

Le point sur le droit de l'avocat·e | Entwicklungen im Anwaltsrecht

Période de janvier 2024 à décembre 2024



Prof. Dr iur. François Bohnet, avocat, LL.M., Neuchâtel*



Léane Ecklin, MLaw, titulaire du brevet d'avocate, Neuchâtel**

Cette chronique présente les principales nouveautés intervenues en 2024 en matière de droit de l'avocat·e. Elle fait brièvement état des derniers développements relatifs au projet de loi visant à améliorer la lutte contre le blanchiment d'argent, en tant qu'ils concernent la législation relative au droit de l'avocat·e (I). La présente chronique expose en outre les principaux arrêts publiés et non publiés du Tribunal fédéral sur ce thème, qui sont relativement nombreux (II), et dresse un aperçu des contributions doctrinales parues en 2024 (III).

I. Le projet de loi visant à améliorer la lutte contre le blanchiment d'argent : l'abandon du régime spécial applicable aux avocat·e-s LLCA

Dans la précédente chronique¹, nous évoquions la mise en consultation d'un projet de loi visant à améliorer la lutte contre le blanchiment d'argent. Il était envisagé d'introduire dans la Loi sur les avocats (LLCA²) des obligations très contraignantes en matière de blanchiment d'argent, dont la surveillance serait revenue à l'autorité de surveillance LLCA. Fortement critiqué dans le cadre

* Prof. Dr iur. François Bohnet, avocat, LL.M., est professeur ordinaire et titulaire de la Chaire de procédure civile et de droit des professions judiciaires à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. Exerçant également la profession d'avocat à l'étude KGG à Neuchâtel, il est ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats neuchâtelois et membre du Conseil de la FSA.

** Léane Ecklin, MLaw, titulaire du brevet d'avocate, est assistante doctorante auprès de la Chaire de procédure civile et de droit des professions judiciaires à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

1 François Bohnet/Léane Ecklin, Le point sur le droit de l'avocat·e/Entwicklungen im Anwaltsrecht, RSJ 2024 432 ss.

2 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) du 23 juin 2000 (RS 935.61).

de la procédure de consultation³, ce régime spécial applicable aux avocat·e-s a finalement été abandonné au stade du projet, qui soumet l'entier des activités et des professionnels à la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA⁴). Cette loi contiendrait dès lors les règles applicables à la profession d'avocat·e, qui visent, selon le Message, avant tout à garantir le secret professionnel⁵.

II. La jurisprudence

A. La jurisprudence relative au rôle de l'avocat·e

1. La licéité de l'interdiction faite à l'avocat·e de communiquer le contenu du dossier médical à sa cliente : TF 2C_683/2022 du 5 janvier 2024

Selon le Tribunal fédéral, il est contraire au droit fédéral d'interdire à une avocate chargée d'évaluer l'existence d'un cas de responsabilité médicale, à l'égard de qui le secret médical a été levé, de communiquer le contenu du dossier médical à son client. Les obligations découlant du rapport de mandat, en particulier l'obligation de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO⁶), s'opposent en effet à une telle interdiction. Si la consultation du dossier par l'avocat·e seule lui permet certes de procéder à une analyse de la situation, l'avocat·e est également tenue de conseiller son client en lui présentant les différentes op-

3 Voir ég. Didier de Montmollin/Miguel Oural, Avant-projet du Conseil fédéral de révision partielle de la LLCA : le secret professionnel de l'avocat est à nouveau en grave danger, Revue de l'avocat 2024 59 ss.

4 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) du 10 octobre 1997 (RS 955.0).

5 Message concernant la loi sur la transparence des personnes morales du 22 mai 2024, FF 2024 1607, <<https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=101100>> (dernière consultation le 14.4.2025) 37.

6 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, CO) du 30 mars 1911 (RS 220).

tions envisageables, les démarches à entreprendre et les chances et risques liés à chacune d'elles (c. 6.2.2). Une avocate chargée d'évaluer l'existence d'un cas de responsabilité médicale ne peut pas remplir les obligations qui lui incombent en vertu du rapport de mandat s'il ou elle se voit interdire de communiquer les informations contenues dans un dossier médical. En effet, la transmission de telles données par l'avocate est notamment nécessaire pour permettre à son client de lui donner des instructions supplémentaires sur la base de celles-ci ou, le cas échéant, de révoquer le mandat (c. 6.2.4).

2. Le refus d'inscription au registre cantonal des avocat·e-s-stagiaires: TF 2C_651/2023 du 29 mai 2024

Le Tribunal fédéral rappelle⁷ que la protection des justiciables impose de s'assurer que l'avocat·e, qui jouit d'un certain monopole de la représentation des parties en justice, dispose des compétences nécessaires pour exercer sa profession. La maîtrise des connaissances de base du métier d'avocat·e ne serait pas garantie de la même manière en laissant une candidate répéter indéfiniment des examens jusqu'à ce qu'il ou elle les réussisse. Il y a dès lors un intérêt public à fixer une limite au nombre de tentatives dont dispose une candidate pour se préparer et présenter à des examens, notamment les examens du barreau (c. 5.4).

