

# ANWALTS [1 | 2019] REVUE DE L'AVOCAT

MANFRED DÄHLER

Rechtsschutzversicherung: Neue Empfehlungen  
für Rechtsanwälte und Versicherer SEITE / PAGE 5

PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP

Assurance de la protection juridique:  
Les nouvelles recommandations pour  
les avocats et les assureurs SEITE / PAGE 16

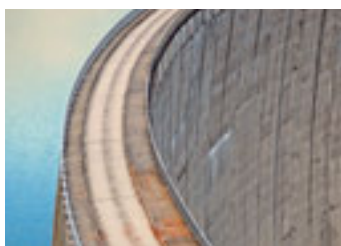
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/FLORENT THOUVENIN/  
BURKHARD STILLER/DAMIAN GEORGE

Nutzung von Cloud-Diensten durch  
Anwältinnen und Anwälte SEITE / PAGE 25



Stämpfli Verlag

SAV  FSA



# Swiss Arbitration Academy

## Postgraduate Degrees

At the Swiss Arbitration Academy, we aim to teach participants what cannot be learned from books alone. Every year, we invite more than 30 international arbitration experts to share their experiences and insights with a limited group of participants (approximately 20 persons). The unique blend of in-depth theory with a large range of practical tips *and* interactive drafting and advocacy exercises, ensures an all-round preparation for a career as international arbitrator and/or counsel.

### SAA Modules

Each academic year, the Swiss Arbitration Academy organizes four Modules at different locations in Switzerland. The Modules can be attended individually or during one of our postgraduate degrees (see below).

In the 2019–2020 academic year, the Modules are scheduled as follows:

#### Module 1

|                                           |           |                |
|-------------------------------------------|-----------|----------------|
| Fundamentals of International Arbitration | Neuchâtel | 2 – 6 May 2019 |
|-------------------------------------------|-----------|----------------|

#### Module 2

|                                         |        |                       |
|-----------------------------------------|--------|-----------------------|
| How to Commence Arbitration Proceedings | Geneva | 27 June – 1 July 2019 |
|-----------------------------------------|--------|-----------------------|

#### Module 3

|                                                                  |        |                      |
|------------------------------------------------------------------|--------|----------------------|
| Taking of the Evidence: Hearings, Discovery and Interim Measures | Zurich | 24 – 28 October 2019 |
|------------------------------------------------------------------|--------|----------------------|

#### Module 4

|                                                                |        |                      |
|----------------------------------------------------------------|--------|----------------------|
| From the Hearing to the Challenge and Enforcement of the Award | Zurich | 23 – 27 January 2020 |
|----------------------------------------------------------------|--------|----------------------|

### Postgraduate Degrees

The *Certificate of Advanced Studies (CAS) in Arbitration program* (10 ECTS) is a joint degree from the Swiss Arbitration Academy, the University of Lucerne and the University of Neuchâtel. The program is endorsed by seven arbitration institutions around the world, including ICC and SCAI. Participants attend the four SAA Modules, complete an examination and write a research paper on an arbitration topic, which may be published in the SAA Volumes.

The *Arbitration Practitioner's (ArbP) program* is specifically designed for practitioners with prior arbitration experience who wish to benefit from the practical experience of various experts in the field. During the ArbP program, participants attend the second, third and fourth Module, which encompass all the practice-oriented topics and the interactive pleading and drafting exercises.

**Contact:** If you would like to learn more about our programs, the SAA faculty and our application process, please visit our website at [www.saa-switzerland.ch](http://www.saa-switzerland.ch) or contact us via [info@saa-switzerland.ch](mailto:info@saa-switzerland.ch).



SWISS  
ARBITRATION  
ACADEMY



# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

|                                        |          |
|----------------------------------------|----------|
| <b>IM FOKUS DES VORSTANDS SAV</b>      | <b>2</b> |
| <b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b> | <b>3</b> |

### THEMA / QUESTION DU JOUR

|                                                                                                                                       |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Manfred Dähler</b> Rechtsschutzversicherung: Neue Empfehlungen für Rechtsanwälte und Versicherer                                   | <b>5</b>  |
| Empfehlungen für Rechtsanwälte im Umgang mit Rechtsschutzversicherern                                                                 | <b>10</b> |
| Empfehlungen für Rechtsschutzversicherer im Umgang mit unabhängigen Anwälten                                                          | <b>13</b> |
| <b>Pierre-Dominique Schupp</b> Assurance de la protection juridique: Les nouvelles recommandations pour les avocats et les assureurs  | <b>16</b> |
| Recommandations à l'attention des avocats pour la gestion de leurs relations avec les assurances protection juridique                 | <b>19</b> |
| Recommandations à l'attention des assurances de protection juridique pour la gestion de leurs relations avec les avocats indépendants | <b>22</b> |

### ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

|                                                                                                                                                 |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Christian Schwarzenegger / Florent Thouvenin / Burkhard Stiller / Damian George</b> Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte | <b>25</b> |
| <b>Christian Schwarzenegger / Florent Thouvenin / Burkhard Stiller / Damian George</b> Utilisation des services de cloud par les avocats        | <b>33</b> |

### RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE

#### ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT

|                                                                                                                                                                       |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Sandro Vecchio</b> Extension du champ d'application de la LBA au détriment du secret professionnel de l'avocat – Limites possibles posées par le Tribunal fédéral? | <b>43</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

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

|                                         |           |
|-----------------------------------------|-----------|
| Der SAV teilt mit / La FSA vous informe | <b>46</b> |
|-----------------------------------------|-----------|

#### IMPRESSUM

**Anwaltsrevue / Revue de l'avocat**  
22. Jahrgang 2019 / 22<sup>e</sup> année 2019  
ISSN 1422-5778 (Print)  
e-ISSN 2504-1436 (Online)

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

**Zitiervorschlag / 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)  
Stephan Grieb, Fürsprecher, Akquisition  
juristische Publikationen (SG)

**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

**Auflage / Tirage**  
9193 Exemplare / exemplaires  
(notariell beglaubigt / authentifié par  
un notaire)

**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 213.-, EUR 258.- (Print und Online);  
CHF 178.-, EUR 178.- (Online)  
Studenten / Etudiants: CHF 105.-  
Preise inkl. 2.5% MwSt. und Versandkosten.  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 27.50, EUR 27.50  
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.  
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate  
vor Ende der Laufzeit möglich. /  
Résiliation de l'abonnement possible  
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de  
l'abonnement.

**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 Verlages. /  
Tous droits réservés. La revue est proté-  
gée 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.

# IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

URS HAEGI

Präsident SAV

## Cloud in der Anwaltskanzlei/Anwaltskongress 2019 im KKL Luzern

Die Digitalisierung, ihre verschiedensten Ausprägungen und Entwicklungen haben auf den Arbeitsalltag im Dienstleistungssektor, also auch in der Anwaltschaft, einen sehr grossen Einfluss. Die Arbeitsweise von Anwältinnen und Anwälten wird sich verändern; die Kommunikation mit Gerichten wird in der Zukunft elektronisch ablaufen; der Umgang mit unserem Wissen, mit Büchern, mit Papier wird ein anderer sein. Die meisten von uns können ohne die Kommunikation per E-Mail nicht mehr leben. Einige von uns trauern der guten alten Zeit nach, in der alles noch anders und laut Meinung einiger besser war. Diese rückwärts gerichtete Haltung hilft aber nichts. Wir müssen in die Zukunft blicken und die Veränderung aktiv mitgestalten; diese findet statt, ob man es will oder nicht. Wer sich gegen die Digitalisierung sträubt, wird von ihr überrollt werden. Man kann keine globale Entwicklung aufhalten, mag diese aus mancher Sicht auch negativ sein. Darum bringt ein rückwärts gerichteter Blick nichts. Wir müssen ein Teil der Zukunft werden und an dieser in unserem Sinn mitarbeiten.

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV/FSA) wirkt in vielen Bereichen aktiv mit. Dabei ist unser höchstes Ziel, die Interessen der Anwaltschaft schon in einem frühen Stadium einzubringen. Für uns wesentliche Punkte wie das Berufsgeheimnis und das Interessenkollisionsverbot dürfen nicht geschwächt werden. Unser bei den Anwälten bekanntestes, externes Engagement betrifft sicher den elektronischen Rechtsverkehr (ERV), besser bekannt unter dem umfassenderen Titel Justitia 4.0. Zusammen mit der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, dem Bundesgericht, der Bundesanwaltschaft und dem Bundesamt für Justiz arbeiten wir massgebend mit an einer einheitlichen Lösung für die ganze Schweiz. Diese Gesamtlösung wird derzeit entwickelt; Anwältinnen und Anwälte aus verschiedenen Kantonen sind aktiv bei der Erarbeitung einer für alle funktionierenden Lösung beteiligt.

Ein weiterer wichtiger Bereich ist die Speicherung von Daten in der Cloud. Cloudlösungen sind immer mehr verbreitet, und einzelne Anwaltskanzleien benutzen solche Lösungen bereits heute. Ob und unter welchen Voraussetzungen Cloudanwendungen für Anwaltskanzleien in der Schweiz und unter Einhaltung des BGFA zulässig sind, wurde wissenschaftlich noch nicht ausführlich untersucht. Der SAV liess diese Frage am Anwaltstag 2018 in Schaffhausen mittels Kurzreferaten von Experten und einer anschliessenden Podiumsdiskussion erörtern. Im

Anschluss an diese Veranstaltung suchte der SAV das Gespräch mit der Rechtswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Zürich und gab den Auftrag, die sich für die Anwaltschaft stellenden Fragen wissenschaftlich umfassend zu untersuchen und ein Gutachten zu erstellen.

Dieses Gutachten unter dem Titel «Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte» von den Professoren Schwarzenegger, Thouvenin und Stiller wurde im Herbst fertiggestellt und an der letzten Präsidentenkonferenz des SAV durch die Autoren den Kantonalverbänden vorgestellt. In dieser Anwaltsrevue stellen die Verfasser des Gutachtens die Resultate kurz vor. Das Gutachten selbst wird in deutscher und französischer Sprache in einer wissenschaftlichen Reihe in Buchform verlegt werden. Der SAV hat den Gutachterauftrag erteilt und das Gutachten finanziert; aus diesem Grund wird es für alle Mitglieder im Memberbereich der SAV-Website heruntergeladen werden können.

Vom 13. bis 15.6.2019 findet der 10. Anwaltskongress im KKL Luzern statt. Das Kongressthema wird in diesem Jahr wie folgt lauten: «Klient-Anwalt: eine Vertrauensbeziehung». Das gesetzlich verankerte Berufsgeheimnis der Anwälte soll von verschiedenen Seiten her betrachtet werden. Das Geheimnis ist für die Klienten da. Sie sollen gegenüber ihrer Anwältin oder ihrem Anwalt alle Sachverhalte offenlegen können; dabei müssen sie sicher sein, dass keine solche Aussage, die nur zur Vertretung ihrer Ansprüche vor Gericht oder in Verhandlungen dient, Dritten oder gar den Strafbehörden offengelegt wird. Nur mit diesem Berufsgeheimnis ist eine Interessenvertretung des Klienten durch den Anwalt und letztlich auch der Rechtsstaat überhaupt möglich. Dieses Berufsgeheimnis für die Klienten ist in immer mehr Demokratien aufgrund der politischen Realität in Gefahr.

Im Eröffnungsreferat wird sich Frau Prof. Gertrude Lübke-Wolff mit der Frage des zunehmenden Populismus und der Rolle der Justiz auseinandersetzen. Am Samstag wird in Kurzreferaten und in einer abschliessenden Podiumsdiskussion die Frage von (Berufs-)Geheimnissen aus der Sicht von unterschiedlichen, wissenschaftlichen Berufen diskutiert werden. Der fachlich juristische Teil des Kongresses wird am Freitag von Prof. Ulrich Meyer, Präsident des schweizerischen Bundesgerichts, eröffnet werden. Neben zahlreichen rechtlichen Referaten werden wir auch Vorträge in Nebenbereichen (Marketing, Führung usw.) anbieten. Ich freue mich sehr darauf, Sie am Anwaltskongress in Luzern begrüßen zu können.

# LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

URS HAEGI

Président de la FSA

## Informatique en nuage pour avocats et congrès de juin 2019 à Lucerne

Le numérique, dans ses développements et expressions les plus divers, a des conséquences majeures sur les enjeux du quotidien dans le secteur des services, comme sur la profession d'avocat. La manière de travailler des avocats évolue et change, la communication avec les tribunaux se numérise, les recherches juridiques et l'acquisition de notre savoir-faire s'affranchissent du support papier. Aujourd'hui déjà, la plupart d'entre nous ne peuvent plus se passer de courriel, soit de communiquer par courrier électronique. D'aucuns évoquent avec regret le bon vieux temps où tout était si différent et tellement mieux. Telle attitude rétrograde n'est toutefois pas utile. Efforçons-nous de nous tourner vers l'avenir et de participer activement à contribuer à cette évolution irréversible, que nous le voulions ou non. Le numérique rattrape quiconque s'y oppose, rien ne peut arrêter cette évolution globale, pas même la critique de sa généralisation. Raison pour laquelle il ne sert à rien de regarder en arrière. Nous devons être partie intégrante du futur et collaborer à la réalisation de l'avenir de la profession d'avocat.

La Fédération Suisse des Avocats (FSA/SAV) s'engage avec beaucoup d'énergie dans de nombreux domaines en matière de numérique. Par-là, notre objectif ultime consiste à s'assurer que les intérêts de l'avocature soient pris en compte dès les prémices de cette transition numérique. Il s'agit en particulier de veiller à ce que des points aussi essentiels que le secret professionnel et l'interdiction des conflits d'intérêts ne soient pas affaiblis. Notre engagement externe le plus connu auprès de nos membres est sans doute celui concernant la communication électronique avec les tribunaux, ladite justice numérique sous le projet *Justitia 4.0*. En coopération étroite avec la Conférence des directeurs des départements cantonaux de justice et police, le Tribunal fédéral, le Ministère public de la Confédération et l'Office fédéral de la justice, nous travaillons de manière déterminante à une solution uniforme pour l'ensemble de la Suisse. Ce projet ambitieux est en cours de développement. Les avocats de plusieurs Ordres cantonaux participent eux aussi activement à la mise au point d'une solution adéquate.

Le stockage des données traitées par les avocats dans l'informatique en nuage (*cloud*) constitue un autre domaine important qui focalise également notre attention. Les solutions informatiques en nuage gagnent en popularité et quelques études d'avocats les utilisent déjà. À ce jour, il n'a pas encore été complètement déterminé et analysé de manière scientifique si et à quelles conditions l'informatique en nuage (*cloud*) peut être utilisé par les avo-

cats en Suisse conformément à la LLCA. La question demeure controversée entre experts. Pour confronter le point de vue des experts, la FSA avait porté cette thématique à l'agenda de la *Journée des avocats* en juin dernier à Schaffhouse, en donnant la parole à plusieurs conférenciers, puis en organisant une table ronde. Suite à cette journée, la FSA a poursuivi les discussions avec la Faculté de droit de l'Université de Zurich et l'a chargée d'établir un avis de droit sur ces questions scientifiques.

Cet automne, les professeurs de l'Université de Zurich Schwarzenegger, Thouvenin et Stiller ont rendu un avis de droit sur *l'utilisation de services informatiques en nuage (cloud) par les avocats*. Les conclusions principales ont été présentées aux Ordres cantonaux lors de la dernière conférence des Bâtonniers à Berne. Les auteurs de cet avis présentent une synthèse de leurs résultats dans ce numéro de la Revue. L'avis de droit intégral sera ensuite publié en français et en allemand dans une série d'ouvrages juridiques. La FSA ayant commandé et financé cet avis, celui-ci sera disponible au téléchargement dans l'espace réservé aux membres sur le site internet de la Fédération.

Du 13 au 15 juin prochain se tiendra le X<sup>e</sup> Congrès des avocats au centre culturel et des congrès KKL à Lucerne. Le thème central du Congrès sera, cette année, la *relation de confiance entre l'avocat/e et son client*. Le secret professionnel, tel qu'il est défini par la loi, doit être examiné holistiquement. Il a pour vocation première de protéger le client. Pour faire valoir ses droits devant un tribunal ou lors d'une négociation, le client doit pouvoir exposer à son avocat l'ensemble des faits, sans craindre une divulgation ultérieure à des autorités judiciaires ou des tiers. Ce n'est que si ce secret conserve sa portée absolue que les droits du client peuvent être efficacement protégés, représentés et défendus et par-là l'État de droit respecté. Or, ce secret professionnel au bénéfice des clients, même s'il constitue l'un des piliers de l'État de droit, est de plus en plus remis en question par les pouvoirs politiques des États démocratiques.

Le rôle de la justice face au populisme croissant sera abordé par la professeur Gertrude Lübke-Wolff dans sa conférence d'ouverture. La journée de samedi sera consacrée à la thématique du secret professionnel dans diverses professions, lors de brefs exposés puis d'une table ronde de clôture. Quant au vendredi, nous aurons le plaisir d'accueillir le professeur Ulrich Meyer, président du Tribunal fédéral, qui donnera le coup d'envoi aux nombreux séminaires du Congrès. En sus de la partie juridique, nous vous proposons également des ateliers dans le domaine du marketing, de la gestion et de l'organisation en entreprise. Je me réjouis de vous rencontrer au Congrès à Lucerne.

# «Wer nicht verhandelt, geht baden.»



Institut für systemische Entwicklung  
und Fortbildung

## GRUNDLAGEN IN MEDIATION

Fundamentale Aspekte der Mediation, praxisbezogen und mit vielen Trainingsmöglichkeiten.  
Das grundlegende Handwerkszeug für die Mediations-tätigkeit wird vermittelt und trainiert.  
18 Tage: Anerkennung durch SAV,  
21,5 Tage: Abschluss als CAS IEF möglich  
Leitung: Raymund Solèr, lic. iur., Coach und Mediator SDM  
Nächster Beginn: Mo., 25. März 2019

## DIE KUNST DES FRAGENS

Eine Frage in der richtigen Art und Weise gestellt, ermöglicht einen neuen Blick auf das anstehende Problem und öffnet den Weg für eine Lösung.  
Seminar mit Heiner Krabbe, Dipl. Psych., Mediator  
Mi./Do., 8./9. Mai 2019  
Kosten: Fr. 780.-

## ANGEORDNETE MEDIATION

Mediation in familienrechtlichen und kindesschutz-rechtlichen Angelegenheiten:  
Besonderheiten und Herausforderungen  
Seminar mit Andrea Staubli, lic. iur.,  
Rechtsanwältin, Mediatorin  
Mo./Di., 4./5. November 2019, Kosten: Fr. 780.-

## VERTIEFUNG: MEDIATION FÜR VERSCHIEDENE ANWENDUNGSGEBIETE

Modulare Vertiefung in die Besonderheiten der Familien-mediation, der Mediation im öffentlichen Bereich sowie der Arbeitsplatz- und Organisationsmediation anhand von Praxisbeispielen. 7 Tage plus 6 Tage Super-vision, Zertifikat anerkannt durch SDM-FSM  
Leitung: Raymund Solèr, lic. iur., Coach und Mediator SDM  
Nächster Beginn: Mo., 18. November 2019

### IEF Institut für systemische Entwicklung und Fortbildung

Schulhausstrasse 64, 8002 Zürich, Tel. 044 362 84 84, ief@ief-zh.ch, www.ief-zh.ch

## Mise en lumière d'une des normes les plus controversées



### Le délit de chauffard

Analyse et implications de l'art. 90 al. 3 LCR

Daniele Galliano

Janvier 2019, CHF 74.-

244 pages, broché, 978-3-7272-2583-3

Depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le délit de chauffard est, sans doute, une des normes les plus controversées. Bien que le souhait de réfréner les chauffards soit unanimement approuvé, la peine excessive de l'art. 90 al. 3 LCR est vivement critiquée. Dans la présente contribution, l'auteur propose sa lecture du délit de chauffard à la lumière de la plus récente jurisprudence du Tribunal fédéral, en effectuant une analyse criminologique et de droit comparé, afin de découvrir si, finalement, l'art. 90 al. 3 LCR a atteint le but à l'origine de son adoption, ou s'il existe d'autres solutions alternatives et moins incisives qui permettent d'atteindre également, voire plus efficacement, la ratio legis du législateur.

Commandez directement en ligne :

[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)

1658-10/19 | Sous réserve de modifications de prix et d'erreur

## Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)



# RECHTSSCHUTZVERSICHERUNG: NEUE EMPFEHLUNGEN FÜR RECHTSANWÄLTE UND VERSICHERER

MANFRED DÄHLER

RA lic. iur., St. Gallen

Stichworte: Rechtsschutzversicherte, Empfehlungen für Anwälte, Empfehlungen für Rechtsschutzversicherungen, Anwaltswahl, Kostengutsprache, Schuldbeitritt, Schuldbeitrittsklausel, Interessenkonflikt Rechtsschutzversicherer, Anwaltsmonopol

Das Dreiecksverhältnis Mandant – Rechtsschutzversicherung – Anwalt ist komplex. Die Beteiligten handhaben es unterschiedlich. Das führt zu Unsicherheiten und Ungereimtheiten. Im Interesse der Mandanten und deren Zugang zum Recht wird ein einheitlicher Umgang der Beteiligten am Rechtsschutzverhältnis empfohlen.

## I. Einführung

Das Rechtsschutzverhältnis ist bei Einbezug von BGFA-zugelassenen Anwälten dadurch gekennzeichnet, dass es auf zwei Verträgen beruht, obwohl zwischen Versicherer, Rechtsanwalt und Versichertem eine Art Dreiecksverhältnis besteht:

- Versicherungsvertrag zwischen Rechtsschutzversicherer und Versichertem
- Anwaltsvertrag zwischen dem Anwalt und dem Mandanten (der gleichzeitig Versicherter bei der Rechtsschutzversicherung ist).

Im Arbeitsmodell der «Paritätischen Kommission Rechtsschutzversicherung SAV/SVV» (nachstehend: PK RSV<sup>1</sup>) besteht kein Vertrag zwischen Rechtsschutzversicherer und Anwalt.<sup>2</sup> Die Kostengutsprache der RSV soll einzig eine obligationenrechtliche Verbindung durch Schuldbeitritt des Versicherers auf Seiten des Versicherten zur Deckung des Anwaltshonorares schaffen.

### 1. Entwicklung der Rechtsschutzversicherungen

Bevor auf die Tätigkeit der Kommission eingegangen wird, sei auf die zunehmende Bedeutung der Rechtsschutzversicherungen als Kostenträger anwaltlicher Dienstleistungen, aber auch auf deren Marktverhältnisse und Veränderungen hingewiesen.

Das Gesamtprämienvolumen<sup>3</sup> der RSV hat im Jahr 2015 CHF 517,3 Mio., im Jahr 2016 CHF 537,0 Mio. (+3,81%) und im Jahr 2017 CHF 561 Mio. (+4,47%) betragen. In der Branche geht man davon aus, dass sich die Schadenkosten (interne und externe Kosten für Schadenfälle und Scha-

denbearbeitung) in diesem Zeitraum wie folgt entwickelt haben: 2015 CHF 267,5 Mio., 2016 CHF 278,0 Mio. (+3,9%), 2017 CHF 292,2 Mio. (+5,13%).

Die Entwicklung der Anzahl der Schadenfälle bei den Gesellschaften nimmt relativ stärker zu, als die Prämien. Im Jahr 2015 wurden 220166, im Jahr 2016 231453 (+5,13%) und im Jahr 2017 244642 (5,7%) Schadenfälle erfasst.

Im Markt zeichnet sich seit der Übernahme der DAS durch die CAP Rechtsschutz künftig ein gewisses Kopf-an-Kopf-Rennen von drei besonders grossen Marktteilnehmern ab, die allesamt assoziierte Konzerntöchter sind und die alle im Bereich um CHF 100 Mio. Prämienumsatz liegen: AXA-ARAG CHF 110 Mio., Protekta CHF 108 Mio., CAP (nach Übernahme der DAS, konsolidiert) erwartet ca. CHF 103 Mio.

<sup>1</sup> In diesem Beitrag wird zudem die Abkürzung RS oder RSV für Rechtsschutzversicherung verwendet.

<sup>2</sup> Ein solcher Vertrag wäre unter dem Gesichtspunkt der anwaltlichen Unabhängigkeit als standesrechtlich heikel zu betrachten.

<sup>3</sup> Alle nachstehenden Zahlen sind konsolidierte Zahlen der Schweizer Rechtsschutzversicherer (ohne Dextra) und betreffen das Jahr 2017.

## 2. Paritätische Kommission Rechtsschutzversicherung SAV/SVV

In der Anwaltsrevue 2015 S. 484 ff.<sup>4</sup> konnten die «Paritätische Kommission RSV SAV/SVV»<sup>5</sup> und deren Tätigkeit und Ziele erstmals vorgestellt werden. Damals hatte die Kommission als erstes Produkt der Zusammenarbeit die «Checkliste für den Umgang mit Rechtsschutzversicherungen» präsentiert. Diese Checkliste soll den Versicherten von Rechtsschutzversicherungen helfen, in einem Rechtsfall die administrativen Abläufe einzuhalten und sie vor unnötigen Kosten oder Komplikationen im Umgang mit Rechtsschutzfällen zu bewahren. Diese Checkliste soll sowohl von Rechtsschutzversicherungen an Versicherte, aber auch von Anwälten bei Mandatsbegründung an Klienten mit Rechtsschutzversicherungsbezug abgegeben werden.

## 3. Neue Produkte der PK RSV SAV/SVV

Die Checklisten für Versicherte aus dem Jahr 2015 sind weiterhin gültig. Unterdessen hat die PK RSV die von ihr zur Verfügung gestellten Hilfsmittel um folgende – von den beteiligten Verbänden SAV und SVV im Jahr 2018 genehmigten – Dokumente ergänzt:<sup>6</sup>

- Empfehlungen für Rechtsschutzversicherer im Umgang mit unabhängigen Anwälten
- Empfehlungen für Rechtsanwälte im Umgang mit Rechtsschutzversicherungen

Damit stehen nun für den gesamten Kreis möglicher Adressaten bezüglich Rechtsschutzverhältnis bei Beizug eines unabhängigen Anwaltes Empfehlungen zur Verfügung.

## II. Hauptmerkmale der Empfehlungen

Die «Empfehlungen für Rechtsschutzversicherer» und die «Empfehlungen für Anwälte» stimmen mit dem Konzept, das bereits der Checkliste für Versicherte 2015 zugrunde lag, überein. Bestimmte Einzelthemen müssen ausgelassen werden, so z.B. eine Honorarempfehlung an die Anwälte. Honorarempfehlungen an Rechtsschutzversicherer sind andererseits unnötig, da deren Marktmacht dies nicht erfordert und ebenso kartellrechtliche Bedenken weckt. Wenige Einzelthemen können nicht oder nur eingeschränkt aufgenommen werden, weil kein Konsens in der PK RSV dazu gefunden wird.

Die *Prämissen der Arbeit in der PK RSV* waren folgende:

- Empfehlungen an die Rechtsschutzversicherer und an die Anwälte erfolgen nur, wenn gleichzeitig für diese beiden Adressaten Empfehlungen verabschiedet werden.
- Empfehlungen an beide Adressaten werden nur gemacht, wenn und soweit die Zustimmung der Vertreter beider Delegationen in der PK RSV vorliegt.
- Beidseits bestehende Regularien müssen anerkannt und eingehalten werden.<sup>7</sup>

Die neuen Empfehlungen enthalten für beide Adressaten abgestimmte Hinweise, die einen konstruktiven, effizien-

ten und die Rechte und Pflichten der Beteiligten wahren den Ablauf von Fällen mit Rechtsschutzbezug sicherstellen sollen. Der unterschiedliche Umgang aufgrund der Vielzahl der Anwälte wie auch aufgrund der erheblichen Zahl von Mitarbeitenden der RSV bei der Bearbeitung von Rechtsschutzmandaten soll durch Standardisierung vereinfacht werden. Der möglichst branchenweit gleichförmige Ablauf soll die zuverlässige, transparente und effiziente Abwicklung von Rechtsschutzfällen gewährleisten. Zweck ist es, den für sämtliche Adressaten komplexen Umgang im Dreiecksverhältnis standardisiert und unter Achtung gegenseitig bestehender Regularien abzuwickeln und damit auch Klarheit und Sicherheit für Versicherte zu schaffen. Entsprechend gliedern sich die neuen Empfehlungen, wie schon die bestehende Checkliste für Versicherte, in drei Phasen des Ablaufs bei Anbahnung und Durchführung von Mandaten unabhängiger Anwälte mit Rechtsschutzversicherungsbezug:

- Kontaktaufnahme
- Laufende Fallbearbeitung
- Fallabschluss

## III. Empfehlungen für Anwälte

Die PK RSV empfiehlt – in Übereinstimmung mit dem Vorstand SAV –, die hier vorgestellten «Empfehlungen an Anwälte» zu beachten und diese umzusetzen.

Im heutigen Beitrag wird auf Schwerpunkte hingewiesen, die dem Verfasser als Mitglied der PK RSV besonders wichtig oder erklärungsbedürftig scheinen. Im Übrigen wird das Thema am Anwaltskongress 2019 in Luzern vertieft.

Mit der Einhaltung der Empfehlungen ist nicht zuletzt sichergestellt, dass dieses Vorgehen der Anwälte auf Verständnis der Rechtsschutzversicherer stösst, wie umgekehrt von Anwälten Verständnis für das Vorgehen der Rechtsschutzversicherer nach deren – von uns mitgetragenen und mitgestalteten – Empfehlungen erwartet wird.

<sup>4</sup> M. DÄHLER, Umgang mit Rechtsschutz-Versicherungen, in: Anwaltsrevue 2015, S. 482 ff.

<sup>5</sup> Mitglieder der «PARITÄTISCHEN KOMMISSION RECHTSSCHUTZ-VERSICHERUNG SAV/SVV» sind:  
Für den Schweizerischen Versicherungsverband (SVV):  
– TANJA WILKE, Leiterin-StV Bereich Schaden im SVV  
– DANIEL EUGSTER, CEO CAP Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft AG, Leiter «Fachkommission Rechtsschutz SVV».  
– DANIEL SIEGRIST, CEO der COOP Rechtsschutz AG und CEO Helsana Rechtsschutz AG  
Für den Schweizerischen Anwaltsverband (SAV):  
– RENÉ RALL, Generalsekretär SAV  
– PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP, Altpräsident SAV und OAV  
– MANFRED DÄHLER, Altpräsident SGAV

<sup>6</sup> Die Empfehlungen stehen in den drei Schweizer Amtssprachen auf «www.sav-fsa.ch» zur Verfügung.

<sup>7</sup> Insbesondere: Art. 32 VAG, Art. 161–170 der Aufsichtsverordnung (SR 961.011, nachfolgend AVO), Art. 12–13 BGFA, Standesregeln SAV, Art. 321 StGB.



