

TÉLÉTRAVAIL ET AVOCATS: VERS UNE NOUVELLE NORMALITÉ?

PHILIPPE GILLIÉRON

Prof. Dr iur., J. S. M. (Stanford), Professeur à l'Université de Lausanne,
Avocat au barreau, Wilhelm Gilliéron Avocats SA, Lausanne

EMA BOLOMEY

Avocate au barreau, Wilhelm Gilliéron Avocats SA, Lausanne

Mots-clés: télétravail, informatique, travail, protection des données et sécurité, règles professionnelles

Les avocats ont dû faire face à de nombreux défis ces deux dernières années en raison de la pandémie de COVID-19, notamment celui de revoir leur organisation et de recourir au télétravail. Nouveauté pour certains ou habitude déjà ancrée pour d'autres, le télétravail soulève toutefois des enjeux juridiques, pratiques et techniques, qui font l'objet de la présente contribution¹.

I. Introduction

Les temps changent. À la question de savoir si le télétravail est compatible avec la profession d'avocat, de très nombreux avocats répondaient encore au mois de janvier 2020: «N'y songez même pas». Quelques mois plus tard, face à cette même question, la réponse, donnée à contre-cœur, était alors: «Vous n'avez pas le choix». Arrivés à l'automne 2021, elle est bien différente et s'apparente plutôt à: «Comme il vous plaira». Pourquoi une telle évolution?

Reconnaissons d'emblée que cette réticence initiale des avocats n'a pas été l'apanage de notre profession. Quand bien même de nombreuses études scientifiques témoignent de l'intérêt qu'il y a à prôner un management intégrateur valorisant l'employé en lui témoignant sa confiance et en le valorisant², la défiance «naturelle» des employeurs vis-à-vis de leurs employés n'est pas chose nouvelle. Dans l'esprit de l'employeur, perdre le contrôle de l'employé, c'est lui donner un blanc-seing pour qu'il en fasse à sa tête, et perdre au final en productivité. Or, s'il est aisé de poser des règles sur site et ainsi surveiller les employés sans entraîner de haut-cris, il est beaucoup plus difficile de faire de même à distance sans que des questions liées à la liberté personnelle, aux droits de la personnalité et à la protection des données ne surviennent.

Si les soussignés n'ont jamais cru ces réticences fondées, question générationnelle ou d'ouverture d'esprit, peu importe au final, ils faisaient en tous les cas partie d'une petite minorité. Fort heureusement (si l'on peut dire), la COVID-19 est passée par là, ne laissant pas d'autres choix aux avocats que de s'adapter à cette nouvelle donne qu'est le télétravail pour se rendre compte au final que,

contre toute attente, même les avocats sont capables de s'y adonner sans perdre en rentabilité.

Aujourd'hui, le télétravail est entré dans les mœurs et l'on conçoit difficilement un retour au présentiel à 100%, sauf à vouloir se priver de talents dont la première question, aussi talentueux soient-ils, sera bien souvent de demander quelle est la politique du bureau en matière de télétravail.

La mise en œuvre du télétravail au sein des bureaux d'avocats n'est toutefois pas sans poser quelques questions qui méritent que l'on s'y attarde pour y apporter des réponses et fournir, ce faisant, quelques bonnes pratiques en la matière.

Dans cette contribution, nous nous proposons de commencer par un tour d'horizon de la situation actuelle en la matière (II), avant d'aborder tour à tour les enjeux juridiques et déontologiques posés par le télétravail (III), les questions liées à sa mise en œuvre sur le plan technique (IV) et ses implications pratiques (V).

¹ Les auteurs tiennent à remercier Me Sandra Gerber de sa relecture attentive de la partie consacrée au droit du travail et de ses remarques pertinentes à ce sujet, ainsi que les nombreux avocats ayant accepté de s'exprimer quant à l'organisation du télétravail au sein de leur étude; pour des raisons de confidentialité, leur anonymat est ici respecté.

² Sur cette thématique, parmi beaucoup d'autres: FRÉDÉRIC LALOUX, *Reinventing Organizations – A guide to Creating Organizations Inspired by the Next Stage of Human Consciousness*, 2014.

II. État des lieux

1. À l'international

À l'image de la situation en Suisse, la pandémie a profondément changé l'approche des études internationales. De manière générale, l'approche choisie par ces cabinets se veut globale et ne fait pas de distinction suivant le rôle joué en son sein: collaborateurs et associés sont ainsi placés sur un pied d'égalité. Si aucune différence ne semble être faite avec le personnel administratif, on peut néanmoins penser que l'exécution du travail par ce dernier peut exiger une présence plus importante.