3. La radiation du registre en raison d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec la profession d'avocat·e: TF 2C_659/2023 du 24 septembre 2024

Pour être inscrite au registre, l'avocate ne doit pas faire l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec l'exercice de sa profession (art. 8 al. 1 let. b LLCA). Le Tribunal fédéral rappelle que cette disposition repose sur l'idée que l'avocate doit pleinement garantir son sérieux et son honorabilité, afin de préserver une relation de confiance avec son client. Il indique ensuite que des faits qui se sont produits dans un contexte purement privé sont également visés, et que d'éventuelles infractions commises à l'étranger doivent être prises en compte, pour autant – comme en droit des étrangers – que les condamnations correspondantes figurent sur l'extrait du casier judiciaire (c. 6.2).

⁷ TF 2C_138/2015 du 6.8.2015 cons. 4.3; TF 2P.205/2006 du 19.12.2006 cons. 4.3.

4. L'obligation de procéder par voie électronique: TF 2C_113/2024 du 3 décembre 2024 (destiné à la publication)

Le Tribunal fédéral retient que le canton de Zurich peut imposer, à partir de 2026, aux avocat·es et autres mandataires professionnels de procéder aux actes de procédure avec les autorités administratives cantonales et les tribunaux cantonaux exclusivement par voie électronique. La légère atteinte à la liberté économique qui en résulte repose sur un intérêt public et est proportionnée (c. 4-7). Cette obligation de «digital only» poursuit un autre objectif que les règles professionnelles de la LLCA, avec laquelle elle est dès lors compatible, et peut ainsi s'appuyer sur la compétence des cantons de réglementer le droit public cantonal de procédure (c. 8).

B. La jurisprudence relative à la procédure et aux sanctions disciplinaires

1. La prise en compte de mesures antérieures (précision de jurisprudence): ATF 150 II 308⁸

Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence selon laquelle les autorités de surveillance peuvent tenir compte de mesures disciplinaires antérieures, dont des sanctions déjà radiées du registre cantonal des avocat·es, au moment d'apprécier la sanction. Il précise toutefois sa jurisprudence en ce sens qu'il faut tenir compte du fait que les mesures disciplinaires antérieures perdent généralement de leur importance à mesure que le temps passe (c. 5). Cet arrêt retient en outre qu'une publication dans la feuille officielle cantonale d'une interdiction temporaire d'exercer prévue par le droit cantonal constitue une mesure disciplinaire, et est donc contraire à la réglementation exhaustive du droit disciplinaire dans la LLCA (c. 7)⁹.

⁸ ATF 150 II 308, JdT 2024 I 70.

⁹ Sur l'ATF 150 II 308, voir *Lorenz Droese/Franco Strub, Naming and Shaming: Zur Zulässigkeit der Publikation disziplinarrechtlicher Berufsausübungsverbote*, Note relative à l'arrêt du TF 2C_164/2023 du 25 mars 2024, RSPC 2024 461 ss. A noter que, selon un considérant non publié de cet arrêt (TF 2C_164/2023 du 25.3.2024 cons. 4.1), la nomination d'une avocate en tant qu'administrateur/trice d'office d'une succession découlant de sa qualité préalable d'exécuteur/trice testamentaire, elle-même accordée en raison de sa profession, est indirectement due à son activité d'avocate, avec pour conséquence qu'il ou elle est soumise aux règles professionnelles.

2. Les conséquences de la violation de l'art. 29 LLCA: TF 2C_144/2024 du 6 novembre 2024 (destiné à la publication)

La violation de l'art. 29 LLCA n'entraîne pas la nullité de la décision viciée, mais uniquement son annulation. En l'espèce, un avertissement avait été prononcé à l'encontre d'un avocat, inscrit au registre des avocat·es du Brésil et du Portugal, ainsi qu'au tableau genevois des avocat·es, en raison d'une violation de son devoir de diligence (art. 12 let. a LLCA). Il lui était reproché une maîtrise insuffisante de la langue française, qui l'empêchait de saisir le sens de certaines questions posées en audience et ne permettait pas aux juges de comprendre certains mots qu'il prononçait lorsqu'il plaidait. L'autorité de surveillance avait toutefois omis de respecter les obligations de coopération imposées par l'art. 29 LLCA envers son homologue portugaise. Notre Haute Cour relève que l'autorité étrangère n'est incluse dans la procédure disciplinaire que de manière consultative, de sorte que l'absence de communication avec elle quant à la volonté d'ouvrir une procédure (art. 29 al. 1 LLCA) et l'omission de lui offrir la possibilité de se prononcer (art. 29 al. 2 LLCA) ne peuvent être qualifiées de vice grave (c. 4.7.2). Dès lors, la cause est renvoyée à l'autorité de surveillance pour une nouvelle décision une fois l'art. 29 LLCA respecté.

C. La jurisprudence relative à l'obligation de diligence

1. La non-restitution des avoirs confiés: TF 2C_33/2024 du 13 février 2024

Le Tribunal fédéral confirme dans l'arrêt du TF 2C_33/2024 du 13 février 2024¹⁰ la sanction infligée (soit une interdiction temporaire de pratiquer d'une durée de 12 mois, ainsi qu'une amende de 5000 CHF) à un avocat en raison d'une violation des art. 12 let. a et h LLCA¹¹. Il lui était reproché de n'avoir pas restitué à ses clients l'intégralité de leurs avoirs, et ce malgré plusieurs rappels de leur part, ainsi que malgré la signature d'une reconnaissance de dette en leur faveur (sur les 130 000 CHF confiés, un montant de 95 000 CHF demeurait en souffrance). Notre Haute Cour estime que l'avocat a gravement nuit par son comportement aux intérêts de ses clients, de même qu'à la confiance qui doit être placée dans le métier d'avocat·e (c. 5.3). Le fait que l'avocat

¹⁰ Résumé du TF 2C_33/2024 du 13.2.2024, in: RSJ 2024 530.