## 1. Bei Kontaktaufnahme eines Klienten

In diesem Abschnitt wird daran erinnert, welche Schritte der Anwalt bei der Prüfung der Mandatsannahme vornimmt. Ergänzt wird dieser Ablauf im Hinblick auf eine allenfalls vorhandene RS-Versicherung. Dies ist geboten, weil einzelne Versicherungspolizen den *Kontakt mit dem Anwalt* ohne vorgängige Zustimmung durch die RSV per se als *Obliegenheitsverletzung* behandeln und in den AVB mit Deckungsausschluss<sup>8</sup> sanktionieren,<sup>9</sup> selbst wenn dem Versicherer dadurch kein Schaden entsteht.<sup>10</sup> Der Anwalt soll – auch wenn dies seinen eigenen Interessen allenfalls widerstrebt – berücksichtigen, dass beim versicherten Mandanten ein Nachteil (Leistungskürzung oder -ausschluss) entstehen kann, wenn der Mandant Obliegenheiten aus seinem Versicherungsverhältnis schuldhaft<sup>11</sup> verletzt.

Die *Kosten im Zusammenhang mit der Fallanmeldung und den Auskünften an die RSV hat der Versicherte nach Gesetz selbst zu tragen*.<sup>12</sup> Wenn er sich dazu eines Anwalts bedient, hat der versicherte Mandant und nicht die RSV dafür aufzukommen. In den Empfehlungen für die RSV konnte eine Formulierung aufgenommen werden, die auf dem Modell gründet, wonach das grundsätzlich ubiquitäre Beratungs- und Stellvertretungsrecht jedes Individuums auch im Verhältnis zur Rechtsschutzversicherung anerkannt wird. Dies auch dann, wenn sich der Versicherte dazu durch einen Anwalt vertreten lässt. Obwohl dies in den beiden Empfehlungen nicht explizit Ausdruck findet, wird dies vorausgesetzt und findet in den «Empfehlungen für RSV» darin Ausdruck, dass bis zur allfälligen Kostengutsprache an den Anwalt grundsätzlich der Versicherte selbst für die Anwaltskosten aufzukommen hat. In den «Empfehlungen für Rechtsschutzversicherer» wird im Gegensatz zu langjährig verbreiteten, anderslautenden AVB-Bestimmungen in den bullet points 3–5 eine konsumentenfreundliche Praxis aufgenommen, die den gänzlichen Deckungsausschluss wegen Kontaktierung eines Anwalts mindestens bei den Mitgliedern der «Fachkommission Rechtsschutz SVV» grundsätzlich nicht mehr zur Folge hat.<sup>13</sup>

Mit dieser Ausgangslage in den Empfehlungen an Rechtsschutzversicherer gehen die Empfehlungen für Anwälte in den bullet points 3–4 und 6–7 konform einher. Der Anwalt soll seine Klienten daher entsprechend orientieren, wenn er die mit der Fallanmeldung und der Auskunftserteilung an den Versicherer verbundenen Aufwände nicht selbst tragen will.

## 2. Bei Beizug eines unabhängigen Anwalts

Rechtsschutzversicherungen bearbeiten die meisten Schadenfälle durch eigene Rechtsdienste. Sie sind aber gesetzlich verpflichtet, in folgenden Fällen Kostengutsprache an unabhängige Anwälte<sup>14</sup> zu leisten und die Fälle nicht in Eigenbearbeitung zu nehmen:<sup>15</sup>

- Im Bereich des Anwaltsmonopols<sup>16</sup>
- Bei Interessenkonflikt aufseiten des Rechtsschutzversicherers<sup>17</sup>

Die beiden *Bereiche unterscheiden sich mit Bezug auf die Einschränkungsmöglichkeiten der Anwaltswahl* durch den

Rechtsschutzversicherer. Ist im Vertrag ausnahmsweise nichts dazu geregelt, besteht ohnehin freie Anwaltswahl.<sup>18</sup> In der Regel sieht jedoch der Vertrag eine Beschränkung vor.

Im *Bereich des Anwaltsmonopols* ist das Wahlrecht meist durch den Versicherungsvertrag eingeschränkt und mutiert ex lege faktisch zum Wahlrecht des Versicherers. Dieser wählt schliesslich aus den Vorschlägen des Versicherten eine Person aus. Der Versicherte kann einen An-

<sup>8</sup> BGer 29. 9. 2010 4A\_349/2010 E. 4. 2.

<sup>9</sup> Beispiel: Assista, Privatrechtsschutz AVB, Ausgabe 2016 Stand 2018, Art. 12 Abs. 2 (gleichlautend: AVB zum Verkehrsschutz Art. 11 Abs. 2): «*Falls ein Auftrag an einen Anwalt erteilt wurde, juristische Schritte eingeleitet oder eine Einsprache eingelegt wurden, bevor die Assista hierzu ihr Einverständnis erteilt hatte, kann diese die Übernahme der gesamten Kosten verweigern.*»

<sup>10</sup> Die Lehre beurteilt solche AVB-Bestimmungen kritisch: FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, N. 1939; FUHRER, Leistungen des Rechtsschutzversicherers, insbesondere Anspruch auf Beiziehen eines unabhängigen Anwalts, S. 83 ff., in: FELLMANN (Hrsg.), Weiterbildung Recht, Rechtsschutzversicherung und Anwalt, Tagung vom 4. 4. 2017 in Luzern, Bern 2017.

<sup>11</sup> BGer 29. 9. 2010 4A\_349/2010 E. 4. 2 (Unterstreichung durch Verfasser):

«Nach Art. 8 AVB berechtigt die schuldhafte Verletzung vertraglicher Obliegenheiten durch den Versicherten die Beschwerdegegnerin, ihre Leistungen abzulehnen. Soweit keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen, können die Parteien die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung frei vereinbaren (Alfred Maurer, Schweizerisches Privatrecht, 3. Aufl. 1995, S. 308). Diese Freiheit findet ihre Grenze an der zwingenden Vorschrift von Art. 45 VVG. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung tritt ein wegen Obliegenheitsverletzung vereinbarter Rechtsnachteil nicht ein, «wenn die Verletzung den Umständen nach als eine unverschuldete anzusehen ist. ...

Ein Kausalitätserfordernis, wie es in der von der Beschwerdeführerin zitierten Literatur vertreten wird, ... schreibt Art. 45 Abs. 1 VVG indes nicht vor. Somit kann vereinbart werden, dass die Rechtsnachteile auch dann eintreten, wenn die Obliegenheitsverletzung sich nicht ausgewirkt hat (Maurer, a. a. O., S. 309; Jürg Nef, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N. 15 zu Art. 45 VVG). Dasselbe gilt, wenn der Vertrag diesbezüglich schweigt (Nef, a. a. O., N. 16 zu Art. 45 VVG). Im Hinblick darauf, dass diese Regelung in der Doktrin als oft zu hart bewertet wird (so insb. Maurer, a. a. O., S. 309), hat der Gesetzgeber im Zuge der Änderung des VVG vom 17. 12. 2004 betreffend die Folgen einer Verletzung der Anzeigepflicht bei Vertragsschluss das Kausalitätserfordernis eingeführt (siehe Art. 6 VVG; Botschaft vom 9. 5. 2003 zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG] und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, BBl 2003 3806; BGE 4A\_163/2010 vom 2. 7. 2010 E. 2. 2). Er hat aber – in Kenntnis der in der Literatur aufgeworfenen Problematik – darauf verzichtet, Art. 45 VVG dahingehend zu ergänzen, dass vereinbarte Rechtsnachteile von Obliegenheitsverletzungen allgemein an das Kausalitätserfordernis geknüpft werden müssen.»

<sup>12</sup> Art. 38 VVG Anzeigepflicht und Art. 39 VVG Auskunftspflicht.

<sup>13</sup> Der «Fachkommission Rechtsschutz SVV» gehören nach dem Austritt der Assista im Jahr 2018 nun folgende Gesellschaften nicht an: Assista, AXA-ARAG, Dextra.

<sup>14</sup> Oder andere geeignete unabhängige Personen.

<sup>15</sup> Theoretisch wäre dies auch bei Kompositversicherungen der Fall, sofern diese die Schadenfälle nicht durch ein Schadenerledigungsunternehmen bearbeiten lassen. Soweit ersichtlich, gibt es einen solchen Kompositversicherer in der Schweiz nicht.

<sup>16</sup> Art. 68 Abs. 2 ZPO und Art. 127 Abs. 5 StPO und allfällige kantonale Monopole im Verwaltungsrecht.

<sup>17</sup> Art. 167 Abs. 1 AVO.

<sup>18</sup> Art. 167 Abs. 2 AVO kommt dann nicht zur Anwendung.

walt vorschlagen. Der Versicherer kann diesen aber ohne Angabe von Gründen ablehnen. Daraufhin kann der Versicherte drei geeignete Personen vorschlagen, aus denen der Versicherer eine auswählen muss.<sup>19</sup>

Anders bei *Interessenkollision des Rechtsschutzversicherers*. Hier muss die RSV den Versicherten von Anfang an auf das Recht der freien Anwaltswahl aufmerksam machen.<sup>20</sup> Dies greift nicht erst bei Tätigkeiten im Bereich des Anwaltsmonopols, sondern (1.) schon früher und (2.) auch in Bereichen, die sonst der Eigenbearbeitung zugänglich sind.

Die «Empfehlungen für Rechtsschutzversicherer» halten dazu fest, dass eine *Eigenbearbeitung* ohne Aufklärung über die freie Anwaltswahl und den Umstand des Interessenkonflikts *durch die RSV ausgeschlossen* ist. Wichtig ist, dass die teils strittige Frage, wann eine Interessenkollision vorliegt, in der PK RSV einvernehmlich bestimmt worden ist. Nämlich einerseits in den Fällen, wo *zwei oder mehr Streitkontrahenten bei der gleichen RSV versichert* sind, sowie andererseits in den Fällen, wo der Versicherte *gegen assoziierte Konzerngesellschaften seiner Rechtsschutzversicherung Interessen durchsetzen muss*.

Erkennt ein Anwalt bei Mandatsanfrage, dass beim Rechtsschutzversicherer ein Interessenkonflikt vorliegt, kann er den Klienten dahin aufklären, dass originär *freie Anwaltswahl* besteht.

#### IV. Umsetzung der Empfehlungen durch Anwälte

Übernimmt der Anwalt für einen rechtsschutzversicherten Klienten ein Mandat – auch wenn es durch die RSV vermittelt wurde –, wird der Anwaltsvertrag und damit das Mandatsverhältnis ausschliesslich zwischen Anwalt und Klient begründet. Der Anwalt kann und darf ausschliesslich die Interessen des Klienten wahren. Seine Unabhängigkeit darf durch das Rechtsschutzverhältnis nicht tangiert werden.

##### 1. Kerngedanken

Die SAV-Delegation in der PK hat darauf geachtet, dass die Unabhängigkeit des Anwalts und das Anwaltsgeheimnis eingehalten werden.<sup>21</sup> Diese *unantastbaren Kernpunkte* finden u. a. Ausdruck in folgenden Empfehlungen:

- *Wahrung des Anwaltsgeheimnisses bei Befreiungserklärung*: Die Befreiungserklärung (Entbindung vom Anwaltsgeheimnis gegenüber der RSV) verpflichtet den Anwalt nicht zur Preisgabe von Anvertrautem an die RSV. Der versicherte Mandant wahrt die Anzeige- und Informationspflicht, nicht sein Anwalt.
- *Mandatsverhältnis ausschliesslich zwischen Klient und Anwalt*. Der Klient wird nicht durch die RSV vertreten.
- *Kostengutsprache unter Vermeidung der Schuldübernahme*: Der Anwalt verhindert die Schuldübernahme und akzeptiert nur den solidarischen Schuldbeitritt der RSV, ohne Entlassung des Klienten aus der Schuldpflicht.
- *Umfang des Anwaltsmandates* nach Mandatsvereinbarung und Interessenlage des Klienten und *nicht nach der Kostengutsprache der RSV*.

- *Möglichkeit von Zusatzhonorar* durch den Klienten über die Kostengutsprache hinaus.
- Möglichkeit der *Vertretung des Klienten* bei separater Vollmacht gegenüber der RSV.
- *Fordert die RSV Berichte* nicht beim Versicherten, sondern *beim Anwalt, hat die RSV dies dem Anwalt zu bezahlen*.
- Bei «*subsidiärer*» *Kostengutsprache leistet die RSV trotzdem laufend* – im Sinne eines Vorschusses an den Versicherten – *Honorar an den Anwalt*.
- Der *Anwalt orientiert den Mandanten* über allenfalls bestehende *Vereinbarungen/(Rahmen-)Verträge mit der Rechtsschutzversicherung* und legt diese offen.<sup>22</sup>

##### 2. Hauptvorkehren des Anwalts

###### A) Schuldbeitritt der Rechtsschutzversicherung

Versicherungsrechtliches Deckungsverhältnis und Anwaltsvertrag bleiben getrennt.<sup>23</sup> Der Mandant muss zur Wahrung der Unabhängigkeit des Anwalts selbst *Honorarschuldner des Anwalts* bleiben. Dies trotz Kostengutsprache der RSV. Mit der Kostengutsprache sichert der Rechtsschutzversicherer dem Versicherten im Umfang des Versicherungsschutzes zu, ihn von seiner Honorarschuld gegenüber dem Anwalt zu befreien.<sup>24</sup> Würde es durch die Kostengutsprache zu einem Schuldnerwechsel statt zu einem Schuldbeitritt kommen, wäre die Unabhängigkeit des Anwalts<sup>25</sup> gegenüber der RSV nicht mehr gewährleistet.

Die Rechtsprechung hat die Wirkung der Kostengutsprache mit Bezug auf Schuldbeitritt oder Schuldübernahme nicht geklärt. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, die Kostengutsprache sei ein Antrag auf Schuldübernahme und damit auf Schuldnerwechsel nach OR 176 Abs. 1 OR. Da es zu einem Schuldnerwechsel gemäss Art. 176 Abs. 3 OR auch konkludent kommen kann,

<sup>19</sup> Art. 167 Abs. 2 AVO.

<sup>20</sup> Art. 167 Abs. 3 AVO.

<sup>21</sup> Schliesslich fand dies in den gemeinsam verabschiedeten Empfehlungen für RSV und für Anwälte Anerkennung, auch wenn dadurch einige Diskussionen in der PK, offenbar aber auch bei den Mitgliedern der «Fachkommission Rechtsschutz SVV» ausgelöst wurden. Die «Fachkommission Rechtsschutz SVV» hat heute weniger Mitglieder als bei der Arbeitsaufnahme der PK RSV.

<sup>22</sup> Eine offizielle Haltung des SAV zu dieser Frage gibt es derzeit nicht. Der SGAV hingegen bezeichnet Verträge zwischen Anwalt und Versicherer als heikel. «Kooperationsverträge» zwischen Anwalt und RSV können den Anschein der fehlenden Unabhängigkeit des Anwalts begründen.

<sup>23</sup> DÄHLER, op. cit. Fn. 4, S. 484.

<sup>24</sup> Ungenau THIERRY LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, Basel 2018, N. 546, der von Befreiung des Versicherten im Umfang der Kostengutsprache spricht.

Der Versicherer befreit den versicherten Anwaltsmandanten nicht durch die Kostengutsprache. Befreiend wirkt nur die Zahlung direkt an den Anwalt. Dies solange von interner Schuldübernahme (Art. 175 Abs. 1 OR) mit der Wirkung eines Schuldbeitritts und nicht von privativer Schuldübernahme (Art. 176 Abs. 2 OR) mit der Wirkung eines Schuldnerwechsels auszugehen ist.

<sup>25</sup> Art. 12 Abs. 1 lit. b BGFA, Art. 2 Abs. 1 und Art. 10 SSR/SAV, Art. 2.1 CCBE.

ist dem Anwalt empfohlen, Vorkehrungen zu treffen, damit dieser Schuldnerwechsel nicht stattfindet und er in seiner Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt wird.

#### B) Sicherung Schuldbeitritt durch Rechtsschutzversicherung

Wichtige Massnahmen gegen konkludente Begründung<sup>26</sup> einer Schuldübernahme mit Schuldnerwechsel sind folgende:

- Fakturierung auf den Namen des Klienten und nicht auf den Namen des Rechtsschutzversicherers<sup>27</sup>
- Klausel zum Ausschluss der Schuldübernahme in der Honorarvereinbarung und/oder in der Anwaltsvollmacht oder in einer separaten Zusatzvereinbarung.
- Hinweise in der Korrespondenz bei Mandatsbegründung oder bei Eingang einer Kostengutsprache.

Als klarste Vorkehrung wird empfohlen, in Rechtsschutzfällen vom Klienten zusammen mit der Entbindungserklärung eine erweiterte Erklärung unterzeichnen zu lassen. Damit wird für den Klienten Klarheit geschaffen, dass die Kostengutsprache zum Schuldbeitritt des Rechtsschutzversicherers führt. Der St.Galler Anwaltsverband empfiehlt dies heute schon seinen Mitgliedern und hat eine ähnliche Klausel in die Mustervollmachten aufgenommen.

Dem Anwalt ist folgende Klausel zur Unterzeichnung durch den Klienten empfohlen:

##### Zusatzvereinbarung in Rechtsschutzfällen

Die auftraggebende Partei entbindet die beauftragte Partei gegenüber der \_\_\_\_\_ Rechtsschutzversicherung von der Wahrung des Berufsgeheimnisses und ermächtigt sie, dieser alle in der Sache notwendigen und nützlichen Auskünfte zu erteilen.

Die Kostengutsprache der Rechtsschutzversicherung bewirkt den Schuldbeitritt der Rechtsschutzversicherung; die auftraggebende Partei wird von der Honorarzahlung befreit, wenn und soweit die Rechtsschutzversicherung Zahlungen leistet.

Ort, Datum:                      Der/die Auftraggebende:

#### V. Fallabschluss in Rechtsschutzfällen

Dazu sind die Empfehlungen hier kaum näher zu erläutern. Immerhin ist auf einen Punkt hinzuweisen, der in der Anwaltschaft nicht hinreichend beachtet wird: *Die Honorarrechnung ist an den Klienten auszustellen*, auch wenn diese der RSV zugestellt wird. Der Klient soll Honorarschuldner bleiben, unabhängig davon, ob und wie viel die RSV leistet.

Diese Vorgehensweise stützt zusätzlich die Schadenminderungspflicht des Versicherten gegenüber dem Versicherer. Da Versicherungsleistungen der RSV nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 18 lit. a. MWStG nicht der Mehrwertsteuer unterliegen und der Versicherer selbst keine Vorsteuerrückerstattung auf erbrachte Anwaltshonorare in Anspruch nehmen kann, ist die Honorarnote auf den Versicherten auszustellen. Damit vermeidet der Anwalt, die Rechnung falsch auszustellen und allenfalls den Steuerbetrag nicht erstattet zu erhalten, weil nur der eigentliche Dienstleistungsempfänger (Klient) und nicht der Versicherer vorsteuerabzugsberechtigt sein kann und für die MwSt. auf der Honorarnote aufkommen muss. Da der MwSt.-pflichtige Klient gegenüber der RSV nur Anspruch auf die steuerfreie Versicherungsleistung hat, drängt sich Fakturierung an den Klienten auf. In der Regel wird der Versicherer bei MwSt.-pflichtigen Versicherten dem Anwalt nur den steuerfreien Betrag vergüten und der Versicherte selbst hat dem Anwalt in diesem Fall die Mehrwertsteuer zu bezahlen.

#### VI. Konklusion

Anwälten wird in allen Rechtsschutzfällen empfohlen:

- Dem Klienten die Checkliste Rechtsschutzversicherung SAV/SVV abgeben
- Die Empfehlungen für Rechtsanwälte im Umgang mit Rechtsschutzversicherungen beachten
- Eine Erklärung gemäss obigem Muster durch den Klienten unterzeichnen lassen, mit der der Schuldbeitritt des Rechtsschutzversicherers festgelegt wird.
- Die Honorarnote auf den Mandanten und nicht auf die Rechtsschutzversicherung ausstellen

Den kantonalen Anwaltsverbänden ist empfohlen, den Umgang der Anwälte mit den Rechtsschutzversicherungen in das Ausbildungsprogramm aufzunehmen.

<sup>26</sup> Eine Bestimmung wie in den AVB Rechtsschutzversicherung Basic/Optima der AXA-ARAG, Ausgabe 03.2017, A11 Ziff. 5, ist selten, möglicherweise sogar singulär. Diese lautet: «Die Mitteilung der versicherten Person an den Anwalt, dass Kostengutsprache erfolgt ist, begründet keinen Antrag auf Schuldübernahme.» Auch in diesen Fällen ist die hier empfohlene Zusatzklärung zwischen Mandant und Anwalt nicht nutzlos, richten sich die AVB doch nur an die am Versicherungsvertrag beteiligten Parteien. Dazu gehört der Anwalt nicht.

<sup>27</sup> Das hindert nicht, die Honorarnote an den Rechtsschutzversicherer zu senden.



Schweizerischer Anwaltsverband    Federazione Svizzera degli Avvocati  
Fédération Suisse des Avocats    Swiss Bar Association



Schweizerischer Versicherungsverband  
Association Suisse d'Assurances  
Associazione Svizzera d'Assicurazioni  
Swiss Insurance Association

## Empfehlungen für Rechtsanwälte im Umgang mit Rechtsschutzversicherern

### Präambel

Rechtsschutzversicherungen und Rechtsanwälte sind bestrebt, allen Rechtsuchenden den bestmöglichen Zugang zum Recht sicherzustellen. Dazu ist ein optimales Zusammenwirken dieser Akteure im Interesse von Versicherten und Mandanten unabdingbar. Beide Akteure schulden sich Respekt für die Rolle des anderen im Rechtssystem.

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte unterstehen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit staatlicher Aufsicht und den zwingenden Vorschriften des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (BGFA). Sie sind zudem verpflichtet, die Standesregeln einzuhalten. Der Rechtsstaat ist auf die einwandfreie Ausübung des Anwaltsberufes angewiesen, insbesondere auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses, die Sicherstellung der anwaltlichen Unabhängigkeit sowie das Vermeiden von Interessenkollisionen. Diese Berufsregeln sind für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nicht verhandelbar.

Rechtsschutzversicherungen unterstehen der Aufsicht der FINMA. Sie haben die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Versicherungsaufsicht inklusive Verordnungen, das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) sowie die Versicherungsverträge und allgemeinen Versicherungsbedingungen zu respektieren. Sie haben einerseits die Interessen des einzelnen Versicherungsnehmers, andererseits aber auch die Interessen der Versichertengemeinschaft zu wahren. Sie sind verpflichtet, das Gleichbehandlungsgebot, die Schadenminderung und versicherungsrechtliche Obliegenheiten zu beachten. Nur so ist es möglich, den Versicherten eine bezahlbare Prämie und deren Ansprüche im Rechtsstaat zu gewährleisten.

## 1 Kontaktaufnahme

### Kontaktaufnahme beim Rechtsanwalt

- Der Rechtsanwalt macht sich ein Bild über die Ausgangslage, prüft, ob eine Interessenkollision vorliegt, und erkundigt sich über die laufenden Fristen.
- Der Rechtsanwalt hat ein Mandat eines Klienten sofort abzulehnen, wenn er es nicht führen kann oder will (Art. 395 OR).
- Der Rechtsanwalt fragt seinen Klienten, ob eine Rechtsschutzversicherung besteht und ob der Klient diese in Anspruch nehmen will.
- Will der Versicherte seine Rechtsschutzversicherung in Anspruch nehmen, so hält ihn der Rechtsanwalt an, den Fall sofort und persönlich bei der Rechtsschutzversicherung anzumelden. Der Rechtsanwalt weist den Klienten auf die Checkliste SAV/SVV für Versicherte hin.
- Wird ein externer Rechtsanwalt für die Fallführung beigezogen, nimmt die Rechtsschutzversicherung vor der Kostengutsprache an den Klienten mit jenem Kontakt auf.
- Die Fallanmeldung bei der Rechtsschutzversicherung ist keine versicherte Leistung und wird daher von der Rechtsschutzversicherung grundsätzlich nicht übernommen.
- Erfolgt die Fallanmeldung durch den Rechtsanwalt, so hat die rechtsschutzversicherte Person bis zu einer allfälligen Kostengutsprache das Honorar grundsätzlich selbst zu tragen. Die Kostengutsprache durch die Rechtsschutzversicherung kann rückwirkend erklärt werden, dies ist aber nicht zwingend.
- Der Rechtsanwalt hat seinen Klienten über Vereinbarungen/Verträge mit der Rechtsschutzversicherung zu informieren und diese auf Wunsch des Klienten auch offenzulegen.
- Die Rechtsschutzversicherung erteilt dann rasch eine Kostengutsprache an den Versicherten und orientiert auch dessen Rechtsanwalt. Gleiches gilt für Erweiterungen und Einschränkungen.

### Bei Fallführung durch einen Rechtsanwalt

- Auch bei Vorliegen einer Rechtsschutzversicherung besteht das Mandatsverhältnis ausschliesslich zwischen dem Klienten und dem Rechtsanwalt.
- Zur Wahrung der Unabhängigkeit achtet der Anwalt darauf, dass die Kostengutsprache nicht zur alleinigen Schuldübernahme durch den Rechtsschutzversicherer führt, sondern zum solidarischen Schuldbeitritt neben dem Mandanten.
- Der Rechtsanwalt achtet darauf, dass die Kostengutsprache folgende Punkte beinhaltet:
  - › die Parteien
  - › den Streitgegenstand
  - › falls bezifferbar, den Streitwert und allfällige Streitwertbegrenzungen
  - › die Modalitäten der Honorierung und Abrechnung, soweit die Rechtsschutzversicherung dafür aufkommt
  - › ein allfälliges Kostendach; es ist dem Streitgegenstand angemessen zu erteilen
  - › allfällige Leistungslimiten und die Summen der aktuell verbleibenden Versicherungsdeckung
- Der Umfang des Anwaltsmandates muss nicht identisch sein mit der Versicherungsdeckung bzw. der Kostengutsprache der Rechtsschutzversicherung.
- Falls die Kostengutsprache der Rechtsschutzversicherung vom vereinbarten Mandatsumfang und von den vereinbarten Honorargrundzügen mit dem Klienten abweicht und Mehrkosten für den Klienten zu erwarten sind, klärt der Rechtsanwalt den Klienten darüber auf und führt soweit möglich separate Rechnungen.
- Der Rechtsanwalt informiert den Klienten, dass dieser auch bei Vorliegen einer Kostengutsprache allenfalls weitere wirtschaftliche Folgen (bspw. ungedeckte Anwaltskosten, Gutachten, Gerichtskosten, Entschädigungen an Gegenparteien) zu tragen hat.

## 2 Während der Fallbearbeitung

- Der Rechtsanwalt untersteht zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihm infolge seines Berufes von seiner Klientschaft anvertraut wird. Eine allfällige Entbindung verpflichtet ihn nicht zur Preisgabe von Anvertrautem.
- Der Rechtsanwalt wahrt die Interessen seines Klienten, er informiert ihn über die Schadenminderungspflicht gegenüber der Rechtsschutzversicherung und über die Obliegenheit des Versicherten, die Rechtsschutzversicherung über wesentliche Schritte des Verfahrens zu orientieren.
- Der Rechtsanwalt kann sich vom Klienten beauftragen lassen, die Obliegenheiten gegenüber der Rechtsschutzversicherung zu übernehmen. Er muss sich diesbezüglich vom Anwaltsgeheimnis befreien lassen. Er hat dabei aber auch immer die Interessen des Klienten – insbesondere auch gegenüber der Rechtsschutzversicherung – zu wahren.
- Der Rechtsanwalt ist sich bewusst, dass die Rechtsschutzversicherung grundsätzlich einen Weiterzug nach jedem Instanzenabschluss neu prüft. Er ist dafür besorgt, dass die Rechtsschutzversicherung die relevanten Unterlagen für eine Prüfung rechtzeitig erhält und damit auch in der Lage ist, eine allfällige Aussichtslosigkeit geltend zu machen und das von der Aufsichtsverordnung (Art. 169 AVO) vorgesehene Verfahren in die Wege zu leiten.
- Liegt die entsprechende Entbindungserklärung vor, kann der Rechtsanwalt die Rechtsschutzversicherung mittels Orientierungskopien über wesentliche Schritte informieren und ihm notwendig erscheinende Erweiterungen, Weiterzüge oder Mandatserweiterungen anzeigen.
- Die Rechtsschutzversicherung kann grundsätzlich Zwischenberichte über den Stand des Verfahrens beim Versicherten unentgeltlich einverlangen. Verlangt die Rechtsschutzversicherung statt vom Versicherten direkt durch den Rechtsanwalt orientiert zu werden, so kann der entsprechende angemessene Aufwand bei der Rechtsschutzversicherung in Rechnung gestellt werden.
- Sind keine anderen Modalitäten vereinbart, kann der Rechtsanwalt nach Fallverlauf, mindestens aber einmal jährlich, Rechnung stellen, auch wenn die Rechtsschutzversicherung subsidiär leistungs- oder vorschusspflichtig ist.
- Die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Erledigung (Schadenauskauf) muss der Rechtsschutzversicherung gewahrt bleiben.

## 3 Fallabschluss

- Vor einem möglichen Vergleich (z.B. vor einer Verhandlung) informiert der Rechtsanwalt die Rechtsschutzversicherung frühzeitig und klar über die Rahmenbedingungen und holt ihr Einverständnis ein, sofern diese bei Vergleichsabschluss Kosten zu tragen hat. Allenfalls ist im Vergleich ein Widerrufsvorbehalt einzufügen.
- Die Honorarrechnung ist (auch bei Versand an die Rechtsschutzversicherung) auf den Klienten auszustellen. Die Abrechnung ist zu detaillieren, soweit ein Honorar nach Zeitaufwand vereinbart worden ist.
- Ist der Klient vorsteuerabzugsberechtigt, kann die Rechtsschutzversicherung die Bezahlung der Mehrwertsteuer vom Klienten an den Rechtsanwalt verlangen.
- Anwaltskostenentschädigungen von Dritten sind höchstens im Umfang der von der Rechtsschutzversicherung erbrachten Leistungen an diese zurückzuerstatten.
- Können sich der Rechtsanwalt und die Rechtsschutzversicherung hinsichtlich des Honorars nicht einigen, so soll das Moderationsverfahren (sofern vorhanden) angerufen werden.
- Der Fallabschluss ist der Rechtsschutzversicherung klar zu melden.



## Empfehlungen für Rechtsschutzversicherer im Umgang mit unabhängigen Anwälten

### Präambel

Rechtsschutzversicherungen und Rechtsanwälte sind bestrebt, allen Recht suchenden den bestmöglichen Zugang zum Recht sicherzustellen. Dazu ist ein optimales Zusammenwirken dieser Akteure im Interesse von Versicherten und Mandanten unabdingbar. Beide Akteure schulden sich Respekt für die Rolle des anderen im Rechtssystem.