Aux deux extrêmes, on trouve d'un côté des études comme *Sullivan & Cromwell*, qui exige *de facto* le retour au bureau en «encourageant fortement» la présence physique, et de l'autre *Slater & Gordon*, qui a décidé de fermer son bureau à Londres de façon permanente en instaurant le télétravail à 100%³. D'autres, comme *Dentons*, ont décidé de fermer uniquement certains sites régionaux que l'on pourrait, à l'échelle d'un tel cabinet, considérer comme «ruraux» ou «délocalisés», en invitant les employés à travailler désormais intégralement en télétravail⁴.

Entre-deux, on constate une volonté indéniable de s'ouvrir au télétravail à tous les échelons, pour un taux allant de 40 à 60% suivant les études, avec une majorité qui semble se dessiner pour exiger une présence au bureau qui devrait rester supérieure au télétravail. De manière générale, les cabinets offrent la possibilité de faire du télétravail d'entente avec le supérieur hiérarchique, sans pour autant en faire une obligation. *Clifford Chance* semble ici faire figure d'exception puisque, à en croire un état des lieux dressé sur cette question, elle exigerait de ses employés britanniques un taux de télétravail au minimum de 50%⁵; de son côté, *Latham Watkins* aurait instauré à son bureau à Londres un système de rotation avec une semaine de présence sur site et une semaine en télétravail. On peut penser que l'introduction d'un tel système a pour intérêt premier un partage aisé des bureaux. *Slaughter and May*, qui accepte le télétravail à hauteur de deux jours par semaine, fait toutefois une distinction avec les stagiaires et nouveaux-venus, dont la présence sur site devrait être au minimum de 80%, pour des raisons évidentes d'intégration à l'étude et de suivi.

Les études en la matière n'en disent en revanche guère plus. Ainsi, les questions de mise en œuvre du télétravail au sein de ces cabinets demeurent-elles peu claires: tout le monde est-il équipé d'un ordinateur portable? L'ordinateur personnel est-il utilisé? Ces bureaux fonctionnent-ils sur le cloud ou privilégient-ils un accès VPN? Quels sont les outils mis en œuvre pour permettre le télétravail? Autant de questions sans réponses.

2. En Suisse

Pour nous donner une idée de la situation actuelle en Suisse, et sans prétendre à un échantillonnage valide qui résisterait à un examen en matière de déviance statistique, nous avons interrogé plusieurs grands cabinets présents sur plusieurs sites, ainsi que des études plus petites dont la majorité constitue des études niches spécialisées em-

ployant plusieurs collaborateurs. N'ont en revanche pas été interrogées des études n'employant aucun collaborateur ou se limitant à un partage des coûts où chaque avocat fonctionne somme toute en *solo practitioner*. Pour ces derniers, les aspects de gestion de personnel et de gouvernance ne se posent pour ainsi dire pas. Demeurent en revanche valables les considérations juridiques et techniques développées ci-dessous, applicables à tout avocat, quel qu'il soit, lorsqu'il entend travailler à distance.

Premier constat: s'il n'est pas exigé des employés, le télétravail s'est en revanche imposé comme mode de travail dans toutes les structures, indépendamment de leur taille. Si la majorité des grands cabinets ont adopté des directives en la matière, seule une minorité (cela ne surprend guère) des bureaux plus petits en ont une. De manière générale, les associés et collaborateurs sont placés sur un pied d'égalité et sont autorisés à effectuer du télétravail à hauteur de 40 à 60%, même si la majorité exige que le taux de présence soit supérieur au taux passé en télétravail. Une présence sur site est en revanche généralement exigée pour le personnel administratif et les stagiaires.

Second constat: hormis une étude interrogée, au sein de laquelle les collaborateurs semblent d'eux-mêmes avoir souhaité revenir en présentiel au bureau à pratiquement 100%, la plupart apprécient néanmoins cette souplesse, ne serait-ce que pour des raisons de logistique familiale, même si rares sont ceux qui souhaiteraient travailler à 100% en télétravail, ce qu'aucun bureau interrogé n'offre. Ces cas isolés sont le plus souvent liés à une domiciliation éloignée du lieu de travail. La pandémie aura ainsi eu de salutaire la prise de conscience pour certains, confirmation pour d'autres, que nous sommes des êtres sociaux ayant besoin d'interactions, même si le manque d'infrastructure et de confort de travail peut aussi expliquer le besoin de travailler en présentiel; quelle qu'en soit la raison, on ne peut que s'en réjouir.