¹¹ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) du 23 juin 2000 (RS 935.61).

était particulièrement âgé est sans pertinence dans l'examen de la proportionnalité (c. 5.4).

2. La communication des décisions au client et le devoir d'information quant à celles-ci: TF 2C_13/2023 du 15 mars 2024 et TF 2C_84/2023 du 13 février 2024

Dans l'arrêt du TF 2C_13/2023 du 15 mars 2024¹², le Tribunal fédéral confirme la sanction (soit une amende réduite à 2500 CHF au stade du recours) infligée à un avocat qui n'avait pas communiqué à temps à ses clients une décision de mesures provisionnelles, et qui avait à réitérées reprises directement pris contact avec la partie adverse, alors que celle-ci était représentée. Le fait que la notification ait eu lieu durant les fêtes judiciaires est dénué de pertinence, la cause étant soumise à la procédure sommaire. Il en va de même des vacances de l'avocat, dans la mesure où il devait en l'espèce s'attendre au dépôt de mesures provisionnelles (c. 3).

L'arrêt du TF 2C_84/2023 du 13 février 2024 traite du devoir d'information et de notification de l'avocat·e, intervenant en l'espèce sur la base d'un mandat d'office. Le Tribunal fédéral relève que ce devoir, qui est rattaché à l'obligation professionnelle de diligence, est d'une importance centrale pour la relation avec le client (c. 5.2.3). Il indique également que l'avocat·e d'office est soumis, en ce qui concerne ce devoir, aux mêmes exigences qu'un avocat·e de choix. Le client doit ainsi être renseigné sur les possibilités, les risques et les chances de succès d'un éventuel recours, de manière générale, mais aussi *a fortiori* compte tenu des accusations portées en l'espèce contre le prévenu, condamné pour meurtre. Vu le délai de recours, l'information devait par ailleurs intervenir rapidement. En l'espèce, le défenseur d'office ne pouvait se démettre unilatéralement de son mandat, mais aurait dû demander sa libération à la direction de la procédure (cf. art. 134 al. 2 CPP¹³) et était tenu, en vertu de l'art. 12 let. a LLCA, de proposer à son client une explication du jugement, et ce indépendamment du fait que celui-ci la souhaitait effectivement (c. 5.3).

¹² Résumé et extraits du TF 2C_13/2023 du 15.3.2024, SJ 2024 527.

¹³ Code de procédure pénale suisse (Code de procédure pénale, CPP) du 5 octobre 2007 (RS 312.0).

3. La production d'une proposition transactionnelle par l'avocat·e en vue du recouvrement de ses honoraires: TF 2C_579/2023 du 29 août 2024

Les faits à l'origine de l'arrêt du TF 2C_579/2023 du 29 août 2024 sont en substance les suivants: un avocat dont les honoraires sont contestés par ses anciens clients refuse une proposition transactionnelle, formulée par l'intermédiaire d'un confrère dans un courriel portant la mention « sous réserve d'usage ». Délivré du secret professionnel, il dépose à leur rencontre des requêtes de conciliation en vue du recouvrement de ses honoraires et produit dans ce cadre le courriel précité. Quant à l'application de la LLCA, le Tribunal fédéral constate que la note d'honoraires établie par l'avocat est la conséquence de l'exécution du mandat. Le recouvrement de ceux-ci s'inscrit dès lors dans le prolongement de l'activité professionnelle déployée et relève par conséquent d'une activité professionnelle (c. 6.2). S'agissant de la violation du devoir de confidentialité, notre Haute Cour retient que le fait que l'intéressé n'ait pas fait appel à un mandataire pour le représenter dans la procédure civile – dès lors qu'il est de la profession – ne permet pas de le considérer comme une partie non représentée. Une solution contraire viendrait à rendre la protection de la confidentialité accordée aux discussions transactionnelles inopérante (c. 7.4).

4. L'importance du respect des délais: TF 2C_321/2024 du 24 septembre 2024

Le Tribunal fédéral rappelle que le devoir de diligence de l'avocat·e au sens de l'art. 12 let. a LLCA n'a pas la même portée que son obligation contractuelle de diligence (art. 398 al. 2 CO), la violation de la règle professionnelle impliquant un manquement significatif. Il insiste à cet égard sur l'importance de la gestion des délais dans l'activité de l'avocat·e, et ce indépendamment du domaine concerné (en l'espèce, le droit des assurances sociales) (c. 6). Le Tribunal fédéral confirme l'interdiction temporaire de pratiquer d'une durée de trois mois, infligée à une avocate ayant manqué plusieurs délais, déjà sanctionnée par le passé d'une amende de 1500 CHF pour des faits similaires (c. 7).

