

du fait d'une décision illicite rendue par un adjudicateur de déposer auprès de lui une demande en dommages-intérêts portant sur les dépenses engagées dans le cadre de la procédure d'adjudication et de recours, étant précisé que le manque à gagner n'est pas indemnisable (art. 35 aLMP). Le caractère illicite de la décision en question doit toutefois être établi au préalable dans le cadre d'une procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 32 aLMP) et peut concerner toutes les décisions rendues par l'adjudicateur. À cet égard, il peut s'agir tant de la décision d'adjudication illégale que, par exemple, celles concernant l'exclusion du soumissionnaire ou d'interruption de la procédure d'adjudication. La responsabilité de l'adjudicateur résultant d'actes illicites ne consistant pas en l'adoption d'une décision erronée, quant à eux, sont régis par l'article 3 al. 1 LRFC (art. 34 al. 3 aLMP).

(c. 6) En premier lieu, la demande en dommages-intérêts de la recourante ne peut pas être admise dans la mesure où il manque une décision rendue par l'adjudicateur dont l'illégalité aurait été constatée par un tribunal et qui aurait causé de manière causale le dommage invoqué. En effet, la décision litigieuse du 5 février 2014 a été annulée par le Tribunal administratif fédéral qui a renvoyé la cause à l'adjudicateur de sorte qu'il n'existait et n'existe plus de décision illégale. La recourante ne peut pas non plus se fonder sur le fait que le Tribunal administratif avait ordonné des mesures provisionnelles le 17 juin 2016 interdisant à l'adjudicateur d'attribuer par contrat certains sites puisque cela ne constitue pas non plus un constat d'illégalité d'une décision.

(c. 7) En deuxième lieu, la recourante peut certes se prévaloir de l'article 3 al. 1 LRFC pour requérir la réparation de dommages résultant d'actes illicites qui ne consistent pas en l'adoption d'une décision erronée, à savoir la conclusion prématurée du contrat d'acquisition du lot 1.2 et l'interruption de la procédure d'adjudication. Cependant, dans la mesure où cette requête vise la réparation d'un dommage résultant d'un manque à gagner ou de la perte d'une chance d'obtenir le marché et que l'article 3 al. 1 LRFC ne permet pas de requérir l'indemnisation de ce genre de dommage, la demande de la recourante doit être rejetée.

(c. 8) En revanche, l'article 3 al. 1 LRFC permet à la recourante de requérir des dommages-intérêts négatifs. Il convient ainsi de déterminer si, en l'occurrence, les conditions sont remplies.

En premier lieu, les actes illicites reprochés, à savoir le raccordement illicite des sites (contrat prématuré) et l'interruption définitive de la procédure d'adjudication ont effectivement été causés par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

En deuxième lieu, recourante a subi une atteinte purement patrimoniale, de sorte que l'acte peut être qualifié d'illicite uniquement si une norme interdit le comportement en question et vise à protéger le patrimoine de la personne lésée. Tel est le cas de l'article 22 aLMP interdisant à l'adjudicateur de conclure un contrat avant la fin de la procédure de recours si l'effet suspensif a été octroyé, ainsi que de l'article 9 Cst. protégeant la bonne foi de la recourante face à l'interruption déloyale de la procédure d'adjudication par l'adjudicateur.

En troisième lieu, si l'adjudicateur avait véritablement souhaité équiper les sites litigieux, il n'aurait pas, selon le cours ordinaire des choses, interrompu définitivement la procédure, mais aurait procédé à un nouvel appel à projets. Dans ce cadre, le dommage invoqué, à savoir les coûts de l'offre, est en lien de causalité avec la conclusion prématurée du contrat et l'interruption définitive de la procédure d'adjudication puisque, sans cela, la recourante aurait pu participer une nouvelle fois à la procédure dans le cadre d'un nouvel appel d'offres et obtenir une nouvelle chance d'obtenir le marché.

Partant, les conditions de l'article 3 al. 1 LRFC étant remplies, la recourante a droit à des dommages-intérêts pour ses dépenses inutiles. (N.P.)

## 6.7. Barreau

**76. ATF 150 II 217-223 (28.11.2023/i; 2C\_1006/2022) – Art. 12 let. d LLCA – Admissibilité et limites de la publicité pour un avocat. Envois massifs et indifférenciés de newsletters.**

À la suite d'un signalement de M<sup>e</sup> E. auprès de l'Ordre des avocats du canton du Tessin, selon lequel une société, sa cliente, avait reçu – alors même qu'elle n'avait pas donné son consentement, ni communiqué son adresse électronique ou ses données personnelles, et n'avait pas non plus été contactée par un autre moyen – à deux reprises des newsletters de l'étude d'avocats et de notaires F., contenant essentiellement des développements législatifs et jurisprudentiels récents relevant du domaine de compétence de l'étude, la Commission disciplinaire des avocats du canton du Tessin (ci-après: la Commission) a ouvert, le 23 octobre 2019, une procédure disciplinaire à l'encontre des avocats A., B., C. et D., pour une possible violation des règles professionnelles concernant la publicité des avocats (art. 12 let. d de la *loi fédérale* du 23 juin 2000 *sur la libre circulation des avocats* [LLCA; RS 935.61]).

Le 19 mai 2020, la Commission a prononcé une amende de 600 francs à l'encontre de chacun des quatre avocats pour violation des règles professionnelles concernant la publicité. Elle a considéré, en

substance, que les newsletters litigieuses, envoyées tant à des clients qu'à des non-clients du cabinet d'avocats, avaient un caractère intrusif et excessif. La Commission a confirmé ces amendes le 12 octobre 2021.

Le 7 novembre 2022, le Tribunal administratif du canton du Tessin a partiellement admis le recours formé par les quatre avocats, annulé la décision de la Commission du 12 octobre 2021 et réformé celle-ci en ce sens qu'un avertissement leur a été adressé.

Le 9 décembre 2022, les avocats A., B., C. et D. ont formé un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, qui a été rejeté.

(c. 4) Le litige porte sur la mesure disciplinaire infligée aux recourants pour violation de l'article 12 let. d LLCA, disposition régissant le droit des avocats de faire de la publicité pour les services qu'ils offrent.

(c. 4.1) En application de cette disposition, qui consacre le principe de l'admissibilité de la publicité, l'avocat peut faire de la publicité pour les services qu'il offre, pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et réponde aux besoins d'information du public (ATF 139 II 173, c. 2.2; TF, 2C\_985/2021, 16 novembre 2022, c. 4.3). Selon les critères d'objectivité et des besoins d'information du public, qui se réfèrent à la jurisprudence fédérale antérieure à la LLCA, toujours pertinente (ATF 139 II 173, c. 6.2.1), une publicité modérée et exacte sur le plan factuel satisfait aux besoins d'information du public et est admissible (ATF 139 II 173, c. 6.2.2).

