

BGer 2C_1084/2017 vom 4. Juni 2019

Bundesgericht, 2019-06-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1084_2017

FR: TF 2C_1084/2017 du 4 juin 2019

IT: TF 2C_1084/2017 del 4 giugno 2019

Erwägungen

E. 1.1

L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF), rendue par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF), dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l' art. 83 LTF . La voie du recours en matière de droit public est donc en principe ouverte. Le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes requises (art. 42 al. 1 et 2 LTF) par le recourant, destinataire de la décision attaquée, qui a qualité pour recourir (art. 89 al. 1 LTF).

E. 1.2

L'arrêt attaqué constate que la Commission du Barreau a interdit à C. _____ de s'occuper des intérêts du recourant dans une décision qui a fait l'objet d'un recours de cet avocat, qui était pendant lorsque l'arrêt attaqué a été rendu. La Cour de justice a admis le recours de C. _____ le 26 juin 2018 dans l'arrêt ATA/662/2018 (consultable à l'adresse ge.ch/justice/donnees/tdb/Decis/TA/ata.tdb). il a notamment retenu que l'avocat et sa cliente avaient intérêt à obtenir l'annulation de la décision initiale de la Commission du Barreau et qu'il n'y avait vraisemblablement pas de risque, même théorique, que leurs intérêts viennent s'opposer. Cette décision est définitive.

L'autorité en charge de la procédure peut statuer d'office et en tout temps sur la capacité de postuler d'un mandataire professionnel (ATF 141 IV 257 consid. 2.2 p. 261), l'interdiction de postuler ne relevant en principe pas du droit disciplinaire, mais du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat (ATF 138 II 162 consid. 2.5.1 p. 168). L'interdiction de postuler peut découler d'un conflit entre les propres intérêts de l'avocat et ceux de ses clients (arrêt 1B_149/2013 du 5 septembre 2013 consid. 2.4.2 et les références; BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, tome I, 2e éd. 2016, p. 120 s.). En l'occurrence, l'avocat du recourant le représente dans un litige qui porte sur la domiciliation de ce dernier dans les locaux de B. _____, dont il est actionnaire et administrateur. La question se pose de savoir dans quelle mesure cet avocat défend aussi ses propres intérêts, qui seraient source d'un conflit avec ceux du recourant, et, partant s'il peut valablement le représenter devant le Tribunal fédéral, qui n'est pas lié par l'appréciation de la Cour de justice. Etant donné l'issue du présent recours, la question peut rester indécise.

E. 1.3

La Cour de justice a refusé de faire procéder à la modification de l'adresse professionnelle du recourant chez B. _____ parce que, d'une part une telle domiciliation n'était pas compatible avec l'exigence d'indépendance de l'avocat et que, d'autre part, il ne permettait pas de garantir le respect du secret professionnel de l'avocat. Lorsque la décision attaquée se fonde, comme en l'espèce, sur plusieurs motivations indépendantes, toutes suffisantes,

chacune d'elle doit être attaquée, sous peine d'irrecevabilité du recours (ATF 133 IV 119 consid. 6.3 p. 120 s). Le recourant s'est conformé à cette exigence, de sorte que le recours est recevable sous cet angle.

Il convient donc d'entrer en matière.

E. 2.1

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Toutefois, en vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , il n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant. Par ailleurs, le Tribunal fédéral n'est en principe pas lié par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 139 II 404 consid. 3 p. 415; 138 III 537 consid. 2.2 p. 540).

E. 2.2

Pour statuer, le Tribunal fédéral se fonde sur les faits constatés par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), à moins que ceux-ci n'aient été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire (ATF 143 IV 241 consid. 2.3.1 p. 244) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. art. 97 al 1 LTF), ce que la partie recourante doit démontrer d'une manière circonstanciée, conformément aux exigences de l' art. 106 al. 2 LTF . Sinon, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait divergeant de celui qui est contenu dans l'acte attaqué. Enfin, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

En l'espèce, le recourant complète les faits librement ou les critique de manière appellatoire, sans faire valoir ni a fortiori démontrer que les constatations des juges précédents auraient été établies de manière arbitraire ou contraire au droit. Il n'en sera donc pas tenu compte. Par ailleurs, la pièce que le recourant a annexée à son recours, établie postérieurement à l'arrêt attaqué, constitue une pièce nouvelle irrecevable.

E. 3.1

L'objet du litige porte sur la conformité au droit et en particulier à la LLCA du refus de la Cour de justice de procéder au changement d'adresse professionnelle du recourant au registre cantonal des avocats.