5. Les allégations attentatoires à l'honneur émanant d'un·e avocat·e: TF 5D_32/2024 du 25 octobre 2024

L'arrêt du TF 5D_32/2024 rappelle que les allégations attentatoires à l'honneur émanant d'un·e avocat·e à l'oc-

cas du procès sont justifiées par le devoir de plaider la cause et le devoir professionnel, pour autant qu'elles soient pertinentes, n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire, ne soient pas inutilement blessantes et ne soient pas propagées de mauvaise foi, et que de simples suppositions ne doivent être présentées comme telles. Exprimés en matière pénale, ces principes peuvent s'appliquer par analogie en droit privé, où la protection de l'honneur est toutefois plus étendue (c. 4.6.2). S'agissant en l'espèce de mesures d'éloignement requises à titre superprovisionnel et provisionnel, soit une action commandant d'alléguer des atteintes sérieuses à la personnalité – l'avocat·e ne peut *a priori* difficilement se passer d'alléguer des faits de nature à attenter à l'honneur et à la réputation; en principe, l'avocat·e n'a en outre guère l'opportunité de nuancer minutieusement ses propos s'agissant d'un mémoire rédigé dans l'urgence (c. 4.9).

D. La jurisprudence relative à l'interdiction des conflits d'intérêts

1. La double représentation d'une société et de ses actionnaires majoritaires: TF 2C_865/2022 du 12 décembre 2023

Le litige faisant l'objet de l'arrêt du TF 2C_865/2022 du 12 décembre 2023¹⁴ concerne l'existence d'un soupçon suffisant de conflit d'intérêts concret d'une avocat·e représentant à la fois la société et les actionnaires majoritaires de celle-ci dans le cadre d'une dispute entre actionnaires (détenant chacun 1/3 de la société) (c. 3). En l'espèce, l'instance inférieure, appliquant par analogie les art. 309 al. 1 let. a et 310 al. 1 let. a CPP, avait renoncé à ouvrir une procédure disciplinaire faute d'existence d'un soupçon suffisant de conflit d'intérêts concret (c. 3.3). Le recourant lui reproche d'avoir méconnu le fait que les intérêts de la société ne coïncident pas toujours avec ceux de l'actionnaire majoritaire. Pour le Tribunal fédéral, il n'en résulte toutefois pas forcément un risque concret de conflit d'intérêts, mais seulement la possibilité théorique d'un conflit d'intérêts (c. 3.4). Il confirme ainsi l'appréciation de l'instance inférieure (c. 3.7).

A noter que dans l'arrêt du TF 7B_718/2024 du 5 décembre 2024, le Tribunal fédéral retient que la double représentation d'une société et de son administrateur, directement soupçonné d'avoir porté atteinte aux intérêts patrimoniaux de celle-ci, comporte en revanche un risque concret de conflit d'intérêts.

14 Résumé du TF 2C_865/2022 du 12.12.2023, in: RSJ 2024 336.

2. Le changement d'étude: TF 5A_835/2023 du 20 février 2024

Dans cette affaire où il était question d'un changement d'étude par une collaboratrice du cabinet mandaté par les recourants, laquelle avait rejoint celle dans laquelle pratiquait le conseil des intimés, notre Haute Cour rappelle qu'une telle situation est source d'incapacité de postuler si la collaboratrice a eu une connaissance concrète du dossier dans son activité précédente, ce que les recourants ont toutefois échoué à établir devant l'autorité cantonale (c. 3.2)¹⁵.

3. Le procureur quittant ses fonctions pour exercer comme avocat: TF 6B_993/2022 du 8 mars 2024 et TF 7B_215/2024 du 6 mai 2024

Dans l'arrêt du TF 6B_993/2022 du 8 mars 2024, le Tribunal fédéral rappelle qu'un conflit d'intérêts existe dès que survient la possibilité d'utiliser consciemment ou non, dans un nouveau mandat, les connaissances acquises dans l'exercice d'un mandat antérieur. Un notaire pratiquant également en tant qu'avocat ne peut dès lors représenter aucune des parties dans une affaire litigieuse lorsqu'il a préalablement officié en tant que représentant de la puissance publique dans cette affaire, tout comme un avocat exerçant également la fonction de juge et apprenant en cette qualité des faits essentiels qui concernent les parties dans une certaine cause doit ultérieurement renoncer à un mandat les concernant (c. 2.2.2). Ces principes doivent également valoir dans le cas où un procureur quitte ses fonctions au sein du ministère public et représente ensuite, en tant qu'avocat, une partie à la procédure pénale diligentée par ses soins dans le cadre de ses anciennes fonctions, et ce indépendamment du stade de la procédure pénale auquel se concrétise le risque de conflit d'intérêts. Par ailleurs, on ne saurait exclure *a priori* tout conflit d'intérêts au seul motif que l'ancien magistrat interviendrait en faveur de la partie plaignante, puisque le ministère public représente des intérêts distincts de ceux de cette dernière, qu'il n'a pas vocation à défendre (c. 2.3). En l'espèce, un risque concret de conflit d'intérêts est ainsi survenu dès la date à laquelle l'ancien procureur s'est associé au conseil de l'une des parties à la procédure, le risque affectant le premier rejaillissant sur le second (c. 2.4).

15 Sur l'arrêt TF 5A_835/2023 du 20.2.2024, voir Lorenz Droese, Die Geister, die ich rief – vom Störpotential konfliktindizierter Postulationsunfähigkeit und seiner Beschränkung, Note relative à l'arrêt du TF 5A_835/2023 du 20 février 2024, RSPC 2024 360 ss.

Cette jurisprudence est confirmée dans l'arrêt du TF 7B_215/2024 du 6 mai 2024¹⁶.

