

Le point sur le droit de l'avocate | Entwicklungen im Anwaltsrecht

Période de janvier 2022 à décembre 2023



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



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

Cette chronique étant la première couvrant le droit de l'avocate, nous avons choisi de présenter les nouveautés essentielles intervenues en la matière durant les deux dernières années écoulées (janvier 2022 à décembre 2023). S'agissant de la jurisprudence, tant les ATF de l'année 2022 que ceux de l'année 2023 seront présentés. Un focus particulier sera également mis sur certains arrêts non publiés sortis en 2023.

I. La législation et la déontologie

A. Le projet de loi visant à améliorer la lutte contre le blanchiment d'argent

Un projet de loi visant à améliorer la lutte contre le blanchiment d'argent a été mis en consultation le 30 août 2023. Il prévoit, entre autres, l'introduction d'obligations de diligence applicables aux membres des professions juridiques qui exercent des activités particulièrement risquées. Deux régimes distincts seraient créés, soit celui des conseillers, réglé par la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA)¹, et celui des avocates soumis à la Loi sur les avocats (LLCA)², dont les obligations,

très contraignantes en la matière, seraient inscrites dans cette loi³.

L'avant-projet de modification de la LLCA (AP-LLCA)⁴ prévoit ainsi une obligation de diligence (art. 13b AP-LLCA) pour l'avocate impliquée dans diverses et variées transactions financières effectuées hors procédure (et listées à l'art. 13a AP-LLCA), de même qu'une obligation d'établir et de conserver des documents (art. 13c AP-LLCA), une obligation de prendre des mesures organisationnelles (art. 13d AP-LLCA), ainsi qu'une obligation de communiquer au bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (*Money Laundering Reporting Office-Switzerland (MROS)*) (art. 13e AP-LLCA), sous réserve du secret professionnel (art. 13e al. 2 AP-LLCA). La surveillance – impliquant des contrôles et l'obtention de tous renseignements utiles auprès des avocates – serait assurée par l'autorité de surveillance LLCA, conformément aux règles de la LLCA (art. 14 AP-LLCA). L'art. 17a AP-LLCA introduit des mesures disciplinaires spécifiques en cas de violation des obligations visées aux art. 13b à 13e AP-LLCA (violation que les autorités judiciaires et administratives fédérales et cantonales ont d'ailleurs l'obligation d'annoncer sans retard à l'autorité de surveillance [cf. art. 15 AP-LLCA]). La procédure de consultation a pris fin le 29 novembre 2023, et le Conseil

fédéral devrait soumettre son message au Parlement en 2024⁵.

B. Le nouveau Code suisse de déontologie

Un nouveau Code suisse de déontologie (CSD)⁶ a été adopté le 9 juin 2023. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2023 et propose une nouvelle structure, décrit le rôle de l'avocate dans notre société et intègre les dernières évolutions de la profession, du point de vue technologique et des modes d'exercice de la profession, notamment⁷. Un commentaire des différentes dispositions du CSD, avec référence à la jurisprudence y relative, devrait voir le jour dans le courant de l'année 2024⁸.

II. La jurisprudence

A. La jurisprudence relative au rôle de l'avocate

1. Les propos tenus à l'avocat portant atteinte à l'honneur d'un tiers : ATF 148 IV 409

L'ATF 148 IV 409 fait suite à une affaire déjà portée devant le Tribunal fédéral, où celui-ci avait jugé que l'avocate revêtait en principe le statut de tiers au sens des art. 173 ch. 1 et 174 ch. 1 CP⁹, de sorte que le client de l'avocate ne pouvait pas se prévaloir de la seule qualité de « confident nécessaire » de l'avocate pour échapper à toute poursuite pour les propos qu'il lui a tenu¹⁰. Ce dernier arrêt rappelait également qu'en matière d'infractions contre l'honneur, les mêmes termes n'ont pas nécessairement la même portée selon le contexte dans lequel ils sont employés¹¹. Notre Haute Cour retient ici (c. 2-3) qu'il ne saurait être fait abstraction du contexte particulier dans lequel s'inscrit un entretien entre l'avocate et son client. Le sens des propos tenus à l'avocate par son client ne doit pas être apprécié de la même manière que celui des déclarations exprimées à l'intention de n'importe quel autre tiers. Il se justifie en effet dans

un tel contexte, afin de ne pas compromettre l'exercice d'une communication libre et spontanée entre l'avocate et le client, de n'admettre une atteinte à l'honneur qu'avec retenue. Tel peut être le cas lorsque les propos en cause n'ont pas de lien avec l'affaire dans laquelle intervient l'avocate et que ceux-ci ne tendent en définitive qu'à exposer la personne visée au mépris¹².