E. 3.2

La Cour de justice a d'abord refusé ce changement au motif qu'une domiciliation à l'adresse de B._____ n'était pas compatible avec la condition d'indépendance de l'avocat figurant à l' art. 8 al. 1 let . d LLCA. B._____ n'était pas une étude d'avocats, mais une société de services qui mettait à disposition de l'avocat la plupart des prestations dont il avait besoin pour exercer, à savoir des locaux (un bureau et une salle de conférence), une domotique (imprimante, ordinateur, accès à internet haut débit, photocopieuse, scanner, bibliothèque, documentation juridique, coffre-fort et armoire dédiée), des services de réception, de réception téléphonique, d'ouverture et d'envoi du courrier ouvert. B._____ permettait par ailleurs à l'avocat d'utiliser son logo, de recourir à une adresse électronique se terminant par " @B.ch " et de faire figurer son profil sur son site internet. L'avocat était ainsi

dépendant d'un seul partenaire contractuel dans sa pratique quotidienne, de sorte qu'en cas de litige, l'édifice même sur lequel l'avocat a bâti sa pratique pourrait se retrouver en péril. Les CG-occupation et les CG-domiciliation renforçaient le risque de dépendance, en tant qu'elles protégeaient davantage les intérêts de B. _____ : l'art. 7 CG-occupation excluait la responsabilité de B. _____ pour tous dommages ou pertes qui résulteraient de la défaillance à fournir l'un des services convenus, alors que l'avocat devait renoncer expressément et par avance à toute action à l'encontre de B. _____ visant à obtenir des dommages et intérêts pour toute perte directe ou indirecte, notamment la perte du chiffre d'affaires, la perte ou la non-réalisation de profits ou l'économie projetée, des pertes ou dommages relatifs à des données subies par l'avocat, du fait du défaut, de l'erreur, de retard de l'omission ou de la non-disponibilité de l'un ou l'autre des services convenus.

B. _____ se réservait le droit de mettre fin au contrat de manière anticipée en cas de justes motifs ou de violations graves du contrat par l'avocat, aucun remboursement n'étant alors dû (art. 4 § 2 CG-domiciliation), alors que, selon l'art. 6 § 6 CG-occupation, le manquement à l'une ou l'autre des garanties données par l'avocat constituait une faute grave permettant à B. _____ de résilier le contrat avec effet immédiat. Le système mis en place par B. _____ plaçait ainsi l'avocat dans une relation de très forte dépendance. L'avocat qui ne choisirait qu'une seule ou quelques-unes des options proposées diminuait certes ce niveau de dépendance, mais il fallait tenir compte du fait que les options proposées pouvaient être modulées à chaque échéance contractuelle, soit théoriquement tous les six mois, et que l'on ne pouvait exiger de la Commission du Barreau qu'elle vérifie à ce rythme si les conditions d'inscription des avocats étaient toujours remplies.

Toujours sous l'angle de l'indépendance, la Cour de justice retient aussi que la domiciliation d'un avocat à l'adresse de B. _____ était source de confusion pour les justiciables, puisque les apparences créées (mention du nom et des coordonnées de B. _____ dans l'adresse professionnelle de l'avocat, jeu de mots formant la raison sociale " B. _____ ", susceptible d'évoquer une étude d'avocats; obligation des réceptionnistes de répondre " B. _____ bonjour " aux appels sur la ligne fixe, possibilité d'utiliser l'adresse électronique " info@B.ch ") créaient l'impression fautive que l'avocat exerçait dans le cadre d'un groupement d'avocats et sous le couvert d'une société anonyme.

La Cour de justice a aussi retenu que B. _____ ne permettait pas de garantir le respect du secret professionnel de l'avocat, au sens de l'art. 13 LLCA. Cette disposition imposait à l'avocat d'instruire ses auxiliaires des règles relatives au secret professionnel et de veiller à ce qu'ils les respectent. Or, B. _____ n'était pas une étude d'avocats et ses employés ne pouvaient par conséquent pas être considérés comme des auxiliaires au sens de l'art. 13 al. 2 LLCA.

Le refus de domicilier professionnellement le recourant à l'adresse de B. _____ constituait une restriction à sa liberté économique, mais celle-ci était conforme aux exigences de l'art. 36 Cst.

E. 4.1

Tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation (art. 4 LLCA). Cette inscription suppose notamment que l'avocat dispose d'une adresse professionnelle sur le territoire cantonal (cf. art. 5 al. 1 LLCA). L'avocat qui ne remplit plus l'une des conditions d'inscription est radié du registre (art. 9 LLCA). Il en découle que le refus d'inscrire le recourant au registre

cantonal à l'adresse de B. _____ est susceptible d'entraîner de facto pour celui-ci la conséquence de ne plus pouvoir pratiquer la représentation en justice. Il s'agit là d'une restriction à la liberté économique qui doit répondre aux conditions de l' art. 36 Cst. En l'occurrence, les autorités cantonales fondent leur refus de modifier l'adresse professionnelle du recourant sur le motif qu'une telle domiciliation ne répondrait pas aux exigences de la LLCA en matière d'indépendance de l'avocat (art. 8 al. 1 let . d LLCA) et de secret professionnel (art. 13 LLCA).

E. 4.2

Le recourant fait principalement valoir une violation des art. 5 al. 1 let . d, 8 al. 1 let. d et 13 LLCA, une violation de sa liberté économique (art. 27 Cst.) et se plaint aussi d'une discrimination à rebours. Ses griefs seront examinés ci-après (consid. 6 à 10).