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte unterstehen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit staatlicher Aufsicht und den zwingenden Vorschriften des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (BGFA). Sie sind zudem verpflichtet, die Standesregeln einzuhalten. Der Rechtsstaat ist auf die einwandfreie Ausübung des Anwaltsberufes angewiesen, insbesondere auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses, die Sicherstellung der anwaltlichen Unabhängigkeit sowie das Vermeiden von Interessenkollisionen. Diese Berufsregeln sind für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nicht verhandelbar.

Rechtsschutzversicherungen unterstehen der Aufsicht der FINMA. Sie haben die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Versicherungsaufsicht inklusive Verordnungen, das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) sowie die Versicherungsverträge und allgemeinen Versicherungsbedingungen zu respektieren. Sie haben einerseits die Interessen des einzelnen Versicherungsnehmers, andererseits aber auch die Interessen der Versichertengemeinschaft zu wahren. Sie sind verpflichtet, das Gleichbehandlungsgebot, die Schadenminderung und versicherungsrechtliche Obliegenheiten zu beachten. Nur so ist es möglich, den Versicherten eine bezahlbare Prämie und deren Ansprüche im Rechtsstaat zu gewährleisten.

## 1 Kontaktaufnahme

### Fallanmeldung durch oder für den Versicherten

- Grundsätzlich ist es die Pflicht des Versicherten, nach Versicherungsvertragsgesetz (VVG), die Fallanmeldung bei der Rechtsschutzversicherung raschestmöglich vorzunehmen. Nach der Fallanmeldung prüft die Rechtsschutzversicherung, ob und in welchem Umfang eine Deckung besteht. Zudem entscheidet sie, ob sie den Fall mit eigenen Juristen intern oder durch externe Anwälte bearbeiten lässt.
- Mandatiert der Versicherte für die Fallanmeldung einen Rechtsanwalt, so prüft die Rechtsschutzversicherung auch in diesem Fall zuerst, ob und in welchem Umfang eine Deckung besteht. Sie entscheidet, ob der Fall mit eigenen Juristen intern oder durch einen externen Anwalt bearbeitet werden soll.
- Erfolgt die Fallanmeldung durch den selbst gewählten Anwalt, so hat der Versicherte bis zur allfälligen Kostengutsprache das Honorar selbst zu tragen. Die Kostengutsprache durch die Rechtsschutzversicherung kann auch rückwirkend erklärt werden, dies ist aber nicht zwingend.
- Bei einer unverschuldeten Obliegenheitsverletzung des Versicherten, insbesondere bei einem nachvollziehbaren Anwaltsbeizug (Anwalt der ersten Stunde, Notsituation usw.), wird bei einem versicherten Ereignis auf den Einwand der Obliegenheitsverletzung verzichtet.
- Zieht der Versicherte erstmalig einen Rechtsanwalt vor der Leistungszusage des Rechtsschutzversicherers bei, so soll dieser Umstand allein nicht zur vollständigen Leistungsverweigerung für die weiteren Schritte führen.
- Die Rechtsschutzversicherung teilt dem Versicherten, bzw. dessen Rechtsanwalt sofort allfällige Leistungsbeschränkungen (bspw. Kürzungen wegen Grobfahrlässigkeit, Selbstbehalt usw.) oder Leistungsvorbehalte (Vorsatz, Subsidiarität usw.) mit.
- Bei Interessenkollisionen findet durch die Rechtsschutzversicherung keine Bearbeitung des Rechtsschutzfalles durch interne Juristen statt. Als Interessenkollision ist insbesondere auch ein Rechtsstreit gegen eine assoziierte Konzerngesellschaft oder wenn zwei oder mehrere Parteien bei der gleichen Rechtsschutzversicherung versichert sind, anzusehen. Sie teilt dies dem Versicherten mit und orientiert ihn über sein Recht auf freie Anwaltswahl.
- Falls der Versicherungsnehmer in Einzelfällen ausdrücklich eine interne Bearbeitung wünscht, nachdem er vollumfänglich über die Interessenkollision und das Recht auf freie Anwaltswahl aufgeklärt worden ist, kann die interne Bearbeitung möglich bleiben.
- Das Recht auf eine wirtschaftliche Erledigung (Schadenauskauf) bleibt auch in diesem Fall gewahrt.
- Besteht ein Interessenkonflikt, verzichtet die Rechtsschutzversicherung darauf, die Gründe für die Interessenkollision darzulegen.
- Im Monopolbereich darf die Rechtsschutzversicherung keine Eigenbearbeitung vornehmen.
- Die Rechtsschutzversicherung informiert anschliessend über das weitere Vorgehen, insbesondere die notwendigen Schritte zur Rechtswahrung, und verweist auf die Checkliste SAV/SVV für Rechtsschutzversicherte. (Link zur spezifischen Website SAV)
- Bei einem notwendigen Beizug eines Rechtsanwaltes orientiert die Rechtsschutzversicherung den Versicherten über sein Recht der freien Anwaltswahl:
  - › Sie weicht nicht ohne wichtigen Grund von dessen Anwaltswahl ab. Sie achtet das Recht der Versicherten, sich durch einen Rechtsanwalt ihres Vertrauens vertreten zu lassen.
  - › Bei Ausübung des Ablehnungsrechts im Monopolbereich oder bei Interessenkollision macht die Rechtsschutzversicherung den Versicherten auf dessen weiteres Vorschlagsrecht nach Art. 167 Abs. 2 AVO aufmerksam. Nach dessen drei weiteren Anwaltsvorschlägen muss die Rechtsschutzversicherung schliesslich einen vom Versicherten vorgeschlagenen Rechtsanwalt akzeptieren. Das Ablehnungsrecht der Rechtsschutzversicherung ist sofort auszuüben.

### Kontaktaufnahme mit dem Anwalt

- Wird ein externer Rechtsanwalt beigezogen, nimmt die Rechtsschutzversicherung vor der Kostengutsprache mit diesem Kontakt auf.
  - › Die Rechtsschutzversicherung vergewissert sich, dass der Rechtsanwalt über die beteiligten Parteien, den Streitgegenstand, den Verfahrensstand, laufende Fristen sowie die Versicherungsdeckung und deren Grenzen informiert ist. Wenn der Rechtsanwalt danach das Mandat nicht führen kann, muss er das Mandat sofort ablehnen (Art. 395 OR).
  - › Kann der Rechtsanwalt das Mandat führen, orientiert er die Rechtsschutzversicherung über die Grundsätze seiner Honorierung und die Abrechnungsmodalitäten. Die Rechtsschutzversicherung teilt mit, inwiefern sie sich daran beteiligt oder diese übernimmt.
  - › Allfällige Vereinbarungen einer Sicherungssession zwischen Klient und Anwalt sind zu respektieren.
- Die Rechtsschutzversicherung erteilt rasch eine Kostengutsprache an den Versicherten und orientiert auch dessen Rechtsanwalt. Gleiches gilt für Erweiterungen und Einschränkungen.

- Die Kostengutsprache soll folgende Punkte beinhalten:
  - › die Parteien
  - › den Streitgegenstand
  - › falls bezifferbar, den Streitwert und allfällige Streitwertbegrenzungen
  - › die Modalitäten der Honorierung und Abrechnung, soweit die Rechtsschutzversicherung dafür aufkommt
  - › ein allfälliges Kostendach; es ist dem Streitgegenstand angemessen zu erteilen
  - › allfällige Leistungslimiten und die Summen der aktuell verbleibenden Versicherungsdeckung
- Folgende Besonderheiten sollen in der Kostengutsprache explizit erwähnt werden:
  - › Nichterstattung der Mehrwertsteuer durch die Rechtsschutzversicherung bei vorsteuerabzugsberechtigten Mandanten
  - › Leistungskürzungen und/oder Selbstbehalte
  - › Tragung/Nichttragung von Vorschüssen, Verfahrenskosten, Entschädigungen an Verfahrensgegner, Kosten für Beweismittel usw.
  - › besondere Unterstützungsangebote der Rechtsschutzversicherungen (beratende Ärzte, Case Management, Fachstelle usw.)
  - › Modalitäten im Vergleichsfall
  - › Modalitäten zur Information der Rechtsschutzversicherung

## 2 Während der Fallbearbeitung

- Die Rechtsschutzversicherung respektiert die Standesregeln, insbesondere das Berufsgeheimnis und die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes.
- Dem Rechtsvertreter dürfen keine Weisungen zum Nachteil des Versicherten erteilt werden.
- Die Rechtsschutzversicherung kann Zwischenberichte unentgeltlich beim Versicherten einverlangen. Verlangt die Rechtsschutzversicherung statt vom Versicherten direkt durch den Rechtsanwalt orientiert zu werden, ist der entsprechende Aufwand durch die Rechtsschutzversicherung zu entschädigen.
- Sind keine anderen Modalitäten vereinbart, kann der Rechtsanwalt nach Fallverlauf, mindestens aber einmal jährlich, Rechnung stellen, auch wenn die Rechtsschutzversicherung subsidiär leistungs- oder vorschusspflichtig ist.
- Die Kostengutsprache für einen Weiterzug wird nach jedem Instanzenabschluss neu geprüft.
- Bei Meinungsverschiedenheiten, insbesondere bei der Geltendmachung der Aussichtslosigkeit, sind folgende Punkte zu beachten:
  - › rechtzeitige Mitteilung an den Rechtsanwalt, insbesondere in Rechtsmittelverfahren
  - › schriftliche Mitteilung und Begründung über Art und Umfang der Meinungsverschiedenheit
  - › Aufklärung über die Möglichkeit des Schiedsverfahrens nach Art. 169 AVO und der entsprechenden Bestimmungen in den jeweiligen AVB
  - › Hinweis auf Art. 169 Abs. 4 AVO, wonach die versicherte Person bei Ablehnung der Leistungspflicht durch die Rechtsschutzversicherung auf eigene Kosten einen Prozess einleiten kann. Beim Erlangen eines günstigeren Resultats als desjenigen, das von der Rechtsschutzversicherung prognostiziert worden ist, muss die Rechtsschutzversicherung die dadurch entstandenen Kosten übernehmen.
  - › Erfolgt die Kostengutsprache für Anwaltskosten und soll diese nachträglich eingeschränkt werden, muss dies schriftlich (auch) dem Rechtsanwalt durch die Rechtsschutzversicherung mitgeteilt werden. Die Einschränkung oder der Widerruf der Kostengutsprache erfolgt gegenüber dem gutgläubigen Rechtsanwalt mit Wirkung «ex nunc».

## 3 Fallabschluss

- Vor einem Vergleich gibt die Rechtsschutzversicherung dem Rechtsanwalt frühzeitig und klar die von ihr akzeptierten Rahmenbedingungen bezüglich der Kostentragung bekannt. Dem Rechtsanwalt sind die der Rechtsschutzversicherung bisher entstandenen Kosten dokumentiert mitzuteilen, soweit diese vom Rechtsanwalt in den Vergleich einbezogen werden sollen.
- Können sich die Rechtsschutzversicherung und der Rechtsanwalt hinsichtlich des Honorars nicht einigen, so soll das Moderationsverfahren (sofern vorhanden) angerufen werden.

Sämtliche sprachlichen Fassungen der Checklisten können auf der Webseite des SAV heruntergeladen werden.

# ASSURANCE DE LA PROTECTION JURIDIQUE: LES NOUVELLES RECOMMANDATIONS POUR LES AVOCATS ET LES ASSUREURS

**PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP**

Avocat, Lausanne

Mots-clés: assurance protection juridique, recommandation pour les avocats, recommandation pour les assureurs, indépendance de l'avocat, libre choix de l'avocat, reprise de dette cumulative

Le 1<sup>er</sup> janvier 2019 sont entrées en vigueur de nouvelles recommandations élaborées conjointement entre la FSA et l'ASA. Elles ont pour objet principal de clarifier et de faciliter la relation triangulaire complexe entre assureur, assuré et avocat. Cette contribution a pour objet d'en présenter les grandes lignes.

## I. Introduction

Après une longue période d'interruption, les échanges entre une délégation de la Fédération Suisse des Avocats (ci-après FSA) et la commission Assurance protection juridique de l'Association Suisse des Assureurs (ci-après ASA) avait abouti, en 2015, à l'élaboration par une Commission paritaire FSA/ASA<sup>1</sup> d'un aide-mémoire intitulé «Check-list pour les assurés en protection juridique», disponible en plusieurs langues. Ce document, dont il était recommandé qu'il soit remis par les assureurs à leurs assurés, avait pour objet de faciliter les démarches de ces derniers confrontés à un sinistre.

Cette Check-list a notamment fait l'objet d'une présentation détaillée dans un article de Me MANFRED DÄHLER dans la Revue de l'Avocat 11/12 2015<sup>2</sup>. Elle a également fait l'objet d'une présentation et d'un débat lors du Congrès de la FSA de 2017 à Lucerne.

Il ne s'agissait cependant que d'une première étape et l'objectif de la Commission paritaire consistait à élaborer des aide-mémoires destinés aux avocats ainsi qu'aux assureurs protection juridique. Les discussions sont maintenant terminées et deux documents intitulés «Recommandations à l'attention des avocats pour la gestion de leurs relations avec les assurances protection juridique» et «Recommandations à l'attention des assurances de protection juridique pour la gestion de leurs relations avec les avocats indépendants» sont entrés en vigueur le 1.1.2019. Ces recommandations sont disponibles en allemand, français et italien<sup>3</sup>. Elles sont reproduites en annexe à cette brève présentation.

## II. Le cadre réglementaire

La contribution mentionnée ci-dessus de MANFRED DÄHLER<sup>4</sup> exposait de manière détaillée les enjeux des discussions entre la FSA et l'ASA<sup>5</sup>: d'une part, l'état du marché de l'assurance protection juridique ne cesse de croître et l'accès à la Justice est rendu toujours plus difficile par notamment une augmentation vertigineuse des frais de

- 1 La Commission paritaire est composée des personnes suivantes.  
Pour l'Association suisse des assureurs (ASA):
  - Tanja Wilke, Chef-adjointe du département des sinistres ASA
  - Daniel Eugster, CEO, CAP Compagnie d'assurance de Protection juridique, président de la commission Assurance Protection juridique de l'ASA
  - Daniel Siegrist, CEO COOP Protection Juridique SA et Helsana Protection juridique SAPour la Fédération suisse des Avocats (FSA):
  - René Rall, Secrétaire général FSA
  - Manfred Dähler, ancien Bâtonnier St-Gall
  - Pierre-Dominique Schupp, ancien Président FSA et Bâtonnier Vaud
- 2 MANFRED DÄHLER, Développer à bon escient les relations avec les assurances de protection juridique, Revue de l'Avocat, 11/12 2015, pp. 486 ss.
- 3 [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch).
- 4 Cf. rem 3.
- 5 Trois assureurs, Axa-Arag, Dextra et depuis plus récemment Assista ne font pas, ou plus, partie de la Commission Assurance Protection Juridique de l'ASA.

justice et une complexification des procédures<sup>6</sup>. D'autre part, le fonctionnement de l'assurance protection juridique est régi par les art. 161 à 170 de l'Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS)<sup>7</sup>. Dans le cadre de leurs échanges, assureurs et avocats restaient ainsi tenus par le cadre rigide de l'OS.

On pense ici en particulier à l'art. 167 OS qui n'instaure en Suisse qu'un libre choix limité de l'avocat, l'assureur pouvant refuser l'avocat proposé par un client mais devant ensuite choisir sur une liste de trois avocats qui lui est soumise par l'assuré<sup>8</sup>. La Recommandation assureur retient à cet égard que l'assureur ne devrait éviter de s'écarter du choix de son assuré que dans des cas importants.

On doit aussi rappeler que les avocats sont soumis à des obligations professionnelles et déontologiques et que la FSA ou les ordres cantonaux ne sauraient conclure des conventions tarifaires avec les assureurs, car elles tomberaient sans aucun doute sous le coup des dispositions en matière de cartel<sup>9</sup>.

### III. Les recommandations

#### 1. Généralités

Comme pour la check-list destinée aux assurés, la Commission paritaire a cherché, dans les Recommandations, à clarifier la réglementation et à structurer les rapports entre les avocats et les assureurs. L'objectif est d'apporter davantage de transparence, de contribuer à améliorer la confiance mutuelle afin, comme le précise le Préambule de chacune des deux Recommandations, de garantir aux justiciables le meilleur accès possible à la Justice.

Les Recommandations sont destinées d'une part aux avocats et d'autre part aux Assureurs. Le choix d'élaborer deux textes est dû à la nécessité de tenir compte des spécificités et contraintes des deux parties. Toutefois, la Commission a veillé à ce que des dispositions miroirs figurent dans les deux textes afin de garantir la cohérence du dispositif. Dans ce sens, seules ont été reprises et adoptées des recommandations qui pouvaient être acceptées par chacune des deux parties.

La Commission paritaire s'en est aussi tenue à la conception juridique sur laquelle elle s'était fondée en 2015 et qui pour elle est centrale, à savoir qu'il n'existe dans le rapport triangulaire entre assureur, assuré/client et avocat indépendant que deux relations contractuelles, à savoir:

- le contrat d'assurance entre l'assuré et l'assureur;
- le contrat de mandat entre l'assuré et l'avocat.

En conséquence, *il n'existe pas de lien contractuel entre l'assureur et l'avocat*. Dès lors, c'est à l'assuré seul qu'appartiennent les droits et obligations qui découlent du contrat d'assurance<sup>10</sup>.

#### 2. Les dispositions topiques

Chaque Recommandation est divisée en trois parties et porte sur les éléments à prendre en considération, tout d'abord, (1) lors de la prise de contact avec l'avocat, et ce

jusqu'à l'octroi par l'assureur de la couverture d'assurance qui peut être limitée à certaines opérations, ensuite, (2) elles traitent des obligations de l'avocat durant la gestion du cas pour lequel il a été mandaté (par son client) et, (3) enfin, de la manière dont un cas est clôturé.

Certaines recommandations reprennent les exigences de l'OS ou s'expliquent d'elles-mêmes. On se contentera d'explicitier ci-après celles qui paraissent les plus importantes<sup>11</sup>:

La Recommandation avocat rappelle que, *aussi longtemps que la couverture d'assurance n'est pas accordée par l'assureur, les frais engagés le sont à la charge du client seul*. Cela étant, l'assureur peut, sans obligation de sa part, décider de couvrir rétroactivement les frais déjà engagés. Dans ce sens, l'avocat est bien avisé d'informer son client de cette situation et de l'encourager à contacter directement son assureur.

Certaines CGA stipulent que lorsqu'un assuré consulte un avocat avant de déclarer un sinistre, cela constitue une violation de ses devoirs qui peut entraîner le droit de l'assureur de refuser toute couverture d'assurance<sup>12</sup>. Il est ici rappelé qu'une violation fautive de ses devoirs par l'assuré peut, conformément à l'article 45 de la LF sur le contrat d'assurance<sup>13</sup>, conduire à un tel refus<sup>14</sup>. À ce propos, la Recommandation assureur précise que l'assureur ne devrait pas voir une violation de l'obligation du comportement de l'assuré si son assuré consulte avocat sans l'en informer dans un cas d'urgence et que l'intervention de l'avocat ne peut attendre, par exemple en vue d'une intervention comme avocat de la première heure ou pour sauvegarder un délai, ou dans l'hypothèse où l'assuré consulte, pour la première fois, un avocat avant d'avertir son assureur. Le but est, en premier lieu, de sanctionner uniquement des comportements abusifs.

<sup>6</sup> Voir aussi MANFRED DÄHLER, Rechtsschutzversicherung: Neue Empfehlungen für Rechtsanwälte und Versicherer, in *Revue Suisse de l'Avocat* 1/2019, pp. 5–9: entre 2015 et 2017, le volume des primes a passé de CHF 517.3 millions à CHF 561 millions. Dans la même période, le montant des prestations externes servies par les assureurs protection juridique a passé de CHF 267.5 millions à CHF 292.2 millions. La plus importante partie de ces prestations a été versée aux avocats externes mandatés. Trois assureurs, Axa-Arag, Assista et CAP, depuis la reprise de la DAS, se partagent environ deux tiers du marché.

<sup>7</sup> RS 961.011.

<sup>8</sup> Cette pratique a été jugée contraire à l'art. 201 al 1 let. a de la directive 2009/138/CE dans l'arrêt *Nobile* du 27.10.2017 par la Cour européenne de l'AELE (E-21/16).

<sup>9</sup> DÄHLER, op. cit. rem. 3 p. 488.

<sup>10</sup> DÄHLER, op. cit. p. 489, voir aussi FRANÇOIS BOHNET et MICHAEL ECKLIN, *Avocat et assurance de la protection juridique*, 2<sup>e</sup> Journée des droits de la consommation et de la distribution, Neuchâtel, 2016, rem. 84, p. 66.

<sup>11</sup> La FSA a prévu d'organiser un workshop spécifiquement destiné à traiter des Recommandations FSA/ASA lors de son prochain Congrès de Lucerne du 13 au 15. 6. 2019.

<sup>12</sup> P. ex.: ASSISTA, assurances protection juridique privée, CGA, éd. 2016, état 2018, art. 12, al. 2.

<sup>13</sup> RS 221.229.1.

<sup>14</sup> ATF du 29. 9. 2010, 4A\_349/2010, cons. 4.2.

Il est notoire que certaines compagnies d'assurances ont conclu avec certains avocats dits de confiance des conventions au terme desquelles elles s'engagent à leur transmettre en priorité des mandats, les avocats de leur côté acceptant de pratiquer une politique de prix favorables. De telles conventions sont discutables sur un plan déontologique dans la mesure où elles sont de nature à mettre en péril l'indépendance de l'avocat au sens de l'art. 8 LLCA<sup>15</sup>.

Afin de garantir la transparence, la Recommandation avocat précise que «l'avocat doit informer son client d'éventuelles conventions/contrats avec l'assureur protection juridique et, à la demande du client, les lui présenter».

Le texte relatif aux assureurs reprend l'article 167 al. 3 OS qui impose à l'assureur de rendre son client attentif à son droit de choisir librement un avocat lorsqu'il se trouve lui-même en situation de conflit d'intérêts, que ce soit qu'il assurerait les deux parties à un litige ou que l'assuré se trouverait en litige avec une société faisant partie du même groupe que l'assurance protection juridique.

La Recommandation précise qu'il appartient à l'avocat de veiller à ce que la convention de prise en charge comprenne tous les éléments nécessaires au traitement du dossier, et, notamment les bases de l'honoraire qui sera pris en charge. Il est rappelé ici que l'étendue du mandat confié par le client à son avocat peut diverger de la couverture accordée, si bien que l'avocat doit en informer le client, en particulier que ce dernier doit s'attendre à un surcoût qui lui sera facturé de manière séparée. Il est important ici de préciser que l'existence d'une police d'assurance protection juridique ne donne pas à l'assuré le droit à une couverture indéfinie dans n'importe quelle situation. En revanche, l'étendue du mandat de l'avocat doit, dans tous les cas, être définie non pas en fonction de la couverture d'assurance qui est accordée, mais bien conformément au mandat qui a été confié par le client à son avocat. Il en va de l'indépendance de l'avocat.

Dans le même sens, il importe que les avocats soient conscients de la possibilité pour les assureurs de procéder à un règlement économique du cas. Il est en effet toujours plus fréquent, surtout pour des litiges de peu d'importance, que l'assureur préfère racheter le sinistre plutôt que d'assumer une procédure chère et incertaine.

L'avocat reste soumis au secret professionnel absolu (art. 13 LLCA), et ce quand bien même le client l'aura relevé de son secret à l'égard de l'assureur, comme le prévoient la plupart des CGA des assureurs. Ce nonobstant, le client et assuré a l'obligation d'informer l'assureur des étapes importantes de la procédure. Dans ce sens, la Recommandation avocat précise que l'avocat délié du secret professionnel par son client peut donner ces informations à l'assureur et lui signaler les démarches complémentaires, ce notamment lorsqu'une extension de la couverture d'assurance est nécessaire. Elle retient également que l'assureur doit disposer des documents nécessaires afin de pouvoir se déterminer sur l'éventuelle absence de chances de succès. Il est aussi fréquent que l'assureur requiert des rapports intermédiaires. Lorsque de telles de-

mandes sont adressées à l'avocat, il incombe à l'assureur d'en assumer les frais.

Il est également stipulé que les avocats peuvent adresser leurs notes d'honoraires en fonction de l'évolution du cas, mais au moins une fois l'an. À cet égard, que ce soit en cours de mandat ou au terme de ce dernier, la Recommandation avocat mentionne que *la note d'honoraires doit être libellée au nom du client même si elle est envoyée à l'assureur*. Elle devra être détaillée si la rémunération de l'avocat est convenue sur une base horaire.

Il s'agit d'un point capital: la doctrine est en effet divisée sur la question de savoir si la prise en charge de la note d'honoraires de l'avocat par l'assureur est une reprise de dette cumulative ou si elle consiste en la reprise de dette exclusive par l'assureur (cf. art 176 CO)<sup>16</sup>. Autrement, dit, l'avocat dispose du droit de se retourner contre son client s'il n'est pas payé, voire si des prestations allant au-delà de la couverture ne sont pas réglées. Dans cet esprit, l'avocat prudent fera signer, au début du mandat, une déclaration en vertu de laquelle son client n'est libéré de l'obligation de régler la note d'honoraire que dans la mesure où l'assureur la règle. L'Ordre des avocats de St-Gall a élaboré un modèle de déclaration dans ce sens<sup>17</sup>.

Pour terminer, la Recommandation traite de la toujours délicate question des accords transactionnels: *il importe à l'avocat de recueillir l'accord préalable de l'assureur, en particulier pour ce qui concerne l'éventuelle prise en charge des frais de procédure*. S'il n'est pas possible d'obtenir l'accord préalable de l'assureur, il est recommandé de réserver cet accord au moment de signer une convention de transaction.

### 3. Conclusions

Ces nouvelles Recommandations constituent un outil utile et concret en vue d'une meilleure compréhension entre les avocats et les assureurs de la protection juridique. Il convient maintenant de les diffuser et, aussi bien du côté des avocats que du côté des assureurs, de garantir la formation des utilisateurs.

C'est une tâche, qui, du côté des avocats, peut et doit être effectuée non seulement par la FSA, mais également par les ordres cantonaux.

15 FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, N 1939; FUHRER, Leistungen des Rechtsschutzversicherers, insbesondere Anspruch auf Beiziehen eines unabhängigen Anwalts, S. 83 ff, in: Fellmann (Hrsg.), Weiterbildung Recht, Rechtsschutzversicherung und Anwalt, Tagung vom 4. 4. 2017 in Luzern, Bern 2017; FRANÇOIS BOHNET et MICHAEL ECKLIN, op. cit. rem. 104, p. 73.

16 FRANÇOIS BOHNET ET MICHAEL ECKLIN, op. cit. rem. 110 ss, pp. 76 ss.

17 MANFRED DÄHLER, Rechtsschutzversicherung: Neue Empfehlungen für Rechtsanwälte und Versicherer, op. cit p. 5.



## Recommandations à l'attention des avocats pour la gestion de leurs relations avec les assurances protection juridique

### Préambule

Les assurances de protection juridique et les avocats s'efforcent de garantir aux justiciables le meilleur accès possible à la justice. Pour ce faire, une coopération étroite entre ces acteurs est indispensable, dans l'intérêt des assurés et des mandants. Ils se témoignent un respect mutuel dans les rôles respectifs que leur confère notre ordre juridique.

Dans l'exercice de leur profession, les avocats sont soumis à une surveillance étatique et aux dispositions impératives de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA). Ils sont en outre tenus de respecter les règles de déontologie. L'état de droit requiert le respect absolu des principes qui gouvernent la profession d'avocat, en particulier le secret professionnel, l'indépendance de l'avocat, ainsi que l'interdiction des conflits d'intérêts. Ces règles professionnelles sont des éléments non négociables pour les avocats.

Les assurances protection juridique sont soumises à la surveillance de la FINMA. Elles sont tenues de respecter les dispositions de la loi fédérale sur la surveillance des assurances et des ordonnances y relatives, la loi sur le contrat d'assurance (LCA), ainsi que les contrats et les conditions générales d'assurance. Elles protègent non seulement les intérêts individuels de chaque assuré, mais également ceux de la communauté des assurés. Elles sont tenues de respecter les principes de l'égalité de traitement, de la réduction du dommage, ainsi que diverses obligations découlant du droit des assurances. Ce n'est qu'ainsi qu'il est possible de garantir aux assurés des primes abordables et la défense de leurs intérêts dans un État de droit.

## 1 Prise de contact

### Prise de contact avec l'avocat

- L'avocat se fait une idée de la situation, vérifie l'absence de conflit d'intérêts et se renseigne sur les délais en cours.
- L'avocat doit immédiatement refuser le mandat d'un client s'il ne peut ou ne souhaite l'assumer (art. 395 CO).
- L'avocat demande à son client s'il bénéficie d'une assurance protection juridique et s'il souhaite la faire intervenir.
- Si l'assuré souhaite utiliser son assurance protection juridique, l'avocat l'invite à lui déclarer immédiatement et personnellement le cas. L'avocat rend son client attentif à l'existence de la checklist FSA/ASA destinée aux assurés.
- Si un avocat externe est sollicité pour la gestion du cas, l'assurance protection juridique prend contact avec lui avant de confirmer au client la prise en charge des frais.
- L'annonce du cas à l'assurance protection juridique par l'avocat n'est pas une prestation assurée et n'est donc en principe pas prise en charge.
- Si l'annonce du cas est effectuée par l'avocat, l'assuré doit en principe assumer les honoraires jusqu'à la confirmation éventuelle de prise en charge. L'assurance protection juridique peut, sans toutefois y être obligée, accorder une prise en charge rétroactive des frais.
- L'avocat doit informer son client d'éventuelles conventions/contrats avec l'assurance protection juridique et, à la demande du client, les lui présenter.
- L'assurance protection juridique confirme rapidement la prise en charge des frais à l'assuré et en informe également son avocat. Il en va de même en cas d'extensions ou de restrictions.

### En cas de gestion du cas par un avocat

- Même en présence d'une assurance protection juridique, le mandat ne lie que le client et l'avocat.
- Afin de garantir l'indépendance, l'avocat veille à ce que la prise en charge des frais ne se fasse pas sous la forme d'une reprise de dette exclusive par l'assurance protection juridique, mais d'une reprise de dette solidaire avec le mandant.
- L'avocat veille à ce que la convention de prise en charge comprenne les éléments suivants:
  - › les parties;
  - › l'objet du litige;
  - › lsi elle est chiffrable, la valeur litigieuse ainsi que les éventuelles limitations à la valeur litigieuse;
  - › les bases de l'honoraire ainsi que les modalités de facturation, pour autant que l'assurance protection juridique les prenne en charge;
  - › un éventuel plafond des coûts; à fixer de manière appropriée à l'objet du litige;
  - › les éventuelles limites de prestations et les sommes des couvertures d'assurance restantes.
- L'étendue du mandat de l'avocat n'est pas nécessairement identique à la couverture d'assurance ou à la garantie de prise en charge des frais par l'assurance protection juridique.
- Si la prise en charge par l'assurance protection juridique diverge de l'étendue du mandat et des honoraires convenus avec le client et si ce dernier doit s'attendre à un surcoût, l'avocat lui explique la situation et établit dans la mesure du possible des factures séparées.
- L'avocat informe le client que la prise en charge des frais par l'assurance ne le libère pas d'autres éventuelles conséquences économiques (p. ex. frais d'avocat non couverts, expertise, frais de justice ou indemnisation des parties adverses).