2. L'exception à l'imputation d'une faute grave de l'avocate : ATF 149 IV 196

Le Tribunal fédéral retient que la défense obligatoire est une condition *sine qua non* pour faire exception à l'imputation d'une faute grave de l'avocate à son client. Cette jurisprudence précise l'ATF 143 I 284 et confirme l'approche de la doctrine majoritaire. Pour rappel, les conditions posées dans l'ATF 143 I 284 – et précisées par cet arrêt – pour admettre qu'une faute de l'avocate ne soit pas imputée à son client sont les suivantes : 1) il doit s'agir d'un cas de défense obligatoire, 2) le comportement de l'avocate relève de la négligence grave (« *grob fahrlässig* »), est entièrement faux (« *qualifiziert unrichtig* ») ou encore complètement contraire aux règles de l'art (« *mit den Regeln der Anwaltskunst gänzlich unvereinbar* »), 3) le préjudice subi ne peut pas être réparé par une action en dommages-intérêts et 4) le mandant a rendu vraisemblable qu'il n'avait commis aucune faute propre sans laquelle le défaut ne serait pas survenu¹³.

B. La jurisprudence relative à l'obligation de diligence

1. La soustraction à une prise de contact par un confrère : TF 2C_360/2022 du 5 décembre 2022

Le Tribunal fédéral confirme la violation de l'art. 12 let. a LLCA par un avocat qui avait indiqué de manière mensongère être parti sans laisser d'adresse dans le but de se soustraire à une prise de contact d'un confrère (c. 5 et c. 6), ainsi que l'amende de 2000.– CHF qui lui a été infligée (c. 7).

* 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. Exerce 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 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).

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

3 Département fédéral des finances (DFF), Rapport explicatif « Loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques » du 30.8.2023 relatif à l'ouverture de la procédure de consultation, disponible à l'adresse <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-97561.html> (dernière consultation le 18.3.2024) 21.

4 Avant-projet de modification de la LLCA (cit. AP-LLCA), disponible à l'adresse <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-97561.html> (dernière consultation le 18.3.2024).

5 D'après Conseil fédéral, Communiqué de presse « Le Conseil fédéral met en consultation un projet de loi visant à améliorer la lutte contre le blanchiment d'argent » du 30.8.2023, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-97561.html> (dernière consultation le 18.3.2024).

6 Fédération Suisse des Avocats (FSA), Code suisse de déontologie (CSD), disponible à l'adresse <https://www.sav-fsa.ch/fr/standesregeln-sst> (dernière consultation le 18.3.2024).

7 François Bohnet, Le dialogue entre les règles professionnelles et les règles déontologiques de l'avocate : des origines à nos jours, *Revue de l'avocat* 2023 329 ss, 336.

8 D'après les informations publiées sur le site de la FSA (nbp 6).

9 Code pénal suisse (CP) du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

10 ATF 145 IV 462 cons. 4.3.3 et cons. 4.3.4.

11 ATF 145 IV 462 cons. 4.2.3.

12 À cet égard, l'ATF 148 IV 409 cons. 2.3.3 cite en particulier François Bohnet/Luca McIearne, Le client peut-il diffamer en se confiant à son avocat ?, *RSJ* 2020 363 ss, qui reviennent sur l'arrêt ATF 145 IV 462 et l'analysent tant juridiquement que pratiquement.

13 Les deux premières conditions sont critiquées par Camille Perrier Depeursinge/Mathilde Boyer, Hormis les cas de défense obligatoire, la faute de l'avocat est imputée à son client, Arrêt TF 6B_16/2022 (I) du 26 janvier 2023 (ATF 149 IV 196), *crimen.ch* du 18.3.2023, <https://www.crimen.ch/180/> (dernière consultation le 18.3.2024). Pour ces auteurs, l'exigence relative à la gravité de la négligence revient à récompenser l'importance de la faute, tandis que celle relative à la défense obligatoire semble aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour EDH.

2. Le dépôt d'un moyen de preuve contenant des données couvertes par le secret bancaire: TF 6B_899/2021 du 26 janvier 2023

Le fait de déposer à titre de moyen de preuve dans un procès civil un document que l'avocat·e n'a pas lu intégralement et dont il ou elle sait qu'il contient peut-être des données couvertes par le secret bancaire est incompatible avec l'art. 12 let. a LLCA (c. 3.6.2).