E. 5.1

La Cour de justice retient que le système mis en place met l'avocat dans une relation de très forte dépendance à l'égard de B. _____, admet que l'avocat qui ne choisirait qu'une seule ou quelques-unes des options proposées diminuerait sa dépendance, juge toutefois du cas d'espèce en prenant en compte l'ensemble des prestations offertes par B. _____, au motif qu'un avocat n'utilisant que quelques prestations pourrait en utiliser d'autres à chaque échéance contractuelle, sans que cela ne puisse être contrôlé par la Commission du Barreau. Ce raisonnement va au-delà de l'objet du litige et ne peut pas être suivi. D'une part, le risque évoqué par les juges précédents est inexistant, les avocats étant tenus de soumettre à l'autorité compétente tous les changements susceptibles d'affecter la réalisation des conditions d'inscription au registre (cf. art. 12 let . j LLCA), de sorte que le recourant serait tenu d'annoncer spontanément à la Commission du Barreau s'il entendait recourir à d'autres prestations de B. _____. D'autre part, la position des juges précédents repose sur des spéculations et ne justifie pas d'emblée le refus d'une domiciliation du recourant à l'adresse de B. _____. Le Tribunal fédéral n'étant pas là pour trancher des questions abstraites (ATF 142 II 161 consid. 3 p. 173), il ne s'agit pas de donner en l'espèce un avis de droit sur la possibilité d'exercer la profession d'avocat en recourant à l'ensemble des prestations proposées par B. _____, mais seulement de déterminer si les prestations dont entend concrètement bénéficier actuellement le recourant en lien avec le changement de domiciliation litigieux sont ou non conformes à la LLCA.

E. 5.2

Sur ce point, il ressort des faits constatés dans l'arrêt attaqué que le recourant a choisi la prestation de domiciliation et celle d'une mise à disposition temporaire et ponctuelle d'un bureau ou d'une place de travail. La prestation de domiciliation comprend la domiciliation pour son courrier professionnel, l'ouverture du courrier et l'envoi par scan quotidien, un accueil téléphonique avec transfert sur son téléphone portable ou sur adresse électronique et une mention de son profil sur le site de B. _____. La prestation de mise à disposition temporaire et ponctuelle d'un bureau ou d'une place de travail selon disponibilité comprend notamment des espaces agencés, l'accueil des clients par un réceptionniste, un accès internet haut débit, un poste de travail équipé avec ordinateur, écran et imprimante et une domotique commune. Ces prestations sont facturées au forfait pour six mois. S'agissant de l'occupation des locaux, le recourant paie en outre 150 fr. par heure ou fraction d'heure utilisée.

E. 6

Aux termes de l' art. 8 al. 1 let . d LLCA, l'avocat doit être en mesure de pratiquer en toute indépendance; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

E. 6.1

L'indépendance au sens de l' art. 8 al. 1 let . d LLCA est l'indépendance dite structurelle ou institutionnelle. Elle garantit que l'avocat peut se consacrer entièrement à la défense des intérêts de ses clients, sans être influencé par des circonstances étrangères à la cause (ATF 144 II 147 consid. 5.2 p. 156; 138 II 440 consid. 3 p. 443). Elle est un principe essentiel de la profession d'avocat et doit être garantie tant à l'égard du juge et des parties que du client (ATF 123 I 193 consid. 4a et b p. 195 ss; arrêts 2C_889/2008 du 21 juillet 2009 consid. 3; 2A.293/2003 du 9 mars 2004 consid. 2; pour une étude détaillée des fondements de l'indépendance, cf. MATHIEU CHÂTELAIN, L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession, 2017, p. 104 ss). L'indépendance de l'avocat est d'intérêt public (ATF 144 II 147 consid. 7.2 p. 165).

E. 6.2

L'indépendance structurelle est une condition d'inscription au registre des avocats. Elle se distingue de l'indépendance prévue à l'art. 12 let. b et c LLCA, qui impose aux avocats de veiller dans chaque affaire à une activité indépendante et exempte de conflits d'intérêts (indépendance spécifique à chaque mandat). Le fait que la condition de l'indépendance institutionnelle, qui doit exister préalablement à l'inscription, soit doublée de la règle professionnelle de l'indépendance, qui s'impose à l'avocat inscrit, a pour conséquence de réduire quelque peu les exigences relatives à la première: il n'est pas nécessaire pour être inscrit que toute atteinte à l'indépendance soit d'entrée de cause exclue; l'inscription doit être refusée seulement lorsque, sans investigations approfondies, il apparaît avec une certaine vraisemblance que l'intéressé, du fait de sa situation particulière, ne remplit pas la condition de l'indépendance (arrêt 2C_433/2013 du 12 juin 2013 consid. 3 in fine, non publié in ATF 140 II 102 ; ATF 138 II 440 consid. 3 p. 443 et les références citées).

Faire dépendre l'inscription de l'indépendance structurelle constitue une limitation de la liberté économique de l'avocat (art. 27 al. 2 Cst.). Pour cette raison, il n'y a pas lieu d'étendre les exigences relatives à l'indépendance structurelle au-delà de ce qui est nécessaire (arrêt 2C_433/2013 précité consid. 3 in fine, non publié in ATF 140 II 102 ; ATF 138 II 440 consid. 4 p. 444 s., consid. 18 p. 457; 130 II 87 consid. 3 p. 92 s.).