## 2 Pendant le traitement du cas

- L'avocat est soumis au secret professionnel pour tout ce qui lui a été confié par son client en raison de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard de tout tiers. La levée éventuelle du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés.
- L'avocat défend les intérêts de son client, l'informe de l'obligation de limiter le préjudice à l'égard de l'assurance protection juridique, ainsi que de l'obligation de tenir l'assurance informée des étapes importantes de la procédure.
- Le client peut charger l'avocat de remplir ses obligations envers l'assurance protection juridique. À cet effet, l'avocat doit être délié du secret professionnel. Même dans ce cas, son obligation de défendre les intérêts du client, notamment envers l'assurance protection juridique, perdure.
- L'avocat est conscient du fait que l'assurance protection juridique procède en règle générale après chaque instance à une nouvelle évaluation de la suite de la prise en charge. Il veille à ce que l'assurance protection juridique reçoive en temps utile les documents nécessaires à ce contrôle et soit ainsi en mesure de faire valoir une éventuelle absence de chances de succès, et d'entamer la procédure prévue par l'ordonnance sur la surveillance (Art. 169 OS).
- Si le client a délié son avocat du secret, ce dernier peut informer l'assurance protection juridique des principales étapes de la procédure en lui adressant des copies pour information et lui signaler les démarches complémentaires à effectuer ou la nécessité d'une extension du mandat.
- L'assurance protection juridique peut en principe requérir de l'assuré qu'il lui fournisse gratuitement des rapports intermédiaires relatifs à l'état de la procédure. Si l'assurance protection juridique préfère obtenir des renseignements directement auprès de l'avocat plutôt qu'auprès de l'assuré, la charge de travail correspondante peut être facturée de manière raisonnable à l'assurance protection juridique.
- À défaut d'autres modalités convenues, l'avocat peut facturer ses honoraires en fonction de l'évolution du cas, mais au moins une fois par an, même si l'assurance protection juridique n'est débitrice qu'à titre subsidiaire d'avances ou de prestations.
- L'assurance protection juridique conserve la possibilité de procéder à un règlement économique du cas (rachat de sinistre).

## 3 Clôture du cas

- Avant toute transaction (p. ex. avant une négociation), l'avocat informe de manière claire et anticipée l'assurance protection juridique au sujet des conditions et obtient son accord, dès lors que la transaction envisagée implique la prise en charge de frais par l'assurance. Le cas échéant, une réserve de révocation doit être incluse dans la convention.
- La facture d'honoraires doit être libellée au nom du client (même si elle est envoyée à l'assurance protection juridique). Le décompte doit être détaillé s'il a été convenu que les honoraires seraient facturés sur la base d'un tarif-horaire.
- Si le client est autorisé à déduire l'impôt préalable, l'assurance protection juridique peut exiger le versement de la TVA par le client à l'avocat.
- Les dépens versés par des tiers sont à rembourser à l'assurance protection juridique, au maximum à hauteur des prestations qu'elle a versées.
- Si l'avocat et l'assurance protection juridique ne parviennent pas à s'entendre sur les honoraires, la procédure de modération (si existante) doit être engagée.
- La clôture du cas doit être communiquée à l'assurance protection juridique.

Version après vidéoconférence du 28.9.2017



Schweizerischer Anwaltsverband  
Fédération Suisse des Avocats

Federazione Svizzera degli Avvocati  
Swiss Bar Association



Schweizerischer Versicherungsverband  
Association Suisse d'Assurances  
Associazione Svizzera d'Assicurazioni  
Swiss Insurance Association

## Recommandations à l'attention des assurances de protection juridique pour la gestion de leurs relations avec les avocats indépendants

### Préambule

Les assurances de protection juridique et les avocats s'efforcent de garantir aux justiciables le meilleur accès possible à la justice. Pour ce faire, une coopération étroite entre ces acteurs est indispensable, dans l'intérêt des assurés et des mandants. Ils se témoignent un respect mutuel dans les rôles respectifs que leur confère notre ordre juridique.

Dans l'exercice de leur profession, les avocats sont soumis à une surveillance étatique et aux dispositions impératives de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA). Ils sont en outre tenus de respecter les règles de déontologie. L'état de droit requiert le respect absolu des principes qui gouvernent la profession d'avocat, en particulier le secret professionnel, l'indépendance de l'avocat, ainsi que l'interdiction des conflits d'intérêts. Ces règles professionnelles sont des éléments non négociables pour les avocats.

Les assurances protection juridique sont soumises à la surveillance de la FINMA. Elles sont tenues de respecter les dispositions de la loi fédérale sur la surveillance des assurances et des ordonnances y relatives, la loi sur le contrat d'assurance (LCA), ainsi que les contrats et les conditions générales d'assurance. Elles protègent non seulement les intérêts individuels de chaque assuré, mais également ceux de la communauté des assurés. Elles sont tenues de respecter les principes de l'égalité de traitement, de la réduction du dommage, ainsi que diverses obligations découlant du droit des assurances. Ce n'est qu'ainsi qu'il est possible de garantir aux assurés des primes abordables et la défense de leurs intérêts dans un État de droit.

## 1 Prise de contact

### Déclaration du cas par ou pour le compte de l'assuré

- En vertu de la loi sur le contrat d'assurance (LCA), il incombe en principe à l'assuré d'annoncer le cas le plus rapidement possible à l'assurance protection juridique. Après cette annonce, l'assurance protection juridique vérifie si la couverture est donnée et, le cas échéant, quelle est son étendue. Elle détermine si le cas doit être traité en interne par ses propres juristes ou par des avocats externes.
- Si l'assuré mandate un avocat pour l'annonce du cas, l'assurance protection juridique - dans ce cas également - commence par vérifier si la couverture est donnée et, le cas échéant, quelle est son étendue. Elle détermine si le cas doit être traité en interne par ses propres juristes ou par un avocat externe.
- Si l'annonce du cas est effectuée par un avocat mandaté par l'assuré, ce dernier doit prendre lui-même en charge les honoraires de son avocat jusqu'à la confirmation éventuelle d'une prise en charge des frais. L'assurance protection juridique peut, sans toutefois y être obligée, accorder une prise en charge rétroactive des frais.
- En cas de violation non fautive de cette obligation par l'assuré, notamment lorsque le recours à un avocat est compréhensible (avocat de la première heure, situation d'urgence, etc.), l'assurance, dans un cas couvert, renonce à se prévaloir de la violation.
- Si pour la première fois l'assuré mandate un avocat avant la confirmation de prise en charge, l'assurance protection juridique ne refuse pas pour ce seul motif la prise en charge des étapes ultérieures.
- L'assurance protection juridique communique immédiatement à l'assuré resp. à son avocat d'éventuelles restrictions de prestations (p. ex. réductions pour faute grave, franchise, etc.) ou réserves (dol, subsidiarité, etc.).
- En cas de conflit d'intérêts, l'assurance protection juridique renonce à faire traiter le cas par ses juristes internes. Est notamment considéré comme conflit d'intérêts tout litige avec une société membre du conglomérat ou lorsque deux ou plusieurs parties sont assurées auprès de la même assurance protection juridique. L'assurance le signale à l'assuré et l'informe de son droit de choisir librement un avocat.
- Si, dans certains cas particuliers et après avoir été informé du conflit d'intérêts et de son droit de choisir librement un avocat, le preneur d'assurance souhaite expressément un traitement en interne par les juristes de l'assureur, cela reste possible.
- La possibilité de procéder à un règlement économique (rachat de sinistre) est également maintenue dans ce cas.
- En cas de conflit d'intérêts, l'assurance protection juridique renonce à en exposer les raisons.
- Lorsque le cas relève du monopole des avocats, l'assurance protection juridique ne peut procéder à sa gestion en interne.
- L'assurance protection juridique informe sur le déroulement de la procédure, en particulier sur les démarches nécessaires à la sauvegarde des droits, et renvoie l'assuré à la checklist FSA/ASA à l'attention des assurés. (lien vers le site Internet de la FSA).
- En cas de recours nécessaire à un avocat, l'assurance protection juridique informe l'assuré de son droit de choisir librement un avocat:
  - elle ne s'écarte pas du choix de l'assuré sans motif important. Elle respecte le droit des assurés à se faire représenter par leur avocat de confiance;
  - si en situation de monopole ou de conflit d'intérêts l'assurance refuse l'avocat choisi par l'assuré, elle l'informe de son droit de proposition conformément à l'art. 167 al. 2 OS. Après proposition par l'assuré de trois autres avocats, l'assurance protection juridique est tenue d'en accepter un. Le droit de refus de l'assurance protection juridique doit être exercé immédiatement.

### Prise de contact avec l'avocat

- Si un avocat externe est mandaté, l'assurance protection juridique prend contact avec lui avant de confirmer la prise en charge des frais.
  - L'assurance protection juridique s'assure que l'avocat a connaissance des parties impliquées, de l'objet du litige, de l'état de la procédure, des délais en cours ainsi que de la couverture d'assurance et de ses limites. Si l'avocat ne peut assumer le mandat, il doit le refuser immédiatement (art. 395 CO).
  - Si l'avocat peut assumer le mandat, il informe l'assurance protection juridique des bases de l'honoraire ainsi que des modalités de facturation. L'assurance protection juridique indique si elle les prend en charge, ou dans quelle mesure elle y participe.
  - D'éventuels accords de cession à titre de sûreté entre le client et l'avocat doivent être respectés.
- L'assurance protection juridique confirme rapidement la prise en charge des frais à l'assuré et en informe également son avocat. Il en va de même en cas d'extensions ou de restrictions.

- La garantie de prise en charge des frais doit comprendre les points suivants:
  - › les parties;
  - › l'objet du litige;
  - › si elle est chiffrable, la valeur litigieuse ainsi que les éventuelles limitations à la valeur litigieuse;
  - › les bases de l'honoraire ainsi que les modalités de facturation, pour autant que l'assurance protection juridique les prenne en charge;
  - › un éventuel plafond des coûts; à fixer de manière appropriée à l'objet du litige;
  - › les éventuelles limites de prestations et les sommes des couvertures d'assurance restantes.
- Les particularités suivantes doivent être explicitement mentionnées dans la garantie de prise en charge:
  - › non-remboursement de la TVA par l'assurance protection juridique pour les mandants autorisés à déduire l'impôt préalable;
  - › réductions de prestations et/ou franchises;
  - › prise en charge/non-prise en charge des avances, frais de procédure, dépens des parties adverses, frais d'administration des preuves, etc.;
  - › offres de soutien spécifiques de l'assurance protection juridique (médecins-conseils, Case Management, experts, etc.);
  - › modalités applicables en cas de transaction;
  - › modalités de transmission des informations à l'assurance protection juridique.

## 2 Pendant le traitement du cas

- L'assurance protection juridique respecte les règles de déontologie, en particulier le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat.
- Il n'est donné au mandataire aucune instruction qui soit au détriment de l'assuré.
- L'assurance protection juridique peut requérir de l'assuré qu'il lui fournisse gratuitement des rapports intermédiaires. Si l'assurance protection juridique sollicite des renseignements directement auprès de l'avocat plutôt qu'auprès de l'assuré, la charge de travail correspondante doit être prise en charge par l'assurance protection juridique.
- À défaut d'autres modalités convenues, l'avocat peut facturer ses honoraires en fonction de l'évolution du cas, mais au moins une fois par an, même si l'assurance protection juridique n'est débitrice qu'à titre subsidiaire d'avances ou de prestations.
- Une nouvelle évaluation de la suite de la prise en charge est effectuée après chaque instance.
- En cas de divergences d'opinion, notamment si une absence de chances de succès est invoquée, il convient d'observer les points suivants:
  - › notification en temps utile à l'avocat, en particulier lors de procédures de recours;
  - › notification écrite et motivation de la nature et de l'étendue de la divergence d'opinion;
  - › information sur la possibilité de recourir à la procédure arbitrale prévue par l'art. 169 OS et par les dispositions correspondantes des différentes CGA;
  - › rappel de l'art. 169 al. 4 OS en vertu duquel, en cas de refus de prestation par l'assurance protection juridique, la personne assurée peut engager à ses frais un procès et, si elle obtient un résultat plus favorable que celui envisagé par l'assurance protection juridique, obtenir de celle-ci la prise en charge des frais en ayant résulté.
- si la prise en charge est confirmée pour les frais d'avocat et qu'elle est ensuite limitée a posteriori, l'assurance protection juridique doit le notifier par écrit (également) à l'avocat. La limitation ou la révocation de la prise en charge des frais s'applique avec effet «ex nunc» à l'égard de l'avocat de bonne foi.

## 3 Cl bonne foi

- Avant une transaction, l'assurance protection juridique informe de manière claire et anticipée l'avocat sur les conditions qu'elle accepte en matière de prise en charge des frais. Les coûts pris en charge par l'assurance protection juridique jusqu'alors sont à communiquer de manière détaillée à l'avocat, s'il doit les inclure dans la transaction.
- Si l'assurance protection juridique et l'avocat ne parviennent pas à s'entendre sur les honoraires, la procédure de modération (si existante) doit être engagée.

13.9.2017

Toutes les versions linguistiques de ces check-lists peuvent être téléchargées sur notre site web.



# NUTZUNG VON CLOUD-DIENSTEN DURCH ANWÄLTINNEN UND ANWÄLTE

**CHRISTIAN SCHWARZENEGGER**

Prof. Dr., RA, Universität Zürich

**FLORENT THOUVENIN**

Prof. Dr., RA, Universität Zürich

**BURKHARD STILLER**

Prof. Dr., Universität Zürich

**DAMIAN GEORGE**

RA, MLaw, Universität Zürich

Stichworte: Cloud-Computing, Berufsgeheimnis, Datenschutzrecht

Die Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte wirft straf- und datenschutzrechtliche Fragen auf, die in der Lehre teilweise kontrovers beurteilt werden. Der Beitrag zeigt auf, dass solche Dienste von Anwältinnen und Anwälten grundsätzlich ohne Weiteres genutzt werden dürfen. Der Beitrag ist die Kurzfassung eines Gutachtens, das die Autoren im Herbst 2018 für den Schweizerischen Anwaltsverband erstellt haben. Das Gutachten wird im Volltext in der Reihe des Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) der Universität Zürich publiziert.

## I. Einleitung

Die Nutzung von IT-Diensten ist aus der Anwaltspraxis längst nicht mehr wegzudenken. Das Aufsetzen und die Wartung der IT werden allerdings oft nicht durch die Anwältin oder den Anwalt selbst vorgenommen, sondern internen IT-Mitarbeitenden oder einem externen IT-Dienstleister übertragen. In jüngerer Zeit nutzen Anwaltskanzleien nicht nur sogenannte Stand-alone-Computer oder lokale Netzwerke, sondern auch die Dienste von Cloud-Providern. Der Begriff «Cloud» beschreibt dabei eine Reihe von Onlinediensten, die über ein Netzwerk von beliebigen Orten aus zugänglich sind, sodass ihr physischer Standort in technischer Sicht vernachlässigt werden kann.

Diese Entwicklung wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen in der Schweiz tätige Anwältinnen und Anwälte im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit für das Bearbeiten, Speichern und Archivieren von Dokumenten und anderen Dateien Cloud-Dienste nutzen dürfen. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu prüfen, ob die Nutzung von Cloud-Diensten eine Verletzung des Berufsgeheimnisses nach Art. 321 StGB darstellt (III) und mit den Vorgaben des Datenschutzrechts vereinbar ist (IV). Vorab sind jedoch die technischen Grundlagen zu klären (II).

## II. Technische Grundlagen

### 1. Cloud-Dienst-Modelle

Nahezu alle IT-Ressourcen können in eine Cloud ausgelagert werden und entsprechend unterschiedlich sind die am Markt angebotenen Cloud-Dienst-Modelle. Meist werden drei Hauptkategorien unterschieden: Infrastructure-as-a-Service (IaaS), Platform-as-a-Service (PaaS) und Software-as-a-Service (SaaS). Das PaaS-Dienst-Modell wird dabei vor allem zur Entwicklung von Applikationen eingesetzt. Da Anwaltskanzleien dieses Modell gegenwärtig kaum nutzen werden, beschränkt sich die nachfolgende Darstellung auf die beiden anderen Modelle.

#### A) Infrastructure-as-a-Service (IaaS)

Infrastructure-as-a-Service (IaaS) ist das Grundmodell der Dienstleistungen einer Cloud. Beim IaaS-Dienst-Modell werden die Cloud-Computing-Ressourcen (z. B. Rechnen, Speichern oder Netzwerkzugang) als Dienstleistung zur Verfügung gestellt. Dieses Modell ist eine interessante Option, wenn eine Anwaltskanzlei eine rechnergestützte Infrastruktur benötigt, diese aber aus Kostengründen nicht selbst betreiben möchte. Die Anwaltskanzlei bestimmt in diesem Modell weiterhin, welche Softwarelösungen auf der Infrastruktur installiert werden, und muss

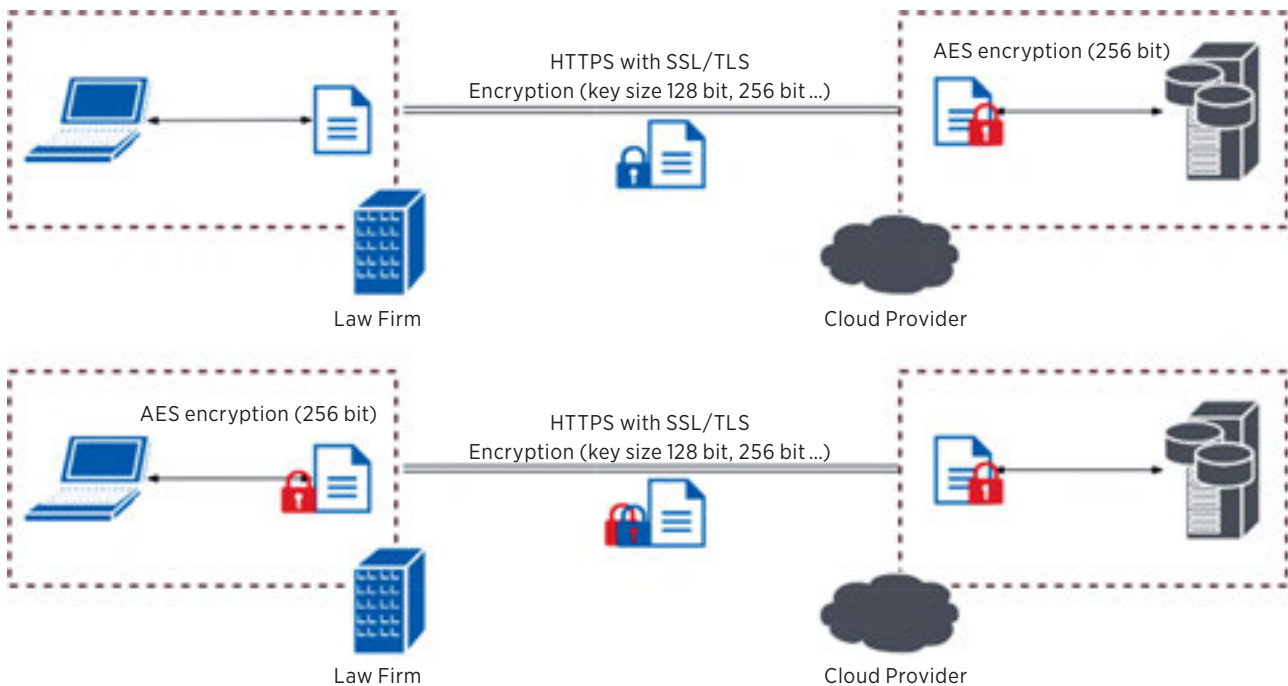


Abbildung 1: Verschlüsselung und Schlüsselverwaltung im IaaS-Dienst-Modell

auch Massnahmen treffen, welche die Vertraulichkeit und Integrität des Systems gewährleisten. Der Cloud-Provider dagegen hat dafür zu sorgen, dass die von der Anwaltskanzlei gespeicherten Daten jederzeit verfügbar sind.

#### B) Software-as-a-Service (SaaS)

Bei Software-as-a-Service (SaaS) stellt der Cloud-Provider eine endverbraucherfreundliche, webbasierte Softwareanwendung zur Verfügung. Bei diesem Dienst-Modell werden nicht nur Software und Daten auf der Cloud-Infrastruktur zentral gespeichert, sondern es findet auch die Datenverarbeitung auf dieser Infrastruktur statt (z.B. Textverarbeitung, Kalkulation oder Erstellen von Präsentationen). Der Cloud-Provider installiert ausserdem Updates und bietet Supportfunktionen an. Im Gegensatz zu IaaS kann die Anwaltskanzlei beim SaaS-Dienst-Modell nur beschränkt sicherheitsrelevante Konfigurationen vornehmen. In technischer Hinsicht hat sie nur für die Sicherheit der Zugangsdaten zu sorgen. Die Vertraulichkeit der Daten, die Integrität des Netzwerks und die Verfügbarkeit der Dienste hat der Cloud-Provider sicherzustellen.

## 2. Datenzugriff

Bei der Nutzung von Cloud-Diensten werden die Daten nicht mehr lokal in der Anwaltskanzlei, sondern beim Cloud-Provider gespeichert. Die Übertragung über das Internet erfolgt dabei verschlüsselt und zwar unter Verwendung von HTTPS (Hypertext Transmission Protocol Secure) und TLS (Transport Layer Security)<sup>1</sup>, das eine starke Schlüsselgrösse (128 oder 256 bit) einsetzt. Beim Cloud-Provider werden die Daten zudem mit einem lokalen Schlüssel verschlüsselt, z.B. mit dem AES-(Advanced-Encryption-Standard-)Verschlüsselungsverfahren.

Beim IaaS-Dienst-Modell sind zwei Varianten zu unterscheiden: Werden die Daten erst beim Cloud-Provider verschlüsselt, haben die Anwaltskanzlei und der Cloud-Provider Zugang zu den Daten im Klartext (siehe oberen Teil von Abbildung 1). Die beim Cloud-Provider zu speichernden Daten können aber schon vor der Übertragung über das Internet durch die Anwaltskanzlei verschlüsselt werden (siehe unteren Teil von Abbildung 1). Damit hat nur noch die Anwaltskanzlei Zugang zu den Daten.

Im SaaS-Dienst-Modell (Abbildung 2) stellt der Cloud-Provider die Software in der Cloud zur Verfügung. Die Softwareapplikation muss dabei auf die unverschlüsselten Dateien zugreifen können und die Daten sind deshalb für den Cloud-Provider im Klartext sichtbar. Andere Nutzer derselben Cloud können allerdings nicht auf die Daten zugreifen, weil für jeden Kunden ein anderer Schlüssel verwendet wird. Kunden, die mit vertraulichen Inhalten arbeiten, müssen sich bei der Nutzung von SaaS aber bewusst sein, dass der Cloud-Provider auf ihre Daten zugreifen kann und an sich die Möglichkeit hat, diese auch zu nutzen.

## III. Strafrechtliche Beurteilung: Verletzung des Berufsgeheimnisses

Gemäss Art. 321 StGB werden Berufsgeheimnisträger und deren Hilfspersonen (III.2) auf Antrag bestraft, wenn sie ein geschütztes Geheimnis (III.1) einem unberechtigten

<sup>1</sup> TLS ist die aktualisierte Version von SSL (Secure Socket Layer) 3.0. SSL 3.0 wurde von der IETF (Internet Engineering Task Force) im Dokument RFC 7568 als veraltet eingestuft.

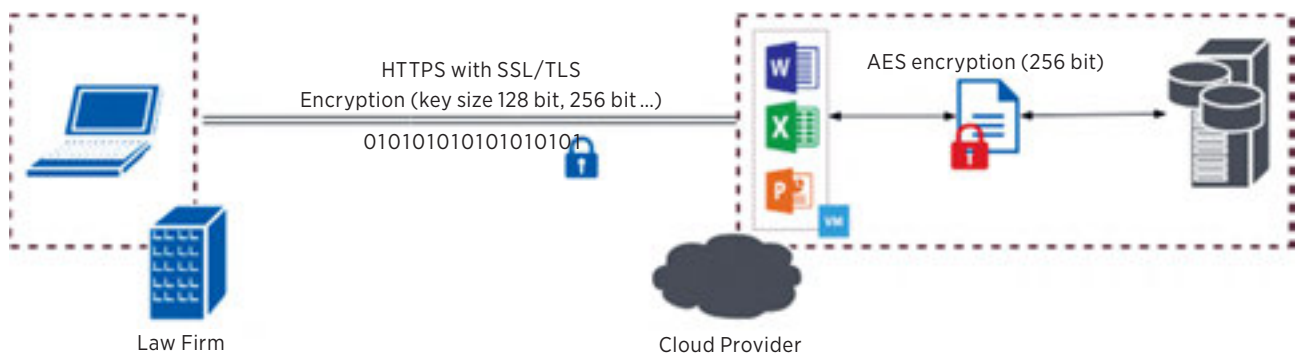


Abbildung 2: Verschlüsselung und Schlüsselverwaltung im SaaS-Dienst-Modell

Dritten offenbaren (III.3) und dabei vorsätzlich und ohne Rechtfertigungsgrund handeln.

### 1. Angriffsobjekt: das geschützte Geheimnis

Rechtlichen Schutz geniessen materielle Geheimnisse. Ein Geheimnis ist jede relativ unbekannte Tatsache. Relative Unbekanntheit ist gegeben, wenn nur eine beschränkte Anzahl von Personen über die fraglichen Informationen verfügt. Ein materielles Geheimnis liegt vor, wenn der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung hat, das er gewahrt haben will.<sup>2</sup> Art. 321 StGB erfasst alle Informationen, die der Anwältin oder dem Anwalt infolge ihres bzw. seines Berufes anvertraut wurden, sowie alle Informationen, die sie oder er bei der Ausübung des Berufes wahrgenommen hat. Die Informationen müssen sich weder auf den Klienten beziehen noch müssen sie der Anwältin oder dem Anwalt bewusst mitgeteilt oder übergeben worden sein.<sup>3</sup> Nicht unter das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB fallen Informationen aus der sogenannten akzessorischen anwaltlichen Geschäftstätigkeit, also aus der Vermögensverwaltung, aus Depotgeschäften, Inkassomandaten und Verwaltungsratsmandaten<sup>4</sup> oder aus dem Privatleben der Anwältin oder des Anwalts.

### 2. Täter: Geheimnisträger und Hilfspersonen

#### A) Geheimnisträger

Art. 321 StGB ist ein echtes Sonderdelikt; taugliche Täter sind deshalb nur die explizit und abschliessend aufgezählten Berufsangehörigen.<sup>5</sup> Anwälte werden in der Bestimmung ebenso namentlich erwähnt wie Verteidiger<sup>6</sup>, Notare und Patentanwälte sowie weitere Berufsgruppen.<sup>7</sup> Zur Kategorie der Anwälte zählen alle Personen, die eine entsprechende fachliche Ausbildung abgeschlossen haben und über einen schweizerischen oder ausländischen Fähigkeitsausweis verfügen, wobei es keine Rolle spielt, ob sie im anwaltschaftlichen Monopolbereich tätig sind oder nicht.<sup>8</sup> Auch auf den Eintrag im kantonalen Anwaltsregister kommt es nicht an.<sup>9</sup>

#### B) Hilfspersonen

Hilfspersonen im Sinn von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB haben die gleiche Pflicht zur Geheimhaltung wie der (Haupt-)Geheimnisträger. Für die vorliegende Fragestellung ist die

Auslegung des Begriffs der Hilfsperson eines zur Geheimhaltung verpflichteten Berufsangehörigen entscheidend. Die Bedeutung dieses Begriffs muss anhand der anerkannten Auslegungsmethoden ermittelt werden.

Nach der grammatikalischen Auslegung sind Hilfspersonen Individuen, die jemanden bei der Erfüllung einer Aufgabe unterstützen. Der Wortsinn erfasst alle möglichen Hilfstätigkeiten, seien es Schreibarbeiten, Recherchen, Botengänge oder die Unterstützung bei der

- 2 Vgl. BGE 127 IV 122, E. 1; 142 IV 65, E. 5.1 je m. w. H. (zu Art. 320 StGB); NIGGLI, Gutachten betreffend Anwendung von Art. 321 StGB auf angestellte Unternehmensjuristen (In-house lawyers), Freiburg 2005, [www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv\\_Publikationen-Publikation/05-08-05-Gutachten\\_Niggli.pdf](http://www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv_Publikationen-Publikation/05-08-05-Gutachten_Niggli.pdf), zuletzt besucht am 19. Dezember 2018, 20 ff. m. w. H.; OBERHOLZER, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, StGB 321 N 14; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, § 61 N 5; TRECHSEL/VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, StGB 321 N 20 ff. m. w. H.
- 3 So schon GAUTIER, Protokoll der zweiten Expertenkommission Strafrecht, Luzern 1915, Bd. 4, 365; NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen? Eine Verteidigung des materiellen Strafrechts gegen die Freunde des Verfassungsrechts, zugleich eine Antwort auf Pfeifer, AwR 2006, 279; OBERHOLZER (Fn. 2), StGB 321 N 16; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 21 f.
- 4 Vgl. BGE 143 IV 462, E. 2.2; NIGGLI (Fn. 2), 21 ff.; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 21. Strafrechtlichen Schutz soll nur die anwaltstypische Tätigkeit geniessen, wobei die Abgrenzungen in der Praxis schwierig sind (siehe zur Auslagerung von GwG-Compliance-Aufgaben an eine Anwaltskanzlei: BGer 1B\_85/2016 vom 20. September 2016, E. 6).
- 5 ZÜRCHER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914, 351; OBERHOLZER (Fn. 2), StGB 321 N 11; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 3; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 2), § 61 N 17; WOHLERS, Auslagerung einer Datenbearbeitung und Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB), Rechtsgutachten im Auftrag des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich, Zürich 2016, 13.
- 6 Die Verteidigung von Personen, die eines Verbrechens oder Vergehens beschuldigt werden, ist gemäss StPO Anwälten vorbehalten, die nach dem BGFA berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten (Art. 2 BGFA, Art. 127 Abs. 5 StPO). Die zusätzliche Erwähnung von Verteidigern hat somit nur noch im Übertretungsstrafverfahren eine eigenständige Bedeutung.
- 7 Zu den einzelnen Berufsgruppen näher OBERHOLZER (Fn. 2), StGB 321 N 5 ff.; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 6 ff.
- 8 NIGGLI (Fn. 2), 15, 19 f.
- 9 OBERHOLZER (Fn. 2), StGB 321 N 6.

Datenverwaltung. Auch IT-Dienstleister, die für den Geheimnisträger Daten bearbeiten, können ohne Weiteres unter diesen Begriff gefasst werden.