3. L'enregistrement non autorisé lors d'une séance de conciliation: TF 2C_868/2022 du 23 février 2023

Le fait d'enregistrer des propos tenus lors de l'audience de conciliation, alors que ceux-ci sont confidentiels (cf. art. 205 CPC¹⁴), compromet la confiance nécessaire au bon fonctionnement des institutions judiciaires. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé l'amende de 10 000.– CHF infligée à un avocat qui avait enregistré sur son dictaphone le contenu d'une audience de conciliation à laquelle assistaient les parties et leurs mandataires (c. 5.1-5.5).

4. Les critiques virulentes à l'égard des autorités et d'un confrère: TF 2C_137/2023 du 26 juin 2023

Sur un blog dont il est le rédacteur en chef, un avocat se fait l'auteur de publications reproduisant des courriers qu'il a adressés en sa qualité d'avocat et contenant des critiques virulentes à l'égard des autorités et d'un confrère. Notre Haute Cour estime que les publications litigieuses sont, dans leur ensemble, rédigées dans un ton parfaitement inopportun et de nature à porter le discrédit sur toutes les autorités du canton du Valais, l'avocat y affirmant que ce canton ne respecte pas l'État de droit et accusant ses autorités d'agir au bénéfice de certains avocat·es, tout en s'acharnant sur d'autres (c. 7.3). De telles critiques, diffusées sans raison impérieuse dans un média librement accessible au public¹⁵ sont de nature

à saper la confiance dans les autorités et l'administration de la justice et, par extension, de porter atteinte à l'image de la profession d'avocat·e dans le public (c. 7.4.1). Le Tribunal fédéral retient également que les critiques portées par cet avocat à l'encontre d'un confrère, qu'il traite notamment de « filou », dépassent clairement les limites de ce qui peut être toléré dans les relations entre avocat·es (c. 7.4.2). Il confirme l'amende de 4000.– CHF infligée à cet avocat (c. 9).

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

1. Les conflits d'intérêts au sein d'une même étude (changement d'étude): TF 5A_761/2022 du 12 janvier 2023

Le Tribunal fédéral rappelle que l'incapacité de représentation affectant une avocate rejaillit sur ses associés¹⁶. L'interdiction des conflits d'intérêts s'étend à l'ensemble de l'étude ou du groupement auquel l'avocate appartient, de sorte que sont en principe concernés tous les avocat·es exerçant dans une même étude au moment de la constitution du mandat, peu importe leur statut (associées ou collaborateurs·trices) et les difficultés que le respect de cette exigence découlant des règles professionnelles peut engendrer pour une étude d'une certaine taille¹⁷. Se référant à l'ATF 145 IV 218 c. 2.3, le Tribunal fédéral rappelle également que, s'agissant du cas particulier du changement d'étude par une avocate collaboratrice, l'élément déterminant pour retenir la réalisation d'un conflit d'intérêts concret est la connaissance par l'avocate, en raison de son précédent emploi, d'un dossier traité par son nouvel employeur, ledit conflit d'intérêts pouvant alors être évité par la résiliation du mandat par ce dernier. En l'espèce, le recourant admettait que l'avocat collaborateur avait assisté son précédent employeur dans le cadre des dossiers pénaux occupant les parties, mais affirmait que ceux-ci ne s'étaient jamais occupés des procédures civiles les opposant. Il n'est toutefois pas parvenu à démontrer qu'en retenant une connexité entre les deux procédures, en tant que celles-ci concernaient toutes des aspects financiers opposant les parties, la Cour cantonale aurait fait preuve d'arbitraire (c. 3.3).

16 ATF 135 II 145 cons. 9.1.
17 ATF 145 IV 218 cons. 2.2.

14 Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 (RS 272).
15 Le Tribunal fédéral rappelle que, a notamment été sanctionné sous l'angle de l'art. 12 let. a LLCA, le fait pour un avocat de publier sur le site internet d'une fondation dont il était l'unique membre du conseil, des articles portant des accusations sans objectivité de « mensonge », de « magnanimes » et de « justice secrète » à l'encontre des autorités judiciaires (TF 2C_665/2010 du 24.5.2011 cons. 4), ainsi que le fait pour un avocat d'alléguer – dans une lettre ouverte adressée non seulement à la Commission du barreau, mais également à des tiers non compétents comme un établissement bancaire, d'autres autorités et « certains autres tiers » – que des confrères utilisaient des méthodes qui violaient les règles professionnelles et qu'ils participaient à un groupe occulte de « renvoi d'ascenseur » notamment, sans être en mesure de prouver lesdites allégations (TF 2A.191/2003 du 22.1.2004 cons. 7.4).