Troisième constat: sur le plan technique, la quasi-totalité des études interrogées fonctionnent avec une connexion sécurisée à distance par VPN au serveur de l'étude. Rares semblent donc encore les études à avoir fait le pas d'une externalisation auprès d'un fournisseur de cloud, un point sur lequel nous allons revenir⁶. Étonnamment, la plupart des études interrogées n'offrent en revanche pas d'ordinateurs portables à leurs avocats, et les invitent à travailler sur leur ordinateur personnel; si la

3 <https://www.law.com/international-edition/2020/05/27/slater-and-gordon-to-close-ondon-office-staff-to-work-from-home-permanently/?sreturn=20210915021438> (consulté le 15.10.2021).

4 <https://www.legalcheek.com/2020/07/dentons-closes-two-uk-offices-and-moves-to-permanent-home-working> (consulté le 15.10.2021).

5 <https://www.law.com/international-edition/2021/06/08/flexible-working-policies-a-firm-by-firm-guide/> (consulté le 15.10.2021).

6 Cf. III 1.

connexion sécurisée par VPN permet certes, en principe, de limiter les risques, on peut toutefois s'étonner au vu de la confidentialité des données et autres documents attachés traités, à tout le moins s'agissant des grandes études. Toutes relèvent cependant que lors du renouvellement du parc informatique, le matériel sera remplacé par des ordinateurs portables. Si tel n'est sans doute pas encore le cas de tous les bureaux, ceux interrogés faisaient d'ores et déjà un usage intensif de la numérisation, ce qui a évidemment facilité la transition, certains recourant de surcroît à la signature électronique qualifiée pour faciliter la collecte des signatures sans devoir être en présentiel.

Ce survol terminé, abordons maintenant les différents enjeux pour les avocats en matière de télétravail.

III. Enjeux juridiques

1. Serveur ou infrastructure cloud

À partir du moment où le télétravail est appelé à se généraliser, les questions techniques, notamment celle de l'accès à distance, revêtent une importance capitale. Elles se posent évidemment avec beaucoup plus d'acuité en ce qui concerne notre profession, soumise au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP et où la confidentialité joue un rôle primordial dans nos relations avec nos clients.

Se pose dès lors à titre liminaire la question de savoir s'il est préférable d'opter pour un serveur interne auquel il est possible de se connecter à distance ou pour un prestataire de cloud et, dans ce dernier cas, si le recours à un tel prestataire n'entraîne pas une violation du secret professionnel au sens de l'art. 321 CP.

Une étude de la FSA publiée en 2019, menée auprès de 700 études de toutes tailles, totalisant 5779 utilisateurs interrogés, révèle qu'une forte majorité d'entre elles accepte désormais l'idée de recourir à une infrastructure cloud; ainsi, seuls 11% des avocats ont exprimé un refus catégorique en la matière, 36% une disposition à recourir immédiatement, le reste souhaitant pouvoir le faire dans un laps de temps de un à quatre ans⁷. La question est donc loin d'être anodine.

De nombreuses contributions ont été publiées ces dernières années sur cette question⁸, et la FSA elle-même, se reposant notamment sur un avis de droit sollicité auprès du *Center for Information Technology, Society, and Law (ITLS)* et rédigé par les Professeurs Christian Schwarzenegger, Florent Thouvenin, Burkhard Stiller et Me Damian George⁹, a publié au mois d'avril 2019 des Recommandations pour la sous-traitance informatique et l'utilisation de services cloud¹⁰, accompagnées d'une check-list et de modèles de contrats cloud¹¹. Que faut-il en retenir?

Tout d'abord, en ce qui a trait à la question de savoir si le recours à un système cloud est compatible avec l'art. 321 CP et l'art. 13 LLCA ou s'il est susceptible de violer le secret professionnel de l'avocat, la FSA, suivant en cela la doctrine quasiment unanime, estime que tel n'est pas le cas dès lors que le fournisseur de services apparaît comme un auxiliaire de l'avocat, de sorte que les informations protégées par le secret professionnel peuvent leurs être com-

muniquées sans que cela constitue une révélation induite¹². Les serveurs du prestataire doivent-ils nécessairement se situer en Suisse? La question mérite d'être posée, sachant que certains bureaux suisses recourent à d'excellents outils de gestion dont le serveur se situe dans l'Union européenne et non en Suisse¹³. À partir du moment où le prestataire est considéré comme un auxiliaire de l'avocat, et non comme un tiers, que ce prestataire satisfait aux exigences posées par le RGPD et la LPD, seule doit à notre sens être tranchée la question de savoir si le prestataire en question est soumis au Cloud Act étant donné qu'il pourrait potentiellement exposer les données de l'avocat, une question qui pourrait également se poser indépendamment du fait de savoir si les données sont hébergées en Suisse ou au sein de l'Union européenne. S'assurer qu'une entité américaine n'a pas accès aux données traitées par une filiale suisse ou européenne apparaît donc important dans ce choix.