In systematischer Hinsicht fällt auf, dass die Hilfspersonen in Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in einem Atemzug mit den Kategorien der (Haupt-)Geheimnisträger genannt und der gleichen Strafdrohung unterworfen werden. Dies deutet an, dass der Gesetzgeber den Kreis der Personen, die das Geheimnis zur Kenntnis nehmen, breit fassen wollte, weil er von einer funktionalen arbeitsteiligen Umgebung ausging.

Klare Hinweise ergeben sich auch aus der historischen Auslegung. Die Gesetzesmaterialien verdeutlichen, dass ein restriktives Verständnis des Begriffs der Hilfsperson explizit abgelehnt wurde. Die Zweifel zweier Mitglieder der Expertenkommission, die eine engere Begriffsfassung befürworteten, wurden zur Kenntnis genommen, aber bewusst nicht berücksichtigt.<sup>10</sup> Auch in der parlamentarischen Beratung führte der Hinweis, dass die Bezeichnung «Gehilfen solcher Personen» etwas vage sei, zu keiner Diskussion oder gar Anpassung der Strafbestimmung.<sup>11</sup>

Auch aus teleologischer Sicht macht es keinen Sinn, den Kreis der Hilfspersonen eng zu begrenzen. Denn bei einer engen Begriffsdefinition müsste der Geheimnisträger alle geheimen Dokumente selbst einschliessen bzw. verschlüsseln, die IT-Betriebssysteme selbst warten und die Datenverwaltung selbst besorgen, um die Möglichkeit des Zugriffs von unberechtigten Dritten – z. B. Reinigungspersonal, Sekretariat oder IT-Mitarbeitern – auszuschliessen. Es kann aber nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, betrieblich praktisch unmögliche oder zumindest höchst ineffiziente Prozesse zu fordern.<sup>12</sup>

Der schweizerische Berufsgeheimnisschutz folgt somit einem breit gefassten, funktionalen Verständnis der Hilfsperson.<sup>13</sup> Hilfsperson im Sinn von Art. 321 StGB ist, wer bei der Berufstätigkeit eines (Haupt-)Geheimnisträgers in einer Weise mitwirkt, die es ihr oder ihm grundsätzlich ermöglicht, von Geheimnissen Kenntnis zu nehmen.

### 3. Tathandlung des Offenbaren

#### A) Kenntnisnahme

Das objektive Tatbestandsmerkmal des Offenbarens ist erfüllt, wenn der Geheimnisträger das Geheimnis einem dazu nicht ermächtigten Dritten zur Kenntnis bringt oder diesem die Kenntnisnahme ermöglicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der h.L. wird die Kenntnisnahme durch einen Dritten für die Vollendung der Tat vorausgesetzt.<sup>14</sup> Die Tat soll aber auch durch unechte Unterlassung begangen werden können,<sup>15</sup> z. B. durch eine unzureichende Aufbewahrung von Akten.<sup>16</sup>

Bei anonymisierten oder verschlüsselten Informationen liegt kein Offenbaren vor, weil eine Kenntnisnahme verunmöglicht wird.<sup>17</sup> Die Archivierung verschlüsselter Daten in der Cloud (IaaS-Dienst-Modell) erfüllt daher den objektiven Tatbestand von Art. 321 StGB nicht (siehe dazu II.1.A). Beim SaaS-Dienst-Modell hat der Cloud-Provider hingegen technisch gesehen Zugang zu den gespeicherten

<sup>10</sup> So wies ALFRED GAUTIER in der zweiten Expertenkommission auf Abgrenzungsprobleme hin: «Car il est délicat de délimiter le cercle de ces auxiliaires. On risque d'y comprendre de simples petits comparses sur lesquels ne doit reposer aucune responsabilité spéciale, ...» (GAUTIER [Fn. 3], 365). Die Expertenkommission ging auf dieses Argument nicht näher ein. Im Einklang mit GAUTIER stellte EUGÈNE DESCHENAUX einen Antrag, der eine Änderung des Begriffs «auxiliaire» in «assistant ou employé supérieur» verlangte, um untergeordnete Angestellten von einer möglichen Strafbarkeit auszunehmen (Protokoll der zweiten Expertenkommission Strafgesetzbuch, Luzern 1915, Bd. 4, 371). Der Antrag DESCHENAUX wurde von der Expertenkommission mit grosser Mehrheit abgelehnt (*ibid.*, 376).

<sup>11</sup> Stenographisches Bulletin, Nationalrat, 26. 9. 1929, 612.

<sup>12</sup> Für all diese Tätigkeiten eine Einwilligung des Geheimnisherrn zu verlangen, kann aus den gleichen Überlegungen keine Lösung sein. So müssten vor jeder organisatorischen Änderung, wie bei der Einstellung von Praktikanten und Sekretariatsmitarbeitern oder der Mandatierung eines Reinigungsunternehmens, die Einwilligungserklärungen aller Klienten beigebracht werden. Dies erscheint unzweckmässig, denn der Geheimnisträger wäre in einer arbeitsteiligen Welt schnell mit einer Vielzahl von Einwilligungsersuchen konfrontiert, was zu einem blossen Abnicken der vorgelegten Erklärungen führen dürfte.

<sup>13</sup> WOHLERS vertritt hier eine – an deutschen Quellen zu § 203 a. F. D-StGB angelehnte – enge Auslegung. Er stützt sich dabei insbesondere auf eine bisher in der schweizerischen Diskussion ungebräuchliche Rechtsfigur, nämlich den «Kreis der zum Wissen Berufenen». Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der Geheimnisherr eine Person oder einen Kreis von Personen bestimme, mit der oder dem er das Geheimnis teilen wolle (WOHLERS [Fn. 5], 16, 18 und 26; WOHLERS, Outsourcing durch Berufsgeheimnisträger, *digma* 2017, 116). Dies widerspricht allerdings Schweizer Rechtsprechung und herrschender Lehre: BezGer Zürich, Urteil vom 18. November 2015, GG 150233, E. II.2.5.2, «Der Kreis der Hilfspersonen ist praktisch unbegrenzt»; CHAPPUIS/ALBERINI, *Secrets professionnel de l'avocat et solutions Cloud*, AwR 2017, 339 f.; KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, Diss., Zürich 1993, 106 ff. m. w. H., mit der Einschränkung auf «Berufsmässigkeit»; NIGGLI (Fn. 2), 30 f.; OBERHOLZER (Fn. 2), StGB 321 N 10; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 13; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 2), § 61 N 17, mit der Einschränkung auf «Berufsmässigkeit». Vgl. NATER/ZINDEL, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) BGFA, 2. Aufl., Zürich 2011, BGFA 13 N 51 f. und N 53: «Massgeblich ist vielmehr sowohl strafrechtlich als auch berufsrechtlich, ob die Tätigkeit der Hilfsperson die Möglichkeit des Zugangs zu geschützten Informationen einschliesst.»

<sup>14</sup> BGer 6B\_1403/2017 vom 8. August 2017, E. 1.2.2; ISENING, StGB/JStG-Kommentar, Orell Füssli Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2018, StGB 321 N 10b; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 5. Aufl., Zürich 2017, 580 f.; OBERHOLZER (Fn. 2), StGB 320 N 10.

<sup>15</sup> OBERHOLZER (Fn. 2), StGB 321 N 19; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 2), § 61 N 7 und 19; STRAUB, Aufbewahrung und Archivierung in der Anwaltskanzlei, *AJP* 2010, 552 und 555; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 23. Wenn zur Vollendung eine Kenntnisnahme durch einen unbefugten Dritten vorausgesetzt wird, kann der Tatbestand aber nicht schon durch eine unzureichende Aufbewahrung der geheimen Informationen vollendet werden. Dies wäre allenfalls als Versuch strafbar.

<sup>16</sup> Betreffend die Anforderungen für die Archivierung der Akten können die datenschutzrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 DSG sowie Art. 8 VDSG herangezogen werden, da es sich bei den Akten regelmässig um Datensammlungen im Sinn des DSG handelt, die oft besonders schützenswerte Daten i. S. v. Art. 3 lit. c DSG umfassen. Anwälte sind von der Meldepflicht gemäss Art. 11a DSG befreit, vgl. BLECHTA, in: Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, DSG 11a N 14d. Zur Aufbewahrung: BLECHTA (*ibid.*), DSG 7 N 7 ff.

<sup>17</sup> BERGER, Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, recht 2000, 191 m. w. H.; BLATTMANN, in: Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich, Zürich 2012, IDG 6 N 13; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 23; WOHLERS (Fn. 5), 20; EIDGENÖSSISCHER DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER, 14. Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Zeitraum zwischen 1. 4. 2006 und 31. 3. 2007, 51.



ten Daten (siehe dazu II.2). In diesen Konstellationen ist eine Kenntnisnahme deshalb möglich.

#### B) Kein Offenbaren gegenüber Hilfspersonen

Da der Gesetzgeber von einer arbeitsteiligen Berufsumgebung des Geheimnisträgers ausging und weil es bei funktionaler Betrachtung der Zusammenarbeit zwischen Geheimnisträger und Hilfspersonen gerade ein Definitionsmerkmal ist, dass Letztere mit den Geheimnissen in Kontakt kommen, können Hilfspersonen nie unberechtigte Dritte sein. Hilfspersonen gehören vielmehr zur arbeitsteiligen Organisation des Geheimnisträgers. Sie unterstützen ihn unmittelbar in seinem beruflichen Wirkungskreis<sup>18</sup> und sind damit Teil einer einheitlichen Verantwortungssphäre, in der sich die Beteiligten gegenseitig vertrauen können müssen.<sup>19</sup> Hilfspersonen unterstehen denn auch der gleichen Strafdrohung wie der (Haupt-)Geheimnisträger. Eine Bekanntgabe der Geheimnisse an Hilfspersonen oder deren Kenntnisnahme erfüllt das objektive Tatbestandsmerkmal des Offenbarens an unberechtigte Dritte deshalb von vornherein nicht.<sup>20</sup>

#### C) Unberechtigte Dritte

Unberechtigte Dritte sind alle Personen, die weder Hilfspersonen sind noch von Gesetzes wegen oder aufgrund einer Einwilligung vom Geheimnis Kenntnis erlangen dürfen. Der Geheimnisträger kann das Berufsgeheimnis auch durch Weitergabe der geheimen Informationen an andere Schweigepflichtige verletzen, etwa durch Mitteilung an Anwältinnen oder Anwälte, die in einer anderen Anwaltskanzlei tätig sind.<sup>21</sup>

### 4. Konsequenzen für die Nutzung von Cloud-Computing

#### A) Cloud-Provider als Hilfspersonen

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass Cloud-Provider als Hilfspersonen von Anwältinnen und Anwälten im Sinn von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu qualifizieren sind. Ihnen dürfen die durch das Berufsgeheimnis geschützten Informationen zugänglich gemacht werden, ohne dass ein unzulässiges Offenbaren vorliegt.<sup>22</sup>

#### B) Sorgfaltspflichten bei Auswahl, Instruktion und Überwachung

Bei der Auswahl der Hilfsperson müssen die Berufsgeheimnisträger gewisse Regeln beachten, die sich auch aus dem Zivil- und Berufsrecht ergeben.<sup>23</sup> Das Berufsrecht kann zwar kein Offenbaren erlauben, das strafrechtlich verboten ist,<sup>24</sup> aber es kann dazu beitragen, den Begriff der Hilfsperson von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB im Rahmen einer teleologischen Auslegung zu konkretisieren.

Wenn Anwältinnen oder Anwälte Hilfspersonen beiziehen, haften sie nach Art. 101 OR für alle in Erfüllung der Schuldspflicht durch ihre Hilfspersonen verursachten Schäden, sofern ihnen diese hypothetisch vorwerfbar sind. Art. 13 Abs. 2 BGFA verlangt zudem, dass Anwältinnen und Anwälte durch Auswahl, Instruktion und Überwachung ihrer Hilfspersonen für die Wahrung des Berufsgeheimnisses sorgen.<sup>25</sup> Wenn sie nicht alles Zumutbare unterneh-

men, um die Wahrung des Geheimnisses sicherzustellen, verstossen sie gegen diese Berufsregel.<sup>26</sup> Die Lehre fordert denn auch, dass Hilfspersonen vertraglich zur Geheimhaltung verpflichtet werden,<sup>27</sup> und betont zugleich, dass je nach Grösse und Tätigkeit der Kanzlei ein eigentliches Sicherheitsdispositiv erforderlich ist.<sup>28</sup> Es kann sich deshalb aufdrängen, bei besonders sensiblen Informationen den Kreis der einbezogenen Hilfspersonen enger zu fassen und angemessene technische und organisatorische Massnahmen zum Schutz der Informationen zu ergreifen.

Der Geheimnisträger ist in seinem Vorgehen damit nicht völlig frei. Die Beachtung der zivil- und berufsrechtlichen Pflichten erfordert vielmehr eine sinnvolle Begrenzung des Personenkreises, der Zugang zu den geheimen Informationen erhält, und das Ergreifen ausreichender Massnahmen zu deren Absicherung.

18 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 14), 590; KELLER (Fn. 13), 107 f. m. w. H.

19 TRECHSEL/VEST (Fn. 2), StGB 321 N 25. Siehe dazu auch die zivilrechtliche Regelung betreffend Haftung für Handlungen der Hilfsperson, Art. 101 OR: WIEGAND, in: Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2015, OR 101 N 4 f. So auch BezGer Zürich, Urteil vom 18. 11. 2015, GG 150233, E. II.2.5.3.

20 Explizit: BezGer Zürich, Urteil vom 18. 11. 2015, GG 150233, E. II.2.5.3; sowie STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, StGB 320 N 3, StGB 321 N 4. A. M. WOHLERS (Fn. 5), 21 f., 25 f.: «Tatsächlich kann (...) aus der Existenz der Kategorie der Hilfspersonen als taugliche Täter nicht gefolgert werden, dass auch die Weitergabe an sie für den primären Geheimnisträger straflos sein soll. Die Kategorisierung als Hilfsperson ändert deshalb für sich gesehen nichts daran, dass die Weitergabe der Daten als Offenbaren eines Geheimnisses einzustufen ist» (Hervorhebung durch die Verfasser).

21 BGE 114 IV 44, E. 3. b; BERGER (Fn. 17), 187; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 14), 593 m. w. H.; ISENRING (Fn. 14), StGB 320 N 15, StGB 321 N 10; KELLER (Fn. 13), 114 f. m. w. H.; PIETH, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Basel 2018, 131; RASELLI, Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch zwischen schweizerischen Straf- und Steuerbehörden, ZstrR 1993, 32 f. m. w. H.; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 2), § 61 N 7.

22 A. M. WOHLERS (Fn. 5), 20, der Outsourcingnehmer nicht als Hilfspersonen betrachtet. Sobald sie die geheimen Informationen des Geheimnisherrn entschlüsseln können, geht er von einem Offenbaren aus. Ebenso bezüglich IT-Dienstleistern, welche die Wartung von Software übernehmen.

23 WOHLERS (Fn. 5), 16, sowie WOHLERS (Fn. 13), 115, ist aufgrund seines engen Auslegungsansatzes der Ansicht, dass die Kontrolle über den Kreis der Geheimnisberechtigten nicht dem Anwalt bzw. der Anwältin überantwortet werden könne.

24 NATER/ZINDEL (Fn. 13), BGFA 13 N 16; siehe auch: WEBER, in: Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2015, OR 398 N 11.

25 SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rn. 540 ff.; siehe auch: CHAPPUIS/ALBERINI (Fn. 13), 341.

26 SCHILLER (Fn. 25), Rn. 540; NATER/ZINDEL (Fn. 13), BGFA 13 N 56 f.

27 MAURER/GROSS, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, LLCA, Basel 2010, LLCA 13 N 101; SCHILLER (Fn. 25), Rn. 541; NATER/ZINDEL (Fn. 13), BGFA 13 N 56; siehe auch DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER KANTON ZÜRICH, Tätigkeitsbericht 2017, 18.

28 NATER/ZINDEL (Fn. 13), BGFA 13 N 56 f. Zu denken wäre z. B. an das Schlüsselmanagement, das bei IaaS-Dienst-Modellen in der Verantwortung der Kanzlei bleibt (siehe II.2) II.1. A) oder die Zugangskontrolle bei IaaS- und SaaS-Dienst-Modellen, die immer in der Verantwortung der Kanzlei bleibt (siehe II.1. B)).

### C) *Beizug ausländischer Cloud-Provider*

Werden Daten ins Ausland transferiert oder wird einem ausländischen Cloud-Provider der Zugriff auf in der Schweiz gespeicherte Daten ermöglicht, unterstehen diese Daten unter Umständen einem schwächeren rechtlichen Schutz oder einem Zugriffsrecht ausländischer Behörden (z.B. bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen). So ermöglicht z.B. der im März 2018 vom US-Kongress erlassene Cloud Act<sup>29</sup> US-Behörden den Zugriff auf im Ausland gespeicherte Daten, wenn sich diese im Besitz, Gewahrsam oder unter der Kontrolle eines US-amerikanischen Cloud-Providers befinden.<sup>30</sup>

Die Schweizer Strafhoheit knüpft grundsätzlich am Begehungsort an, d.h., entweder am Ausführungs- oder am Erfolgsort (Art. 8 Abs. 1 StGB). Wird das Geheimnis im Ausland offenbart und dort zur Kenntnis genommen, kann es an einem Schweizer Begehungsort fehlen. Für die Zulässigkeit einer Bekanntgabe an eine Hilfsperson ist aber nicht entscheidend, dass diese auch selbst Art. 321 StGB untersteht.<sup>31</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass der Beizug des Cloud-Providers berechtigt ist. Dies bedingt, dass dieser vertraglich zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichtet ist und die Auslagerung einer Risikoteilung im Einzelfall standhält.<sup>32</sup> Bei dieser Beurteilung ist vor allem die Sensitivität der Daten, aber auch die zu erwartende Vertrags- und Gesetzestreue des ausländischen Cloud-Providers sowie die tatsächliche Wahrscheinlichkeit eines Zugriffs auf die Daten zu berücksichtigen. Diese Risikoeinschätzung kann je nach Tätigkeit von Anwältinnen und Anwälten unterschiedlich ausfallen; besondere Vorsicht dürfte etwa bei der Beratung ausländischer Klienten in Steuerfragen und bei politisch exponierten Mandanten angezeigt sein.

### 5. *Zusätzliche Absicherung: rechtfertigende Einwilligung*

Auch wenn die Nutzung von Cloud-Providern durch Anwältinnen und Anwälte grundsätzlich zulässig ist, erscheint es im Sinn einer zusätzlichen Absicherung sinnvoll, von den Klienten im Rahmen des Mandatsvertrages eine Einwilligung zur Nutzung von Cloud-Providern (wie auch zum Einsatz weiterer Hilfspersonen, etwa Substituten und IT-Verantwortlichen) einzuholen. Diese Einwilligung kann formlos erteilt werden. Von einer konkludenten Einwilligung liesse sich zudem ausgehen, wenn die Klienten über die Nutzung von Cloud-Diensten hinreichend informiert wurden und sie das Mandatsverhältnis ohne Weiteres fortführen. Für abgeschlossene Mandatsverhältnisse bietet sich dagegen eine nutzerseitig verschlüsselte Archivierung im Rahmen eines IaaS-Dienst-Modells an, die einen Zugriff des Cloud-Providers auf die Daten im Klartext von vornherein ausschliesst (siehe II.2).

## IV. *Datenschutzrechtliche Beurteilung: Auftragsdatenbearbeitung*

### 1. *Bearbeiten von Personendaten*

Das Bearbeiten personenbezogener Daten, also von Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Per-

son beziehen, untersteht den Vorgaben des Datenschutzrechts (Art. 2 i. V. m. Art. 3 lit. a DSGVO).

Keine Anwendung findet das Datenschutzrecht auf die Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte, wenn die Cloud-Provider keine Personendaten bearbeiten. Dies ist der Fall, wenn die Daten beim Cloud-Provider lediglich gespeichert werden (IaaS-Dienst-Modell) und die Anwältinnen und Anwälte die Daten vor der Übermittlung an den Provider verschlüsseln, sodass dieser keinen Zugriff auf die Daten im Klartext hat. Anderes gilt, wenn Anwältinnen und Anwälte die Daten auf der Infrastruktur von Cloud-Providern (SaaS-Dienst-Modell) bearbeiten, weil die Cloud-Provider hier auf die Daten zugreifen können (siehe II.2).

Gemäss Lehre und Rechtsprechung liegen personenbezogene Daten vor, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung damit gerechnet werden muss, dass der Bearbeiter den Aufwand auf sich nehmen wird, um eine Person zu bestimmen.<sup>33</sup> Da dies bei der Nutzung von Cloud-Providern nach dem SaaS-Dienst-Modell nicht ausgeschlossen werden kann, ist die Nutzung dieser Dienste durch Anwältinnen und Anwälte als Bearbeiten von Personendaten zu qualifizieren, das nach den Vorgaben des DSGVO zu erfolgen hat.

## 2. *Auftragsdatenbearbeitung*

### A) *Verantwortung beim Auftraggeber*

Soweit die Bearbeitung von Personendaten durch die Anwältinnen und Anwälte zulässig ist und die Voraussetzungen der Auftragsdatenbearbeitung nach Art. 10a DSGVO erfüllt sind, dürfen die Daten auch durch den Cloud-Provider bearbeitet werden. Die Anwältinnen und Anwälte bleiben jedoch als Auftraggeber für die Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzrechts verantwortlich.<sup>34</sup>

### B) *Übertragung durch Vereinbarung*

Bei der Auftragsdatenbearbeitung beruht die Bearbeitung personenbezogener Daten auf einer Vereinbarung (Cloud-Vertrag) zwischen den Anwältinnen und Anwälten bzw.

<sup>29</sup> Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act. Der Cloud Act ist eine Reaktion auf das Urteil in Sachen Microsoft v. United States, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016), mit dem der Court of Appeal for the Second Circuit entschieden hat, dass das FBI Microsoft nicht zur Herausgabe von Daten verpflichten könne, wenn diese auf einem Server in Irland gespeichert sind. Siehe auch 130 Harv. L. Rev. (2016), 769 ff.

<sup>30</sup> GAUSLING, Offenlegung von Daten auf Basis des CLOUD Act, MMR 2018, 579.

<sup>31</sup> A. M. SCHWANINGER/LATTMANN, Cloud Computing: Ausgewählte rechtliche Probleme in der Wolke, Jusletter 11. März 2013, Rn. 31 f.

<sup>32</sup> Siehe vorn, III. 4. B).

<sup>33</sup> Siehe dazu: BGE 136 II 508, E. 3.

<sup>34</sup> GRAMIGNA, Cloud-Vertrag, in: Schweizerisches Vertragshandbuch: Musterverträge für die Praxis, 3. Aufl., Basel 2017, Rn. 30; BAERISWYL, in: Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz, Bern 2015, DSGVO 10a N 2; BÜHLER/RAMPINI, in: Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, DSGVO 10a N 11; SURY/GOGNIAT, Umzug einer Kanzlei in die Cloud, AwR 2015, 204.



deren Kanzlei und dem Dienstleister, hier also dem Cloud-Provider.

### C) *Bearbeitung wie Auftraggeber*

Die Anbieter von Cloud-Diensten dürfen die von den Anwältinnen und Anwälten übermittelten Personendaten nur so bearbeiten, wie es diese als Auftraggeber auch selbst tun dürften (Art. 10a lit. a DSGVO). Soweit die Vorgaben des Datenschutzrechts eingehalten sind, die Bearbeitung der Personendaten durch die Anwältinnen und Anwälte also namentlich die Grundsätze der Datenbearbeitung einhält oder auf einem Rechtfertigungsgrund beruht, dürfen die Daten nicht nur von den Anwältinnen und Anwälten, sondern auch von den Cloud-Providern bearbeitet werden. Unzulässig wäre hingegen eine Bearbeitung durch die Cloud-Provider zu eigenen Zwecken.<sup>35</sup> Um sicherzustellen, dass der Cloud-Provider die Daten nicht anders bearbeitet als die Anwältinnen und Anwälte, sollte die Art der Bearbeitung der Daten durch den Cloud-Provider im Cloud-Vertrag oder in einem Annex dazu geregelt werden.<sup>36</sup> Dabei kann z.B. festgehalten werden, dass die Daten – unter Vorbehalt besonderer Weisungen – nur zur Vertragserfüllung bearbeitet werden dürfen.<sup>37</sup>

### D) *Keine entgegenstehenden Geheimhaltungspflichten*

Die Bearbeitung von Personendaten durch Dritte ist unzulässig, wenn gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflichten bestehen und nicht eingehalten werden (Art. 10a Abs. 1 lit. b DSGVO).<sup>38</sup> Wie vorstehend aufgezeigt,<sup>39</sup> liegt bei der Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte kein Verstoss gegen gesetzliche Geheimhaltungspflichten vor. Denkbar ist allerdings, dass vertraglich eine Pflicht zur Geheimhaltung vorgesehen wird, die einer Auslagerung entgegensteht.

### E) *Gewährleistungs- und Überwachungspflichten, insbesondere Datensicherheit*

Da die Anwältinnen und Anwälte für die Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzrechts verantwortlich bleiben,<sup>40</sup> sind sie zur sorgfältigen Auswahl, Instruktion und Überwachung des Cloud-Providers verpflichtet.<sup>41</sup> Sie müssen insbesondere sicherstellen, dass der Cloud-Provider die Datensicherheit (Art. 10a Abs. 2 DSGVO), d. h. die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der Daten, gewährleistet (Art. 8 Abs. 1 VDSG). Für diese Beurteilung kann ein unabhängiger Spezialist beigezogen werden, der das Sicherheitsdispositiv des Cloud-Providers prüft.<sup>42</sup> Es kann aber auch auf ein zertifiziertes Qualitätsmanagementsystem des Cloud-Providers nach ISO 9001 bzw. ISO 27001 oder auf eine datenschutzspezifische Zertifizierung (z. B. GoodPriv@cy, VDSZ:2014 oder ePrivacy) vertraut werden.

## 3. *Auslagerung ins Ausland*

Können Personen ausserhalb der Schweiz auf die in der Cloud gespeicherten Daten zugreifen (insb. bei der Nutzung eines ausländischen Cloud-Providers, aber auch im Rahmen einer Fernwartung), liegt eine grenzüberschreitende Bekanntgabe von Daten vor (Art. 6 DSGVO).<sup>43</sup> Existiert

im fraglichen Land eine angemessene Datenschutzgesetzgebung, ist dies datenschutzrechtlich grundsätzlich unproblematisch (Art. 6 Abs. 1 DSGVO). Der EDÖB veröffentlicht gemäss Art. 7 VDSG eine Liste der Staaten, die vermutungsweise einen angemessenen Datenschutz gewährleisten.<sup>44</sup> Für Staaten, die nicht auf dieser Liste stehen, wie etwa die USA, müssen sich Anwältinnen und Anwälte hinreichende Garantien hinsichtlich des Datenschutzes geben lassen. Solche Garantien können vertraglicher Natur sein oder in der Selbstzertifizierung des Cloud-Providers unter dem Swiss-US Privacy Shield bestehen.<sup>45</sup>

## 4. *Exkurs: Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)*

Auf die Tätigkeit von Schweizer Anwältinnen und Anwälten kann die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) der EU Anwendung finden, namentlich wenn die Anwältinnen und Anwälte ihre Tätigkeit (auch) auf Klienten aus der EU ausrichten (Art. 3 Abs. 2 DSGVO).<sup>46</sup> Die Anwendbarkeit der DSGVO kann sich aber auch aus dem IPRG ergeben, weil der Verletzte bei Persönlichkeitsverletzungen das Recht am Aufenthalts- oder Erfolgsort wählen kann, wenn mit einem Schadenseintritt in diesem Land zu rechnen war (Art. 139 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 IPRG). Auf eine persönlichkeitsverletzende Bearbeitung von Personendaten in einer

<sup>35</sup> BAERISWYL (Fn. 34), DSGVO 10a N 26.

<sup>36</sup> ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, DSGVO 10a N 71.

<sup>37</sup> ROSENTHAL (Fn. 36), DSGVO 10a N 72.

<sup>38</sup> BAERISWYL (Fn. 34), DSGVO 10a N 29; gl. M.: WOHLERS (Fn. 13), 115.

<sup>39</sup> Siehe vorn, III. 4.

<sup>40</sup> Siehe vorn, IV. 2. A).

<sup>41</sup> Siehe BBI 1988 II 413, 463 f.

<sup>42</sup> SURY/GOGNIAT (Fn. 34), 203.

<sup>43</sup> BGE 144 I 126, E. 8.3.6; ROSENTHAL (Fn. 36), DSGVO 6 N 7; BÜHLER/RAMPINI (Fn. 34), DSGVO 10a N 22d; GRAMIGNA, Datenschutz und Outsourcing, in: Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Rz. 20.24; STRAUB, Cloud Verträge – Regelungsbedarf und Vorgehensweise, AJP 2014, 914; SCHWANINGER/LATTMANN (Fn. 31), Rn 15.

<sup>44</sup> Siehe <https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2017/04/staatenliste.pdf.download.pdf/staatenliste.pdf>, zuletzt besucht am 7. November 2018; OGER ZH, Urteil vom 3. März 2015, LF140075, E. 3.2; PASSADELIS, Rechtsanwendung bei internationalen Datenbearbeitungen durch Private, in: Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Rz. 6.44.

<sup>45</sup> Siehe: EDÖB, Mustervertrag für das Outsourcing von Datenbearbeitungen ins Ausland, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/unternehmen/anmeldung-einer-datensammlung/mustervertrag-fuer-das-outsourcing-von-datenbearbeitungen-ins-au.html>, sowie die Liste des Swiss-US Privacy Shield zertifizierten Unternehmen des US Department of Commerce, <https://www.privacyshield.gov/list>, beide zuletzt besucht am 7. November 2018.

<sup>46</sup> Im Einzelnen ZERDICK, in: Beck'sche Kurz-Kommentare, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl., München 2018, DSGVO 3 N 19; siehe DSGVO, Erwgr. 23 sowie EuGH, Urteil vom 7.12.2010, C-585/08 und C-144/09, Pammer/Alpenhof zur Auslegung des Begriffs des Ausrichtens einer Tätigkeit. Siehe ferner PRAZ, Responsabilités et outils de conformité selon la RGPD: Obligations du responsable de traitement et du sous-traitant, AJP 2018, 610; VASELLA, Zum Anwendungsbereich der DSGVO, digma 2017, 220 ff.