(c. 4.1.1) Comme l'a justement rappelé le Tribunal cantonal, le critère d'objectivité comprend des restrictions plus strictes que le principe de loyauté contenu dans la *loi fédérale* du 19 décembre 1986 *contre la concurrence déloyale* (LCD; RS 241). Ce critère impose une certaine modération, en ce sens que la publicité de l'avocat, qui doit revêtir un caractère informatif, doit renoncer à des méthodes sensationnalistes, excessives ou disproportionnées. Ces restrictions concernent tant le contenu que les formes et les méthodes de publicité de l'avocat (ATF 139 II 173, c. 6.2.2; TF, 2C\_901/2019, 25 août 2020, c. 4.4.2).

(c. 4.1.2) En ce qui concerne la notion de « besoins d'information du public », celle-ci se réfère essentiellement aux informations relatives au cabinet d'avocats, à ses domaines d'activité, à ses coordonnées ainsi qu'à des indications complémentaires, par exemple s'il se consacre à la « consultation et à la représentation en justice ». Selon le lieu où la publicité doit produire ses effets, les besoins d'information du public peuvent être plus ou moins importants (TF, 2C\_259/2014, 10 novembre 2024, c. 2.3.2). Le Tribunal fédéral, qui s'est déjà prononcé sur cette question, a ainsi jugé qu'une enseigne lumineuse de 9,40 m sur laquelle figurait le nom du cabinet, apposée sur la façade d'un immeuble dans

lequel celui-ci était situé et donnant sur un axe très fréquenté, ne répondait pas aux besoins d'information du public, les caractéristiques de l'enseigne, sa taille et son emplacement ne satisfaisant pas à l'exigence de modération requise pour la publicité (ATF 139 II 173, c. 7.2). De même, il a considéré que des spots publicitaires de huit secondes projetant le nom du cabinet d'avocats, son logo et un slogan publicitaire sur des enseignes lumineuses de plusieurs mètres carrés, diffusés sept ou huit fois pendant un match de hockey sur glace, ne constituaient pas, compte tenu des méthodes sensationnalistes employées, une publicité appropriée lors d'un tel événement (TF, 2C\_259/2014, précité, c. 3.2).

(c. 4.1.3) Comme l'a justement relevé le Tribunal administratif cantonal, bien que l'imprécision des critères juridiques (« faits objectifs », « besoins d'information du public »), voulue par le législateur, puisse rendre plus difficile la distinction entre une publicité licite et illicite dans un cas concret, elle permet néanmoins de trouver une solution adaptée aux particularités de la situation ainsi qu'à l'évolution des conceptions (ATF 139 II 173, c. 6.3.1 et 6.3.2 et les réf. cit.).

(c. 4.2) Même si la LLCA régit de manière exhaustive les règles professionnelles relatives à l'exercice de la profession d'avocat, les règles déontologiques peuvent contribuer à les concrétiser, mais uniquement dans la mesure où elles expriment une opinion largement répandue au niveau national (ATF 144 II 473, c. 4.4; TF, 2C\_101/2023, 11 mai 2023, c. 7.1 et les réf. cit.). Selon l'article 16 al. 2 du *Code suisse de déontologie de la Fédération Suisse des Avocats* du 10 juin 2005 (ci-après : CSD), dans sa version en vigueur au moment où le Tribunal cantonal s'est prononcé, la publicité de l'avocat, autorisée, doit être véridique, en rapport adéquat avec l'activité professionnelle et préserver le secret professionnel. Dans la version actuelle du CSD, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2023, le nouvel article 25 CSD ne diffère pas fondamentalement de l'ancien article 16, puisqu'il prévoit que l'avocat peut faire de la publicité, laquelle doit notamment être véridique, en rapport objectif avec son activité professionnelle et respecter le secret professionnel.

(c. 5) En l'espèce, il est incontesté qu'en vertu de l'article 12 let. d LLCA et de l'ancien article 16 al. 2 CSD (actuel art. 25 CSD), les avocats peuvent faire de la publicité pour leur étude. Il est également indiscutable que l'envoi des newsletters litigieuses constitue une publicité au sens de ces dispositions et que celle-ci satisfait au critère d'objectivité. En revanche, la question de savoir si ces newsletters répondent aux besoins d'information du public est controversée. Le Tribunal fédéral ne s'est en effet pas encore prononcé sur la question de savoir si l'envoi de tels documents par un avocat à ses clients est conforme au critère précité.

(c. 5.1) Selon les recourants, qui citent certaines contributions doctrinales, notamment Walter Fellmann (ATF 150 II 217 et la réf. cit.), lequel lui-même s'appuie sur la doctrine allemande, en particulier sur Martin W. Huff (ATF 150 II 217 et la réf. cit.), l'envoi de newsletters par un avocat constituerait une publicité ciblée répondant à un besoin d'information du public, et serait donc licite.

(c. 5.2) Si la doctrine n'exclut pas qu'un avocat ou une étude puisse, en principe, envoyer une newsletter, une brochure ou une lettre circulaire afin de se faire connaître, les auteurs divergent toutefois quant aux exigences – relatives au contenu et aux destinataires – auxquelles ces envois doivent satisfaire afin de respecter le critère des besoins d'information du public. En ce qui concerne le contenu, la doctrine considère à l'unanimité que seules des informations objectives sont admissibles, à l'exclusion de toute référence aux clients, au volume d'affaires ou aux résultats obtenus (ATF 150 II 217 et la réf. cit.). Quant aux destinataires, les avis sont partagés. Certains auteurs (ATF 150 II 217 et les réf. cit.) considèrent que des envois individualisés – c'est-à-dire adressés à des clients actuels ou à des relations d'affaires pour lesquels le contenu pourrait présenter un intérêt ou qui en auraient fait la demande – sont admissibles, tandis qu'un envoi indifférencié (« mailing »), c'est-à-dire à des destinataires inconnus ou non déterminés, ne respecterait pas les besoins d'information du public (voir également Ordre des Avocats de Genève, *Publicité des avocats, Vade-mecum*, version mai 2021, nos 5 et 6).

D'autres auteurs (dont certains se réfèrent à la doctrine allemande citée par les recourants en l'espèce) considèrent au contraire qu'un envoi généralisé est admissible (ATF 150 II 217 et les réf. cit.).

En tout état de cause, l'envoi ne doit pas être de nature à importuner les destinataires, notamment en raison de sa fréquence, de son caractère intrusif ou encore de son contenu. Il ne serait par exemple pas concevable qu'un avocat envoie des informations relatives au droit du divorce ou au droit des successions à des personnes qui ne l'ont jamais sollicité à cet égard (ATF 150 II 217 et les réf. cit.).