Ensuite, s'agissant de la protection des données, on relèvera tout d'abord qu'elle n'entre pas en ligne de compte si le fournisseur n'a aucun accès à ces données ou si elles sont cryptées, que ce soit lors du transit ou au repos, puisqu'elles sont alors considérées comme anonymisées¹⁴. En pratique, le fournisseur est toutefois généralement susceptible d'avoir accès à de telles données lors d'éventuelles opérations de maintenance ou d'un accès à distance à un poste de travail. Dans ce cadre, il suffit pour les parties de conclure un contrat relatif au traitement des données, tel qu'exigé par l'art. 10a LPD¹⁵, respectivement par l'art. 28 al. 3 RGPD, dont l'application devrait être la

7 RENÉ RALL, *Études d'avocats dans le cloud – un état des lieux*, in: *Revue de l'Avocat* 2/2019, p. 52 ss.

8 Voir, en particulier: BENHAMOU/ERARD/KRAUS, *L'avocat a-t-il aussi le droit d'être dans les nuages*, *Revue de l'Avocat* 3/2019, p. 119 ss; SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte*, *Revue de l'Avocat* 1/2019, p. 25 ss; RENÉ RALL, *Études d'avocats dans le cloud – un état des lieux*, *Revue de l'Avocat* 2/2019, p. 52 ss; RENÉ RALL, *Le cloud au service des études d'avocats*, *Revue de l'Avocat* 2/2018, p. 53 ss; BENOÎT CHAPPUIS/ADRIEN ALBERINI, *Secret professionnel de l'avocat et solutions cloud*, *Revue de l'Avocat* 8/2017, p. 337 ss.

9 SCHWARZENEGGER ET AL., *Utilisation des services de cloud par les avocates et les avocats*, publié au mois de février 2019 sur le site de la FSA: https://digital.sav.fsa.ch/documents/1060627/1169162/gutachten_sav-franzoesisch.pdf/81740267-8cf0-36b1-6918-c3ddb9c71ee4?t=1618228137307 (consulté le 15. 10. 2021).

10 [https://www.sav-fsa.ch/fr/documents/dynamiccontent/190408-sav-guidelines-outsourcing_f-\(4\).pdf](https://www.sav-fsa.ch/fr/documents/dynamiccontent/190408-sav-guidelines-outsourcing_f-(4).pdf) (consulté le 15. 10. 2021).

11 Ressources disponibles sur le site de la FSA à l'adresse suivante: <https://www.sav-fsa.ch/fr/login/infrastruktur-kanzleiorganisation/avocats-et-cloud.html> (consulté le 15. 10. 2021, mais accessible uniquement aux membres de la FSA).

12 BENHAMOU/ERARD/KRAUS, p. 124, qui recommandent toutefois par précaution d'obtenir l'accord préalable du client; SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, p. 37; CHAPPUIS/ALBERINI, p. 340.

13 Nous pensons notamment à CLIO: <https://www.clio.com>.

14 BENHAMOU/ERARD/KRAUS, p. 122.

15 BENHAMOU/ERARD/KRAUS, p. 122; SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, p. 38 ss; CHAPPUIS/ALBERINI, p. 339.

règle pour les cabinets d'affaires au vu de l'art. 3 al. 2 RGPD et sans doute beaucoup moins fréquente pour les études généralistes¹⁶. À partir du moment où il est désormais de mise pour les fournisseurs IT de conclure un tel contrat, il «suffira» pour l'avocat de s'assurer que ce contrat comprend les mesures suffisantes pour assurer un niveau de protection des données concernées adéquat.

Enfin, comme le retiennent à juste titre Chappuis/Alberini ainsi que Benhamou/Erard et Kraus dans leurs contributions respectives¹⁷, le recours à un service cloud s'avère aujourd'hui bien souvent plus sécurisé que la simple mise en place d'un serveur interne. Pour la petite histoire, l'un des auteurs avait interrogé il y a quelques années à ce sujet l'ingénieur en chef alors responsable de l'architecture IT d'une multinationale. Interrogé sur la question de savoir dans quelle mesure il estimait plus raisonnable pour un bureau d'avocats d'héberger ses données sur son propre serveur ou auprès d'un tiers comme Microsoft, soit dans un nuage informatique, il avait alors répondu: «Est-il à ton avis plus facile pour un hacker de pénétrer le serveur d'un bureau d'avocats ou ceux gérés par Microsoft?». Si cette question ne donne pas toutes les réponses, elle met cependant en lumière une réalité que l'on peut difficilement ignorer.