2. La capacité de postuler de l'avocat·e désigné·e par l'enfant: TF 5A_91/2023, 5A_110/2023 du 6 avril 2023

Le Tribunal fédéral, estimant que l'existence d'un conflit d'intérêts dépend de la capacité de discernement de l'enfant, admet le recours contre la décision déniait la capacité de postuler à l'avocat désigné par l'enfant au motif que le père avait été associé à la démarche de le mandater et renvoie la cause à l'instance cantonale pour qu'elle se détermine sur cette question (c. 7.3)¹⁸.

3. La récusation et l'incapacité de postuler: TF 5A_156/2023 du 26 avril 2023

Le Tribunal fédéral rappelle qu'un grave conflit personnel ou une forte inimitié entre une magistrat·e et une avocate constitue tant un motif de récusation du ou de la magistrat·e qu'un motif d'incapacité de postuler de l'avocate et que, dans une telle situation, le premier d'entre eux à œuvrer sur le dossier doit rester alors qu'il appartient au second (en l'espèce l'avocat) de renoncer à s'en saisir (c. 7.3)¹⁹.

4. La collision avec les propres intérêts de l'avocat·e: TF 2C_101/2023 du 11 mai 2023

Le Tribunal fédéral retient dans l'arrêt TF 2C_101/2023 du 11 mai 2023²⁰ qu'un avocat, qui avait acquis un immeuble appartenant à un client alors qu'il le représentait dans une procédure pénale l'opposant à l'une des locataires dudit immeuble, a violé l'art. 12 let. c LLCA en ne renonçant pas au mandat litigieux au plus tard lors de l'acquisition de l'immeuble (c. 7.2). Le Tribunal fédéral a également confirmé l'amende de 1750.– CHF infligée à cet avocat (c. 8), qui avait par ailleurs adopté un comportement contraire à l'art. 12 let. a LLCA dans ses relations avec les autorités (c. 6)²¹.

18 Pour approfondir la problématique, voir Micaela Vetrini, La double représentation des enfants (curateur et avocat) dans les affaires de droit de la famille, *Revue de l'avocat* 2023 497 ss, qui revient sur cet arrêt.

19 Pour une critique de cette jurisprudence, voir François Bohner, Conflit personnel entre un magistrat et un avocat – une jurisprudence à nuancer, *RSPC* 2023 616 ss.

20 TF 2C_101/2023 du 11.5.2023, résumé in SJ 2023 812.

21 Sur cet arrêt, voir Franco Strub, Anwalt ohne Grenzen: Zur Verflechtung der Interessen des Anwalts mit den Interessen seines Klienten, *RSPC* 2023 526 ss.

5. La représentation multiple en matière pénale: TF 1B_232/2022 du 17 mai 2023; TF 7B_91/2022 du 11 juin 2023

Le Tribunal fédéral admet dans l'arrêt TF 1B_232/2022 du 17 mai 2023 le recours contre une décision cantonale excluant une avocate mandatée par le père d'un prévenu qu'elle défend d'office dans une autre procédure. Il estime en effet que les intérêts du fils ne sont pas diamétralement opposés à ceux de son père, auquel il est reproché d'avoir fait pression, au travers d'un message vocal, sur la mère de la partie plaignante dans la procédure ouverte à l'encontre du premier. Pour notre Haute Cour, le fait que le fils se serait opposé à l'envoi d'un tel message ne permet pas de fonder un conflit d'intérêts. Les prévenus n'ont pas d'intérêt à s'incriminer l'un et l'autre dans leurs procédures respectives. Le fils pourrait en outre faire usage de son droit de refuser de témoigner (art. 168 al. 1 let. c CPP²²) dans le cadre de la procédure ouverte contre son père (c. 5).

Le Tribunal fédéral confirme en revanche, dans l'arrêt TF 7B_91/2022 du 11 juin 2023²³, une décision cantonale déniait la capacité de postuler à un avocat représentant, au stade de l'appel, deux frères condamnés en première instance à une peine privative de liberté avec sursis partiel. Les infractions visées ont en effet été commises individuellement. Le Ministère public n'a désigné qu'un seul des prévenus comme auteur de chacune d'elles, tout en laissant ouverte la possibilité que l'autre prévenu l'ait commise. Dans ces circonstances, il existe manifestement un risque que l'un des prévenus tente de reporter ou de diminuer sa culpabilité sur l'autre²⁴. Pour le Tribunal fédéral, cela est d'autant plus vrai que les prévenus avaient jusqu'ici refusé de témoigner et avaient fait défaut au procès. Ils pourraient à présent être enclins, compte tenu du résultat de la procédure de première instance, à reconsidérer leur stratégie procédurale, le cas échéant au détriment de l'autre. Le Tribunal fédéral retient ainsi que les circonstances exceptionnelles permettant d'admettre la représentation de deux co-prévenus ne sont pas réunies, l'avocat devant se départir des deux mandats (c. 4).