(c. 5.3) En l'espèce, en ce qui concerne les besoins d'information du public, le Tribunal administratif cantonal a considéré que les newsletters traitaient de sujets disparates et avaient été envoyées indistinctement à tous les clients, actuels ou non, du cabinet d'avocats. Selon les juges tessinois, un envoi généralisé à toutes les personnes qui s'étaient adressées au cabinet d'avocats pour des affaires ne relevant pas nécessairement des sujets abordés dans les newsletters, et qui, de surcroît, n'avaient pas consenti à les recevoir, n'était pas admissible. En effet, une telle publicité, adressée à un large public,

était selon eux illicite, car elle était susceptible d'inciter des personnes à solliciter les services de l'avocat même lorsqu'elles n'en auraient pas besoin. Il ne fallait pas non plus négliger les implications au regard de la *loi fédérale contre la concurrence déloyale*. Les premiers juges ont donc conclu que l'envoi de ces newsletters ne répondait pas aux besoins d'information du public et ne respectait donc pas l'article 12 let. d LLCA. En revanche, l'envoi d'une newsletter à un tiers n'étant pas client de l'étude (en l'occurrence à la cliente de l'avocat E.) n'a pas été pris en considération, dès lors qu'il s'agissait d'un cas isolé, attribué à une erreur reconnue par les recourants, et non à un envoi ciblé.

(c. 5.4) Compte tenu des faits constatés sans arbitraire par l'autorité précédente – faits qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) –, à savoir que les newsletters litigieuses ont été envoyées à tous les anciens et actuels clients de l'étude d'avocats sans tenir compte des raisons pour lesquelles ils s'étaient adressés à cette dernière, l'avis du Tribunal administratif cantonal – qui considère ces envois massifs indifférenciés comme une publicité illicite au sens de l'article 12 let. d LLCA – apparaît fondé et doit dès lors être confirmé. Il convient à cet égard de souligner en particulier que les destinataires des newsletters n'avaient manifesté aucun intérêt ni donné leur consentement à leur réception, et que leur contenu ne se limitait pas à des informations spécifiques concernant l'étude, mais abordait plusieurs sujets juridiques n'ayant aucun lien avec les motifs pour lesquels ces personnes s'étaient adressées à elle. Conformément à la doctrine majoritaire, une telle publicité ne correspond pas aux besoins d'information du public, lesquels doivent être plus ciblés, et ne respecte donc pas les exigences de la jurisprudence exposées précédemment (cf. *supra* c. 4). Le Tribunal administratif cantonal n'a donc pas violé le droit fédéral en concluant que les envois litigieux contrevenaient à l'article 12 let. d LLCA.

(c. 5.5) Les arguments soulevés par les recourants à cet égard ne permettent pas d'aboutir à une autre conclusion. Tout d'abord, ils affirment que les envois contestés satisfaisaient aux exigences de la publicité ciblée, ce qui n'est absolument pas le cas, comme cela a déjà été relevé précédemment. Ensuite, les contributions doctrinales auxquelles ils se réfèrent (cf. *supra* c. 5.1) ne semblent pas pertinentes en l'espèce. En effet, même si les auteurs cités plaident en faveur de l'admissibilité d'une publicité orientée vers un groupe cible, dont la newsletter litigieuse serait un exemple, ils considèrent néanmoins qu'une telle publicité doit être adressée à un groupe précis de destinataires, c'est-à-dire à des clients potentiels déterminés en fonction des domaines de spécialisation du cabinet d'avocats (ATF 150 II 217 et la réf. cit.).

Il en découle que leur avis n'est pas pertinent en l'espèce, car les envois litigieux ont été effectués sans que le cercle des personnes potentiellement intéressées soit précisément défini.

(J.G.)

**Note.** Pour un examen plus détaillé de cet arrêt, nous renvoyons le lecteur à notre commentaire (Jérôme GURTNER, Un regard critique sur les règles et la jurisprudence en matière de publicité des avocats, in *Revue de l'avocat*, 3/2023, pp. 123 à 128). Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement des précédentes décisions du Tribunal fédéral relatives à la publicité. La condition du besoin d'information du public était au cœur de cet arrêt. Selon nous, le Tribunal fédéral a manqué une occasion d'examiner les critiques relatives à cette exigence. Cette dernière constitue en effet un obstacle à toute publicité, car elle ne correspond jamais à un besoin réel (Benoît CHAPPUIS/Jérôme GURTNER, *La profession d'avocat*, Genève/Zurich, 2021, nos 259 à 261). Il est par ailleurs surprenant que le Tribunal fédéral estime que l'imprécision de ce critère permet de trouver une solution adaptée aux particularités de chaque situation ainsi qu'à l'évolution des conceptions. À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais rendu d'arrêt dans lequel il a jugé qu'une publicité correspondait à un besoin d'information du public. L'application de cette exigence aux réseaux sociaux démontre par ailleurs qu'elle n'est pas évolutive. En effet, l'avocat peut rapidement perdre le contrôle des contenus qu'il diffuse sur ces plateformes, notamment en cas de partage de ces contenus par d'autres utilisateurs. Des utilisateurs se retrouveraient alors confrontés à des informations qu'ils n'ont pas sollicitées auprès de l'avocat, ce qui ne respecterait pas l'exigence du besoin d'information du public (CHAPPUIS/GURTNER, *op. cit.*, nos 265 à 267).

(J.G.)

**77. ATF 150 II 300-307 (5.4.2024/a; 2C\_257/2023) – Art. 13 al. 1 LLCA; art. 321 ch. 2 CP. Inadmissibilité de la levée anticipée du secret professionnel de l'avocat en vue d'éventuels futurs litiges sur les honoraires.**

En septembre 2021, A. a engagé une procédure de conciliation auprès de l'Office de conciliation de See, dans le canton de Saint-Gall. Cette demande de conciliation était dirigée contre son client C. et portait sur une créance d'honoraires découlant de son activité d'avocat. Le 19 avril 2022, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich a déposé une dénonciation contre A. auprès de la Chambre des avocats du canton de Saint-Gall. Après avoir pris connaissance de la procédure de conciliation de 2021 dans le cadre d'une procédure pénale, elle a demandé à la Chambre des avocats du canton de Saint-Gall d'ouvrir une procédure disciplinaire, soupçonnant A. d'avoir éventuellement violé le secret professionnel dans ses rapports avec son client C.

Le 29 avril 2022, la Chambre des avocats du canton de Saint-Gall a décidé d'ouvrir une procédure disciplinaire contre A. Par décision du 4 juillet 2022, elle a constaté une violation de l'article 13 al. 1 LLCA et a infligé à A. une amende de 1000 francs. Par arrêt du 16 mars 2023, le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall a rejeté le recours formé contre la décision du 4 juillet 2022.

Dans un mémoire du 8 mai 2023, A. forme un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral. Il lui demande d'annuler la décision du Tribunal administratif de Saint-Gall du 16 mars 2023. Le Tribunal fédéral rejette le recours.