Si les questions de sécurité, de protection des données, de restitution des données, de support, etc., sont évidemment au cœur de ces recommandations, nous nous cantonnerons ici à mentionner deux aspects beaucoup plus commerciaux et souvent négligés. Tout d'abord, l'importance de comparer les prestataires et de faire une sorte de *benchmarking*. En effet, les prix peuvent varier fortement, et il est important d'en comprendre le modèle, et, le cas échéant de le discuter avant de s'engager. Cela est d'autant plus important que, ne le nions pas, opter pour une solution rend ensuite difficile une migration vers une autre solution; une fois acquis, le client est ainsi bien souvent captif (on parle ainsi de «*lock-in effect*»). Partant, et c'est là notre deuxième conseil, il est crucial de bien discuter des clauses de sortie du contrat, en s'assurant que la migration des données, qui au fond sont les nôtres, ou du moins celles de nos clients, se fasse sans frais ou, à tout le moins à un coût raisonnable, sauf à se voir présenter un devis salé qui fera réfléchir à deux fois avant de changer de prestataire.

Ces deux conseils s'inscrivent également dans le cadre du devoir d'indépendance de l'avocat (art. 8 al. 1 let. d et 12 let. b LLCA), celui-ci ne devant pas être captif d'outils ou de services informatiques, mais au contraire être en mesure d'accéder en tout temps aux données et informations nécessaires à l'exercice de sa profession.

2. Droit du travail

Le télétravail des avocats soulève plusieurs questions sous l'angle des rapports de travail.

Premièrement, l'employeur doit donner des instructions claires à son employé sur la manière d'exécuter les tâches qui lui incombent. Ces instructions peuvent aussi consister en différentes interdictions ou recommanda-

tions; dans ce cadre, l'employeur est tenu d'établir clairement à quelles conditions le télétravail est autorisé.

Deuxièmement, se pose la question de savoir si l'employeur de l'avocat doit prendre en charge des frais particuliers liés au télétravail. L'art. 327a CO prévoit que «l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien». La mise en œuvre du télétravail joue ici un rôle important; à supposer que l'avocat dispose d'une place de travail fixe et de toute l'infrastructure nécessaire au bureau, le télétravail apparaît alors davantage comme une commodité pour laquelle il lui est loisible d'opter, dans le respect des règles prescrites. À supposer que l'employeur n'entende pas fournir d'ordinateur professionnel au salarié, au motif que ce dernier dispose d'une place de travail au sein du bureau, l'avocat devrait alors soit renoncer au télétravail, soit s'assurer que son équipement personnel satisfait aux garanties nécessaires en matière de sécurité, ce qu'il devrait faire vérifier par son prestataire informatique. En revanche, il s'agira d'examiner au cas par cas dans quelle mesure un salarié désireux de travailler au sein du bureau, mais privé de sa place en raison d'un réaménagement des locaux, est en droit de prétendre à un remboursement de ses frais, desquels et pour quelle quotité. Cette question complexe nécessiterait un examen à part. Nous constatons cependant qu'aucun des cabinets avec lesquels nous avons pu nous entretenir à ce sujet n'a relevé de prétentions particulières des avocats ou salariés, ceux-ci faisant preuve d'une flexibilité appréciée sur ces questions. La plupart des cabinets offrent cependant toujours une place de travail fixe à leurs employés. Il n'est donc pas exclu que des prétentions soient formulées à l'avenir au sein des cabinets qui décideraient de supprimer certaines places de travail ou de mettre en place un tournus de bureau.

Troisièmement, il sied de relever que l'employeur reste dans l'obligation de veiller à la santé et à la sécurité de ses employés, au respect des horaires de travail et à l'enregistrement du temps du travail, même lorsque l'employé est en télétravail.

La pandémie de COVID-19 a toutefois suscité de nouvelles interrogations, le télétravail ayant été rendu pendant un certain temps obligatoire en vertu de différentes dispositions exceptionnelles et étant toujours recommandé. C'est ainsi que l'art. 27a al. 1 de l'Ordonnance 3 COVID-19 a apporté une précision à cet égard, en indiquant que «l'employeur permet à ses employés vulnérables de remplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile. À cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent. Les employés n'ont droit à aucun remboursement de frais pour remplir leurs obliga-

¹⁶ SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, p. 39 s.