Cloud könnte die DSGVO namentlich als Recht des Aufenthaltsorts des Klienten Anwendung finden, zumal ein Erfolgseintritt am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Klienten in der Regel vorhersehbar ist.<sup>47</sup>

Die Rechtslage für die Auslagerung einer Datenverarbeitung nach Art. 28 DSGVO entspricht in den Grundzügen derjenigen nach dem DSG. Die Auslagerung im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung wird privilegiert und muss nicht durch einen eigenständigen Erlaubnistatbestand nach Art. 6 DSGVO abgedeckt sein.<sup>48</sup> Art. 28 DSGVO gibt aber im Unterschied zum DSG sehr detailliert vor, wie der Auftraggeber seine Pflichten bei der Auftragsdatenverarbeitung einzuhalten hat.<sup>49</sup> Der Auftragsdatenverarbeiter ist zudem ein Empfänger im Sinn von Art. 4 Nr. 9 DSGVO, wenn ihm Daten offengelegt werden. Der Verantwortliche muss die betroffenen Personen über die Empfänger von Daten informieren (Art. 13 Abs. 1 lit. e DSGVO; Art. 14 Abs. 1 lit. e DSGVO), wobei ein Bereitstellen der Information, z. B. in einer über das Internet abrufbaren Datenschutzerklärung, genügt.<sup>50</sup>

## V. Fazit

Werden Daten durch Anwältinnen und Anwälte vor der Übertragung an einen Cloud-Provider verschlüsselt und verfügt der Cloud-Provider nicht über den Schlüssel, liegt kein Offenbaren von Geheimnissen im Sinn von Art. 321 StGB vor. Da verschlüsselte Daten nicht als Personendaten zu qualifizieren sind, untersteht die Tätigkeit des Cloud-Providers auch nicht dem Datenschutzrecht. In dieser Konstellation ist die Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte deshalb straf- und datenschutzrechtlich unbedenklich.

Werden die Daten aber nicht durch die Anwältinnen und Anwälte, sondern erst durch den Cloud-Provider verschlüsselt, hat dieser Zugriff auf die Daten im Klartext und Zugang zu den vom Berufsgeheimnis geschützten Infor-

mationen. Mit der Nutzung seiner Dienste wird der Cloud-Provider allerdings Teil der arbeitsteilig organisierten Funktionseinheit «Anwaltskanzlei» und ist damit als Hilfsperson der Anwältinnen und Anwälte zu qualifizieren. Hilfspersonen sind nie unberechtigte Dritte im Sinn von Art. 321 StGB. Die Bekanntgabe geheimer Informationen an Cloud-Provider erfüllt deshalb das objektive Tatbestandsmerkmal des Offenbarens an unberechtigte Dritte nicht, womit eine Strafbarkeit nach Art. 321 StGB entfällt. Anwältinnen und Anwälte müssen den Cloud-Provider allerdings sorgfältig auswählen, die Wahrung des Berufsgeheimnisses vertraglich absichern und sicherstellen, dass die Daten vom Cloud-Provider nur zur Vertragserfüllung verwendet werden. Die Einhaltung dieser Verpflichtungen ist in zumutbarer Weise zu überwachen. Auch aus Sicht des Datenschutzrechts ist die Nutzung von Cloud-Providern als Auftragsdatenbearbeiter der Anwältinnen und Anwälte grundsätzlich unproblematisch, weil das Berufsgeheimnis der Auftragsdatenbearbeitung nicht entgegensteht. Werden auch die weiteren Vorgaben der Auftragsdatenbearbeitung eingehalten, kann der Cloud-Provider die Daten so bearbeiten, wie die Anwältinnen und Anwälte es auch selbst tun dürfen.

<sup>47</sup> ROSENTHAL (Fn. 36), IPRG 139 N 26; BÜHLMANN/REINLE,

Extraterritoriale Wirkung der DSGVO, *digma* 2017, 10. Zur Anwendung kämen die DSGVO sowie das nationale, die DSGVO umsetzende Recht.

<sup>48</sup> PLATH, in: DSGVO/BDSG-Kommentar, 3. Aufl., Köln 2018, DSGVO 28 N 6; SCHMIDT/FREUND, Perspektiven der Auftragsdatenverarbeitung – Wegfall der Privilegierung mit der DS-GVO?, *ZD* 2017, 16.

<sup>49</sup> Art. 28 DSGVO könnte daher auch eine Orientierungshilfe für Schweizer Datenbearbeiter bieten.

<sup>50</sup> LAUE/NINK/KREMER, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, Baden-Baden 2016, § 3 N 17; siehe auch: KAMLAH, in: DSGVO/BDSG-Kommentar, 3. Aufl., Köln 2018, DSGVO 12 N 4.

# UTILISATION DES SERVICES DE CLOUD PAR LES AVOCATS

**CHRISTIAN SCHWARZENEGGER**

Prof., Dr, avocat, Université de Zurich

**FLORENT THOUVENIN**

Prof., Dr, avocat, Université de Zurich

**BURKHARD STILLER**

Prof., Dr, Université de Zurich

**DAMIAN GEORGE**

avocat, MLaw, Université de Zurich

Mots-clés: services de *cloud*, secret professionnel, droit de la protection des données

L'utilisation des services de *cloud* par les avocats soulève des questions de droit pénal et de protection des données, qui font parfois l'objet de controverses en doctrine. Le présent article démontre qu'en principe, ces services peuvent en l'état être utilisés par les avocats. Ce texte constitue une version abrégée d'un rapport préparé par ses auteurs pour la Fédération suisse des avocats en automne 2018. Le rapport complet sera publié dans la collection du Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) de l'Université de Zurich.

## I. Introduction

Depuis longtemps, l'utilisation de services informatiques est indispensable à l'exercice de la profession d'avocat. Souvent, la mise en place et la maintenance du système informatique ne sont pas assurées par l'avocat lui-même, mais par des informaticiens internes ou un prestataire de services informatiques externe. Depuis peu, les cabinets d'avocats utilisent non seulement des ordinateurs autonomes ou des réseaux locaux, mais également des services de *cloud*. Le terme «*cloud*» décrit des services en ligne accessibles, via un réseau, depuis n'importe quel endroit, de sorte que leur emplacement physique peut être négligé d'un point de vue technique.

Cette évolution soulève la question de savoir si et à quelles conditions les avocats travaillant en Suisse peuvent utiliser les services de *cloud* pour le traitement, le stockage et l'archivage de documents et autres fichiers dans le cadre de leur activité professionnelle. Pour répondre à cette question, il convient d'examiner si l'utilisation de services de *cloud* constitue une violation du secret professionnel au sens de l'article 321 CP (III) et si elle est compatible avec les dispositions de la loi sur la protection des données (IV). Il convient en outre de clarifier au préalable les fondements techniques (II).

## II. Fondements techniques

### 1. Les modèles de services de cloud

Presque toutes les ressources informatiques peuvent être externalisées sur un *cloud* et il existe différents modèles de services de *cloud* sur le marché. On en distingue généralement trois grandes catégories: *Infrastructure-as-a-Service* (IaaS), *Platform-as-a-Service* (PaaS) et *Software-as-a-Service* (SaaS). Le modèle de service PaaS est principalement utilisé pour le développement d'applications. Dès lors que les cabinets d'avocats n'utilisent que rarement ce modèle de service à l'heure actuelle, la description qui suit se limitera aux deux autres modèles.

#### A) *Infrastructure en tant que service (IaaS)*

L'*Infrastructure-as-a-Service* (IaaS) est le modèle de base des services de *cloud*. Avec ce modèle, les ressources de *cloud* (par exemple, l'informatique, le stockage ou l'accès au réseau) sont mises à disposition en tant que service. Ce modèle est une option intéressante si une étude d'avocats a besoin d'une infrastructure assistée par ordinateur, mais ne souhaite pas l'exploiter lui-même pour des raisons financières. Avec ce modèle, l'étude d'avocats continue de déterminer quelles solutions logicielles seront installées et doit également prendre des mesures pour assurer la

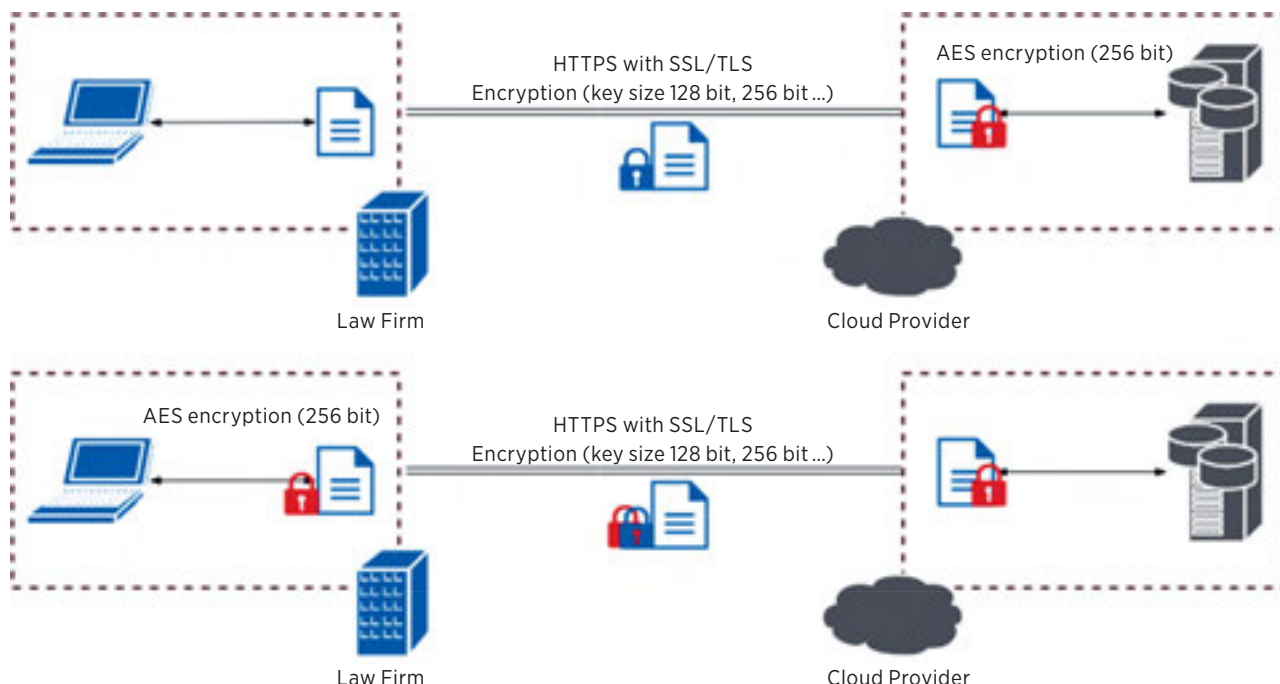


Illustration 1: Cryptage et gestion des clés dans le modèle de service IaaS

confidentialité et l'intégrité du système. Le fournisseur de *cloud* doit, quant à lui, s'assurer que les données stockées par l'étude d'avocats sont disponibles à tout moment.

#### B) Software-as-a-Service (SaaS)

Avec le *Software-as-a-Service* (SaaS), le fournisseur de *cloud* fournit sur Internet une application logicielle conviviale pour l'utilisateur final. Avec ce modèle de service, ce ne sont pas seulement les logiciels et les données qui sont stockés de manière centralisée sur le *cloud*, mais également le traitement des données (par exemple traitement de texte, calcul ou création de présentations). Le fournisseur de *cloud* installe également des mises à jour et offre des fonctions de support. Contrairement à l'IaaS, le modèle de service SaaS permet à l'étude d'avocats de ne réaliser que des configurations limitées en matière de sécurité. D'un point de vue technique, il lui suffit d'assurer la sécurité des données d'accès. Il appartient au fournisseur de services de *cloud* d'assurer la confidentialité des données, l'intégrité du réseau et la disponibilité des services.

### 2. L'accès aux données

Lors de l'utilisation des services de *cloud*, les données ne sont plus stockées localement dans l'étude d'avocats, mais chez le fournisseur de services de *cloud*. La transmission sur Internet est cryptée par HTTPS (Hypertext Transmission Protocol Secure) et TLS (Transport Layer Security)<sup>1</sup>, lesquels utilisent une clé de grande taille (128 ou 256 bits). Le fournisseur de *cloud* chiffre également les données à l'aide d'une clé locale, par exemple la méthode de cryptage AES (Advanced Encryption Standard).

Le modèle de service IaaS peut se présenter de deux manières différentes: si les données sont cryptées par le

fournisseur de *cloud*, tant l'étude d'avocats que le fournisseur de *cloud* ont accès aux données (voir la partie supérieure de l'illustration 1). Les données à stocker par le fournisseur de *cloud* peuvent également être cryptées par l'étude d'avocats, avant d'être transmises sur Internet (voir la partie inférieure de l'illustration 1). Ainsi, seul l'étude d'avocats a accès aux données.

Dans le modèle de service SaaS (illustration 2), le fournisseur de services *cloud* rend le logiciel disponible dans le *cloud*. L'application logicielle doit pouvoir accéder aux fichiers non cryptés et les données sont donc lisibles par le fournisseur de services *cloud*. Les autres utilisateurs du même *cloud* ne peuvent toutefois pas accéder à ces données, car une clé différente est utilisée pour chaque client. Cela étant, les clients qui travaillent avec des contenus confidentiels doivent être conscients, lorsqu'ils utilisent le SaaS, que le fournisseur de *cloud* peut accéder à leurs données et qu'il a la possibilité de les utiliser.

### III. Condamnation pénale: violation du secret professionnel

Selon l'art. 321 du Code pénal suisse, les détenteurs du secret professionnel et leurs auxiliaires (III.2) sont punissables, sur plainte, s'ils révèlent un secret qui leur a été confié (III.1) à un tiers non autorisé (III.3) et agissent intentionnellement et sans motif justificatif.

<sup>1</sup> TLS est la version mise à jour de SSL (Secure Socket Layer) 3.0 qui a été classée obsolète par l'Internet Engineering Task Force (IETF) dans le document RFC 7568.

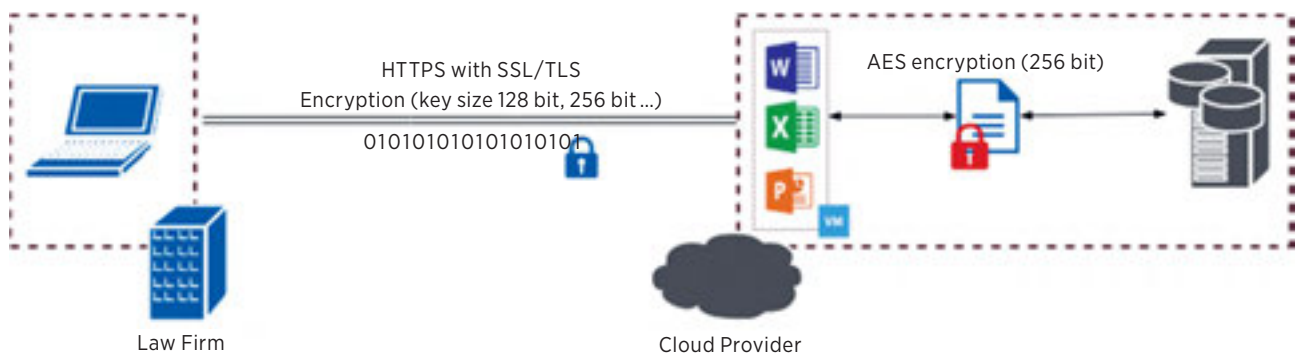


Illustration 2: Cryptage et gestion des clés dans le modèle de service SaaS

### 1. L'objet de l'atteinte: le secret protégé

Les secrets au sens matériel sont juridiquement protégés. Un secret doit porter sur un fait non connu de chacun. Cela est le cas lorsqu'un nombre restreint de personnes possèdent l'information en question. Un secret existe si le maître du secret a un intérêt légitime et la volonté de garder l'information confidentielle<sup>2</sup>. L'art. 321 du Code pénal suisse (CP) couvre l'ensemble des informations confiées à l'avocat dans l'exercice de sa profession et obtenues dans ce cadre-là. Il n'est pas nécessaire que l'information fasse référence au client, ni qu'elle ait été délibérément communiquée ou transmise à l'avocat<sup>3</sup>. Les informations provenant d'activités commerciales juridiques dites accessoires, comme la gestion de fortune, les opérations de dépôt, le recouvrement de créances et les mandats au sein de conseils d'administration<sup>4</sup> ou les informations acquises dans le cadre de la vie privée de l'avocat ne sont pas couvertes par le secret professionnel au sens de l'art. 321 ch. 1 al. 1 CP.

### 2. Les auteurs: les personnes détentrices du secret et les auxiliaires

#### A) Les détenteurs du secret

L'art. 321 CP est un véritable délit spécial, ce qui signifie que seuls les professionnels explicitement et exhaustivement énumérés dans la disposition peuvent en être les auteurs<sup>5</sup>. Les avocats sont nommément cités, de même que les défenseurs en justice<sup>6</sup>, les notaires et les conseils en brevets et autres groupes professionnels<sup>7</sup>. La catégorie des avocats comprend toutes les personnes qui ont suivi une formation professionnelle appropriée et sont titulaires d'un certificat de compétence suisse ou étranger, qui pratiquent ou non dans le cadre du monopole<sup>8</sup>. L'inscription au registre des avocats n'est pas déterminante<sup>9</sup>.

#### B) Les personnes auxiliaires

Les auxiliaires au sens de l'art. 321 ch. 1 al. 1 CP sont tenus au secret au même titre que le détenteur (principal) du secret. L'interprétation de la notion d'auxiliaire d'un membre de la profession tenu au secret professionnel est déterminante. Sa signification peut être précisée en se fondant sur les méthodes d'interprétation usuelles.

Selon l'interprétation grammaticale, les auxiliaires sont des personnes qui assistent quelqu'un dans l'accomplissement d'une tâche. Le sens littéral couvre tous les types d'assistance, qu'il s'agisse de travaux de dactylographie, de recherche, de courses ou d'assistance à la gestion des données. Même les prestataires de services infor-

- 2 Cf. ATF 127 IV 122, c. 1; 142 IV 65, c. 5.1 d. et les références citées (ad art. 320 CP); NIGGLI, Gutachten betreffend Anwendung von Art. 321 StGB auf angestellte Unternehmensjuristen (In-house lawyers), Fribourg 2005, [www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv\\_Publikationen-Publikation/05-08-05-Gutachten\\_Niggli.pdf](http://www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv_Publikationen-Publikation/05-08-05-Gutachten_Niggli.pdf), page consultée pour la dernière fois le 19.12.2018, p. 20 ss et les références citées; OBERHOLZER, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, CP 321 N 14; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2013, § 61 N 5; TRECHSEL/VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2018, CP 321 N 20 ss et les références citées.
- 3 Ainsi déjà GAUTIER, Procès-verbal de la deuxième Commission d'experts concernant le Code pénal, Lucerne 1915, tome 4, p. 365; NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen? Eine Verteidigung des materiellen Strafrechts gegen die Freunde des Verfassungsrechts, zugleich eine Antwort auf Pfeifer, Revue des Avocats 2006, p. 279; OBERHOLZER (nbp 2), CP 321 N 16; TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 21 s.
- 4 Cpr ATF 143 IV 462, c. 2.2; NIGGLI (nbp 2), p. 21 ss; TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 21. La protection pénale ne vise que l'activité typique des avocats, même si, dans la pratique, il est parfois difficile de la distinguer de l'activité atypique (cf. arrêt du TF 1B\_85/2016 du 20.9.2016, c. 6 sur la délégation de tâches de compliance au sens de la LBA à une étude d'avocats).
- 5 ZÜRCHER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Berne 1914, p. 351; OBERHOLZER (nbp 2), CP 321 N 11; TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 3; STRATENWERTH/BOMMER (nbp 2), § 61 N 17; WOHLERS, Auslagerung einer Datenbearbeitung und Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB), Rechtsgutachten im Auftrag des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich, Zurich 2016, p. 13.
- 6 Selon le Code de procédure pénale, la défense des personnes accusées d'un crime ou d'un délit est réservée aux avocats qui, selon la LLCA, sont habilités à représenter les parties devant les autorités judiciaires (art. 2 LLCA, art. 127 al. 5 CPP). La mention supplémentaire de défenseurs en justice n'a donc qu'une propre signification dans les procédures pénales pour infraction.
- 7 Pour en savoir plus sur les différents groupes professionnels OBERHOLZER (nbp 2), CP 321 N 5 ss; TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 6 ss.
- 8 NIGGLI (nbp 2), p. 15, p. 19 s.
- 9 OBERHOLZER (nbp 2), CP 321 N 6.



matiques qui assurent le traitement des données pour la personne détentrice du secret peuvent être assimilés à des auxiliaires.

On remarque, d'un point de vue systématique, que les auxiliaires visés à l'art. 321 ch. 1 al. 1 CP sont mentionnés de la même façon que les (principaux) détenteurs du secret et sont soumis à la même menace de sanction. Cela laisse penser que le législateur a voulu élargir le cercle des personnes qui auraient connaissance de faits confidentiels, en se basant sur une conception fonctionnelle de l'environnement de travail.

L'interprétation historique apporte également des indications claires. Il ressort des travaux préparatoires qu'une conception restrictive de la notion d'auxiliaire a été explicitement rejetée. Les doutes émis par deux membres de la commission d'experts, qui recommandaient de limiter l'interprétation du terme «auxiliaire», ont été entendus mais n'ont volontairement pas été pris en compte<sup>10</sup>. De même, dans la consultation parlementaire, la référence au fait que l'expression «Gehilfen solcher Personen» était quelque peu vague n'a donné lieu à aucune discussion, ni même à une adaptation de la disposition pénale<sup>11</sup>.

D'un point de vue téléologique également, cela n'a aucun sens de limiter de manière étroite le cercle des auxiliaires. Si on retenait une définition restrictive du terme, le détenteur du secret devrait traiter personnellement tous les documents confidentiels, maintenir lui-même les systèmes d'exploitation informatiques et gérer lui-même les données afin d'exclure la possibilité d'accès par des tiers non autorisés tels que le personnel de nettoyage, les secrétaires ou le personnel informatique. Cependant, la loi ne peut être comprise comme exigeant des processus pratiquement impossibles à mettre en œuvre sur le plan opérationnel, ou du moins très inefficaces<sup>12</sup>.

La protection suisse du secret professionnel repose donc sur une compréhension large et fonctionnelle de la personne auxiliaire<sup>13</sup>. Une personne auxiliaire au sens de l'art. 321 CP est toute personne qui participe à l'activité professionnelle d'un détenteur (principal) du secret de manière à lui permettre en principe d'en prendre connaissance.

### 3. L'acte délictueux: la révélation du secret

#### A) La prise de connaissance

L'élément constitutif objectif de la révélation est rempli si la personne à qui le secret a été confié le porte à la connaissance d'un tiers qui n'y est pas autorisé ou permet à ce tiers d'en prendre connaissance. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, la prise de connaissance par un tiers est requise pour la réalisation de l'infraction<sup>14</sup>. Toutefois, l'acte peut également être commis par omission<sup>15</sup>, par exemple par une conservation inadéquate des dossiers<sup>16</sup>.

Dans le cas d'informations anonymisées ou cryptées, il n'y a pas de révélation car il est impossible d'en prendre connaissance<sup>17</sup>. L'archivage de données cryptées dans un *cloud* (modèle de service IaaS) ne remplit pas les éléments constitutifs objectifs de l'art. 321 CP (voir II.1.A). Avec le

- 10 ALFRED GAUTIER a ainsi souligné les problèmes de délimitation dans la deuxième commission d'experts: «Car il est délicat de délimiter le cercle de ces auxiliaires. On risque d'y comprendre de simples petits comparses sur lesquels ne doit reposer aucune responsabilité spéciale, ...» (GAUTIER [nbp 3], p. 365). La commission d'experts n'a pas développé cet argument. Conformément à GAUTIER, EUGÈNE DESCHENAUX a déposé une motion demandant que le terme «auxiliaire» soit remplacé par «assistant ou employé supérieur» afin d'exonérer les employés subordonnés de toute responsabilité pénale éventuelle (procès-verbal de la deuxième Commission d'experts sur le Code pénal, Lucerne 1915, tome 4, p. 371). La proposition DESCHENAUX a été rejetée par la commission d'experts à une large majorité (*ibid.*, p. 376).
- 11 Bulletin sténographique du Conseil national, 26. 9. 1929, p. 612.
- 12 Exiger le consentement du détenteur du secret pour toutes ces activités ne peut représenter une solution pour les mêmes raisons. Par exemple, avant tout changement organisationnel, comme le recrutement de stagiaires et de personnel de secrétariat ou la nomination d'une société de nettoyage, il faudrait obtenir les déclarations de consentement de tous les clients. Cela semble inapproprié, puisque le travail est en partie délégué et que la personne à qui sont confiés les secrets serait rapidement confrontée à un nombre trop important de demandes de consentement.
- 13 WOHLERS interprète cela de manière étroite, en se basant sur le § 203 de l'ancien Code pénal allemand. Il s'appuie en particulier sur une figure juridique jusqu'alors inhabituelle dans la doctrine suisse, à savoir le «Kreis der zum Wissen Berufenen». Cette notion implique que le maître du secret désigne une personne ou un groupe de personnes avec qui il souhaite partager le secret (WOHLERS [nbp 5], p. 16, 18 et 26; WOHLERS, Outsourcing by Professional Secrets, *digma* 2017, p. 116). Ce concept n'est toutefois pas compatible avec la jurisprudence et la doctrine suisses: arrêt du 18. 11. 2015 du Tribunal d'arrondissement de Zurich, GG 150233, c. II.2.5.2, «Der Kreis der Hilfspersonen ist praktisch unbegrenzt»; CHAPPUIS/ALBERINI, Secrets professionnel de l'avocat et solutions Cloud, *Revue de l'Avocat* 2017, p. 339 ss; KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäß Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zurich 1993, p. 106 ss et les références citées avec une restriction au «professionnel»; NIGGLI (nbp 2), p. 30 s.; OBERHOLZER (nbp 2), CP 321 N 10; TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 13; STRATENWERTH/BOMMER (nbp 2), § 61 N 17, avec une limitation au «professionnel». Cf. NATER/ZINDEL in: Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2<sup>e</sup> éd., 2011, Zurich, LLCA 13 N 51 s., et N 53: «Massgeblich ist vielmehr sowohl strafrechtlich als auch berufsrechtlich, ob die Tätigkeit der Hilfsperson die Möglichkeit des Zugangs zu geschützten Informationen einschliesst».
- 14 Arrêt du TF 6B\_1403/2017 du 8. 8. 2017, c. 1.2.2; ISENKRING, StGB/JStG-Kommentar, Orell Füssli Kommentar, 20<sup>e</sup> éd., Zurich 2018, CP 321 N 10b; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2017, p. 580 s.; OBERHOLZER (nbp 2), CP 320 N 10.
- 15 OBERHOLZER (nbp 2), CP 321 N 19; STRATENWERTH/BOMMER (nbp 2), § 61 N 7 und 19; STRAUB, Aufbewahrung und Archivierung in der Anwaltskanzlei, AJP 2010, p. 552 und 555; TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 23. Toutefois, si l'on présume qu'un tiers non autorisé a pris connaissance de l'information confidentielle, l'infraction ne peut être réalisée par un stockage inadéquat de l'information en question, qui constituerait tout au plus une tentative punissable.
- 16 En ce qui concerne les exigences relatives à l'archivage des fichiers, les dispositions de l'art. 7 LPD et de l'art. 8 OLPD peuvent être appliquées, étant donné qu'il s'agit de fichiers au sens de la LPD, qui contiennent souvent des données particulièrement sensibles au sens de l'art. 3 lit. c LPD. Les avocats sont dispensés de l'obligation de déclaration prévue à l'art. 11a LPD, cf. BLECHTA, in: Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3<sup>e</sup> éd., Basel 2014, LPD 11a N 14d. S'agissant du stockage: BLECHTA (*ibid.*), LPD 7 N 7 ss.
- 17 BERGER, Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, recht 2000, p. 191 et les références citées; BLATTMANN, in: Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich, Zurich 2012, Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) 6 N 13; TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 23; WOHLERS (nbp 5), p. 20; Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, 14<sup>e</sup> rapport d'activité 2006/2007 pour la période du 1. 4. 2006 au 31. 3. 2007, p. 51.



modèle de service SaaS en revanche, le fournisseur du service de *cloud* a un accès technique aux données stockées (voir II.2). Dans cette situation, une prise de connaissance des informations confidentielles est dès lors possible.

#### B) Pas de révélation à des auxiliaires

Le législateur est parti du principe que le responsable du secret avait un environnement professionnel de travail partagé avec d'autres personnes. La coopération entre le détenteur du secret et les auxiliaires implique en effet que ces derniers entrent en contact avec les informations protégées par le secret. Ainsi, les auxiliaires ne peuvent en aucun cas être considérés comme des tiers non autorisés. Ils assistent directement le maître du secret dans sa sphère professionnelle<sup>18</sup>, sous sa responsabilité, où règne une confiance mutuelle<sup>19</sup>. Les auxiliaires sont punissables de la même sanction que le (principal) détenteur du secret. Une révélation des secrets à des auxiliaires ou une prise de connaissances ne remplit par conséquent pas le critère objectif de la révélation à des tiers non autorisés<sup>20</sup>.

#### C) Tiers non autorisés

Les tiers non autorisés sont toutes les personnes qui ne sont ni des auxiliaires ni des personnes autorisées à prendre connaissance du secret de par la loi ou en raison d'un consentement. Le détenteur du secret peut également violer son secret professionnel en divulguant les informations confidentielles à d'autres personnes tenues au secret, par exemple en en faisant état à des avocats d'une autre étude<sup>21</sup>.

### 4. Conséquences pour l'utilisation de services de cloud

#### A) Les fournisseurs de cloud en tant qu'auxiliaires

Il résulte de ce qui précède que les fournisseurs de services de cloud doivent être qualifiés d'auxiliaires de l'avocat au sens de l'art. 321 ch. 1 al. 1 CP. Les informations protégées par le secret professionnel peuvent leur être communiquées sans que cela constitue une révélation induite<sup>22</sup>.

#### B) Obligation de diligence dans la sélection, l'instruction et la surveillance

Lors du choix d'un auxiliaire, les personnes astreintes au secret professionnel doivent respecter certaines règles, lesquelles découlent également du droit civil et des règles professionnelles<sup>23</sup>. Celles-ci ne permettent aucune révélation prosaïque par le droit pénal<sup>24</sup> mais contribuent à appréhender le concept d'auxiliaire de l'art. 321 ch. 1 al. 1 CP, dans le cadre d'une interprétation téléologique.

Les avocats qui font appel à des auxiliaires sont responsables au sens de l'art. 101 du Code des obligations (CO) pour tous les dommages causés par leurs auxiliaires chargés d'exécuter une obligation, à condition qu'ils puissent être hypothétiquement accusés de tels dommages. L'art. 13 al. 2 LLCA prévoit également que les avocats doivent faire en sorte que le secret professionnel soit respecté, en engageant, instruisant et supervisant leurs auxiliaires<sup>25</sup>. S'ils ne prennent pas toutes les mesures rai-

sonnables pour s'assurer que le secret soit gardé, ils enfreignent cette règle professionnelle<sup>26</sup>. Selon la doctrine, les auxiliaires doivent en outre être contractuellement tenus au secret<sup>27</sup> et, selon la taille et l'activité de l'étude d'avocats, un véritable dispositif de sécurité s'impose<sup>28</sup>. Il peut donc s'avérer nécessaire de restreindre le cercle des personnes auxiliaires impliquées dans des informations particulièrement sensibles et de prendre les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour protéger ces informations.