E. 6.3

Le point de savoir si un avocat remplit la condition de l'indépendance structurelle s'examine non pas en fonction de la forme juridique adoptée, mais de l'organisation concrètement mise en place (ATF 144 II 147 consid. 5.2 p. 156; 138 II 440 consid. 17 p. 457). L'avocat ne doit pas se trouver dans une relation de dépendance économique ou d'autre nature envers des autorités étatiques, des tiers ou des clients. Il doit au contraire pouvoir représenter sans restriction l'intérêt de son mandant, d'un point de vue objectif et sans égard à des liens personnels ou économiques (cf. ATF 138 II 440 consid. 5 p. 445; 130 II 87 consid. 4.1 et 4.2 p. 93 ss et les références).

E. 6.4

A la condition de l'indépendance structurelle peut être rattaché, en lien avec l'exigence de disposer d'une adresse professionnelle (art. 5 let . d LLCA) et celle d'exercer sa profession

avec soin et diligence (art. 12 let. a LLCA), le devoir général de l'avocat de faire en sorte de s'abstenir de créer des apparences trompeuses quant à la manière dont il exerce sa profession.

E. 6.5

En l'espèce, le recourant exerce son activité en son nom et sous sa responsabilité. Il a besoin de B._____ pour la réception, l'ouverture et la réexpédition de son courrier et pour recevoir des clients dans la mesure des locaux disponibles. Le recourant utilise le service de réception téléphonique de B._____, mais est aussi atteignable sur son téléphone portable ainsi qu'à l'adresse D@gmail.com. Le fait qu'il ne puisse recevoir de clients que si un local est disponible ne porte pas encore atteinte à son indépendance structurelle, dans la mesure où c'est avant tout à lui qu'il incombe de juger si cette accessibilité aux locaux de B._____ est suffisante au regard de ses besoins. Les prestations convenues le sont au demeurant pour une durée de six mois renouvelables tacitement. L'argument des juges précédents, selon lequel en cas de conflit, l'édifice même sur lequel le recourant a bâti sa pratique se retrouverait en péril, n'est pas décisif. En cas de conflit avec B._____, le recourant pourrait certes se trouver dans la situation de devoir chercher un autre domicile professionnel. On ne voit toutefois pas en quoi cette situation serait à cet égard fondamentalement différente de celle d'un avocat d'une étude " traditionnelle " qui se retrouverait en conflit avec ses associés ou ses employeurs avocats.

En revanche, les juges précédents soulignent à juste titre que les CG-domiciliation et occupation sont problématiques au regard de l'indépendance structurelle, car elles protègent davantage les intérêts de B._____ que ceux du recourant. L'arrêt attaqué relève ainsi que l'art. 7 CG-occupation prévoit une exclusion de responsabilité de B._____ pour tous dommages ou pertes qui résulteraient de la défaillance à fournir l'un des services convenus, tandis que l'avocat doit renoncer expressément et par avance à toute action à l'encontre de B._____ visant à obtenir des dommages et intérêts pour toute perte directe ou indirecte, notamment la perte du chiffre d'affaires, la perte ou la non-réalisation de profits ou l'économie projetée, des pertes ou dommages relatifs à des données subies par l'avocat, du fait du défaut, de l'erreur, de retard de l'omission ou de la non-disponibilité de l'un ou l'autre des services convenus. L'art. 2 § 7 CG-domiciliation stipule que B._____ ne fournit aucune garantie sur l'exactitude, la promptitude du transfert et/ou la retranscription correcte des appels. Par ailleurs, l'art. 6 § 6 CG-occupation dispose que le manquement à l'une ou l'autre des garanties données par l'avocat constitue une faute grave permettant à B._____ de résilier le contrat avec effet immédiat, alors que, selon l'art. 6 § 6 CG-domiciliation, B._____ limite sa responsabilité aux seuls cas de faute ou négligence graves. Ces conditions, imposées au recourant sous la forme de conditions générales, révèlent un réel déséquilibre des rapports contractuels en faveur de B._____ et place le recourant dans une situation d'insécurité, ce qui n'est pas compatible avec l'exigence d'indépendance structurelle.

En lien ensuite avec le risque de confusion sur la manière dont le recourant exerce sa profession, les juges précédents reprochent au recourant de faire apparaître le nom et les coordonnées de B._____ dans son adresse professionnelle. Or, on ne voit pas comment celui-ci pourrait éviter cette mention, puisque c'est bien dans les locaux de B._____ qu'il entend être domicilié professionnellement. En revanche, le souci des juges précédents d'éviter que le recourant apparaisse comme exerçant dans le cadre d'un groupement d'avocats est légitime, car une telle apparence ne serait pas conforme à la réalité et de nature