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

23 TF 7B_91/2022 du 11.6.2023, résumé in RSJ 2023 1121.

24 ATF 141 IV 257 cons. 2.1; TF 1B_457/2021 du 28.10.2021 cons. 2.1.

D. La jurisprudence relative à la publicité: Les newsletters juridiques: TF 2C_1006/2022 du 28 novembre 2023 (destiné à la publication)

Dans cette affaire tessinoise, le Tribunal fédéral se penche sur une prétendue violation de l'art. 12 let. d LLCA en lien avec l'envoi de newsletters juridiques par des avocates. Il indique que si l'envoi de lettres d'information constitue bel et bien une publicité, satisfaisant au critère de l'objectivité, c'est la question de savoir si celle-ci répond à un besoin d'information du public qui est débattue (c. 5.1). Après avoir exposé la controverse (c. 5.2), le Tribunal fédéral confirme la violation de l'art. 12 let. d LLCA, eu égard aux destinataires de ces newsletters et à leur contenu: traitant de sujets de droit disparates, ces lettres d'information étaient adressées à tous les clients anciens ou actuels de l'étude, sans prise en compte des raisons pour lesquelles ils s'étaient adressés à elle, et sans que ceux-ci n'aient manifesté leur intérêt ni donné leur consentement à les recevoir (c. 5.4).

E. La jurisprudence relative au secret professionnel 1. L'exécution de tâches incombant à une banque: TF 1B_509/2022 du 2 mars 2023

Le Tribunal fédéral rappelle que le secret professionnel n'est pas applicable lorsque l'avocate se substitue à la banque ou assiste cette dernière dans l'exécution de tâches qui lui incombent de par la réglementation anti-blanchiment. Il rappelle également que la difficulté provient du fait qu'il est difficile, au sein d'un même mandat, de distinguer clairement les deux types d'activité, et qu'il appartient à l'avocate effectuant un mandat mixte (comportant aussi bien des conseils juridiques que des tâches de contrôle et d'audit en lien avec le respect des obligations anti-blanchiment) de prendre les mesures nécessaires pour permettre de distinguer ses activités typiques des autres (c. 3.1.4)²⁵.

2. Le lieu de stockage de la correspondance protégée: TF 1B_563/2022 du 19 janvier 2023; TF 1B_473/2022 du 12 avril 2023

Les arrêts TF 1B_563/2022 du 19 janvier 2023 et TF 1B_473/2022 du 12 avril 2023 traitent des exigences en matière de motivation et de collaboration d'un déten-

teur du secret professionnel de l'avocate s'en prévalant pour obtenir le maintien de scellés. Ces arrêts précisent la jurisprudence en la matière, dont il résulte, d'une part, que cette obligation procédurale n'est pas une fin en soi, mais doit permettre au Tribunal des mesures de contraintes d'effectuer un tri; il lui suffit pour ce faire de connaître l'emplacement des documents protégés par le secret professionnel et les noms des avocates puisqu'il est alors possible, au moyen d'une fonction de recherche, de rechercher facilement ces documents²⁶. D'autre part, un rapport de représentation effectif de l'avocate durant la période concernée doit être rendu plausible²⁷.

Dans le premier arrêt cité, le Tribunal fédéral retient qu'il est possible de renoncer à mentionner l'emplacement exact de la correspondance protégée lorsque le lieu de stockage est évident (c. 3.3.2).

Dans le second arrêt cité, le Tribunal fédéral indique qu'il peut être fait obstacle à sa jurisprudence lorsque la correspondance électronique de l'avocate a été effectuée en utilisant des pseudonymes ou des abréviations qui ne sont pas facilement identifiables (c. 3.3.1). Il faut en effet partir du principe que l'avocate communique avec son client par le biais de son adresse électronique professionnelle, qui peut généralement être consultée sans trop de difficultés sur son site internet (c. 3.3.2).

3. Le répondeur téléphonique privé: TF 6B_355/2022 du 27 mars 2023

Dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre un avocat, le Tribunal fédéral rejette le recours de ce dernier, qui se prévalait de son secret professionnel pour faire obstacle à l'exploitabilité d'un message vocal de nature privée, contenant des insultes à l'égard de son épouse, laissé sur un répondeur téléphonique utilisé à des fins privées et placé dans leur salon, le recourant ne disposant au demeurant pas de locaux professionnels dans la maison (c. 2.3).