¹⁷ BENHAMOU/ERARD/KRAUS, p. 120; CHAPPUIS/ALBERINI, p. 340.

tions professionnelles depuis leur domicile en vertu de la présente disposition». Selon un avis du SECO, l'employeur n'est donc pas tenu de verser aux travailleurs une indemnité pour leurs frais (participation aux frais d'électricité, au loyer, etc.), car il s'agit d'une injonction temporaire. Il en va autrement des éventuels frais de matériel à la charge de l'employeur en cas de travail effectué au bureau et qui tombent désormais à la charge des travailleurs (cartouches d'imprimante, papier, etc.) pour lesquels l'employeur doit indemniser ses travailleurs¹⁸.

3. Règles déontologiques

L'avocat est généralement soumis au devoir de diligence ancré à l'art. 12 let. a LLCA. Il doit exercer sa profession avec soin et diligence, ce qui implique à notre sens également un devoir de disposer de certaines compétences technologiques, ou du moins le devoir de veiller à ce que la structure mise en place au sein de son étude soit conforme aux règles légales et professionnelles, dans le respect des intérêts de ses clients. Le télétravail, lorsqu'il est possible pour les employés de l'étude, doit également faire l'objet d'une analyse précise de la part de l'avocat.

En ce qui concerne le respect du secret professionnel, principe ancré à l'art. 13 LLCA, l'avocat doit non seulement y veiller lui-même, mais également à ce que ses auxiliaires s'y conforment. Sont considérés comme auxiliaires notamment les collaborateurs, secrétaires, avocats-stagiaires, étudiants en stage ou encore apprentis¹⁹. L'avocat employeur doit ainsi prendre toutes les mesures destinées à assurer le respect du secret professionnel en cas de télétravail également.

Concrètement, seules des directives internes ou des recommandations claires données à tous les employés d'une étude d'avocats permettent d'établir que l'employeur a fait preuve de la diligence nécessaire pour assurer le respect du secret professionnel et la protection des données des clients de l'étude.

À ce jour et à la connaissance des soussignés, aucun barreau cantonal n'a émis de directives particulières en matière de télétravail de l'avocat, laissant cette question à la libre appréciation de chacun. Toutefois, il sied de relever que certains ordres disposent de recommandations en matière d'utilisation de messageries électroniques ou d'externalisation de certains services (y compris secrétariat et réponse téléphonique), qui contiennent certaines dispositions applicables également au cas du télétravail²⁰, notamment concernant la pratique de certains avocats de dicter leur correspondance en se trouvant en télétravail ou en déplacement, de l'envoyer à leur secrétariat ou à un secrétariat externalisé par le biais de moyens informatiques non sécurisés et non conformes au respect du secret professionnel.

IV. Enjeux techniques

Au vu des considérations qui précèdent, nous sommes d'avis que toute étude d'avocats ayant recours au télétravail et indépendamment de sa taille, devrait à tout le moins

établir une directive interne traitant notamment des «Do's» et «Don'ts» suivants:

- connexion et accès aux documents (connexion sécurisée, authentification à deux facteurs, accès VPN, utilisation exclusive d'un ordinateur portable professionnel, etc.);
- enregistrement et utilisation des données clients (enregistrement sur serveur et non pas sur disque dur, confidentialité de l'espace de télétravail, etc.);
- règles basiques de sécurité informatique (ouverture de pièces jointes, installation de logiciels, utilisation à des fins privées du matériel informatique, installation des e-mails et du calendrier sur un téléphone portable, utilisation de messageries de type WhatsApp et d'e-mails privés de type Gmail, etc.);
- règles de comportement en cas de problème informatique en télétravail ou en déplacement (perte de l'ordinateur portable, piratage informatique, logiciel malveillant, vol de données, etc.);
- règles en matière d'enregistrement du temps de travail et facturation;
- règles en matière d'utilisation de messageries électroniques (y compris signature électronique);
- processus internes en matière de communication entre l'employé en télétravail et la structure physique de l'étude (communications avec le secrétariat, envoi de courrier, signatures par avocats présents, etc.).

Sans entrer ici dans des détails qui dépasseraient le cadre du présent examen, rappelons qu'il existe désormais un nombre important de solutions LegalTech permettant d'exercer les activités typiques d'une étude d'avocats à distance, de manière sécurisée et conforme aux règles précitées²¹.

V. Enjeux pratiques

1. Du côté de l'employeur

Le télétravail offre tant à l'employeur qu'à l'employé une flexibilité appréciable et appréciée. Comme nous l'avons vu²², certains cabinets en ont profité pour fermer certains bureaux jugés peu rentables et économiser ainsi des loyers qui constituent un poste non négligeable des frais fixes. Le travail à distance peut aussi faciliter le recrutement de talents. Si les bureaux continuent à privilégier l'engagement de collaborateurs prêts à travailler sur site,

¹⁸ FAQ du SECO sur le télétravail, disponible sous: https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/protection-des-travailleurs/covid-19/faq_covid19.html#1144732169.