4. Le conflit avec les intérêts propres de l'avocat·e en litige personnel avec la partie adverse: TF 2C_636/2023 du 18 juillet 2024

Dans le cadre d'un litige de droit des constructions, un avocat se voit dénier la capacité de postuler en raison d'une condamnation par ordonnance pénale (à laquelle il a fait opposition) pour diffamation et injure à l'encontre de la partie adverse et sa compagne. Déjà interdit de postuler dans une procédure pénale, l'avocat en question soutient que l'autorité inférieure est incompétente puisque l'interdiction de postuler, qui revient à une « interdiction d'exercer dans toutes les procédures [concernant ses clients] », s'apparente à une sanction disciplinaire. Le Tribunal fédéral rappelle que c'est bien à l'autorité en charge de la procédure que revient la compétence de statuer d'office et en tout temps sur la capacité de postuler d'une avocat·e, et confirme ainsi la compétence de l'autorité inférieure (c. 4). Selon notre Haute Cour, il existe par ailleurs un risque que le bon déroulement de la procédure en question soit perturbé par l'implication personnelle et émotionnelle de l'avocat, ainsi que par son manque de recul par rapport à ses clients. Les faits ressortant de l'ordonnance pénale – dont l'avocat avait reconnu les propos à l'origine, tout en contestant leur caractère injurieux ou attentatoire à l'honneur – revêtaient en effet une gravité suffisante pour constituer une violation du devoir général de diligence de l'avocat envers les autres parties à la procédure (c. 7-8).

E. La jurisprudence relative à la fixation des honoraires d'avocat·e: le pactum de palmario et le devoir d'information de l'avocat·e quant aux honoraires: TF 4A_40/2023 + 4A_44/2023 du 4 juillet 2024

Le Tribunal fédéral rappelle les trois conditions¹⁷ devant être respectées pour conclure une convention faisant

16 Pour approfondir le sujet, voir Saverio Lembo/Adam Zaki, Magistrats réintégrant le barreau et conflits d'intérêts, Revue de l'avocat 2024 494 ss.

17 Ces conditions sont les suivantes (ATF 143 III 600): 1) la convention prévoit un honoraire de base devant permettre à l'avocat·e non seulement de couvrir ses coûts de revient, mais aussi d'obtenir un profit raisonnable, 2) la prime de succès n'est pas de nature à mettre en cause l'indépendance de l'avocat·e et créer un risque de lésion, ce qui est notamment le cas lorsque la prime de succès excède l'honoraire de base, et 3) le pacte doit être conclu soit au début de la relation contractuelle, soit après la conclusion de l'affaire, mais pas en cours de mandat.

dépendre une part des honoraires du résultat de l'affaire (*pactum de palmario*). Il précise également que, compte tenu des particularités de cette forme d'honoraires, l'avocat·e qui entend pouvoir encaisser une prime de succès doit en informer le client lorsqu'il accepte le mandat (cf. art. 12 let. i LLCA), en précisant notamment quel élément (« résultat ») justifiera la perception de cette prime. Cette exigence revient à requérir un accord des parties, qui peut toutefois être tacite lorsque l'avocat·e s'est conformée à son devoir d'informer le client et que celui-ci n'a pas réagi (c. 6.1). En l'espèce, l'avocat soutenait avoir simplement augmenté ses honoraires dans sa dernière facture, respectivement corrigé à la hausse le tarif préférentiel appliqué dans un premier temps. Il ne contestait toutefois pas que cette augmentation de tarif visait à tenir compte du résultat obtenu, de sorte que l'on se trouve bien en présence d'une prime de succès, qui devait faire l'objet d'un accord (c. 6.2).

F. La jurisprudence relative au secret professionnel

1. La levée anticipée du secret professionnel:

ATF 150 II 300¹⁸

Le Tribunal fédéral retient qu'une levée anticipée du secret professionnel pour l'éventualité d'un futur litige sur les honoraires est, de manière générale, inadmissible. Avant la survenance d'un litige concret, le client ne peut en effet pas prévoir avec suffisamment de précision quelles informations l'avocat·e pourrait divulguer pour recouvrer ses honoraires (c. 5.8)¹⁹.

2. L'étendue du secret professionnel:

ATF 150 IV 470 et TF 7B_93/2022 du 27 août 2024

Une gestion correcte et minutieuse du mandat suppose non seulement l'examen de la situation juridique, mais également l'établissement des faits pertinents, qui relève donc de l'activité typique de l'avocat·e (ATF 150 IV 470 c. 3.1)²⁰. Dans cette affaire, était litigieuse la mise sous scellés d'un rapport d'enquête interne effectué par une étude d'avocat·es dans le cadre d'une procédure pé-

nale pour violation de la LCD²¹ dirigé contre l'employé d'une banque, soupçonné d'avoir transmis aux investisseurs des informations trompeuses ou inexactes concernant le profil de risque et les perspectives d'un fonds d'investissement. Selon le Tribunal fédéral, la nécessité de faire appel à une avocat·e n'est en principe pas déterminante pour délimiter l'activité typique de l'activité accessoire. Il convient plutôt d'examiner si la délégation des tâches à une avocat·e contourne les obligations prescrites par la loi en matière de documentation. En l'espèce, les avocat·es mandatées devaient établir les faits en lien avec des litiges pendants ou imminents dont elle assumait le conseil et la représentation, de sorte qu'il s'agissait bien de leur activité typique (c. 3.3).