F. La jurisprudence relative à l'avocat-e d'office 1. La *reformatio in pejus* et l'indemnité d'office: ATF 149 IV 91

Le Tribunal fédéral retient que le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* s'applique au recours de

l'avocate d'office contre la fixation de son indemnité. Celui-ci revêt en effet un caractère exclusivement patrimonial, de sorte qu'il se justifie – à l'instar de ce qui a été prévu à l'art. 391 al. 3 CPP pour la partie plaignante concernant les conclusions civiles – de faire application de ce principe. Cette solution se justifie d'autant plus que le Ministère public est légitimé à contester en appel le montant de l'indemnité d'office. Elle s'impose également au regard de la jurisprudence selon laquelle l'interdiction de la *reformatio in pejus* s'applique au recours du prévenu sur l'indemnité quant à ses frais de défense privée²⁸. Il s'ensuit que l'autorité de recours ne peut pas allouer à l'avocate d'office une indemnité inférieure à celle accordée par l'autorité de première instance sans violer le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus*, à moins que le Ministère public n'ait lui-même interjeté un appel principal sur ce point (c. 4).

2. La désignation d'office d'un-e avocat-e extra-cantonale: ATF 149 I 57

Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence²⁹ selon laquelle les réglementations cantonales excluant la désignation d'office d'avocates non inscrites au registre dudit canton sont conformes à l'art. 29 al. 3 Cst.³⁰, sous réserve de certaines exceptions, notamment lorsqu'il existe une relation de confiance particulière entre le client et l'avocate ou lorsque l'avocate s'est déjà occupée de l'affaire dans une procédure antérieure (c. 6.3). Dans le cas d'espèce, l'autorité avait refusé de désigner exceptionnellement un conseil juridique gratuit externe au canton, au motif que la procédure de recours menée devant le Tribunal cantonal des assurances compétent ne constituait pas une nouvelle procédure par rapport à celle menée jusqu'alors devant un tribunal incompétent. Le Tribunal fédéral estime qu'une telle approche, trop formaliste, n'est pas conforme au droit fédéral (c. 7.2).

3. Le changement de défenseur d'office: TF 1B_479/2022 du 21 mars 2023

Le Tribunal fédéral admet une rupture de la relation de confiance justifiant un changement de défenseur d'office d'un prévenu se trouvant dans un cas de défense

obligatoire et encourant une peine privative de liberté de 12 ans ainsi qu'une mesure thérapeutique institutionnelle, n'ayant jamais reçu la visite de son avocate en prison (alors qu'il avait effectué 59 jours de détention provisoire et 1214 jours d'exécution anticipée) et entretenu avec elle des contacts presque exclusivement à l'occasion des auditions organisées par les autorités. L'avocate n'avait au demeurant pas participé à plusieurs auditions de son client. Le Tribunal fédéral rappelle que s'il appartient en principe au défenseur d'office de décider de la stratégie de la défense et des actes d'instructions à requérir, il semble toutefois nécessaire, afin d'établir et de maintenir une relation de confiance, qu'il se concerte avec le prévenu sur les étapes importantes de la procédure et lui explique, au moins dans les grandes lignes et à intervalles raisonnables, la manière de procéder (c. 2.7). Dans la mesure où une défense efficace semble néanmoins avoir été assurée, le changement doit être ordonné avec effet immédiat (« ex nunc »), et non rétroactif. Sur requête du nouveau défenseur d'office, certaines auditions s'étant déroulées en l'absence de la précédente avocate pourront toutefois, si cela se justifie, être complétées en donnant la possibilité au nouveau défenseur d'office de poser des questions complémentaires (c. 2.8).

G. La jurisprudence relative à la responsabilité de l'avocat-e

1. Le consentement hypothétique: TF 4A_148/2022 du 21 décembre 2022

Le Tribunal fédéral indique que, lorsque l'avocate viole son devoir contractuel d'information, il convient de se demander si le client, s'il avait été conseillé avec la diligence requise, aurait ou non consenti aux opérations effectuées par l'avocate (consentement hypothétique)³¹. Dans l'affirmative, une exécution diligente du mandat par l'avocate n'aurait rien changé: la situation patrimoniale du client serait donc identique à ce qu'elle est, et la mauvaise exécution du mandat par l'avocate n'aurait pas causé de dommage. Le fardeau de la preuve de ce fait justificatif incombe à l'avocate, conformément à l'art. 8 CC³² (c. 3.3).