(c. 5) Dans un premier temps, il convient d'examiner dans quelle mesure une avocate ou un avocat peut, au début ou à un stade précoce d'un mandat, être libéré par écrit du secret professionnel de manière anticipée – en quelque sorte « par précaution » – en vue d'un éventuel litige ultérieur relatif aux honoraires.

(c. 5.1) Les avocates et les avocats sont soumis, sans limitation dans le temps et à l'égard de toute personne, au secret professionnel pour toutes les affaires qui leur sont confiées par leurs clients dans l'exercice de leur profession (art. 13 al. 1, 1<sup>ère</sup> phr., LLCA). Cette obligation professionnelle a été uniformisée lors de l'introduction de la LLCA (TF, 2C\_586/2015, 9 mai 2016, c. 2.1, non publié in ATF 142 II 307; sur la qualification en tant qu'obligation professionnelle, cf. ATF 123 I 193, c. 4a). L'étendue de l'obligation de garder le secret découlant de l'article 13 al. 1 LLCA est exclusivement régie par le droit fédéral. Il en va de même de la levée du secret professionnel de l'avocat (art. 13 al. 1, 2<sup>e</sup> phr., LLCA), qui est également soumise au droit fédéral (ATF 142 II 307, c. 4.3.1).

(c. 5.2) L'existence d'un mandat relève déjà des faits couverts par le secret professionnel. C'est la raison pour laquelle, selon la pratique, le recouvrement par voie judiciaire d'une créance d'honoraires nécessite une levée préalable du secret professionnel (TF, 2C\_8/2019, 1<sup>er</sup> février 2019, c. 2.1; 2C\_1127/2013, 7 avril 2014, c. 3.1). À ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question de savoir si, et le cas échéant dans quelles conditions, une levée anticipée du secret professionnel – au début ou à un stade précoce de la relation de mandat – est juridiquement valable (voir, de manière générale, sur les conditions de la levée en vue du recouvrement d'honoraires: ATF 142 II 307, c. 4.3.3; TF, 2C\_439/2017, 16 mai 2018, c. 3.4 s.).

(c. 5.3) La doctrine s'oppose fondamentalement à une levée anticipée du secret professionnel pour faire valoir des créances d'honoraires et souligne qu'une renonciation générale, formulée sans connaissance des circonstances concrètes auxquelles elle se rapporte, est inadmissible (ATF 150 II 300 et les réf. cit.).

(c. 5.4) (Discussion de l'ancienne jurisprudence cantonale qui admettait parfois qu'un avocat puisse faire valoir son droit aux honoraires sans levée préalable du secret professionnel, et de la pratique cantonale plus récente exigeant une telle levée.)

(c. 5.5) Le respect du secret professionnel est l'une des obligations fondamentales de la profession d'avocat. Seule la protection conférée par le secret professionnel permet une collaboration basée sur la confiance avec les clients. L'espace de communication créé par cette confidentialité sert à la fois l'intérêt subjectif du client et l'ordre juridique dans son ensemble. D'une part, le client a droit à la confidentialité des informations qu'il divulgue à son avocat (TF, 2C\_586/2015, 9 mai 2016, c. 2.2, non publié in ATF 142 II 307). D'autre part, le secret professionnel est un élément essentiel pour protéger l'ordre juridique et l'accès au droit (ATF 135 III 597, c. 3.4), car la fiabilité des avocats est une condition préalable à l'exercice de leurs fonctions dans le système juridique (ATF 150 II 300 et les réf. cit.).

(c. 5.6) Le secret professionnel de l'avocat est protégé et précisé par différentes dispositions du droit fédéral. Lorsque le mandat repose sur un contrat de droit privé, l'obligation de confidentialité trouve son fondement à l'article 398 al. 2 CO. Elle est de nature contractuelle. L'article 13 al. 1 LLCA définit l'étendue et la portée du secret professionnel en tant que règle professionnelle. L'article 321 CP érige la violation du secret professionnel en infraction pénale. Les objectifs et les champs de protection de ces différentes réglementations ne coïncident pas entièrement, pas plus que la manière dont elles sont appliquées (ATF 142 II 307, c. 4.3.2; ATF 97 I 831, c. 2b). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit pénal fixe toutefois les exigences minimales applicables au droit professionnel. La levée du secret professionnel doit donc au moins remplir les critères requis pour constituer un motif justificatif au sens de l'article 321 ch. 2 CP (ATF 142 II 307, c. 4.3.2).

(c. 5.7) En droit pénal, le consentement à une atteinte à un bien juridique exclut l'illicéité de l'infraction, à condition que la personne qui y consent soit habilitée à disposer du bien juridique en question (ATF 150 II 300 et les réf. cit.). Selon la loi, une telle capacité de disposition est reconnue au maître du secret (art. 321 ch. 2 CP). Si la qualification dogmatique du consentement excluant la punissabilité est controversée (question laissée ouverte, TF, 6F.106/2006, 18 août 2006, c. 6.3.2), ses modalités et le degré de concrétisation requis font l'objet d'un large consensus.

(c. 5.7.1) Le consentement doit être donné avant l'infraction en question et en connaissance de toutes les circonstances essentielles

(ATF 124 IV 258, c. 3; TF, 6B\_445/2009, 6 octobre 2009, c. 1.3). Il doit porter non seulement sur l'acte lui-même, mais aussi sur le résultat de l'atteinte (ATF 131 IV 1, c. 3.1). En particulier, la durée et l'intensité de l'atteinte au bien juridique doivent être concrètement perceptibles (TF, 6P.106/2006, 18 août 2006, c. 6.3.3). L'entendue du consentement est déterminée exclusivement selon la volonté du lésé (ATF 100 IV 155, c. 4; TF, 6B\_430/2007, 17 mars 2008, c. 5.3).

(c. 5.7.2-5.7.3) (Discussion du consentement anticipé, ayant pour effet d'inhiber la punissabilité, dans le cadre d'une participation à une compétition sportive ou d'une intervention chirurgicale.)

(c. 5.7.4) (Discussion de la validité d'une clause de levée du secret bancaire insérée dans les conditions générales d'un établissement bancaire.)