L'ATF 150 IV 470 rappelle en outre que la correspondance avec l'avocat·e au sens de l'art. 264 al. 1 let. a, c et d CPP comprend tout ce qui est introduit dans la relation de confiance particulière entre l'avocat·e et son client, en provient ou en découle. Sont protégés les documents remis dans le cadre du mandat, ainsi que ceux détenus par le client et qui ont été reçus par l'avocat·e, et ce sans égard à leur forme: la correspondance peut être physique ou simplement électronique, ce qui inclut aussi les courriels et leurs pièces jointes. Les moyens de preuve ne peuvent toutefois pas être définitivement soustraits à l'accès des autorités pénales lorsqu'ils sont introduits *a posteriori* dans la relation de confiance dans le but de les dissimuler (c. 4.1). En tant qu'annexe au rapport d'enquête, les documents bancaires internes sont couverts par le secret professionnel. Cela ne signifie toutefois pas que ces documents, non protégés en tant que tel par le secret professionnel, puissent être saisis auprès de la banque (c. 4.3).

Notre Haute Cour rappelle enfin qu'un fait est considéré comme secret lorsque, objectivement, il n'est connu que d'un cercle restreint de personnes et n'est ni notoire ni généralement accessible; il doit en outre exister, subjectivement, un intérêt ou une volonté du maître à garder le secret. La notion de secret doit être interprétée de manière large, de sorte que l'on ne saurait déduire de la divulgation volontaire de faits secrets à des tiers choisis que le maître souhaite rendre ces informations accessibles à tous ou renonce à son intérêt ou à sa volonté de garder le secret (c. 5.1). Selon le Tribunal fédéral, le fait que le rapport ait été divulgué à l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) dans le

cadre d'une procédure d'enforcement n'est pas comparable à une remise volontaire à un tiers quelconque, à la partie adverse, à une autorité judiciaire ou aux médias, dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'une obligation légale de collaborer. On ne peut dès lors pas en déduire une perte du caractère secret. Le fait que FINMA soit elle-même soumise au secret de fonction, et ainsi en droit – dans certaines circonstances – de refuser de transmettre des informations aux autorités pénales, confirme d'ailleurs cette appréciation (c. 5.2).

L'arrêt du TF 7B_93/2022 du 27 août 2024 rappelle les principes évoqués dans les deux derniers paragraphes. Il précise en outre (c. 5.1) que l'existence d'une relation de mandat n'est pas une condition préalable à la validité du secret professionnel de l'avocat·e. Tout justiciable qui s'adresse à une avocat·e est à l'inverse protégé, et ce indépendamment de la conclusion ultérieure d'un mandat, de sorte que les informations transmises en vue d'un éventuel mandat (ultérieur) sont également couvertes. En principe, l'obligation de respecter le secret professionnel est par ailleurs illimitée dans le temps; elle survit par conséquent aussi bien à la fin du mandat qu'à un éventuel abandon ultérieur de de la profession.

3. Les communications entre l'avocat·e et une tierce personne: TF 7B_990/2024 du 31 octobre 2024

Dans le cadre d'une surveillance au sens des art. 269 ss CPP, les autorités pénales découvrent fortuitement que le défenseur d'office d'un prévenu a transmis par téléphone des informations potentiellement collusives au coprévenu. Une procédure pénale pour entrave à l'action pénale est ouverte à l'encontre de l'avocat, qui demande dans ce cadre que l'on écarte les découvertes fortuites, au motif qu'elles seraient couvertes par son secret professionnel (art. 271 al. 3 CPP). L'affaire est portée devant le Tribunal fédéral, qui retient que les communications entre un avocat·e et une tierce personne ne sont pas protégées par le secret professionnel de l'avocat·e. En effet, la divulgation volontaire et consciente de telles informations à une tierce personne a pour conséquence que celles-ci quittent la relation de mandat protégée par le secret professionnel, et ce même lorsque l'avocat·e est à l'origine de cette divulgation (c. 2.5).

4. Le journal intime du prévenu et le secret professionnel de l'avocat·e: TF 7B_813/2024 du 16 décembre 2024

Le Tribunal fédéral confirme la levée des scellés sur deux carnets appartenant au prévenu, lequel se prévalait de la protection du secret professionnel de l'avocat·e, au motif qu'ils concernaient des contacts intervenus avec ses défenseurs pendant sa détention. Dans ces carnets, assimilés à des journaux intimes, le prévenu rapportait toutefois ces entretiens au milieu de considérations personnelles. Le Tribunal fédéral retient qu'en procédant de la sorte (à savoir sur un tel support et sans distinguer les passages ayant potentiellement trait à sa défense), le prévenu a sciemment pris le risque que ses notes ne soient pas couvertes par le secret professionnel de l'avocat·e. Celles-ci n'étaient au demeurant manifestement pas destinées à être communiquées à son défenseur, de sorte que l'on ne saurait considérer que le prévenu n'avait pas d'autre moyen d'échanger avec son défenseur (c. 4.3.3).