En l'espèce, le client, recourant, reprochait à l'avocat, intimé, d'avoir violé son devoir d'information sur les coûts des différentes procédures engagées. Selon le Tribunal fédéral, il ressort toutefois des constatations

25 Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voir Dominique Müller/Pascal Betscher, *Präzisierungen zum Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen im Finanzbereich*, Besprechung des Urteils 1B_509/2022 des schweizerischen Bundesgerichts vom 2. März 2023, GesKR 2023 251 ss.

26 TF 1B_611/2021 du 12.5.2022 cons. 7.4.2; TF 1B_602/2020 du 23.2.2021 cons. 4.

27 TF 1B_427/2021 du 21.1.2022 cons. 6.6.2.

28 TF 6B_478/2015 du 12.2.2016 cons. 14; TF 6B_1046/2013 du 14.5.2014 cons. 2.3.

29 Voir not. ATF 113 Ia 69 cons. 5c, JdT 1987 IV 156; TF 5A_175/2008 du 8.7.2008 cons. 5.1, RSPC 2008 377; TF 2C_241/2008 du 27.5.2008 cons. 4.3, SJ 2009 I 21.

30 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) du 18 avril 1999 (RS 101).

31 Voir ég. TF 4A_350/2019 du 9.1.2020 cons. 3.2.1; TF 4A_38/2008 du 21.4.2008 cons. 2.3 et cons. 2.4.

32 Code civil suisse (CC) du 10 décembre 1907 (RS 210).

de fait de la Cour cantonale – dont l'arbitraire n'est pas démontré – que le client a fait preuve d'une extrême détermination et d'une très bonne compréhension des étapes de la procédure, et non qu'il aurait été entretenu par l'avocat dans une combativité contraire à ses intérêts. Celui-ci a du reste ratifié les opérations litigieuses en s'acquittant sans protestation de l'ensemble des factures précises et détaillées de l'avocat durant plus de deux ans. Notre Haute Cour confirme ainsi l'appréciation de l'autorité inférieure, selon laquelle le client aurait consenti à l'ensemble des opérations effectuées même si l'avocat intimé avait pleinement rempli ses obligations contractuelles (c. 6.3).

2. La causalité hypothétique entre l'omission et le dommage: TF 4A_349/2022 du 14 février 2023

Dans une affaire où il était reproché à un avocat, intervenu comme premier mandataire, d'avoir omis d'interrompre la prescription, l'autorité cantonale avait implicitement écarté le lien de causalité hypothétique entre cette omission et le dommage en raison des manquements du second mandataire (liés à un prétendu défaut de qualité pour agir). Le Tribunal fédéral admet le recours: le point déterminant est en effet de savoir si l'action aurait abouti dans l'hypothèse où le délai de prescription avait été interrompu par le premier mandataire. Les éventuels manquements postérieurs du second avocat dans le cadre de l'action déposée ultérieurement, alors que la prescription était déjà atteinte, n'ont pas à être pris en considération.

3. La procédure applicable au procès en responsabilité civile, resp. le défaut d'information de l'avocat-e quant à l'incertitude du procès: TF 4A_141/2022 du 27 avril 2023

Le Tribunal fédéral retient que le procès en responsabilité civile n'a pas à être mené selon le droit de procédure applicable au procès initial (c. 3.1). Ce dernier est toutefois déterminant pour l'appréciation des chances de succès de celui-ci (c. 3.2). Il peut s'avérer nécessaire de tenir compte d'éventuelles différences dans le droit de procédure applicable, en ce qui concerne (uniquement) l'appréciation des chances de succès du procès initial. Des problèmes ne surviennent que s'il existe, entre le droit de procédure applicable au procès initial et celui applicable au procès en responsabilité civile, des différences essentielles dans le résultat de l'administration des preuves que même une conduite diligente du procès en responsabilité civile ne permettait pas d'éviter.

Dans un tel cas de figure, il n'y a en effet aucune garantie que le résultat de l'administration des preuves selon le droit de procédure applicable au procès en responsabilité civile corresponde au résultat présumé dans le procès initial – et seul ce dernier est déterminant pour savoir comment les choses auraient évolué si l'avocat-e n'avait pas violé ses obligations (c. 3.3).

Le Tribunal fédéral indique en outre que l'activité de l'avocat-e – du moins en ce qui concerne la conduite d'un procès – n'entre généralement pas dans la catégorie des mandats dont le succès peut être aisément obtenu, selon le cours ordinaire des choses, par la seule mise en œuvre de connaissances techniques et d'un engagement suffisant de l'avocat-e. L'issue d'un procès dépend ainsi souvent de circonstances qui ne sont pas encore connues au moment de la prise en charge du mandat et qui sont parfois difficilement évaluables. De ce point de vue, l'acceptation sans réserve d'un mandat signifie en principe seulement que les chances de succès n'apparaissent pas déjà compromises à ce stade. Ce n'est en effet que si l'absence de chances de succès du procès est déjà re-connaissable au moment de l'acceptation du mandat ou avant l'introduction du procès que le mandataire doit s'abstenir de le mener (c. 4.3).