(c. 5.8) Il convient d'évaluer la validité d'une levée anticipée du secret professionnel en vue d'un éventuel litige ultérieur relatif aux honoraires. Les principes du droit pénal, qui doivent être considérés comme des exigences minimales pour une levée effective du secret professionnel (c. 5.6), requièrent une levée suffisamment concrète. Au moment de la signature, le client doit pouvoir comprendre la portée de la levée du secret, tant sur le plan matériel (quand?) que quantitatif (dans quelle mesure?). D'une part, le motif de la levée et l'étendue du mandat doivent être définis de manière suffisamment concrète. D'autre part, une levée effective présuppose que le client ait une idée des effets de celle-ci sur sa propre sphère juridique. Les exigences quant au degré de précision matérielle et quantitative d'une clause de levée doivent être d'autant plus strictes que le conflit d'intérêts entre l'avocat et le client est important. En cas de litiges relatifs aux honoraires, ce conflit d'intérêts est particulièrement marqué. Au moment de la signature d'une telle clause, le client ne peut jamais prévoir clairement quelles informations le concernant l'avocat utiliserait dans un éventuel litige relatif aux honoraires. Ce problème se pose même lorsque les honoraires ont été fixés forfaitairement, ce qui permet au client d'anticiper au moins le montant de la créance invoquée. En effet, même dans ce cas, il est possible que le client veuille opposer à l'avocat une inexécution ou une mauvaise exécution de la prestation convenue. Dans un tel cas, les informations que l'avocat devrait divulguer sur le client pour défendre sa demande ne sont jamais suffisamment prévisibles tant qu'un litige concret n'est pas survenu. Une levée anticipée du secret professionnel en vue d'un litige relatif aux honoraires, qui n'est encore qu'hypothétique, est donc, de manière générale, inadmissible.

(J.G.)

**Note.** Cet arrêt ne prête pas le flanc à la critique et doit être approuvé (pour un autre avis, voir Mladen STOJILJKOVIĆ, in *PJA* 10/2024 pp. 1118 ss, qui estime qu'il n'existe aucune raison convaincante de refuser la levée anticipée du secret professionnel). Selon nous, une levée anticipée du secret professionnel de l'avocat est inadmissible. À ce stade, le client ne peut généralement pas mesurer l'étendue de son consentement. Nous avons déjà soulevé cette question à propos d'une plateforme en ligne qui met en relation des avocats et des clients (Benoît CHAPPUIS/Jérôme GURTNER, *La profession d'avocat*, Genève/Zurich, 2021, nos 914 à 918).

(J.G.)

**78. ATF 150 II 308-320 (25.3.2024/a; 2C\_164/2023) – Art. 20 LLCA; ancien art. 369 al. 7 CP. – Prise en compte de mesures disciplinaires déjà radiées du registre cantonal des avocats lors de la détermination des sanctions.**

M<sup>e</sup> A. agissait depuis septembre 2019 en qualité d'exécuteur testamentaire et, depuis octobre 2019, également en qualité d'administrateur de la succession de feu C. Le 3 novembre 2021, F., l'unique héritière, représentée par M<sup>e</sup> B., a déposé une dénonciation auprès de la Commission de surveillance des avocats du canton de Zoug (ci-après: la Commission de surveillance) contre M<sup>e</sup> A., demandant que des mesures disciplinaires soient prises à son encontre. Plusieurs manquements dans l'accomplissement de ses tâches étaient reprochés à M<sup>e</sup> A. Le 2 mars 2022, M<sup>e</sup> A. a répondu aux reproches formulés dans la dénonciation et a déposé une dénonciation contre M<sup>e</sup> B.

Par décision du 23 novembre 2022, la Commission de surveillance a constaté que M<sup>e</sup> A. avait violé les lettres a, h et i de l'article 12 de la *loi fédérale* du 23 juin 2000 *sur la libre circulation des avocats* (LLCA; RS 935.61). Une interdiction temporaire d'exercer la profession pendant quatre mois a été prononcée à son encontre. La Commission de surveillance a ordonné que cette interdiction soit publiée dans la Feuille officielle du canton de Zoug dès l'entrée en force de la décision. Dans la même décision, la dénonciation de M<sup>e</sup> A. à l'encontre de M<sup>e</sup> B., déposée le 2 mars 2022, n'a pas été prise en considération.

Le recours formé contre cette décision auprès de la Cour suprême du canton de Zoug a été rejeté par décision du 7 février 2023.

M<sup>e</sup> A. a formé un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, demandant que l'arrêt rendu par la Cour suprême du canton de Zoug soit annulé et qu'aucune sanction disciplinaire ne soit prononcée à son encontre; à titre subsidiaire, il demande à être sanctionné au plus par un avertissement ou un blâme. Il demande également que M<sup>e</sup> B. soit sanctionné de manière appropriée pour violation de l'article 12 let. a LLCA; à titre subsidiaire, il demande que la Commission

de surveillance soit chargée d'ouvrir une procédure disciplinaire contre M<sup>e</sup> B. pour violation de l'article 12 let. a LLCA, et de le sanctionner de manière appropriée.

Le Tribunal fédéral admet partiellement le recours.

(c. 5) Le recourant invoque une violation de l'article 20 LLCA.

(c. 5.1) L'autorité précédente a confirmé l'interdiction temporaire d'exercer la profession pendant quatre mois prononcée par la Commission de surveillance pour violation des règles professionnelles. Dans son jugement, elle a énuméré les sanctions disciplinaires précédentes prononcées à l'encontre du recourant, dont certaines remontaient à plus de dix ou cinq ans (la liste des sanctions est omise).

L'autorité précédente a pris en compte ces mesures antérieures pour déterminer la sanction. Elle a considéré que le recourant avait fait l'objet de sanctions disciplinaires à une fréquence considérable tout au long de sa carrière d'avocat, ce qui révélait une inquiétante absence de remise en question quant au respect des règles professionnelles. Compte tenu du fait que plusieurs amendes infligées au recourant n'ont eu aucun effet, l'interdiction d'exercer sa profession est, en l'espèce, la seule mesure susceptible d'assurer le respect de ses obligations professionnelles futures, conformément à la LLCA.

(c. 5.2) Devant le Tribunal fédéral, la question de principe de savoir si les mesures disciplinaires déjà radiées du registre cantonal des avocats doivent être prises en compte dans la détermination de la sanction est litigieuse.

(c. 5.3) Le recourant fait valoir que, à l'exception de l'amende la plus récente, du 2 juillet 2020, les mesures disciplinaires remontent à plus de dix ou cinq ans, et qu'elles auraient donc dû être radiées du registre cantonal des avocats, conformément à l'article 20 LLCA. Ces délais ont été fixés de manière à créer un équilibre entre l'intérêt de l'État à poursuivre les infractions et le besoin de réhabilitation complète de l'avocat sanctionné. Il n'est donc pas justifié de reprocher à un avocat une sanction prononcée il y a plusieurs décennies. L'interdiction de tenir compte des inscriptions radiées du casier judiciaire (art. 369 al. 7 aCP) devrait également s'appliquer, par analogie, à la procédure disciplinaire prévue par la LLCA.

(c. 5.4) Selon l'article 20 al. 1 LLCA, l'avertissement, le blâme et l'amende sont radiés du registre cinq ans après leur prononcé. Une interdiction temporaire de pratiquer est radiée du registre dix ans après la fin de ses effets (art. 20 al. 2 LLCA). La question se pose de savoir si la radiation d'une mesure disciplinaire exclut que l'autorité de surveillance en tienne compte ultérieurement dans le cadre d'une nouvelle procédure disciplinaire.

