est pas. Le but est de préserver le contrôle de l'avocat sur les personnes qui l'assistent, ce qui permet de s'assurer qu'ils respectent notamment le secret professionnel. En effet, un avocat n'aurait sinon pas de contrôle direct sur ses sous-auxiliaires, à cause notamment de la relativité des contrats.

Cette limitation aux seuls auxiliaires « directs » de l'avocat se comprend également par comparaison avec le droit pénal, qui les inclut dans le cercle des personnes soumises au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP.

En deuxième lieu, le Tribunal fédéral admet que l'*utilisation du cloud* pour la conservation des données des clients est conforme aux règles de la profession d'avocat, en admettant que le prestataire de services est un auxiliaire. L'arrêt traite de cette question en *obiter dictum*, la question des données n'étant pas centrale dans l'arrêt, mais l'intégration des prestataires au cercle des auxiliaires de l'avocat est à notre sens suffisante pour mettre fin à une controverse doctrinale: WOHLERS soutenait que toute externalisation du traitement de données, y compris au moyen de solutions *cloud*, constituerait une violation de l'art. 321 CP, sous réserve d'un consentement explicite ou par acte concluant du maître du secret<sup>14</sup>. Le restant de la doctrine soutenait que l'utilisation du *cloud* est admissible, à condition de respecter certaines modalités pratiques pour son utilisation<sup>15</sup>. Le Tribunal fédéral indique ainsi que l'utilisation du *cloud* par les avocats est ainsi admissible. Il n'indique cependant pas les modalités pratiques d'utilisation du *cloud*.

En troisième lieu, si le Tribunal fédéral ne tranche pas clairement la question de la *domiciliation de l'avocat*, il ouvre la voie à un assouplissement, typiquement via des espaces partagés comme ceux offerts par la société, à condition que l'indépendance et le secret soient garantis. En revanche, il ne semble pas qu'une simple case postale ou adresse « care of » soit suffisante pour l'instant.

Nous pouvons également déduire de cet arrêt une série de lignes directrices pour les contrats passés entre les avocats et les sociétés de domiciliation. Si ces contrats sont en principe admissibles, ils sont soumis à une série de cautions qui tiennent compte des exigences de la profession d'avocat (indépendamment de la liberté contractuelle).

Les parties à un tel contrat devront donc notamment prendre en compte:

- la domiciliation, en offrant notamment à l'avocat la possibilité effective de recevoir des clients et de travailler à l'adresse indiquée;

- l'indépendance, en évitant d'une part toute confusion entre l'avocat et la société (notamment pour les contacts via e-mail ou téléphone) et en prévoyant d'autre part un régime de responsabilité qui ne fait pas porter seulement à l'avocat les risques d'inexécution; et
- le secret, en prenant les mesures nécessaires pour éviter que des tiers puissent avoir accès à des informations couvertes par le secret professionnel, notamment en s'abstenant de toute sous-délégation des tâches confiées.

Cette liste n'est pas exhaustive, et les autres règles professionnelles de la LLCA devront être prise en compte. On peut par exemple penser aux restrictions en matière de publicité (art. 12 let. d LLCA). Un engagement de l'avocat autorisant la société à utiliser son image pour la promotion de celle-ci en des termes qui ne seraient pas admissibles pour l'avocat lui-même nous semblerait également problématique.

Même si ces contrats – innommés et qui relèvent notamment du bail et du mandat – ne sont pas soumis de par la loi à une quelconque forme, il est préférable qu'ils soient passés en la forme écrite ou à tout le moins dans une forme permettant de garder une trace des engagements précités, ce qui permettra leur contrôle par l'autorité de surveillance.

En conclusion, le Tribunal fédéral rend un arrêt qui s'inscrit dans la tendance actuelle à la *modernisation du métier d'avocat* et apporte un véritable vent de fraîcheur. Il fait le choix d'accompagner la transformation numérique en posant des garde-fous aux modalités d'exercice de la profession, en évitant les écueils d'un trop grand conservatisme ou libéralisme. On ne peut que saluer une telle décision, d'autant plus que d'autres arrêts récents s'inscrivent dans une vision bien plus datée du métier d'avocat<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> WOLFGANG WOHLERS, Auslagerung einer Datenbearbeitung und Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) / Externalisation du traitement des données et secret professionnel (art. 321 CPS), 2016, p. 21 et 27 ss.

<sup>15</sup> BENOÎT CHAPPUIS/ADRIEN ALBERINI, Secret professionnel et solutions cloud, in Revue de l'avocat 8/2017, p. 337-343; TANO BARTH, Utilisation des nouvelles technologies: devoir de diligence de l'avocat, in Jusletter du 3. 9. 2018, N 4-14; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/FLORENT THOUVENIN/BURKHARD STILLER/DAMIAN GEORGE, Utilisation des services de cloud par les avocats, in Revue de l'avocat 1/2019, p. 33-40; YANIV BENHAMOU/FRÉDÉRIC ERARD/DANIEL KRAUS, L'avocat a-t-il aussi le droit d'être dans les nuages?, in Revue de l'avocat 3/2019, p. 119-126.

<sup>16</sup> Notamment TF, 1B\_510/2018, du 14. 3. 2019, où le Tribunal fédéral a jugé que la collaboratrice qui change d'étude d'avocat entraîne avec elle les conflits d'intérêts de sa précédente étude. Cet arrêt est vivement critiqué par la doctrine (notamment par: ARNAUD NUSSBAUMER, Le conflit d'intérêt en cas de changement d'étude d'un collaborateur, in www.lawinside.ch/739/; JEREMY BACHARACH, Changement d'étude et conflit d'intérêts, in Revue de l'avocat 5/2019, p. 213-219; MARTIN RAUBER, «Chinese Walls», Vertretungsverbot für Anwälte, in Swissblawg du 16. 4. 2019; TANO BARTH/MICHEL JOSÉ REYMOND/MAIKL GERZNER, Conflits d'intérêts en cas de changement d'étude, in Jusletter du 1. 7. 2019).