à faire croire à tort aux clients que le recourant exerce au sein et sous le couvert d'une société anonyme d'avocats. Le recourant doit donc prendre une série de mesures pour éviter ou à tout le moins limiter ce risque. Il lui incombe de s'abstenir de faire figurer le logo de B. _____ sur son papier à lettres et son matériel de promotion. Le seul fait que le site internet de B. _____ indique être une plate-forme pour avocats indépendants n'est pas suffisant, car on ne peut pas attendre des clients en possession des coordonnées du recourant qu'ils aillent consulter le site internet ni qu'ils comprennent d'emblée la portée de l'expression " plate-forme pour avocats indépendants ". Cette expression n'est du reste pas dénuée de toute ambiguïté puisque tous les avocats doivent exercer de manière indépendante. Il importe aussi que le recourant ne fasse pas apparaître l'adresse info@B.ch dans ses coordonnées professionnelles, car une telle adresse peut faire penser que le message est envoyé à une étude de plusieurs avocats associés. Enfin, le fait que les téléphonistes soient tenus de répondre " B. _____ bonjour " aux appels téléphoniques est aussi source de confusion. Si le recourant entend être atteignable à un numéro de téléphone fixe, il lui incombe d'obtenir de B. _____ qu'elle prenne des mesures pour qu'un numéro de téléphone fixe lui soit spécialement attribué, de sorte qu'en cas d'appel sur ce numéro, le téléphoniste puisse d'emblée en identifier le destinataire et répondre au nom du recourant, sans mentionner le nom de B. _____.

E. 6.6

On ne peut donc pas reprocher aux juges précédents d'avoir considéré que le système mis en place était contraire à l' art. 8 al. 1 let . d LLCA.

E. 7

Selon l' art. 13 al. 1 LLCA , l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés. Selon l' art. 13 al. 2 LLCA , il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel.

E. 7.1

Le secret professionnel jouit d'une protection particulière dans l'ordre juridique, parce qu'il est indispensable à la profession et, partant, à une administration saine de la justice (ATF 144 II 147 consid. 5.3.3 p. 162; 138 II 440 consid. 21 p. 461). Le Tribunal fédéral a récemment rappelé que l'importance de cette institution pour la profession d'avocat ressortait aussi des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption du Code de procédure pénale: alors que le Conseil fédéral proposait de soumettre les avocats déliés du secret professionnel à l'obligation de témoigner, la portée absolue du secret professionnel l'a emporté, le Conseil national ayant notamment fait valoir que le secret professionnel de l'avocat était une institution nécessaire à l'Etat de droit et que la profession d'avocat ne pouvait être exercée correctement qu'à partir du moment où le client pouvait placer dans son avocat une confiance absolue (ATF 144 II 147 consid. 5.3.3 p. 162 s.). Le secret professionnel protège donc non seulement l'intérêt du client, qui doit pouvoir librement se confier afin d'obtenir une appréciation complète de sa situation sans crainte de divulgation des faits ou documents confiés, mais revêt aussi un intérêt public, qui consiste en la protection de l'ordre juridique, au sein duquel l'avocat joue un rôle particulier, et de l'accès à la justice (ATF 135 III 597 consid. 3.4 p. 602 et les références; 117 Ia consid. 6a p. 348; arrêts 1B_264/2018 du 28 septembre 2018 consid. 2.2; 2C_586/2015 du 9 mai 2016 consid.

2.1 non publié in ATF 142 II 307 et les références; HANS NATER/ GAUDENZ G. ZINDER, in *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2e éd. 2011, n° 4 ad art. 13 BGFA; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2e éd. 2017, p. 228 s. n° 520; CHAPPUIS, op. cit., tome I, p. 166; SERGIO GIACOMINI, *Le secret professionnel de l'avocat*, in *Revue de l'avocat* 2017 p. 104).

E. 7.2

L' art. 13 LLCA interdit la divulgation de secrets confiés par le client et oblige l'avocat à prendre les précautions nécessaires pour la conservation du secret (CHAPPUIS, op. cit., tome I, p. 116 s.). Le souci de garantir le secret professionnel est l'un des devoirs d'une conduite professionnelle prudente et consciencieuse au sens de l' art. 12 let. a LLCA (arrêt 2C_247/2010 du 16 février 2011 consid. 7.1). L'avocat viole la règle professionnelle de l' art. 13 al. 2 LLCA s'il ne prend pas toutes les mesures que l'on peut attendre de lui pour éviter la violation du secret professionnel. S'il recourt à des auxiliaires, l'avocat doit alors les choisir soigneusement et veiller à ce qu'ils respectent le secret professionnel. Il lui revient donc de les instruire sur le secret professionnel, le cas échéant par la signature d'un accord de confidentialité, et d'assurer leur contrôle, afin d'éviter toute violation du secret (BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 765 n° 1861; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, 2009, p. 130 § 540 s.; NATER/ZINDEL, in op. cit., n° 57 ad art. 13 BGFA). L'avocat ne peut pas se libérer de l'obligation de veiller à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel, car il mettrait alors en péril l'intérêt de ses clients au maintien du secret (WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2e éd. 2017, p. 268 § 649).