(c. 5.5) (Selon la jurisprudence actuelle, les mesures disciplinaires doivent être prononcées en tenant compte de l'ensemble des antécédents professionnels. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas examiné en détail la question du traitement des sanctions radiées du registre des avocats.)

(c. 5.6) (Le Tribunal fédéral retient en résumé que, sous l'ancien droit, rien ne peut être déduit du principe d'interdiction de prise en compte figurant à l'art. 369 al. 7 aCP, en ce qui concerne la procédure disciplinaire selon la LLCA.)

(c. 5.7) La LLCA ne permet pas de déduire que les autorités de surveillance sont tenues d'ignorer les mesures radiées. Selon l'article 5 al. 2 let. e LLCA, le registre cantonal contient les mesures disciplinaires non radiées. Les autorités cantonales de surveillance des avocats y ont accès (art. 10 al. 1 let. c LLCA). Ce droit d'accès est accordé sur demande afin de garantir une information adéquate sur les mesures disciplinaires dans les relations intercantionales (ATF 148 I 226, c. 5.3.4). L'article 10 LLCA ne régit toutefois que la consultation des registres. Comme le souligne le *Message* relatif à la LLCA, les dispositions de cette loi en matière de registre visent uniquement à harmoniser les pratiques entre les cantons (*Message* du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999 5331, 5360/5361 et 5374/5375 ; ATF 130 II 270, c. 3).

(5.8) D'un point de vue téléologique, il convient de relever qu'une interdiction de prise en compte similaire à l'article 369 al. 7 aCP dans le droit disciplinaire rendrait plus difficile pour les autorités de surveillance d'avoir une vue d'ensemble de l'activité professionnelle d'une personne concernée. L'idée de réhabilitation ne peut pas revêtir la même importance en droit disciplinaire qu'en droit pénal, car les mesures disciplinaires visent avant tout à protéger le public contre des comportements problématiques (c. 7.6 *infra*). Il semble donc nécessaire que les autorités cantonales de surveillance puissent également tenir compte de manquements anciens dans leur évaluation. Toutefois, la portée d'une sanction prononcée diminue avec le temps. Plus une personne adopte un comportement irréprochable durant une longue période, moins une faute commise antérieurement peut lui être reprochée dans le cadre d'une nouvelle procédure disciplinaire.

(c. 5.9) Ce résultat s'avère également applicable dans les relations intercantionales. Selon l'article 16 al. 2 LLCA, l'autorité de surveillance qui envisage de prononcer une mesure disciplinaire donne à l'autorité de surveillance du canton au registre duquel l'avocat est inscrit la possibilité de déposer ses observations sur le résultat de l'enquête. Les

autorités de surveillance hors canton peuvent ainsi prendre connaissance des mesures disciplinaires antérieures déjà radiées du registre des avocats et en tenir compte.

(c. 5.10) Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral admettant la prise en compte de sanctions radiées peut s'appuyer sur des considérations téléologiques. La réglementation du registre prévue par la LLCA ne s'y oppose pas, pas plus que l'interdiction de prise en compte prévue en droit pénal. Il convient donc de maintenir cette jurisprudence, en la précisant comme suit. Les autorités de surveillance peuvent donc tenir compte d'anciens manquements, y compris de sanctions radiées du registre, dans leur évaluation. Toutefois, dans le cadre de l'évaluation des antécédents professionnels, les mesures disciplinaires anciennes perdent généralement de leur importance avec le temps.

(c. 5.11) En l'espèce, il n'y a donc pas lieu de critiquer le fait que l'autorité précédente ait pris en compte les mesures disciplinaires antérieures, dont certaines remontaient à plus de 15 ans, lors du prononcé de la sanction.

(c. 7) Enfin, la question de savoir si l'autorité de surveillance était en droit de publier la décision d'interdiction d'exercer la profession pendant quatre mois dans la Feuille officielle cantonale est litigieuse devant le Tribunal fédéral.

(c. 7.1) Le recourant ne conteste pas que la publication repose sur une base légale prévue par le droit cantonal. Il fait toutefois valoir que la publication de l'interdiction temporaire d'exercer dans la Feuille officielle, sur la base du droit cantonal, viole la force dérogatoire du droit fédéral. L'article 17 LLCA régit en effet de manière exhaustive les mesures disciplinaires. La publication dans la Feuille officielle cantonale constitue une mesure disciplinaire supplémentaire qui n'est pas prévue dans le catalogue de l'article 17 LLCA.

(c. 7.2) Selon l'article 49 al. 1 Cst., le principe de la primauté du droit fédéral exclut toute réglementation cantonale dans les domaines que la législation fédérale règle de manière exhaustive. Dans les domaines qui ne sont pas réglés de manière exhaustive par le droit fédéral, les cantons ne peuvent édicter que des prescriptions qui ne contreviennent ni au sens ni à l'esprit du droit fédéral, et qui n'en compromettent ni n'en empêchent la réalisation des objectifs (ATF 148 I 210, c. 4.2 ; ATF 146 I 20, c. 4.1 ; ATF 145 I 26, c. 3.1 ; ATF 144 I 133, c. 6.2).

(c. 7.3) La LLCA se fonde sur l'article 95 al. 1 et 2 Cst. L'article 95 al. 1 Cst. confère à la Confédération la compétence d'édicter des prescriptions concernant l'activité économique privée. Il s'agit d'une compétence législative concurrente par rapport aux cantons. Les domaines

ou sous-domaines qui ne sont pas régis par le droit fédéral relèvent donc toujours de la compétence cantonale (TF, 2C\_897/2015, 25 mai 2016, c. 6.1).

(c. 7.4) La LLCA régit de manière exhaustive les mesures disciplinaires à l'encontre des avocats (ATF 132 II 250, c. 4.3.1; ATF 130 II 270, c. 1.1; ATF 129 II 297, c. 1.1; TF, 6B\_629/2015, 7 janvier 2016, c. 4.3.3; TF, 2C\_897/2015, précité, c. 5.3; TF, 2C\_257/2012, 4 septembre 2012, c. 1.1; TF, 2C\_665/2010, 24 mai 2011, c. 6.1). Il n'est donc pas possible de prononcer d'autres mesures, ni des mesures plus clémentes ou plus sévères que celles mentionnées à l'article 17 LLCA.

(c. 7.5) La LLCA ne prévoit pas la publication des mesures disciplinaires dans les organes de publication officiels cantonaux (cf. art. 6 al. 3 LLCA, concernant la publication de l'inscription au registre). Il convient donc d'examiner si cette mesure disciplinaire supplémentaire est exclue par la législation fédérale exhaustive.