¹⁹ TF 2C_1083/2017, consid. 7.3 et 7.4.

²⁰ Cf. Recommandations de l'OAV du 6.12.2017 sur l'utilisation des messageries électroniques et en matière d'externalisation du secrétariat et de la réponse téléphonique.

²¹ Voir CHUFFART-FINSTERWALD/HUSSAIN, Adopter des solutions legaltech en étude: récapitulatif des questions à (se) poser, in *Revue de l'avocat* 10/2021, p. 437 ss.

²² Cf. II 1.

les attentes étant qu'une telle présence doit en principe être supérieure au temps passé à télétravailler, on ne peut pas ignorer le fait que le recrutement de collaborateurs talentueux et spécialisés peut s'avérer difficile. Certains bureaux, comme *Orrick, Herrington & Sutcliffe*, n'hésitent cependant pas à recruter des talents à distance, en leur permettant de télétravailler²³.

Pour l'employeur, le télétravail n'est cependant pas sans danger. S'il est aujourd'hui avéré que le télétravail fonctionne très largement et ne fait pas perdre en productivité, il peut cependant conduire avec le temps à un sentiment d'éloignement, de «fonctionariat», où l'appartenance à la communauté représentée par le bureau et les individus qui la composent pourrait s'étioler, pour finalement se traduire par une perte de motivation. Or il est difficile de combler l'absence physique et de discussions autour de la machine à café par une séance de groupe en visioconférence, qu'elle soit ou ne soit pas accompagnée d'un café.

Une autre préoccupation possible réside dans l'inflation du volume des e-mails et des échanges. Une étude menée au mois de septembre 2020 par la *Harvard Business School*, certes non consacrée exclusivement aux bureaux d'avocats, témoigne du fait que le travail à distance a entraîné une augmentation de plus de 45 minutes de travail par jour, du nombre d'e-mails et de leurs destinataires, ainsi que des meetings²⁴. Les e-mails et échanges instantanés ont remplacé les discussions autour de la machine à café, conduisant à un surplus d'échanges souvent futiles et épuisants. La tendance à exiger une présence physique au bureau la majorité du temps est assurément l'un des meilleurs remèdes à cette tendance regrettable.

2. Du côté de l'employé

Cette dernière constatation concerne évidemment également l'employé. À partir du moment où le télétravail se généralise, la démarcation entre vie privée et vie professionnelle devient plus floue, conduisant à une tendance malheureuse: la croyance en une disponibilité quasiment constante et l'attente d'une réponse quasi immédiate. Le droit à la déconnexion, consacré en France depuis 2017 à l'art. 2242-17 du Code du travail, devient ainsi d'autant plus important et devrait être généralisé; quant à savoir s'il est respecté, c'est une autre histoire.

En ce qui a trait à l'employé, le risque principal réside toutefois, à tout le moins de l'avis d'un certain nombre d'associés de grands bureaux, dans ses perspectives de carrière. Comme le dit l'adage, «loin des yeux, loin du cœur». Celui qui entend privilégier le télétravail risque fort de se retrouver cantonné à un rôle d'exécutant, qui pourrait l'empêcher de se positionner au sein de l'étude comme un associé potentiel²⁵. Dans un marché compétitif, celui qui est absent pourrait être considéré comme moins motivé et désireux de s'investir dans la structure que celui qui est présent, indépendamment des heures qu'il peut en réalité accomplir à distance. Nouant des rapports privilégiés avec les décideurs au sein de l'étude, connu et reconnu, le collaborateur présent risque ainsi de passer «devant» les

télétravailleurs, le cas échéant indépendamment des qualités intrinsèques potentiellement supérieures d'un collaborateur travaillant à distance.

Un marché à deux vitesses pourrait ainsi peu à peu émerger entre ceux qui acceptent de se cantonner à ce rôle de collaborateur exécutant sans prétendre à plus, et ceux qui, soucieux d'un plan de carrière qui satisfait leurs ambitions, devront accepter d'être le plus souvent présents au bureau pour y faire acte de présence et de dévouement à la structure et ne pas se faire oublier et passer devant. On ne saurait dès lors trop conseiller aux jeunes avocats d'être conscients de cette segmentation possible du marché et du choix qu'ils pourraient avoir à faire. Cela est d'autant plus vrai que la taille de la structure est importante.