G. La jurisprudence relative à l'avocat·e d'office

1. La désignation d'un·e avocat·e employé·e par une organisation reconnue d'utilité publique pour la procédure de recours devant le Tribunal fédéral: TF 2C_198/2023 du 7 février 2024²²

Le Tribunal fédéral indique que, selon la jurisprudence²³, seuls les avocat·es au sens de la LLCA peuvent être désignés comme avocat·es d'office. Lorsqu'une organisation accorde une aide juridique par son avocat·e, il y a lieu d'admettre la requête d'assistance judiciaire si, en plus des conditions générales d'octroi de l'art. 64 LTF²⁴, l'organisation poursuit un but d'intérêt public, met à disposition un service d'aide juridique à moindre frais et a pour but la défense d'intérêts spécifiques dans le domaine du droit social au sens de l'art. 32 RTF²⁵. L'avocat·e doit par ailleurs être inscrite au registre cantonal des avocat·es, ce qui présuppose notamment, afin que les conditions personnelles prévues à l'art. 8 al. 2 LLCA soient respectées, que l'organisation d'utilité publique qui l'emploie soit reconnue comme telle et que son activité de défenseur soit limitée à des mandats concernant strictement le but visé par cette organisation. Le Tribu-

18 ATF 150 II 300, IdT 2024 I 87.

19 Sur l'ATF 150 II 300, voir Walter Fellmann, Vorausverzicht auf das Berufsgeheimnis für Honorarinkasso – BGer 2C_257/2023 vom 5. April 2024, Revue de l'avocat 2024 297 ss; Mladen Stojiljković, Commentaire de l'arrêt TF 2C_257/2023 du 5 avril 2024, PJA 2024 1118 ss.

20 Voir ég. l'arrêt du TF 7B_874/2023 du 6.8.2024, rendu dans la même affaire. Sur ces arrêts, voir Joel A. Fischer/Caroline Hochstrasser, Besprechung der Urteile 7B_158/2023 und 7B_874/2023 des schweizerischen Bundesgerichts vom 6. August 2024, GesKR 2024 609 ss.

21 Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986 (RS 241).

22 Cons. 11 non publié aux ATF 150 I 93.

23 ATF 132 V 200, rendu en matière de droit des assurances sociales.

24 Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 (RS 173.110).

25 Règlement du Tribunal fédéral (RTF) du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131).

nal fédéral précise toutefois que cette jurisprudence ne doit pas être comprise comme réservant la désignation comme avocate d'office aux seules avocates employées par une organisation dont le but d'intérêt public poursuivi relève du domaine du droit social. Ce qui est déterminant, c'est que la cause pour laquelle l'avocate est mandatée concerne strictement le domaine d'activité de l'organisation reconnue d'intérêt public qui l'emploie, tel que l'exige l'art. 8 al. 2 *in fine* LLCA (c. 11.1).

2. Le devoir d'information et de notification de l'avocat·e d'office: TF 2C_84/2023 du 13 février 2024

Dans l'arrêt du TF 2C_84/2023 du 13 février 2024, déjà cité au sous-titre consacré à la jurisprudence relative au devoir de diligence²⁶, le Tribunal fédéral relève que l'avocate d'office est soumise, en ce qui concerne son devoir d'information et de notification, aux mêmes exigences qu'une avocate de choix. Le client doit ainsi être spontanément renseigné sur les possibilités, les risques et les chances de succès d'un éventuel recours (c. 5.3).

3. La défense simultanée par un·e avocat·e d'office et un·e avocat·e de choix: TF 7B_16/2024 du 28 mars 2024

Le Tribunal fédéral rappelle qu'il convient en principe de révoquer le mandat d'office lorsqu'un mandataire de choix dont la rémunération est assurée jusqu'à la clôture de la procédure de première instance s'annonce, alors qu'un mandat de défense d'office existe en faveur d'une autre avocate (c. 2.2.2). La jurisprudence permet toutefois une défense simultanée par un·e avocate d'office et un·e avocate de choix dans trois hypothèses: 1) lorsque le prévenu, représenté par un défenseur de choix, essaie de retarder la procédure par la désignation et la révocation d'avocates; 2) lorsqu'il est douteux que le financement du défenseur de choix soit garanti jusqu'à la fin de la procédure de première instance; 3) lorsqu'un défenseur de choix assiste gratuitement le défenseur d'office (c. 2.2.3). En l'espèce, le prévenu ne se trouvait dans aucune de ces trois hypothèses (c. 2.4).

4. La notion de conseil d'office selon l'art. 118 CPC: TF 4A_437/2023 du 13 juin 2024

Les mandataires professionnellement qualifiés ne peuvent pas être commis·es en tant que conseil juridique

²⁶ Ci-avant II.C.2.

au sens de l'art. 118 al. 1 let. c CPC²⁷ (c. 5.). Le Tribunal fédéral met ainsi fin à la controverse doctrinale, prenant le parti des auteurs soutenant que seules les avocates inscrites à un registre cantonal peuvent être commises comme conseil juridique, au vu notamment du rapport créé entre le conseil juridique et l'État, qui doit pouvoir s'assurer de ce que le conseil juridique respecte ses obligations professionnelles. Pour le Tribunal fédéral, ces arguments viennent en effet conforter les interprétations littérale, historique et téléologique de l'art. 118 al. 1 let. c CPC²⁸.

H. La jurisprudence relative à la responsabilité de l'avocat·e: la réquisition de mesures judiciaires urgentes: TF 4A_561/2023, 4A_565/2023 du 19 mars 2024

L'obligation de diligence impose à l'avocate de requérir des mesures provisionnelles lorsqu'il existe un risque de modification de l'objet du litige. L'avocate qui n'y procède pas en raison d'une analyse insuffisante de la situation engage sa responsabilité contractuelle (c. 5.1). En l'espèce, l'épouse reprochait à son avocat d'avoir omis d'entreprendre les mesures de sûretés nécessaires à garantir ses droits en matière d'entretien et de régime matrimonial. Le Tribunal fédéral retient toutefois qu'en l'espèce, l'avocat n'a pas violé son devoir de diligence.