III. La doctrine

En matière de doctrine, on mentionnera en particulier:

Monographies: *Tano Barth*, La maîtrise des faits par l'avocat, Devoirs et limites durant l'investigation, l'allégation et la présentation des moyens de preuve, Genève/Zurich 2022; *Lorenz Lauer*, Das Anwaltshonorar, Zurich/Saint-Gall 2023.

Mélanges: *François Bohnet/Benoît Chappuis/Kaspar Schiller/Benjamin Schumacher* (éds), Gegenwart und Zukunft des Anwaltsberufs/Le présent et l'avenir de la profession d'avocate/Presente e futuro della professione di avvocato, Festschrift zum 125-jährigen Jubiläum des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV)/Mélanges pour le 125^e anniversaire de la Fédération suisse des avocats (FSA)/Raccolta celebrativa per il 125^o anniversario della Federazione svizzera degli avvocati (FSA), Berne 2023.

Rédigés par une quarantaine d'auteurs, ces Mélanges s'intéressent à la profession d'avocate et à son évolution. Ils traitent des défis actuels et futurs des avocates, compte tenu notamment des évolutions législatives,

technologiques et sociétales intervenues depuis l'entrée en vigueur de la LLCA, ainsi que de la modification des structures d'exercice de la profession.

Commentaires: *Michel Valticos/Christian Reiser/Benoît Chappuis/François Bohnet* (éds), Commentaire romand, Loi sur les avocats, Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Lois sur les avocats, LLCA), 2^e éd., Bâle 2022.

Articles: On signalera – entre autres – les articles suivants, classés ici par thème.

Rôle de l'avocat: *Vincent Martenet/Julia Kamhi*, La liberté d'expression de l'avocat dans la critique du fonctionnement de la justice, in: *Claudia Seitz/Ralf Michael Straub/Robert Weyeneth* (éds), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Bâle 2022, 939 ss; *Mercedes Novier/Nadja Eggert*, Dilemmes éthiques de l'avocat, SJ 2022 223 ss.

Nouvelles technologies: *Tano Barth*, Opportunités et défis de l'informatique pour l'avocat, Revue de l'avocat 2023 171 ss; *Alexandre Jotterand*, Les communications numériques de l'avocat avec son client: quels outils en 2022?, Revue de l'avocat 2022 179 ss.

Accès à la profession: *Aurélien Barakat/Lionel Delgado/Rachid Boss*, Le choix de la structure juridique lors de la création d'une étude d'avocats – Panorama des consé-

quences fiscales, Revue de l'avocat 2022 277 ss; *Benoît Chappuis/Frédéric Erard*, Indépendance structurelle de l'avocat et du médecin: deux paradigmes opposés, RSJ 2023 575 ss.

Règles professionnelles: *François Bohnet*, Le dialogue entre les règles professionnelles et les règles déontologiques de l'avocat: des origines à nos jours, Revue de l'avocat 2023 329 ss; *Estelle Chanson/Gaëtan Girard*, Droit collaboratif et double représentation: une pratique contraire au droit, Revue de l'avocat 2022 390 ss; *Benoît Mauron*, Interdiction de postuler et liberté économique de l'avocat, Revue de l'avocat 2022 439 ss.

Commentaires d'arrêts et chroniques de jurisprudence: On peut enfin citer, parmi d'autres, les commentaires et chroniques suivantes: *Benoît Chappuis*, E-mails de l'employé trouvés par l'employeur: la protection du secret professionnel de l'avocat en question (commentaire TF 4A_633/2020 du 24 juin 2021), Revue de l'avocat 2022 35 ss; *Mercedes Novier*, Chronique de jurisprudence en droit de la profession d'avocat, Plaidoyer 4/2023 16 ss; *Mercedes Novier*, Droit de la profession d'avocat: sélection d'arrêts récents, Plaidoyer 1/2023 31 ss; *Lembo Saverio/Schneeberger Adrien*, Changement d'étude et conflit d'intérêts: le Tribunal fédéral rate une occasion de corriger le tir, Revue de l'avocat 2023 28 ss; *Ernst Staehelin*, Honorarinkasso und Anwaltsgeheimnis Revisited (commentaire du jugement AppGer BS VD 2019.76 du 13 décembre 2019), Revue de l'avocat 2023 87 ss.