VI. Conclusion

Qu'il s'agisse d'une «mode» passagère ou d'un changement en profondeur de la manière de travailler, il est indéniable que le télétravail se généralise, également chez les avocats. Il est toutefois difficile d'affirmer aujourd'hui que cette tendance va continuer à progresser, ni dans quelle mesure. Ce qui est certain, c'est que les études d'avocats, tout comme bon nombre d'entreprises de services, ont découvert ces deux dernières années – certaines malgré elles et sans y être préparées – les avantages et désavantages du télétravail. On constate que la perception de ces derniers diffère souvent en fonction du type de structure de l'étude et de sa taille, mais également en fonction de la sensibilité personnelle de chaque avocat. Alors que les avocats plus jeunes plébiscitent la flexibilité que leur offre le télétravail dans leur organisation, certaines structures ou avocats associés continuent de privilégier le «présentisme» pour différents motifs, ce qui engendre parfois un sentiment de manque de confiance de cette première catégorie, quand bien même le COVID-19 a permis une véritable prise de conscience et évolution dans l'organisation du travail, même au sein des structures les plus importantes.

Dans tous les cas, le maître mot est l'anticipation et l'organisation en amont du télétravail au sein de la structure. Un cadre organisationnel clair permet à tous les

²³ <https://www.law.com/americanlawyer/2021/05/10/more-large-law-firms-are-embracing-remote-associate-hires/> (consulté le 15. 10. 2021).

²⁴ DANIELLE KOST, You're Right! You Are Working Longer and Attending More Meetings, 14. 9. 2020, <https://hbswk.hbs.edu/item/you-re-right-you-are-working-longer-and-attending-more-meetings> (consulté le 15. 10. 2021), commenté par HOWARD YU, You're Emailing More Because of Remote Work. Here's Why You Should Email Less Instead, 22. 3. 2021, <https://www.howardyu.org/youre-emailing-more-because-of-remote-work-heres-why-you-should-email-less-instead/> (consulté le 15. 10. 2021).

²⁵ <https://www.law.com/americanlawyer/2021/06/10/as-law-firms-set-post-pandemic-work-policies-it-looks-a-lot-like-the-old-normal-405-85424/> (consulté le 15. 10. 2021).

membres d'une équipe d'appréhender avec davantage de sérénité cette manière de travailler et de veiller à protéger les intérêts des clients. Pour toute étude d'avocats, quelle que soit sa taille, nous conseillons vivement de procéder à une première analyse détaillée des besoins internes des employés, des besoins externes des clients, ainsi que de la structure informatique à disposition. Forte de cette analyse, l'étude devrait ensuite prévoir des directives ou réglementations internes qui fixent un cadre clair en matière de télétravail.

Dans ce contexte, il conviendrait aussi de s'intéresser de près aux différents outils, notamment aux LegalTech,

qui sont à la disposition de l'avocat et qui lui permettront de concilier ses besoins, ceux de son équipe et ceux de ses clients. Enfin, il conviendra de garder à l'esprit de choisir des partenaires informatiques fiables, reconnus et dont les conditions ne garderont pas l'avocat captif. Il en va non seulement du devoir de diligence de l'avocat, mais également du respect des dispositions en matière de protection des données, de droit du travail ou encore de secret professionnel. S'ouvrir à de nouveaux modèles, répondre à de nouveaux besoins, c'est l'assurance de rester attractif auprès de la jeune génération et de s'attirer de nouveaux talents à la recherche de flexibilité.

Internationale Briefmarken-Auktion



Nächste öffentliche Schwarzenbach-Auktion: Frühjahr 2022
 Wertvolle Sammlungen und seltene Einzelstücke der Sammelgebiete SCHWEIZ, EUROPA, ÜBERSEE und Thematik zur 69. Auktion **jetzt einliefern!** Musterkatalog gratis.
Annahmeschluss: Ende Februar 2022.
 Auch **Direktankauf gegen Barzahlung** von Sammlungen, Nachlässen, Erbschaften; alten Briefarchiven, Ansichtskarten, Ganzsachen, usf. Besuche nur nach Termin-Vereinbarung;
 Firmen-Parkplätze vorhanden.

Schwarzenbach Auktion Zürich, Internat. Briefmarken-Auktionen, 8032 Zürich, Merkurstrasse 64, Tel. 043 244 89 00, Fax 043 244 89 01, www.schwarzenbach-auktion.ch, info@schwarzenbach-auktion.ch

Votre Etude principale ou secondaire à Genève pour moins de CHF 1000.– par mois



lawffice 

www.lawffice.ch