E. 7.3

La LLCA ne définit pas la notion d'auxiliaire de l' art. 13 al. 2 LLCA (PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS, in *Commentaire romand de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats*, 2010, n° 90 ad art. 13 LLCA). Sont notamment des auxiliaires les tiers chargés par l'avocat d'accomplir certaines tâches. Il est admis que la notion correspond à celle de l' art. 101 CO (arrêt 1B_447/2015 du 25 avril 2016 consid. 2.1.2, in SJ 2017 I 196; Message concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 p. 5370; CHAPPUIS, op. cit. tome I p. 179; BOHNET/MARTENET, op. cit., n° 1861 p. 764; MAURER/GROSS, in op. cit., n° 92 s. ad art. 13 LLCA ; contra: NATER/ZINDEL, in op. cit., n° 52 s. ad art. 13 BGFA). L'application de l' art. 101 CO suppose qu'il existe un rapport d'obligation préalable entre l'avocat et l'auxiliaire (cf. arrêts 4A_189/2018 du 6 août 2018 consid. 4.2.1; 4A_58/2010 du 22 avril 2010 consid. 3.2 et les références). En revanche, le statut de l'auxiliaire est sans importance: il peut être employé ou mandataire, travailler à titre gratuit ou onéreux (BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 765, n° 1864). Ceux qui collaborent au fonctionnement de l'étude ou du travail de l'avocat et qui peuvent avoir accès à des secrets dont celui-ci est détenteur du fait de leurs liens contractuels sont des auxiliaires (MAURER/GROSS, n° 101 ad art. 13 LLCA ; CHAPPUIS, tome II, p. 41). Sont ainsi notamment des auxiliaires les collaborateurs, secrétaires, avocats-stagiaires, étudiants en stage, apprentis (BOHNET/MARTENET, op. cit., n° 1861 p. 764 et les références citées). Doivent aussi être considérés comme auxiliaires les personnes extérieures à l'étude, auxquelles l'avocat confie des tâches, comme par exemple un détective privé (arrêt 1B_447/2015 précité consid. 2.1.2), une entreprise de nettoyage, une banque ou un service de traduction (BOHNET/MARTENET, op. cit., n° 1861 p. 764 et les références citées; MAURER/GROSS, in op. cit., n° 97 ad art. 13 LLCA),

ou le professionnel externe chargé de la conservation et de la protection à distance des données informatiques de l'avocat (BENOÎT CHAPPUIS/ADRIEN ALBERINI, *Secret professionnel de l'avocat et solutions cloud*, in *Revue de l'avocat* 8/2017 p. 340; MAURER/GROSS, in op. cit., n° 100 ad art. 13 LLCA ; BENHAMOU/ERARD/KRAUS, *L'avocat a-t-il aussi le droit d'être dans les nuages ?* in *Revue de l'avocat* 3/2019, p. 121). La jurisprudence a laissé ouverte la question de cette qualification s'agissant des réviseurs et contrôleurs spéciaux dans le contexte d'études d'avocats constituées en société anonyme, tout en soulignant qu'ils étaient de toute manière soumis à un devoir de confidentialité par leur fonction (arrêt 2C_237/2011 du 7 septembre 2012 consid. 21 non publié in ATF 138 II 440). La notion d'auxiliaire est donc large (NATER/ZINDEL, in op. cit., n° 51 ad art. 13 BGFA) et n'exclut pas que l'auxiliaire soit une personne morale et/ou qu'il emploie du personnel.

E. 7.4

Si la notion d'auxiliaire est large et que, dans la pratique, l'avocat est amené de plus en plus à recourir à des auxiliaires qui ne travaillent pas au sein de l'étude pour des services spécifiques, ce qui rend difficile la maîtrise concrète du secret par l'avocat, il n'en reste pas moins que l'importance cardinale du secret professionnel de l'avocat rappelé ci-dessus commande une limitation raisonnable du cercle des personnes qui ont accès aux informations secrètes et des mesures suffisantes pour sécuriser ces informations (cf. SCHWARZENEGGER/ THOUVENIN/STILLER/GEORGE, *Utilisation des services de cloud par les avocats*, in *Revue de l'avocat* 1/2019, p. 37). Il est donc nécessaire de fixer à cet égard des limites proportionnées. Sous cet angle, il n'est par exemple pas admissible qu'un avocat accepte qu'un auxiliaire puisse faire exécuter par un tiers tout ou partie des tâches qu'il s'est engagé à lui fournir (situation de sous-délégation). Cela reviendrait, pour l'avocat, à admettre qu'une personne qui n'est pas son auxiliaire et qui n'est pas non plus subordonnée à son auxiliaire ait accès à des informations couvertes par le secret, alors qu'il n'a pas lui-même la possibilité de veiller à son respect, comme l'exige l' art. 13 al. 2 LLCA , puisqu'il s'agit d'un tiers et non d'un auxiliaire. Cette situation ne peut pas être empêchée par une convention par laquelle l'auxiliaire s'engagerait envers l'avocat à faire respecter par le tiers le secret professionnel de l'avocat. Une telle convention reviendrait à reporter sur l'auxiliaire la responsabilité première de faire respecter le secret professionnel, alors qu'il s'agit d'une obligation qui incombe à l'avocat lui-même selon l' art. 13 al. 2 LLCA .