Le maître du secret n'est donc pas complètement libre dans ses actions. Le respect des obligations civiles et professionnelles exige plutôt une limitation raisonnable du cercle des personnes qui ont accès aux informations secrètes et une prise de mesures suffisantes pour sécuriser ces informations.

18 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (nbp 14), p. 590; KELLER (nbp 13), p. 107 s. et les références citées.

19 TRECHSEL/VEST (nbp 2), CP 321 N 25. Cf. ég. les règles de droit civil concernant la responsabilité pour les auxiliaires, art. 101 CO: WIEGAND, in: Basler Kommentar OR I, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, CO 101 N 4 s. Ég. dans ce sens le jugement du 18.11.2015 du Tribunal d'arrondissement de Zurich, GG 150233, c. II.2.5.3.

20 De manière explicite: Jugement du 18.11.2015 du Tribunal d'arrondissement de Zurich, GG 150233, c. II.2.5.3; ég. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafrecht Handkommentar, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013, CP 320 N 3, CP 321 N 4. D'un avis contraire, WOHLERS (nbp 5), p. 21 s. et 25 s.: «Tatsächlich kann (...) aus der Existenz der Kategorie der Hilfspersonen als taugliche Täter nicht gefolgert werden, dass auch die Weitergabe an sie für den primären Geheimnisträger straflos sein soll. Die Kategorisierung als Hilfsperson ändert deshalb für sich gesehen nichts daran, dass die Weitergabe der Daten als Offenbaren eines Geheimnisses einzustufen ist» (accent mis par les auteurs).

21 ATF 114 IV 44, c. 3.b; BERGER (nbp 17), p. 187; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (nbp 14), p. 593 et les références citées; ISERNING (nbp 14), CP 320 N 15, CP 321 N 10; KELLER (nbp 13), p. 114 s. et les références citées; PIETH, Strafrecht, Besonderer Teil, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2018, p. 131; RASELLI, Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch zwischen schweizerischen Straf- und Steuerberufen, Revue Pénale Suisse 1993, p. 32 s. et les références citées; STRATENWERTH/BOMMER (nbp 2), § 61 N 7.

22 D'un autre avis, WOHLERS (nbp 5), p. 20, qui considère que le sous-traitant n'est pas un auxiliaire. Dès qu'ils peuvent déchiffrer les informations secrètes du détenteur, ce dernier procède à leur divulgation. Il en va de même pour les prestataires de services informatiques qui sont en charge de la maintenance des logiciels.

23 Selon WOHLERS (nbp 5), p. 16, et WOHLERS (nbp 13), p. 115, sur la base d'une interprétation restrictive, le contrôle du cercle des personnes ayant droit à la confidentialité ne peut être confié à l'avocat.

24 NATER/ZINDEL (nbp 13), LLCA 13 N 16; cf. ég.: WEBER, in: Basler Kommentar OR I, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, CO 398 N 11.

25 SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zurich 2009, N 540 ss; cf. ég. CHAPPUIS/ALBERINI (nbp 13), p. 341.

26 SCHILLER (nbp 25), N 540; NATER/ZINDEL (nbp 13), LLCA 13 N 56 s.

27 MAURER/GROSS, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, LLCA, Basel 2010, LLCA 13 N 101; SCHILLER (nbp 25), N 541; NATER/ZINDEL (nbp 13), LLCA 13 N 56; cf. ég. Préposé à la protection des données du Canton de Zurich (Datenschutzbeauftragter Kanton Zürich), Rapport d'activité 2017, p. 18.

28 NATER/ZINDEL (nbp 13), LLCA 13 N 56 s. On peut songer, par exemple, à la gestion des clés, qui reste de la responsabilité de l'entreprise dans les modèles de service IaaS (cf. II.2) II.1.A) ou au contrôle d'accès dans les modèles de service IaaS et SaaS, qui reste toujours de la responsabilité de l'entreprise (cf. II.1.B).

### C) Participation des fournisseurs étrangers de services de cloud

Si des données sont transférées à l'étranger ou si un fournisseur étranger de services de *cloud* se voit accorder l'accès à des données stockées en Suisse, ces données peuvent être soumises à une protection juridique plus faible ou à un droit d'accès des autorités étrangères (par exemple dans le cas de mesures coercitives dans une procédure pénale). Par exemple, le *Cloud Act*<sup>29</sup> adopté par le Congrès américain en mars 2018 permet aux autorités américaines d'accéder aux données stockées à l'étranger si elles sont en possession, sous la garde ou le contrôle d'un fournisseur américain de services de cloud<sup>30</sup>.

La compétence pénale suisse est en principe liée au lieu de commission de l'acte, i.e. soit le lieu d'exécution ou le lieu du résultat (art. 8 al. 1 CP). Si le secret est révélé à l'étranger, il se peut que ni la commission de l'acte ni le résultat n'aient lieu en Suisse. Toutefois, pour admettre qu'il y a eu communication à un auxiliaire, il n'est pas déterminant que celui-ci soit également soumis à l'art. 321 CP<sup>31</sup>. Ce qui est décisif, c'est que l'implication du fournisseur de *cloud* soit autorisée. Cela implique que ce dernier soit contractuellement tenu au secret professionnel et que l'externalisation prévue résiste à une évaluation des risques<sup>32</sup>. Dans cette évaluation, il faut tenir compte de la sensibilité des données, mais aussi du respect attendu des contrats et des lois auxquels est soumis le fournisseur étranger de services de *cloud*, ainsi que de la réelle probabilité d'accès aux données. Cette évaluation des risques peut varier en fonction de l'activité des avocats; il convient d'être particulièrement prudent notamment lorsque l'on conseille des clients étrangers sur des questions fiscales et des clients politiquement exposés.

### 5. Garanties supplémentaires: le consentement de l'intéressé

Même si le recours à des fournisseurs de services de *cloud* par les avocats est généralement autorisé, il semblerait raisonnable, afin de garantir un degré de sécurité supplémentaire, d'obtenir le consentement des clients pour l'utilisation de fournisseurs de *cloud* (ainsi que pour l'engagement d'autres auxiliaires, telles que des substituts et des responsables informatiques) dans le cadre du contrat de mandat. Ce consentement peut être donné de manière informelle. En outre, un consentement implicite pourrait être présumé si les clients ont suffisamment été informés sur l'utilisation des services de *cloud* par leur avocat et si, cela fait, ils ont été d'accord de poursuivre la relation de mandat. S'agissant des mandats terminés, il convient de prévoir un archivage crypté côté utilisateur dans le cadre d'un modèle de service *IaaS*, lequel exclut d'emblée l'accès par le fournisseur de *cloud* au contenu des données stockées (voir II. 2).

## IV. Appréciation des aspects liés à la protection des données: traitement des données

### 1. Traitement des données personnelles

Le traitement des données personnelles, c'est-à-dire les informations relatives à une personne identifiée ou iden-

tifiable, est soumis aux dispositions de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) (art. 2 en relation avec l'art. 3 lit. a LPD).

La loi sur la protection des données ne s'applique pas à l'utilisation des services de *cloud* par les avocats si les fournisseurs de services de *cloud* ne traitent pas les données personnelles. C'est le cas lorsque les données ne sont stockées que par le fournisseur de services de cloud (modèle de service *IaaS*) et que les avocats cryptent les données avant leur transmission au fournisseur afin que ce dernier n'ait pas accès au contenu des données. Ce n'est pas le cas si les avocats traitent les données sur l'infrastructure des fournisseurs de *cloud computing* (modèle de service *SaaS*), car ces derniers peuvent accéder au contenu des données (voir II. 2).

Selon la doctrine et la jurisprudence, il y a données personnelles lorsque, d'après l'expérience générale de la vie, on doit compter sur le fait que le sous-traitant acceptera de déployer des efforts pour individualiser une personne<sup>33</sup>. Étant donné que cela ne peut être exclu dans le cadre de l'utilisation de fournisseurs de *cloud* selon le modèle de service *SaaS*, l'utilisation de ces services par des avocats doit être qualifiée de traitement de données personnelles, qui doit avoir lieu conformément aux dispositions de la LPD.

## 2. Traitement des données

### A) Responsabilité du client

Dans la mesure où le traitement des données personnelles par les avocats est autorisé et où les conditions requises pour le traitement des données de commande conformément à l'art. 10a LPD sont remplies, les données peuvent également être traitées par le fournisseur de *cloud*. Les avocats demeurent toutefois responsables, en tant que mandants, du respect des exigences de la loi sur la protection des données<sup>34</sup>.

### B) Transfert par convention

Le traitement des données personnelles est basé sur un accord (contrat de *cloud*) entre les avocats ou l'étude

<sup>29</sup> *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*. Le *Cloud Act* a été rédigé en réaction à l'arrêt *Microsoft v. United States*, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016), par lequel la Court of Appeal for the Second Circuit a décidé que le FBI ne pouvait contraindre Microsoft à divulguer des données si elles étaient stockées sur un serveur en Irlande. Cf. ég. 130 Harv. L. Rev. (2016), p. 769 ss.

<sup>30</sup> GAUSLING, *Offenlegung von Daten auf Basis des CLOUD Act*, *Multimedia und Recht* 2018, p. 579.

<sup>31</sup> D'un avis contraire, SCHWANINGER/LATTMANN, *Cloud Computing: Ausgewählte rechtliche Probleme in der Wolke*, *Jusletter* du 11. 3. 2013, N 31 s.

<sup>32</sup> Voir ci-dessus III. 4. B).

<sup>33</sup> Cf. ATF 136 II 508, c. 3.

<sup>34</sup> GRAMIGNA, *Cloud-Vertrag*, in: *Schweizerisches Vertragshandbuch: Musterverträge für die Praxis*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, N 30; BAERISWYL, in: *Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz*, Berne 2015, LPD 10a N 2; BÜHLER/RAMPINI, in: *Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, LPD 10a N 11; SURY/GOGNIAT, *Umzug einer Kanzlei in die Cloud*, *Revue de l'Avocat* 2015, p. 204.

d'avocats et le prestataire de services, en l'occurrence le fournisseur de *cloud*.

### C) *Traitement comme pour le client*

Les fournisseurs de services de *cloud* ne peuvent traiter que les données personnelles transmises par les avocats qu'ils seraient eux-mêmes autorisés à traiter (art. 10a al. a LPD). Dans la mesure où les exigences de la loi sur la protection des données sont respectées, que le traitement des données personnelles par les avocats est conforme ou repose sur un motif justificatif, les données peuvent être traitées non seulement par les avocats mais aussi par les fournisseurs de services de *cloud*. En revanche, le traitement par les fournisseurs de services de *cloud* pour leurs propres besoins n'est pas autorisé<sup>35</sup>. Afin de s'assurer que le fournisseur de services de *cloud* ne traitera pas les données différemment que les avocats, la manière dont le fournisseur de services de *cloud* traitera les données devrait être décrite dans le contrat ou dans une annexe au contrat<sup>36</sup>. Il peut ainsi être indiqué que les données – sous réserve d'instructions spéciales – ne peuvent être traitées que pour l'exécution du contrat<sup>37</sup>.

### D) *Absence d'obligation de confidentialité contradictoire*

Le traitement de données personnelles par des tiers n'est pas autorisé si une obligation légale ou contractuelle de garder le secret l'interdit (art. 10a al. 1 let. b LPD)<sup>38</sup>. Comme indiqué ci-dessus<sup>39</sup>, l'utilisation des services de *cloud* par les avocats ne constitue pas une violation des obligations légales de confidentialité. Il est toutefois concevable que le contrat prévoie une obligation de confidentialité qui s'oppose à une telle externalisation.

### E) *Obligations de garantie et de surveillance, en particulier de la protection des données*

Étant donné que les avocats sont responsables du respect des exigences de la loi sur la protection des données<sup>40</sup>, ils sont tenus de sélectionner avec soin, d'instruire et de surveiller le fournisseur de *cloud*<sup>41</sup>. En particulier, ils doivent veiller à ce que le fournisseur de services de *cloud* garantisse la sécurité des données (art. 10a al. 2 LPD), c'est-à-dire la confidentialité, la disponibilité et l'intégrité des données (art. 8 al. 1 OLPD). Pour cette évaluation, il est possible de faire appel à un spécialiste indépendant afin de vérifier les mesures de sécurité du fournisseur de *cloud*<sup>42</sup>. Il est également possible de s'appuyer sur un système de gestion de qualité certifié par le fournisseur de *cloud* selon ISO 9001 ou ISO 27001 ou sur une certification spécifique à la protection des données (par exemple GoodPriv@cy, VDSZ:2014 ou ePrivacy).

## 3. *Externalisation à l'étranger*

Si des personnes de l'étranger peuvent accéder aux données stockées dans un *cloud* (en particulier lors de l'utilisation d'un fournisseur de *cloud* à l'étranger et dans le cadre de la télémaintenance), il y a communication transfrontalière des données (art. 6 LPD)<sup>43</sup>. S'il existe une législation adéquate en matière de protection des données dans le

pays en question, cela ne pose généralement pas de problème au regard de la loi sur la protection des données (art. 6 al. 1 LPD). Conformément à l'art. 7 OLPD, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence publie une liste des États assurant un niveau de protection adéquat<sup>44</sup>. Pour les États qui ne figurent pas sur cette liste, comme les États-Unis d'Amérique, les avocats doivent obtenir des garanties suffisantes en matière de protection des données. Ces garanties peuvent être de nature contractuelle ou découler de l'autocertification du fournisseur d'accès dans le cadre du Swiss-US Privacy Shield<sup>45</sup>.

## 4. *Excursus: Règlement européen sur la protection des données (RGPD)*

Le règlement européen sur la protection des données (RGPD) peut s'appliquer aux activités des avocats suisses, en particulier si ceux-ci orientent (également) leurs activités vers des clients européens (art. 3 al. 2 RGPD)<sup>46</sup>. Toutefois, l'applicabilité du RGPD peut également résulter de la LDIP, puisque la partie lésée peut, en cas d'atteinte à sa personnalité, choisir le droit de l'État où il a sa résidence habituelle ou le droit de l'État dans lequel le résultat de

<sup>35</sup> BAERISWYL (nbp 34), LPD 10a N 26.

<sup>36</sup> ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zurich 2008, LPD 10a N 71.

<sup>37</sup> ROSENTHAL (nbp 36), LPD 10a N 72.

<sup>38</sup> BAERISWYL (nbp 34), LPD 10a N 29; du même avis: WOHLERS (nbp 13), p. 115.

<sup>39</sup> Cf. ci-dessus, III. 4.

<sup>40</sup> Cf. ci-dessus, IV. 2. A).

<sup>41</sup> Cf. FF 1988 II 413, p. 463 s.

<sup>42</sup> SURY/GOGNIAT (nbp 34), p. 203.

<sup>43</sup> ATF 144 I 126, c. 8.3.6; ROSENTHAL (nbp 36), LPD 6 N 7; BÜHLER/RAMPINI (nbp 34), LPD 10a N 22d; GRAMIGNA, Datenschutz und Outsourcing, in: Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Bâle 2015, ch. 20.24; STRAUB, Cloud Verträge – Regelungsbedarf und Vorgehensweise, AJP 2014, 914; SCHWANINGER/LATTMANN (nbp 31), N 15.

<sup>44</sup> Cf. <www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/fr/dokumente/2017/04/staatenliste.pdf.download.pdf/liste\_des\_etats.pdf>, page consultée pour la dernière fois le 7. 11. 2018; Jugement du 3. 3. 2015 de la Cour d'appel du canton de Zurich, LF140075, c. 3.2; PASSADELIS, Rechtsanwendung bei internationalen Datenbearbeitungen durch Private, in: Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Bâle 2015, ch. 6.44.

<sup>45</sup> Cf. Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Contrat-type pour l'externalisation (outsourcing) du traitement de données à l'étranger, <www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/handel-und-wirtschaft/entreprises/declaration-des-fichiers/contrat-type-pour-l-externalisation--outsourcing--du-traitement-.html> ainsi que la liste des entreprises certifiées Swiss-US Privacy Shield du US Department of Commerce, <www.privacyshield.gov/list>, pages consultées pour la dernière fois le 7. 11. 2018.

<sup>46</sup> En détail, ZERDICK, in: Beck'sche Kurz-Kommentare, Datenschutz-Grundverordnung, 2<sup>e</sup> éd., Munich 2018, RGPD 3 N 19; cf. RGPD, consid. 23 ainsi que les arrêts C-585/08 et C-144/09 du 7. 12. 2010 de la Cour de justice des Communautés européennes, Pammer/Alpenhof sur l'interprétation de la notion d'orientation d'une activité. Cf. en outre PRAZ, Responsabilités et outils de conformité selon la RGPD: Obligations du responsable de traitement et du sous-traitant, AJP 2018, p. 610; VASELLA, Zum Anwendungsbereich der DSGVO, digma 2017, p. 220 ss.

l'atteinte s'est produit, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet État. Le RGPD pourrait s'appliquer au traitement de données à caractère personnel dans un *cloud* d'une manière qui porte atteinte à la vie privée, en particulier comme droit du lieu de résidence du client, d'autant que la production du résultat au lieu habituel de résidence du client est généralement prévisible<sup>47</sup>.

La situation juridique de l'externalisation du traitement des données au sens de l'art. 28 RGPD correspond en substance à celle de la LPD. L'externalisation dans le cadre du traitement des données est privilégiée et ne doit pas faire l'objet d'une autorisation indépendante au sens de l'art. 6 RGPD<sup>48</sup>. Toutefois, l'art. 28 RGPD, contrairement à la LPD, énonce de manière très détaillée comment le mandant doit se conformer à ses obligations en matière de traitement des données<sup>49</sup>. Le responsable du traitement des données est également un destinataire au sens de l'art. 4 ch. 9 RGPD si des données lui sont communiquées. Le responsable doit communiquer le nom des destinataires des données aux personnes concernées (art. 13 al. 1 let. e RGPD; art. 14 al. 1 let. e RGPD), par une mise à disposition de l'information, par exemple dans une déclaration de confidentialité accessible sur Internet<sup>50</sup>.

## V. Conclusion

Si les données sont cryptées par des avocats avant d'être transférées à un fournisseur de services de *cloud* et que ce dernier ne dispose pas de la clé, il n'y a pas de révélation de secret au sens de l'article 321 CP. Étant donné que les données cryptées ne peuvent être qualifiées de données personnelles, les activités du fournisseur de *cloud* ne sont pas soumises à la loi sur la protection des données. Dans cette situation, l'utilisation des services de *cloud* par les avocats est dès lors licite, tant du point de vue du droit pénal que du droit de la protection des données.

Si les données sont cryptées par le fournisseur de *cloud* plutôt que par l'avocat, le fournisseur de *cloud* a accès au contenu des données et aux informations protégées

par le secret professionnel. Avec l'utilisation de ses services, le fournisseur de *cloud* intègre l'unité fonctionnelle que constitue l'étude d'avocats, dont l'organisation se base sur la répartition des tâches, et doit par conséquent être qualifié d'auxiliaire des avocats en question. Les auxiliaires ne sont jamais des tiers non autorisés au sens de l'art. 321 CP. La révélation d'informations secrètes à des fournisseurs de services de *cloud* ne remplit donc pas le critère objectif de la divulgation à des tiers non autorisés, de sorte qu'il ne peut y avoir de responsabilité pénale en vertu de l'article 321 CP. Toutefois, les avocats doivent choisir avec soin le fournisseur de services de *cloud*, protéger contractuellement le secret professionnel et s'assurer que les données sont utilisées par le fournisseur de services de *cloud* uniquement pour exécuter le contrat. Le respect de ces obligations doit être raisonnablement contrôlé. Du point de vue de la législation sur la protection des données, le recours à des fournisseurs de services de *cloud* en tant que responsables du traitement des données pour les avocats ne pose pas de problème, dès lors que le secret professionnel n'empêche pas le traitement de ces données. Si les autres conditions requises pour le traitement des données sont également remplies, le fournisseur de *cloud* peut traiter les données de la même manière que les avocats sont autorisés à le faire eux-mêmes.

<sup>47</sup> ROSENTHAL (nbp 36), LDIP 139 N 26; BÜHLMANN/REINLE, Extraterritoriale Wirkung der DSGVO, *digma* 2017, p. 10. Le RGPD et le droit national d'application du règlement s'appliqueraient.

<sup>48</sup> PLATH, in: DSGVO/BDSG-Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Cologne 2018, RGPD 28 N 6; SCHMIDT/FREUND, Perspektiven der Auftragsdatenverarbeitung – Wegfall der Privilegierung mit der DS-GVO?, *Zeitschrift für Datenschutz* 2017, p. 16.

<sup>49</sup> L'art. 28 RGPD pourrait dès lors également aider à orienter les responsables de traitement des données suisses.

<sup>50</sup> LAUE/NINK/KREMER, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, Baden-Baden 2016, § 3 N 17; cf. ég. KAMLAH, in: DSGVO/BDSG-Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Cologne 2018, RGPD 12 N 4.



## **VERWALTUNGSRECHT / DROIT ADMINISTRATIF (II)**

### **Art. 89 et 111 LTF: nuisances d'un établissement public; qualité de partie en cas de dénonciation**

II<sup>e</sup> Cour de droit public, 2C\_214/2018, 7 décembre 2018, X. c/ Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du canton de Genève, arrêt non publié dans le RO. – cond. Bū

Le Service cantonal, s'il considère qu'une plainte ou une dénonciation déposée devant lui par un voisin directement touché par des immissions provenant de l'exploitation d'un établissement public doit être traitée par un autre service, doit la transmettre à celui-ci, le cas échéant après en avoir discuté au sein de la commission de coordination idoine. Il ne peut en revanche pas instruire une procédure contre un établissement public sur la base d'une telle plainte et, simultanément, refuser que la personne qui l'a formée et qui a un intérêt direct et particulier à la procédure y participe, en arguant que d'autres procédures, du ressort d'autorités différentes, sont ou peuvent également être ouvertes. Les particularités de la matière, fragmentée dans plusieurs lois et règlements qui se recoupent partiellement, font que la faculté théorique d'agir par d'autres biais ne permet pas de dénier d'emblée la qualité de partie au voisin dénonciateur dans le cadre d'une procédure relevant de la loi cantonale sur la restauration. Le fait d'exclure de la procédure un plaignant sur la base d'un tel motif s'accorde au demeurant assez mal avec le fait que la loi cantonale précitée vise, entre autres objectifs, à protéger l'intérêt des riverains et suppose, de toute manière, une coordination étroite entre les différentes autorités appelées à contrôler les établissements publics.

La gêne subie par les voisins directs d'un bar, d'une discothèque ou d'un restaurant, comme en l'espèce, se caractérise, en tout cas à Genève, par une multiplicité des compétences. Ainsi sont susceptibles de s'appliquer des lois et règlements divers et plusieurs autorités distinctes sont habilitées à prendre des mesures. Ces éléments peuvent rendre la gestion des plaintes particulièrement complexe, notamment parce qu'ils induisent des problèmes de délimitation de compétences et de coordination de procédures, comme l'a constaté la Commission externe d'évaluation des politiques publiques de la République et canton de Genève dans un rapport de 2012. Cette fragmentation de la matière crée un contexte propice au renvoi de responsabilités entre les acteurs, chacun pouvant être tenté d'estimer qu'il revient à un autre d'agir. Un risque existe dès lors que le plaignant ne puisse en définitive pas sauvegarder ses intérêts légitimes de manière suffisante, ne sachant notamment pas à quelle autorité s'adresser (cf. réf.).

Il s'ensuit que le recourant jouit d'un intérêt digne de protection dans le cadre de la procédure d'instruction de la plainte déposée contre l'établissement «D.» menée par le Service cantonal. Partant, la Cour de justice a violé l'art. 111 LTF, appliqué conjointement avec l'art. 89 al. 1 LTF,

en refusant de lui reconnaître, à l'instar de ce dernier, la qualité de partie dans cette procédure.

## **STRAFRECHT, STPO UND STRAFVOLLZUG / DROIT PÉNAL, CPP ET EXÉCUTION DES PEINES (IV)**

### **Art. 31 CP: absence de plainte pénale**

Cour de droit pénal, 6B\_484/2018, 4 décembre 2018, X. c/ Ministère public de Genève, Y., arrêt non publié dans le RO. – cond. Bū

L'autorité précédente a jugé qu'aucun acte constitutif de vol d'un objet de faible valeur ne pouvait être retenu à l'encontre de la recourante entre le mois de juin 2015 et le 23.6.2016. Elle a en revanche considéré que la recourante avait commis un tel vol le 24.6.2016. Ainsi, seule une infraction a été retenue à sa charge. Cependant, la plainte pénale à l'origine de la procédure a été formée le 17.2.2016. Partant, elle ne couvrait pas le vol commis postérieurement, le 24.6.2016. Faute de plainte déposée dans le délai prescrit par l'art. 31 CP concernant ce dernier fait, il existait un empêchement de procéder au sens de l'art. 319 al. 1 let. d CPP à l'encontre de la recourante. L'autorité précédente, constatant que la recourante ne pouvait être condamnée que pour vol de peu d'importance, aurait donc dû, faute de plainte valable pour cette accusation, classer la procédure.

## **SOZIALVERSICHERUNGSRECHT / DROIT DES ASSURANCES SOCIALES (V)**

### **Art. 6 LCA: réticence**

II<sup>e</sup> Cour de droit social, 9C\_380/2018, 14 novembre 2018, A. c/ Helvetia Compagnie d'Assurances sur la Vie SA, arrêt non publié dans le RO. – cond. Bū

Les premiers juges ont conclu que la recourante, soit l'assurée, avait commis une réticence lors de la conclusion du contrat n° Z et que l'assureur intimé pouvait s'en départir. Or, le raisonnement de l'autorité judiciaire est arbitraire. Il n'est en effet pas possible de déduire de la liste des remboursements effectués par l'assureur-maladie, qui ne mentionne que le nom du fournisseur de prestations, sa qualité ainsi que le montant et la date du remboursement, les raisons pour lesquelles le thérapeute est intervenu. Il est dès lors manifestement insoutenable d'inférer l'existence d'une capsulite rétractile du seul remboursement de factures d'ostéopathes. Le raisonnement de la juridiction cantonale se trouve par conséquent déjà fortement affaibli. Il tombe totalement à faux dans la mesure où il ne trouve aucune confirmation dans le rapport de la doctoresse E. qui n'avait évoqué aucun trouble scapulaire depuis le début de son suivi en 1996 ni dans les rapports du docteur C. qui avait expliqué de manière circonstanciée

les raisons pour lesquelles il faisait remonter la survenance des problèmes d'épaules au mois de mai 2012, même s'il l'avait dans un premier temps fixée dans le courant de l'année 2010. On relèvera finalement que l'évocation d'un suivi par le docteur F., spécialiste en médecine physique et réadaptation, dès le 28.10.2011, soit deux jours après la signature de la proposition d'assurance, peut certes laisser supposer la préexistence de scapalgies. On ne saurait néanmoins déduire une réticence de l'omission de mentionner un éventuel futur suivi médical dès lors qu'à l'époque, il s'agissait d'une première consultation et que, selon les rapports médicaux analysés par le tribunal cantonal, le caractère pathologique, ou important au sens de l'art. 6 al. 1 LCA, des douleurs scapulaires n'est apparu que bien après.

Compte tenu de ce qui précède, il convient d'admettre le recours et d'annuler l'acte attaqué. Comme indiqué, la juridiction cantonale ne pouvait pas conclure que la recourante avait commis des réticences lors de la signature des deux contrats d'assurances et, par conséquent, confirmer le droit de l'Helvetia de les résilier. Au regard de l'issue qu'elle a donné au litige, elle n'a toutefois pas constaté les faits pertinents quant aux conditions d'application desdits contrats, à savoir l'existence d'une incapacité de gain, la date de son éventuelle survenance et sa durée, la date de la naissance d'un éventuel droit aux prestations ou le type et le montant d'éventuelles prestations. Il convient dès lors de renvoyer la cause au tribunal cantonal pour qu'il constate et examine ces éléments puis rende un nouveau jugement.

| DIE PRAXIS                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BUNDESGERICHT<br>EGMR                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Die Dezember-Ausgabe 2018 der <b>Praxis</b> enthält neben den Übersetzungen ins Deutsche von BGE und nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden umfassende Hinweise auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind. |         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| BGE                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Praxis  | Gegenstand                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 1C_155/2017                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Nr. 138 | Öffentlichkeitsprinzip, Informationszugang (Art. 16 Abs. 3 BV; §§ 7, 13 Abs. 2 ÖffG/ZG).                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 144 I 113                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Nr. 139 | Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 144 II 49                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Nr. 140 | Zweitwohnungen (Art. 82 ff., 86 Abs. 1 lit. d, 89 Abs. 1, 90, 100 Abs. 1 BGG; Art. 5 Abs. 3, 75b BV; Art. 2 Abs. 2-3, 6, 7 Abs. 1 lit. a, 14 ZWG; Art. 3 Abs. 1 ZWV).                                                                                                                                                                                                        |
| 144 II 147                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Nr. 141 | Zulässigkeit einer Anwaltskanzlei in der Form einer juristischen Person, wenn einer der Teilhaber, der Anteilsrechte hält und im Verwaltungsrat über einen Sitz verfügt, nicht im kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist (Art. 27 BV; Art. 321 StGB; Art. 8 Abs. 1 lit. d, 12 lit. b und 13 BGFA; Art. 2 Abs. 4 und 6 sowie Art. 3 BGBM).                                |
| 144 II 184                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Nr. 142 | «Öffentliche Beschaffung» im Sinne von Art. 83 lit. f BGG (Art. 42, 82 lit. a, 83 lit. f Ziff. 1-2, 86 Abs. 1 lit. d, Abs. 2, 89 Abs. 1, 90, 100 Abs. 1, 105 Abs. 2, 116, 117 BGG; Art. 9, 29 Abs. 1 BV; Art. I, II GPA; Art. 5 BGBM; Art. 6, 7, 8 Abs. 1-2, 15 Abs. 1 <sup>bis</sup> lit. a IVöB/GE; Art. 1 L-IVöB/GE; Art. 4, 19 RTEDP/GE; Art. 55 lit. a, 56 Abs. 1 RMP). |
| 5A_237/2018                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Nr. 143 | Einfache Gesellschaft; Erbgang; Grundbuchbeschwerde; Grundbuchberichtigung (Art. 530 ff. OR; Art. 559, 956a, 975 ZGB; Art. 65 Abs. 1 lit. a GBV).                                                                                                                                                                                                                            |
| 143 III 537                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Nr. 144 | Stockwerkeigentum, das vor Erstellung des Gebäudes begründet wurde; Entscheid der Versammlung der Stockwerkeigentümer in Verletzung einer zwingenden Quorumsbestimmung (Art. 712m ZGB; Art. 69 GBV).                                                                                                                                                                         |
| 143 III 554                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Nr. 145 | Bauhandwerkerpfandrecht; Berechnung der Klagfrist (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 145 Abs. 1, 263 ZPO).                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 144 III 54                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Nr. 146 | Scheidungsklage; formelle Anforderungen an die Klageschrift (Art. 56, 62 Abs. 1, 117 lit. b, 132, 198 lit. c, 219 ff., 221 Abs. 1 lit. d und e, 222 Abs. 2, 235 Abs. 2, 236, 274, 290, 291 ZPO; Art. 114 und 115 ZGB).                                                                                                                                                       |
| 143 III 532                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Nr. 147 | Liegenschaftsschätzung (Art. 97 Abs. 1 SchKG; Art. 9 VZG).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 143 III 573                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Nr. 148 | Vollzug eines Steuerarrestes; Bezeichnung der Arrestgegenstände; Gültigkeit eines Begehrens um Ergänzung des Arrestes (Art. 169 f. DBG; Art. 78 StHG; Art. 274 SchKG).                                                                                                                                                                                                       |
| 144 IV 90                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Nr. 149 | Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht gegen die Ablehnung, bestimmte Amtshandlungen aufzuheben, an welchen ein abgelehnter Experte mitgewirkt hat (Art. 92, 93 Abs. 1 lit. a BGG; Art. 60 Abs. 1 StPO).                                                                                                                                                           |
| 144 IV 64                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Nr. 150 | Person, an welche Mitteilungen zugestellt werden müssen, wenn ein Rechtsbeistand eingesetzt ist (Art. 87 Abs. 1, 3 und 4 StPO).                                                                                                                                                                                                                                              |
| 144 IV 23                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Nr. 151 | Telefonüberwachung in der Haft; Verwertbarkeit der Beweise (Art. 269 StPO).                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| 144 IV 81                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Nr. 152 | Keine Beschwerdelegitimation gegen eine Wiederaufnahmeverfügung respektive die Eröffnung einer Untersuchung nach einer Nichtanhandnahmeverfügung (Art. 309 Abs. 3, 310 und 323 StPO).                                                                                                                                                                                        |
| 144 IV 212                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Nr. 153 | Verrechnung (Art. 442 Abs. 4 StPO; Art. 120 ff. OR).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| 8C_872/2017                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Nr. 154 | Örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts (Art. 11, 13 Abs. 1, 58 Abs. 1 und 2 ATSG; Art. 1 Abs. 1 UVG; Art. 52 Abs. 5 AHVG; Art. 117 Abs. 3 AHVV; Art. 12 ZPO; Art. 5 Ziff. 5 LugÜ).                                                                                                                                                                      |
| Die Praxis – 107. Jg. 2018 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; <a href="http://www.legalis.ch">www.legalis.ch</a> ; Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel                                                                                                                                                             |         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |



# EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA LBA AU DÉTRIMENT DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT – LIMITES POSSIBLES POSÉES PAR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL?