(c. 7.6) Les sanctions disciplinaires prises à l'encontre des membres de professions libérales soumises à la surveillance de l'État visent avant tout à maintenir l'ordre au sein de la profession concernée, à garantir un exercice conforme de l'activité, à préserver la bonne réputation et la confiance du public envers la profession, ainsi qu'à protéger le public contre les professionnels qui ne présentent pas les qualités requises (ATF 143 I 352, c. 3.3; ATF 108 Ia 230, c. 2b). Les mesures disciplinaires ont un effet répressif; elles sanctionnent la violation de règles professionnelles établies par la loi. En règle générale, elles ne revêtent pas un caractère pénal (ATF 128 I 346, c. 2.2; ATF 125 I 417, c. 2a; TF, 2C\_897/2015, précité, c. 5.2), mais visent à dissuader le titulaire de l'autorisation de commettre de nouvelles infractions. Elles protègent également le public de manière indirecte (TF, 2C\_897/2015, précité, c. 5.2; TF, 2P.159/2005, 30 juin 2006, c. 3.3).

(c. 7.7) La jurisprudence du Tribunal fédéral s'est déjà penchée à plusieurs reprises sur des questions juridiques similaires dans d'autres domaines du droit.

Dans l'ATF 143 I 352, le Tribunal fédéral a considéré que la publication d'une mesure disciplinaire prononcée à l'encontre d'une personne exerçant une profession médicale universitaire constituait une sanction à part entière. Compte tenu de la primauté du droit fédéral, une personne exerçant une profession médicale de manière indépendante ne peut être sanctionnée que par les mesures prévues de manière exhaustive dans la *loi fédérale sur les professions médicales*. La publication de la mesure disciplinaire dans la feuille officielle cantonale, prévue par la *loi sur la santé publique* du canton de Vaud, est donc contraire au droit fédéral (ATF 143 I 352, c. 4.1).

Le Tribunal fédéral qualifie ensuite la publication d'une décision de surveillance au sens de l'article 34 de la *loi fédérale* du 22 juin 2007 sur l'*Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers* (LFINMA, RS 956.1) de sanction de droit administratif (ATF 147 I 57, c. 2.2 s.; TF, 2C\_1055/2014, 2 octobre 2015, c. 4.2). La sanction réputationnelle, également appelée «naming and shaming», vise à dissuader les personnes ayant enfreint le droit de la surveillance de commettre de nouveaux manquements, à dissuader d'autres personnes de commettre des infractions similaires à titre préventif, et, de manière générale, à souligner les avantages d'un comportement conforme au droit (ATF 147 I 57, c. 3). L'ordre de publication au sens de l'article 34 LFINMA constitue donc une sanction administrative répressive et une mesure préventive destinée à protéger le public (ATF 147 I 57, c. 4.2; TF, 2C\_122/2014, 19 juillet 2014, c. 6.1; TF, 2C\_71/2011, 26 janvier 2012, c. 5; TF, 2C\_30/2011, 12 janvier 2012, c. 5.2.2).

Enfin, selon la jurisprudence, la publication d'une mesure disciplinaire dans le domaine des marchés publics doit être considérée comme une sanction à part entière (TF, 2D\_8/2021, 7 juillet 2022, c. 4.3.2, non publié in ATF 148 I 226).

(c. 7.8) La publication d'une interdiction temporaire d'exercer la profession d'avocat peut avoir un effet dissuasif et préventif plus important que la sanction elle-même (TF, 2D\_8/2021, précité, c. 4.3.2, non publié in ATF 148 I 226). Dans la pratique cantonale, on parle parfois d'«effet de pilori» (arrêts du Tribunal cantonal du canton de Saint-Gall, BR.2006.1, 7 septembre 2006, c. IV.2; AW.2015.59, 29 octobre 2015, c. 7b). À cet élément, qui a au moins un effet répressif dans les faits, s'ajoute le fait que la publicité créée par la publication va au-delà de ce qui est nécessaire pour faire respecter l'interdiction d'exercer. Une personne sanctionnée peut en effet continuer à exercer une activité de conseil, malgré l'interdiction d'exercer la profession d'avocat (FF 1999, 5331, 5374). Cette activité de conseil est toutefois fortement entravée par la publication. Celle-ci a des effets durables sur la réputation professionnelle (pratique cantonale concernant un notaire: arrêt de la Cour suprême du canton d'Argovie, 11 décembre 2002, c. 7, in *Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide* [AGVE] 2002 p. 373). Une telle publication n'est pas nécessaire à l'exécution de l'interdiction d'exercer. Selon l'article 18 al. 2 LLCA, l'interdiction doit être communiquée aux autorités de surveillance des autres cantons. Selon l'article 10 al. 1 LLCA, les autorités judiciaires et administratives fédérales et cantonales devant lesquelles les avocats interviennent, ainsi que d'autres autorités, ont accès au registre des avocats, dans lequel figurent les mesures disciplinaires (art. 5 al. 2 let. a LLCA). Les autorités

disposent ainsi, dans toute la Suisse, des informations nécessaires pour prévenir toute violation de l'interdiction d'exercer la profession.

Pour ces raisons, la publication doit être qualifiée de sanction répressive venant s'ajouter à la sanction proprement dite. La situation n'est donc pas différente de celle des affaires déjà examinées par la jurisprudence (c. 7.7 *supra*; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud GE.2017.0188, 16 janvier 2020, c. 3c).

(c. 7.9) Il s'ensuit que la publication de l'interdiction temporaire d'exercer dans la feuille officielle cantonale, prévue par le droit cantonal, constitue une mesure disciplinaire et est donc contraire à la réglementation exhaustive du droit disciplinaire prévue dans la LLCA. Elle viole le principe de la primauté du droit fédéral selon l'article 49 al. 1 Cst. L'ordre de publication est donc contraire au droit fédéral et doit être annulé.

Le recours est donc fondé et doit être admis.

(J.G.)

**Note.** En Suisse, l'identité des avocats sanctionnés n'est en principe jamais divulguée. Cette pratique diffère de celle adoptée aux États-Unis, où les noms des avocats sont généralement rendus publics, ce qui renforce l'effet dissuasif de la sanction. En 2023, le nom des avocats américains sanctionnés pour avoir transmis à un tribunal des écritures contenant de fausses références générées par ChatGPT a rapidement fait le tour du monde (*Mata v. Avianca, Inc.*, No. 22-cv-1461 [PKC], 2023 WL 4114965 [S.D.N.Y. 2023], <https://perma.cc/BU4T-23WD>). Une telle publicité négative peut avoir des effets dévastateurs pour les avocats, potentiellement plus importants que la sanction elle-même (5000 dollars dans l'exemple cité). On peut donc se ranger à l'avis du Tribunal fédéral, qui considère que la publication d'une interdiction temporaire de pratiquer constitue une sanction disciplinaire à part entière et devrait par conséquent être prévue dans la LLCA. En revanche, nous estimons que la publication des décisions des autorités cantonales de surveillance des avocats sur leur site Internet ne doit pas être considérée comme une sanction si l'avocat ne peut pas être identifié (Benoît CHAPPUIS/Jérôme GURTNER, *La profession d'avocat*, Genève/Zurich, 2021, nos 1141 à 1143; voir aussi CDAP, arrêt GE.2024.0376, du 30 juin 2025, c. 5).