E. 7.5

En l'espèce, les juges cantonaux voient un problème en lien avec le secret professionnel dans le fait que B. _____ n'est pas une étude d'avocats et que, par conséquent, ses employés ne peuvent pas être considérés comme des auxiliaires d'avocats. Or, ce qu'il faut examiner en premier lieu, c'est la question de savoir si B. _____ elle-même peut être considérée comme une auxiliaire du recourant. En l'occurrence, B. _____ remplit les conditions de cette qualification, dès lors qu'elle fournit au recourant, en exécution d'un contrat de services, des prestations qui contribuent à l'exercice de sa profession.

Il appartient donc au recourant de veiller au respect du secret professionnel par B. _____. Les faits constatés ne permettent toutefois pas de retenir que tel soit suffisamment le cas. On n'y trouve en particulier aucun engagement général et écrit de la part de B. _____ de respecter et de faire respecter de manière générale par ses employés

le secret professionnel du recourant. Il ressort au contraire des conditions générales que le recourant accepte que B. _____ limite sa responsabilité aux seuls cas de faute ou négligence graves, ce qui n'est pas suffisant au regard de l'exigence selon laquelle l'avocat doit prendre toutes les mesures que l'on peut attendre de lui pour éviter la violation du secret professionnel. En outre, les appels téléphoniques sur la ligne fixe de B. _____ sont pris en charge par des personnes employées par une société mandatée par B. _____ et non par ses propres employés (situation de sous-délégation). Des tiers ont ainsi accès à des informations couvertes par le secret, ce qui n'est pas conforme avec l'obligation du recourant de veiller au respect du secret professionnel.

E. 7.6

La structure dans laquelle le recourant entend exercer ne garantit donc pas le secret professionnel. L'arrêt attaqué n'est donc pas contraire au droit fédéral, lorsqu'il retient une violation de l' art. 13 LLCA .

E. 8

Pour être inscrit au registre, l'avocat doit disposer d'une adresse professionnelle (cf. art. 5 al. 2 let . d LLCA).

E. 8.1

Le droit fédéral est très souple et ne prévoit aucune règle expresse en la matière (BOHNET/MARTENET, p. 288 § 649; CHAPPUIS, op. cit., tome II, p. 15 et 17). L'adresse professionnelle de l'avocat doit lui permettre d'exercer en toute indépendance et dans le respect du secret professionnel, et être accessible aux clients et aux autorités (BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 288 § 649 et p. 503 § 1169; cf. aussi ERNST STAEHLIN/CHRISTIAN OETIKER, in Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2e éd. 2011, n° 14 ad art. 5 BGFA). L'avocat doit organiser son travail de manière à pouvoir exercer avec soin et diligence, ce qui suppose qu'il doit pouvoir disposer à tout le moins d'un local à son adresse professionnelle, afin d'être accessible et d'assurer le respect du secret professionnel (BOHNET/MARTENET, p. 503 s. § 1169; CHAPPUIS, op. cit., tome II p. 19; JÉRÔME GURTNER, Les études d'avocats virtuelles aux Etats-Unis et en Suisse. Réalité ou fiction?, in RDS 2014 I 322 p. 341; SCHILLER, op. cit., p. 268 § 1074 ss; MICHEL VALTICOS, in Commentaire romand de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, 2010, n° 26 ad art. 12 LLCA). Une simple case postale ou une adresse " care of " ne sont jusqu'à présent pas considérées comme suffisantes pour constituer une adresse professionnelle (BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 288 § 649; STAEHLIN/OETIKER, in op. cit., n° 14 ad art. 5 BGFA).

E. 8.2

Les possibilités offertes par les nouvelles technologies, couplées avec l'utilisation d'ordinateurs et de téléphones portables, font que l'avocat est à l'heure actuelle en mesure de communiquer et de travailler en tous lieux (sur ces questions cf. par exemple CHAPPUIS/ALBERINI, op. cit., in Revue de l'avocat 8/2017 p. 340; ALBERINI/BERNARD/BUGMANN, " Legal markeplaces ": opportunité et/ou menace pour les avocats et les ordres d'avocats, in Revue de l'avocat 6-7/2017 p. 253; RENÉ RALL, Le point de mire du conseil FSA, in Revue de l'avocat 4/2017 p. 149; GIAN SANDRO GENNA, Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung, in Revue de l'avocat 2/2017 p. 55; JÉRÔME GURTNER, L'innovation et l'avenir de la profession d'avocat, in Revue de l'avocat 1/2017 p. 15; CHAPPUIS, op. cit., tome II, p. 17 ss; WOLFGANG STAUB, " Clic

informatique ": qu'apportent l'informatique et les nouvelles technologies dans les études d'avocats, 11-12/2012 p. 516 et 1/2013 p. 27). A cela s'ajoute que l'augmentation de la concurrence peut aussi pousser des avocats à repenser leur mode d'organisation pour rationaliser leurs coûts et éviter les charges d'une étude traditionnelle (JÉRÔME GURTNER, La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme, 2016, p.7 s.; cf. en lien avec la constitution d'une société anonyme d'avocats, ATF 138 II 440 consid. 9 p. 449 s. et BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 960 n° 2359).