**SANDRO VECCHIO**

Avocat, Étude Archipel, Genève

Membre du Conseil de l'ordre des avocats de Genève

Juge suppléant au tribunal administratif de première instance de Genève

Mots clés: avocat, LBA, secret professionnel, conseil en matière de sociétés opérationnelles étrangères et de domicile

Dans son avant-projet de modification de la LBA du 1<sup>er</sup> juin 2018, le Conseil fédéral entend assujettir à cette loi l'activité de l'avocat fournissant une simple prestation de conseil dans le cadre de la mise sur pied de structures juridiques. Cet avant-projet fait suite au rapport d'évaluation du GAFI du mois de décembre 2016 et son adoption constituerait une grave atteinte au secret professionnel de l'avocat. Toutefois, le 21 septembre 2018, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt allant à l'encontre de la modification législative souhaitée par le Conseil fédéral.

## I. Rapport du GAFI du mois de décembre 2016

Au mois de décembre 2016, le Groupe d'action financière (GAFI) a émis son rapport d'évaluation mutuelle concernant la Suisse et relatif aux mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>1</sup>. Un premier rapport intermédiaire a été émis au mois de juillet 2018.

Le chapitre 7 du rapport final, consacré aux personnes morales et entités juridiques, retient notamment que le rôle des avocats dans la chaîne de création des sociétés de domicile suisses ou étrangères ne paraît pas suffisamment appréhendé par les autorités suisses. Étant toutefois précisé que celles-ci les considèrent comme un facteur d'aggravation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, dans la mesure où, à l'instar des trusts et des fondations, elles «*diminuent la transparence de l'arrière-plan économique des flux de capitaux associés à une relation d'affaires donnée et réduisent ainsi la probabilité de pouvoir identifier les bénéficiaires effectifs réels des valeurs patrimoniales impliquées*»<sup>2</sup>.

Pour ce qui a trait aux personnes morales suisses, le GAFI retient que les obligations générales de transparence mises sur pied par la Suisse au cours des dernières années<sup>3</sup> constituent une protection de base contre leur utilisation à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme.

Cela étant, le GAFI estime que le caractère dissuasif des sanctions applicables paraît insuffisant et que les mesures applicables aux petites structures associatives ainsi qu'aux fondations de droit suisse sont faibles, notamment eu égard aux risques de financement du terrorisme.

Quant au rôle joué par les avocats, le GAFI rappelle que ceux-ci sont souvent mandatés pour des conseils fiscaux, la constitution et la vente de sociétés écrans, l'activité d'organe, la fourniture de services de domiciliation, la facilitation de transactions financières et l'achat et la vente d'immeubles. Dans son rapport, le GAFI évoque également les statistiques du Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS) selon lesquelles, entre 2002 et 2014, 40% des dénonciations de soupçons effectuées par des avocats (ou des notaires) avaient trait à une situation dans laquelle était impliquée une société

<sup>1</sup> [www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/mer-suisse-2016.html](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/mer-suisse-2016.html).

<sup>2</sup> On rappelle à ce propos que l'utilisation de sociétés de domicile suisses ou étrangères est un critère de risque accru de blanchiment selon l'OBA-FINMA.

<sup>3</sup> Tenue d'un registre des actionnaires et des ayants-droits économiques, y compris pour les sociétés dont le capital est composé d'actions au porteur.

de domicile dont l'ayant-droit économique était domicilié à l'étranger ou était une personne politiquement exposée. Dans ce cadre, le GAFI a considéré que l'activité de l'avocat agissant en tant que conseiller notamment lors de la création de sociétés offshore devrait être soumis à la LBA avec une obligation de dénoncer les cas de soupçons fondés aux autorités. En substance, le GAFI a retenu que la limite entre l'activité typique de l'avocat et son activité qui pourrait être soumise à la LBA était floue, notamment en lien avec la création de «*corporate legal structures*».

## II. Avant-projet du 1<sup>er</sup> juin 2018 de modification de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Soucieux que la Suisse fasse figure de bon élève, voire de premier de classe suite au rapport du GAFI, le Conseil fédéral a mis en consultation le 1<sup>er</sup> un projet de modification de la LBA<sup>4</sup>. Celui-ci prévoit d'assujettir à la LBA des activités typiques de l'avocat telles qu'elles sont définies par le Tribunal fédéral<sup>5</sup>. Il s'agit principalement des activités exercées par les avocats en tant que conseillers dans le cadre de la création, la mise sur pied et la gestion de structures. Sont notamment visés les conseils fournis en lien avec des sociétés étrangères, même si elles sont opérationnelles ou cotées en bourse, les sociétés suisses de domicile et les trusts. Ainsi, un avocat fournissant des conseils juridiques en matière de fusions et acquisitions de sociétés commerciales étrangères, de restructuration de groupes de sociétés étrangers ou des services en relation avec des sociétés immobilières ou holdings suisses, pourra se voir assujetti à la LBA pour cette activité. On peine à comprendre le but de ce projet, dans la mesure notamment où, à l'heure actuelle, un avocat agissant en tant qu'administrateur d'une société opérationnelle même étrangère<sup>6</sup> n'est pas assujetti à la LBA<sup>7</sup>.

Par conséquent, à teneur du projet, l'avocat agissant en tant que simple conseiller aura notamment l'obligation de vérifier l'identité du ou des co-contractants et ayant-droits économiques et de clarifier l'arrière-plan économique et le but de l'activité souhaitée par le client. Un auditeur devra également être désigné et celui-ci sera chargé de vérifier que ces obligations seront respectées. Cela étant, il n'existera aucune obligation ou droit de communiquer au MROS tout éventuel soupçon fondé. La seule obligation qui sera imposée au conseiller sera de refuser ou rompre la relation d'affaires. Toutefois, si l'avocat, sur la base de soupçons fondés, n'aura pas refusé ou rompu une relation d'affaires alors qu'il aurait dû le faire, il se verra dénoncer par la société de révision, avec le risque de violation du secret professionnel de l'avocat que cela comporterait. Il sied de rappeler à ce propos qu'il n'est pas nécessaire qu'un mandat ait été conclu entre l'avocat et la personne qui confie un secret pour que ce dernier soit couvert par le secret professionnel de l'avocat<sup>8</sup>.

Partant, ce projet, s'il venait à être adopté, mettra l'avocat dans une position schizophrénique et portera gravement atteinte aux fondements mêmes du secret professionnel.

De plus, et c'est là l'essentiel, ce secret sera mis à mal dans la mesure où un tiers, soit l'auditeur désigné, aura accès aux dossiers et informations relatifs aux clients de l'avocat. Quand bien même il pourrait être admis que le réviseur soit un auxiliaire de ce dernier soumis au secret professionnel – ce qui n'est pas certain –, celui-ci aura ensuite l'obligation de dénoncer l'avocat au Département fédéral des finances, lequel le fera à son tour aux autorités de poursuite pénale. Il y aura ainsi dans tous les cas, à un moment donné, une violation du secret professionnel de l'avocat<sup>9</sup>.

De plus, cette modification législative ne permet aucunement d'atteindre le but intrinsèque de la LBA qui suppose, pour lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme, un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales. L'avocat agissant en tant que simple conseiller ne disposera pas d'une telle faculté, son obligation se limitant à refuser ou rompre la relation d'affaires.

On a ainsi de la peine à saisir la volonté du Conseil fédéral si ce n'est – une fois n'est pas coutume – de donner suite aux desiderata du GAFI.

## III. Prise de position de la FSA du 21 septembre 2018

Dans le cadre de la mise en consultation de l'avant-projet de modification de la LBA, la Fédération Suisse des Avocats a communiqué, le 21.9.2018, ses observations au Département fédéral des finances<sup>10</sup>. La FSA a ainsi rappelé que ce projet mettait gravement en péril le secret professionnel de l'avocat dans le cadre de ses activités typiques et s'est vigoureusement opposée à ces modifications de la LBA, qu'elle a jugé au demeurant inopportunes et inutiles. La FSA a également précisé que ce projet et notamment l'intervention d'une entreprise de révision et l'obligation faite à celle-ci de dénoncer un avocat qui aurait décidé d'accepter ou de maintenir une relation d'affaires malgré l'existence de soupçons fondés, conduira à une «*atteinte massive*» au secret professionnel de l'avocat. De plus, les faits constatés par l'entreprise de révision et l'autorité saisie seront inexploitablement car couverts par le secret de l'avocat<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Note <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52558.pdf>.

<sup>5</sup> ATF 1B\_486/2017.

<sup>6</sup> Activité non typique.

<sup>7</sup> À la condition que la société elle-même ne soit pas un intermédiaire financier.

<sup>8</sup> ATF 101 Ia 10.

<sup>9</sup> DIDIER DE MONTMOLLIN et MIGUEL OURAL in *Revue de l'avocat* 9/2018 pages 373 et ss.

<sup>10</sup> URS HAEGLI, «Le point de mire du Conseil FSA» in *Revue de l'avocat* 10/2018, page 413 ss.

<sup>11</sup> Art. 171 cum 265 al. 2 CPP.

La FSA a ensuite rappelé que le secret professionnel de l'avocat s'étend aux activités typiques de ce dernier et qu'il ne fait aucun doute que l'activité de «*conseiller*» visée par l'avant-projet de LBA est couverte par cette définition. Partant, telle activité de conseil ne saurait être assujettie à la LBA, également du fait que le conseiller n'a pas accès ni de pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales.

La FSA a enfin ajouté que dans tous les cas, l'avocat ne peut se retrancher derrière son secret professionnel s'il commet une infraction et qu'il reste soumis à l'art. 305<sup>bis</sup> du code pénal ainsi qu'à des règles professionnelles strictes tant au niveau fédéral que cantonal et à la surveillance d'autorités étatiques.

#### IV. Rappel des règles régissant le secret professionnel et l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 septembre 2018

Quand bien même ce sujet a fait et fait l'objet de nombreuses contributions<sup>12</sup>, il n'est pas inutile de rappeler que le secret professionnel de l'avocat revêt une importance primordiale dans tout État de droit. Il est fondé sur la relation de confiance privilégiée entre l'avocat et son client. Sur cette base, le Tribunal fédéral a notamment retenu que le client doit pouvoir compter sur un maintien absolu du secret par son avocat. Le secret professionnel découle aussi du droit à un procès équitable<sup>13</sup>.

Le 21.9.2018, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe qui va à l'encontre de la volonté du Conseil fédéral d'étendre la LBA à certaines activités typiques de l'avocat<sup>14</sup>. Dans un premier temps, notre Haute Cour a rappelé les principes essentiels relatifs au secret professionnel, à savoir qu'entrent dans cette notion la rédaction de projets d'actes juridiques, l'assistance et la représentation d'une personne devant des autorités administratives ou judiciaires ainsi que les conseils juridiques, de tels conseils pouvant notamment être donnés en matière fiscale, de gestion du patrimoine et/ou lors de l'organisation de sa succession<sup>15</sup>. Dans ce cadre, sont alors protégés non seulement les documents ou conseils émis par l'avocat lui-même, mais également toutes les informations, faits et documents confiés par le mandant qui représentent un rapport certain avec l'exercice de la profession d'avocat, ce rapport pouvant être fort ténu. Cette protection s'étend également à l'existence même du mandat, aux notes d'honoraires ainsi que, le cas échéant, aux confidences effectuées en raison des compétences professionnelles du mandataire.

À la lecture même de ces rappels de principe, on ne peut que conclure que le projet de novelle du Conseil fédéral est en contradiction manifeste avec ces principes essentiels à la sauvegarde de notre État de droit.

Cet arrêt est aussi particulièrement intéressant eu égard aux activités de conseiller que le Conseil fédéral souhaite assujettir à la LBA. En effet, dans les considérants de cet arrêt, le Tribunal fédéral ajoute que «*les conseils donnés en vue de choisir une forme juridique et/ou le lieu*

*du siège de celle-ci relèvent sans équivoque d'une activité typique d'un avocat*». Le Tribunal fédéral en profite pour préciser à ce propos que, dans ce cadre, l'avocat doit informer son mandant sur les différentes possibilités existant ainsi que sur les risques et avantages des unes ou des autres solutions proposées, respectivement soumettre à son client celle lui paraissant la plus appropriée à sa situation spécifique, en tenant compte des impératifs découlant du droit des sociétés, du droit fiscal, matrimonial, successoral ou international. La protection conférée par le secret professionnel de l'avocat tend ainsi à ce que le client puisse librement se confier afin d'obtenir une appréciation complète de sa situation, sans crainte de divulgation des faits ou documents confiés.

#### V. Conclusion

L'arrêt du Tribunal fédéral du 28.9.2018 est intéressant en ce sens qu'il va à l'encontre de la volonté du Conseil fédéral de soumettre à la LBA certaines activités typiques de l'avocat.

Dans tous les cas, il est bon de rappeler que l'activité de conseil visée par le projet de modification de la LBA est une activité comportant par essence un conseil juridique et qu'elle doit être considérée, dans tous les cas, comme étant une activité typique de l'avocat telle qu'elle est définie par le Tribunal fédéral et telle qu'elle est rappelée dans l'arrêt du 21.9.2018.

La portée de cet arrêt semble toutefois relative si la modification de la LBA devait malheureusement aboutir.

La procédure de consultation ayant pris fin le 21.9.2018, le Conseil fédéral devra présenter son projet de loi aux chambres fédérales. On ose espérer qu'au stade des discussions au sein des commissions parlementaires déjà, ce projet engendrera une levée de boucliers et ne sera par la suite pas validé par le Parlement fédéral, voire fasse l'objet d'un référendum.

Affaire à suivre...

<sup>12</sup> BENOÎT CHAPPUIS in Revue de l'avocat 2/2016, pages 55 et ss, Revue de l'avocat 2/2017, pages 87 ss et références citées.

<sup>13</sup> ATF 117 Ia 341.

<sup>14</sup> ATF 1B\_264/2018.

<sup>15</sup> Voir également ATF 1B\_486/2017 à ce propos.

# DER SAV TEILT MIT LA FSA VOUS INFORME

## Anwaltskongress 2019 – Save the Date!

Der nächste Anwaltskongress findet vom *13. bis 15. Juni 2019 in Luzern* statt. Reservieren Sie sich den Termin bereits heute! Der SAV wird seine Mitglieder via Newsletter laufend über den aktuellen Stand der Dinge informieren.

Der Kongress 2019 steht unter dem Thema *«Klient-Anwalt: eine Vertrauensbeziehung»*.

Zentrale Themen wie *«Digitalisierung der Rechtsdienstleistungen resp. das Dienstleisterprofil 5.0 – die Antwort auf den Roboter»* und *«Cloud für Anwälte»* stehen nebst den traditionellen Organisations- und Management-Workshops am Donnerstag und Freitag auf dem Programm.

Das Komitee der Jungen Anwaltschaft organisiert am Donnerstag ein speziell für junge Anwälte und Anwältinnen vorgesehenes Forum. Der Freitag ist wie üblich den Fachveranstaltungen in den herkömmlichen Rechtsgebieten gewidmet.

Am Samstagmorgen findet der bereits etablierte und beliebte «Triathlon über die Rechtsgebiete» statt.

Wir freuen uns, Sie in Luzern begrüßen zu dürfen.

## Interessenvertretung der Anwaltschaft: laufende Vernehmlassungen der Bundes- behörden beim SAV

**Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV), Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV)**

Frist: 6.2.2019

**Einführung des automatischen Informationsaustauschs über Finanzkonten mit weiteren Partnerstaaten ab 2020/2021**

Frist: 20.3.2019

Die Dokumente zu den laufenden Vernehmlassungen der Bundesbehörden beim SAV sind auf der SAV-Website herunterzuladen: > Aktuell > Interessenvertretung > Laufende Vernehmlassungen der Bundesbehörden beim SAV: <https://www.sav-fsa.ch/de/aktuell/interessenvertretung/stellungnahmen.html>

## News «Fachanwältin SAV/Fachanwalt SAV»

**Spezialisierungskurse Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV:** Unsere Spezialisierungskurse richten sich an Anwältinnen und Anwälte, die bereits vor der Weiterbildung über eine *überdurchschnittliche praktische Erfahrung im Spezialgebiet* und bei Kursbeginn *mindestens vier Jahre Praxis-*

*erfahrung* (bei Vollzeitpensum) verfügen. Bitte beachten Sie dazu auch das Reglement Fachanwalt SAV auf unserer Internetseite ([fachanwalt.sav-fsa.ch](http://fachanwalt.sav-fsa.ch), unter Reglemente). Zurzeit sind keine Kurse ausgeschrieben. Bei Fragen zu künftigen Kursen können Sie uns gerne kontaktieren: 031 313 06 06.

### Vorankündigung:

#### Spezialisierungskurs im Strafrecht (2019/2020)

Durchführung in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Marcel A. Niggli, Leiter Studiengang Fachanwalt SAV Strafrecht.

Kursprache: D

Kursbeginn: Dezember 2019

Das Reglement Fachanwalt SAV, Zulassungsvoraussetzungen, Absenzenregelungen, Kursgebühren sowie notwendige Formulare für die Anmeldung werden auf unserer Website [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch) (unter der Rubrik Weiterbildung/Fachanwalt) aufgeschaltet.

## News «Mediatorin SAV/Mediator SAV»

Der SAV gratuliert den neuen Mediatorinnen und Mediatoren SAV:

|                     |                |               |
|---------------------|----------------|---------------|
| Arnold Haas         | Rita           | Zürich        |
| Büchel              | Natali         | Winterthur    |
| Bucher              | Michael        | Zürich        |
| Bürgi               | André          | Zürich        |
| Compagnoni          | Michel Bruno   | Winterthur    |
| Cornamusaz          | Aurélie        | Vevey         |
| Dürst-Zimmermann    | Jennifer       | Zürich        |
| Epprecht            | Simon          | St. Gallen    |
| Hussein             | Rachid         | Lausanne      |
| Jaccottet           | Adrien         | Basel         |
| Jardini Croci Torti | Nora           | Mendrisio     |
| Jorns               | Stefanie       | Interlaken    |
| Kempf               | Beatrice       | St. Gallen    |
| Kieser Blöchliger   | Nadine         | Zürich        |
| Mettler             | Simon          | Zürich        |
| Perronnet           | Marc-Christian | Genève        |
| Salminen            | Jessica        | Winterthur    |
| Schaer              | Magdalena      | Dietikon      |
| Schürch             | Melanie        | Thun          |
| Varone              | Grégoire       | Crans-Montana |
| Vecchio             | Sandro         | Genève        |
| von Kameke          | Tatjana        | Zürich        |
| von Rohr            | Marie-Louise   | Winterthur    |
| von Ziegler         | Alexander      | Zürich        |

**Mitteilungen der Selbstregulierungsorganisation  
des Schweizerischen Anwaltsverbandes und  
des Schweizerischen Notarenverbandes/  
Communication de l'Organisme d'autoréglemen-  
tation de la Fédération Suisse des Avocats et de  
la Fédération Suisse des Notaires**

**Weiterbildung/Formation continue/Formazione continua**

Preise/Prix 2019 (+ 7,7% MwSt./TVA/IVA)

Grundkurs/formation de base 650.-\*/750.-

Weiterbildung/formation continue 480.-\*/580.-

(\*Mitglieder/membres)

**Ausbildungsdaten 2019 – Dates des formations en 2019**

Grundkurs/Formation de base/Formazione di base

– Genève (f) 12.09.2019

– Lugano (i) 10.10.2019

– Zürich (d) 23.10.2019

Weiterbildung/Formation continue/Formazione continua

– Genève (f) 11.09.2019

07.11.2019

– Lugano (i) 09.10.2019

– Zürich (d) 22.10.2019

– Basel (d) 21.11.2019

Inscrivez-vous sur [www.oar-fsa-fsn.ch](http://www.oar-fsa-fsn.ch). Melden Sie sich  
unter [www.sro-sav-snv.ch](http://www.sro-sav-snv.ch) für ein Seminar an. Auskünfte/  
Renseignements: [info@swisslawyers.com](mailto:info@swisslawyers.com) ou 031 313 06 00.

**Congrès des Avocats 2019 – Save the Date!**

Le prochain Congrès des Avocats se tiendra du **13 au 15.6.2019 à Lucerne**. Nous vous invitons à d'ores et déjà réserver les dates de cet événement exceptionnel, entièrement axé sur l'exercice de notre profession. La FSA informera régulièrement ses membres par une lettre d'information.

Le thème du congrès sera: «*Client/e – avocat/e: une relation de confiance*».

Au programme de jeudi et vendredi figurent des thèmes centraux comme «*la numérisation des services juridiques, le profil des prestataires de services 5.0 – la réponse aux robots*» et «*l'informatique en nuage pour avocats*», ce à côté des traditionnels ateliers de gestion et d'organisation en entreprise.

Jeudi, le comité des jeunes avocats organise un forum pour les nouveaux avocats. Vendredi sera consacré, comme d'usage, aux présentations spécifiques aux multiples domaines juridiques.

Samedi matin aura lieu le très apprécié et désormais bien établi «Triathlon du droit».

Nous nous réjouissons de vous accueillir à Lucerne.

**Représentation des intérêts de la profession:  
consultations législatives des autorités fédérales  
actuellement auprès de la FSA**

*Ordonnance sur les services financiers (OSFin),  
ordonnance sur les établissements financiers (OEFin),  
ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS)*

Délai: 6.2.2019

*Introduction de l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers avec d'autres États partenaires à partir de 2020/2021*

Délai: 20.3.2019

Tous les documents relatifs aux consultations des autorités fédérales en cours auprès de la FSA peuvent être consultés et téléchargés sur la page correspondante du site de la Fédération: > Thèmes > Représentation des intérêts de la profession > Prises de position > Consultations des autorités fédérales actuelles auprès de la FSA: <https://www.sav-fsa.ch/fr/aktuell/interessenvertretung/stellungnahmen.html>.

**News «Avocat/e spécialiste FSA»**

**Annnonce de cours «Avocat(e) spécialiste FSA»**

Nos cours de spécialisation s'adressent aux avocats membres de la FSA qui bénéficient déjà d'une expérience importante dans l'une des spécialisations proposées par notre Fédération. Pour une activité d'avocat à 100%, cette expérience doit s'étendre sur quatre ans au moins au début des cours. Nous vous prions également de prendre note du règlement Avocat/e spécialiste FSA ([www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch), voir sous Réglementation).

**Spécialisation en droit du bail**

Organisé en collaboration avec le Prof. François Bohnet, directeur du cours de spécialisation pour avocats spécialistes FSA en droit du bail

Langue du cours: français

Début du cours: 30.08.2019

Délai d'inscription: 31.03.2019

Les dates du cours:

30–31.08.2019, Berne/FSA

06.09.2019, Neuchâtel

13.09.2019, Berne/FSA

20.09.2019, Neuchâtel

04.10.2019, Neuchâtel

08.11.2019, Neuchâtel

15.11.2019, Neuchâtel

22.11.2019, Neuchâtel

29.11.2019, Berne/FSA

06.12.2019, Neuchâtel

13.12.2019, Berne/FSA

10.01.2020, Berne/FSA

17.01.2020, Neuchâtel

24.01./25.1.2020, Ovronnaz

Examen, 31.01.2020, Neuchâtel

Pour de plus amples informations, veuillez consulter notre site internet <https://www.sav-fsa.ch/fr/home.html>.



**Spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier (prévu en 2019/2020)**

Organisé par l'Institut de droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg en collaboration avec la Fédération Suisse des Avocats (FSA)

Langue du cours: français

Début du cours: 13-14. 3. 2020

Délai d'inscription: 30. 6. 2019

Pour de plus amples informations, veuillez consulter notre site internet <https://www.sav-fsa.ch/fr/home.html>.

**Spécialisation en droit de la responsabilité civile et droit des assurances**

Organisé par la Fédération Suisse des Avocats (FSA) en collaboration avec les universités de Fribourg et de Lausanne.

Langue du cours: français

Début du cours: automne 2019

L'annonce du cours sera publiée prochainement avec l'indication des dates et des conditions précises d'inscription. Le Secrétariat général de la FSA se tient à votre disposition pour tout renseignement complémentaire au 031 313 06 06.

# Unentbehrlich für alle, die Arbeit- nehmende in die Schweiz entsenden



1658-10/19 | Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten

## Entsendegesetz

Kurt Pärli

**November 2018, CHF 189.–**

Stämpfli Handkommentar, 364 Seiten,  
gebunden, 978-3-7272-5160-3

Das Entsendegesetz verlangt von ausländischen Unternehmen, die zur Erbringung einer Dienstleistung Arbeitnehmer/innen in die Schweiz entsenden, die Einhaltung von in Gesamt- und Normalarbeitsverträgen geltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen. Der Erstunternehmer haftet dabei für die ganze Subunternehmerkette. Die Nichteinhaltung wird mit Verwaltungs- und Strafmassnahmen sanktioniert. Vorgesehen sind aber auch Bussen gegen schweizerische Arbeitgeber, die gegen Mindestlohnvorschriften verstossen.

Die wenigen aber äusserst komplexen Bestimmungen werden in diesem Werk fundiert und umfassend kommentiert. Bei jedem Artikel wird zudem auch auf die korrespondierende EU-Rechtslage hingewiesen.

**Stämpfli**  
Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

**Bestellen Sie direkt online:**  
**[www.staempflishop.com/shk](http://www.staempflishop.com/shk)**

# Das Standardwerk zum Arbeitsrecht

## Arbeitsrecht in der Schweiz

Thomas Geiser, Roland Müller, Kurt Pärli

**Januar 2019, CHF 140.–**

Stämpfli juristische Lehrbücher, 4. Auflage,  
762 Seiten, broschiert, 978-3-7272-2590-1

Die erweiterte Neuauflage wurde mit der neuesten Lehre und Rechtsprechung im Arbeitsrecht ergänzt und integriert die gesetzlichen Neuerungen. Es wird zudem vermehrt ein Augenmerk auf die internationalen Aspekte gelegt. Der Schwerpunkt liegt bei den Ausführungen zum Einzelarbeitsvertrag des Obligationenrechts. Das kollektive Arbeitsrecht und der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz werden aber auch dargestellt. Zum Sozialversicherungsrecht findet sich ein Überblick. Auf das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis wird am Rande eingegangen. Im Sinne einer Ergänzung enthält das Buch eine aktualisierte Fragensammlung, die häufig auftauchende arbeitsrechtliche Probleme thematisiert und entsprechende Lösungen aufzeigt. Zur Lernunterstützung werden im hinteren Teil des Buches insbesondere für Studierende Musterprüfungen zur Verfügung gestellt.

**Stämpfli**  
Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)



1658-9/19 | Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com/sjl](http://www.staempflishop.com/sjl)



# Mit Fallbeispielen, Prüfprogrammen und Übersichten

## Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Pierre Tschannen

**August 2016, CHF 98.–**

Stämpfli juristische Lehrbücher, 4. Auflage,  
791 Seiten, gebunden, 978-3-7272-8494-6

Die vierte Auflage aktualisiert die Ausgabe aus dem Jahre 2011. Seither eingetretene Änderungen in Rechtsetzung, Rechtsprechung und Lehre sind bis Mitte 2016 berücksichtigt.

Dieses Buch vermittelt eine Gesamtschau des eidgenössischen Staatsrechts (ohne die einzelnen Grundrechte). Es deckt zunächst jene Gebiete ab, die im universitären Unterricht gemeinhin zum Pflichtstoff zählen, nämlich Begriff und Eigenart der Bundesverfassung, das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, Aufgaben und Arbeitsweise der Bundesbehörden, das Verfahren der Rechtsetzung sowie die politischen Rechte der Bürger. Eingehend behandelt werden darüber hinaus die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen (Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat, Bundesstaat) sowie allgemeine Fragen der Grundrechtsgeltung und der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Das Werk richtet sich vorab an Studierende – deshalb die zahlreichen Fallbeispiele, Originalzitate, Prüfprogramme und Übersichten. Mit seinen Exkursen und Kommentaren will es aber auch der juristischen Praxis nützliche Dienste leisten.

**Stämpfli**  
Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

**20%  
Rabatt**

gültig bis  
25.02.2019



**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com/sse](http://www.staempflishop.com/sse)



Ich bestelle \_\_\_\_ Ex. 978-3-7272-8494-6

Name, Vorname \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

Strasse/PLZ, Ort \_\_\_\_\_

E-Mail \_\_\_\_\_

☐ Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift \_\_\_\_\_

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert.

1654-2/19 | Persönlichkeiten und Irrtümer vorbehalten

 Stämpfli Verlag