A noter par ailleurs que cet avocat, désigné en application de l'art. 69 al. 1 CPC, intervenait sur la base d'un mandat d'office. Le Tribunal fédéral retient ce nonobstant l'application des art. 394 ss CO, relatifs au contrat de mandat, dans l'examen de sa responsabilité (c. 3)²⁹.

III. La doctrine

En matière de publications, on mentionnera en particulier:

Monographies: *Marie-Laure Percassi*, La représentation conventionnelle en procédure civile, Avec une analyse des différences de traitement fondées sur le critère de la représentation professionnelle, Bâle 2024.

²⁷ Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 (RS 272).

²⁸ Sur l'arrêt du TF 4A_437/2023 du 13.6.2024, voir *Léane Ecklin*, La notion de conseil juridique selon l'art. 118 CPC, Note relative à l'arrêt du TF 4A_437/2023 du 13 juin 2024, RSPC 2024 580 ss.

²⁹ Cette application est même incontestable, selon les termes du Tribunal fédéral («*Dem geltend gemachten Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten liegt unbestrittenermassen ein Auftragsverhältnis gemäss Art. 394 ff. OR zugrunde*»).

Contributions: On signalera les contributions suivantes, classées par thème:

Rôle de l'avocate: *Kaspar Schiller*, Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat, Revue de l'avocat 2024 79 ss.

Lutte contre le blanchiment d'argent: *Didier de Montmollin/Miguel Oural*, Avant-projet du Conseil fédéral de révision partielle de la LLCA: le secret professionnel de l'avocat est à nouveau en grave danger, Revue de l'avocat 2024 59 ss; *Martin Kern*, Vernehmlassung zur Stärkung der Geldwäschereibekämpfung, Revue de l'avocat 2024 54 ss.

Nouvelles technologies: *David Schwaninger/Simon Fritsch*, Künstliche Intelligenz in der Anwaltspraxis, Revue de l'avocat 2024 360 ss; *Patrick Sutter*, Wie die Digitalisierung den Anwaltsberuf verändert (hat), Revue de l'avocat 2024 103 ss.

Règles professionnelles: *Marco Frigerio*, Imparzialità e conflitto di interesse dell'avvocato-notaio, RtiD 2024 359 ss; *Jérôme Gurtner*, Un regard critique sur les règles et la jurisprudence en matière de publicité des avocats, Revue de l'avocat 2024 123 ss; *Célian Hirsch*, Le devoir d'informer de l'avocat lors d'une violation de la sécurité des données, Revue de l'avocat 2024 323 ss; *David Jenny*, Was tun und was unterlassen, um das Risiko von und in Disziplinarverfahren zu reduzieren?, Beobachtungen aufgrund ausgewählter Entscheide, RSJ 2024 450 ss; *Saverio Lembo/Adam Zaki*, Magistrats réintégrant le

barreau et conflits d'intérêts, Revue de l'avocat 2024 494 ss; *Franco Strub*, Der zeitliche Geltungsbereich des Berufsrechts, Revue de l'avocat 2024 383 ss.

Commentaires d'arrêts: *Lorenz Droese*, Die Geister, die ich rief – vom Störpotential konfliktindizierter Postulationsunfähigkeit und seiner Beschränkung, Note relative à l'arrêt du TF 5A_835/2023 du 20 février 2024, RSPC 2024 360 ss; *Lorenz Droese/Franco Strub*, Naming and Shaming: Zur Zulässigkeit der Publikation disziplinarrechtlicher Berufsausübungsverbote, Note relative à l'arrêt du TF 2C_164/2023 du 25 mars 2024, RSPC 2024 461 ss; *Léane Ecklin*, La notion de conseil juridique selon l'art. 118 CPC, Note relative à l'arrêt du TF 4A_437/2023 du 13 juin 2024, RSPC 2024 580 ss; *Jérôme Gurtner*, Commentaire de l'arrêt du TF 2C_985/2020 du 5 novembre 2021, RDAF 2023 I 471 ss; *Walter Fellmann*, Vorausverzicht auf das Berufsgeheimnis für Honorarinkasso – BGER 2C_257/2023 vom 5. April 2024, Revue de l'avocat 2024 297 ss; *Walter Fellmann/Simon Leu*, Zulässigkeit von Newslettern einer Anwaltskanzlei – BGER 2C_1006/2022 vom 28. November 2023, Revue de l'avocat 2024 117 ss; *Joel A. Fischer/Caroline Hochstrasser*, Besprechung der Urteile 7B_158/2023 und 7B_874/2023 des schweizerischen Bundesgerichts vom 6. August 2024, GesKR 2024 609 ss; *Mladen Stojiljković*, Commentaire de l'arrêt TF 2C_257/2023 du 5 avril 2024, PJA 2024 1118 ss; *Franz Werro/Nathan Pagot*, La responsabilité d'un avocat et les tribulations pluridécennales de la victime d'un accident de la circulation routière, Une analyse de l'arrêt TF 4A_141/2022 du 27 avril 2023, RSJ 2024 415 ss.