E. 8.3

Dès lors, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'exigence selon laquelle l'avocat doit pouvoir disposer d'un bureau physique au lieu de son adresse professionnelle est toujours justifiée.

L'admissibilité du recours à de nouvelles méthodes de travail pour exercer la profession d'avocat doit être examinée de cas en cas, sans schématisme excessif (ATF 124 I 310 consid. 5b) aa) p. 317) et en tenant compte du fait que l'avocat est sur le principe libre d'organiser son activité conformément à ses besoins (cf. ATF 138 II 440 consid. 10 p. 450), si sa structure est suffisante pour lui permettre d'exercer sa profession conformément à ses obligations professionnelles, soit avec soin et diligence, dans l'indépendance requise et le respect du secret professionnel. Dès lors, même si les nouvelles technologies lui offrent une mobilité accrue, l'avocat a toujours besoin d'un emplacement physique pour travailler et y rencontrer physiquement ses clients, ce contact demeurant indispensable à la défense des intérêts de ces derniers, même avec les nouveaux modes de communication, ainsi que pour préserver la confidentialité et, partant, le secret professionnel. La nécessité de pouvoir disposer d'un local physique à l'adresse professionnelle reste donc justifiée (cf. en ce sens GURTNER, Les études d'avocats virtuelles aux Etats-Unis et en Suisse. Réalité ou fiction, in op. cit., p. 341; CHAPPUIS, tome I, p. 19 s.), même s'il n'y a pas lieu de fixer des règles trop strictes en la matière (GURTNER, op. cit., p. 335).

E. 8.4

En l'espèce, il a déjà été constaté que la façon dont le recourant entend pratiquer sa profession ne lui permet pas d'exercer de manière conforme aux exigences d'indépendance structurelle et du secret professionnel pour les motifs qui ont été exposés ci-dessus (cf. supra consid. 6.5 et 7.5). Pour ces raisons, B. _____ ne peut en l'état pas constituer son adresse professionnelle. En revanche, même si la possibilité de travailler et de recevoir des clients est conditionnée à la disponibilité effective de locaux, il faut partir du principe que cette accessibilité pourrait être suffisante au regard des besoins du recourant. Le fait que le recourant n'ait pas de bureau dédié fait partie du mode d'activité qu'il a choisi, compte tenu de sa clientèle. Dans la mesure où il a la possibilité de travailler et de recevoir des clients dans les locaux de B. _____ et qu'il est atteignable, il n'est pas exclu que, moyennant le respect des conditions énoncées ci-dessus, B. _____ puisse constituer une structure suffisante.

E. 8.5

L'arrêt attaqué mentionne également (consid. 8 p. 14s.) des règles de droit cantonal genevois, et en particulier celle selon laquelle l'avocat inscrit au registre ne peut s'associer ou avoir de locaux communs qu'avec des personnes exerçant la même activité professionnelle (art. 10 al. 1 première phrase de la loi sur la profession d'avocat [LPAv]; RSGE E 6 10), sans toutefois confronter cette règle au cas d'espèce pour en tirer une

conclusion juridique. Il n'y a donc pas lieu de s'attarder sur l'applicabilité de cette disposition de droit cantonal, en l'absence de grief suffisant (art. 106 al. 2 LTF).

E. 9

En résumé, les considérants qui précèdent impliquent que le recourant devrait procéder à des aménagements pour pouvoir exercer conformément aux exigences professionnelles de sa profession en recourant aux services de B._____. Ces aménagements constituent des restrictions à sa liberté économique (art. 27 al. 2 Cst.), mais celles-ci sont conformes aux exigences de l' art. 36 Cst. , dès lors qu'elles reposent sur une base légale (art. 8 al. 1 let . d et 13 al. 2 LLCA), qu'elles poursuivent un but d'intérêt public (cf. consid. 6.1 pour l'indépendance institutionnelle et consid. 7.1 s'agissant du secret professionnel) et qu'elles sont proportionnées, puisqu'elles n'imposent au recourant que des mesures ciblées, qui ne remettent pas en cause sur le principe la possibilité de recourir aux prestations de B._____ telles qu'elles ressortent des faits constatés par l'arrêt.

E. 10

Le recourant se plaint finalement que lui refuser une domiciliation à l'adresse de B._____ crée une discrimination à rebours par rapport aux avocats étrangers qui pourraient, dans plusieurs juridictions en Europe, exercer leur activité par le biais de plate-formes similaires à celles que propose B._____.

L'existence éventuelle d'une discrimination à rebours est une conséquence possible du principe de libre circulation, qui implique de reconnaître la possibilité pour des avocats étrangers de venir plaider en Suisse même si leur inscription au registre étranger repose sur d'autres critères. L'admissibilité d'une éventuelle discrimination pour sa part doit être examinée à la lumière du droit interne (ATF 140 II 102 consid. 5.2.3 p. 111). En l'espèce, rien n'indique qu'un avocat étranger qui souhaiterait se domicilier à Genève ne devrait pas répondre aux mêmes critères que le recourant. Le grief est partant rejeté.

E. 11

Ce qui précède conduit au rejet du recours par substitution de motifs.

Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.