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral souligne par ailleurs que la publication d'une interdiction temporaire de pratiquer a un effet stigmatisant (ou de pilori) et ne garantit pas le respect de cette interdiction. Nous pensons toutefois qu'elle peut également servir l'intérêt public et renforcer l'aspect dissuasif de la sanction, deux éléments essentiels à prendre en compte. Il convient donc de se demander s'il ne faudrait pas prévoir une telle possibilité dans la LLCA. En effet, il peut exister des situations dans lesquelles une telle publication serait opportune, par exemple pour informer rapidement le public

d'une interdiction ou pour sanctionner un avocat dont le comportement n'a pas changé malgré une interdiction temporaire de pratiquer déjà prononcée.

Des auteurs ont également souligné qu'il était surprenant que le Tribunal fédéral n'ait pas mentionné l'article 10 al. 2 LLCA dans cet arrêt (Lorenz DROESE/Franco STRUB, Note relative à l'arrêt du TF 2C\_164/2023 du 25 mars 2024, in *RSPC* 5/2024, pp. 461 ss). L'application de cette disposition, qui prévoit que « toute personne a le droit de demander si un avocat est inscrit au registre et s'il fait l'objet d'une interdiction de pratiquer », est controversée. Une clarification par le Tribunal fédéral serait la bienvenue. Yvan JEANNERET relève qu'il « est admis que cette disposition autorise indirectement les cantons à procéder à une publication des données du registre cantonal des avocats, dans les limites de ce qui est librement accessible, à savoir l'existence de l'inscription et d'une éventuelle interdiction de pratiquer » (Yvan JEANNERET, in Valticos et al. [édit.], *Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats*, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., 2022, n° 9 ad art. 10 LLCA; pour une discussion des pratiques cantonales variées, voir DROESE/STRUB, *op. cit.*). Nous ne sommes toutefois pas convaincus, pour les raisons qui seront exposées ci-après, que cette publication est conforme au droit, en tout cas pas en ce qui concerne la publication des interdictions de pratiquer.

Une interprétation littérale de l'article 10 al. 2 LLCA donne l'impression que cette disposition ne règle pas la question de l'accès à une information active (accès à des informations sur Internet), mais plutôt celle de l'accès à une information passive (accès à l'information sur demande). Il faut toutefois admettre qu'un accès à l'information sur demande n'est pas très pratique et qu'il est dans l'intérêt public, mais aussi dans celui des avocats, qu'une liste de tous les avocats inscrits soit consultable en ligne. La question est toutefois plus délicate en ce qui concerne la publication des interdictions, en raison de l'atteinte importante à la réputation professionnelle qu'elle implique. Comme nous l'avons vu dans l'arrêt commenté, la publication d'une interdiction est considérée comme une sanction disciplinaire à part entière et cette publication exige une base légale dans la LLCA. Or, l'article 10 al. 2 LLCA ne nous semble pas constituer une base légale suffisamment claire et précise pour permettre la publication sur Internet d'une liste d'avocats ayant fait l'objet d'une interdiction de pratiquer. De plus, cette disposition ne mentionne qu'une demande concernant « un avocat », ce qui écarte *a priori* l'accès, sur la base de cette disposition, à une liste complète d'avocats interdits de pratiquer.

En revanche, selon nous, la liste des avocats interdits de pratiquer doit être considérée comme un document officiel au sens des lois cantonales sur la transparence et devrait pouvoir être obtenue auprès des autorités cantonales sur cette base. L'article 10 al. 2 LLCA ne saurait être considéré comme une disposition spéciale excluant le droit d'accès à cette liste (voir par ex. l'art. 26 al. 4 de la loi cantonale genevoise du 5 octobre 2001 *sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles* [LIPAD; RS/GE A 2 08]).

(J.G.)

**79. ZBI 2024, 50-56 (26.8.2022/a ; 2C\_1039/2021) – Art. 5 al. 2 et 29 al. 2 Cst. ; art. 8 al. 1 let. b et 9 LLCA. – Radiation du registre cantonal des avocats après une condamnation définitive pour complicité multiple d'escroquerie.**

Le 2 novembre 2020, le Ministère public III du canton de Zurich a transmis à la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich (ci-après : la Commission de surveillance) une ordonnance pénale rendue le 26 octobre 2020 et entre-temps entrée en force, par laquelle M<sup>e</sup> A. a été condamné à une peine pécuniaire avec sursis de 180 jours-amende à raison de 580 francs par jour, pour complicité multiple d'escroquerie au sens de l'article 146 al. 1 en relation avec l'article 25 CP.

Par décision du 3 décembre 2020, la Commission de surveillance a ouvert une procédure contre A. en raison d'une possible violation des obligations professionnelles et en vue d'une éventuelle radiation du registre cantonal des avocats, et lui a imparti un délai pour prendre position. Par décision du 6 mai 2021, la Commission de surveillance a infligé à A. une amende de 8000 francs pour violation répétée des règles professionnelles au sens de l'article 12 let. a et c LLCA, et a ordonné sa radiation du registre cantonal des avocats. Par arrêt du 11 novembre 2021, le Tribunal administratif du canton de Zurich a rejeté le recours formé par A. contre sa radiation du registre cantonal des avocats.

Par recours en matière de droit public du 20 décembre 2021, A. a saisi le Tribunal fédéral, en demandant en substance que l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich soit annulé et qu'il ne soit pas radié du registre cantonal des avocats. Sur le plan procédural, il a sollicité l'octroi de l'effet suspensif au recours. Par décision du 5 janvier 2022, la présidente de la Cour a accordé l'effet suspensif au recours.

(c. 5.1) Le litige porte, sur le fond, sur la radiation du recourant du registre des avocats. L'amende prononcée par la Commission de surveillance n'a pas été contestée par le recourant dans le cadre de la procédure devant l'instance précédente. L'une des conditions personnelles pour l'inscription d'un avocat au registre cantonal des avocats est notamment l'absence de condamnation pénale pour des actes incompatibles avec la profession d'avocat, à moins que cette condamnation ne figure plus dans l'extrait du casier judiciaire destiné au particulier (art. 8 al. 1 let. b LLCA). L'article 9 LLCA prévoit en outre que l'avocat qui ne remplit plus l'une des conditions d'inscription est radié du registre.

(c. 5.2) L'article 8 al. 1 let. b LLCA repose sur l'idée que la relation de confiance qui doit exister entre l'avocat et son client peut être compromise si l'avocat ne garantit pas pleinement son sérieux et son

honorabilité. Seules les condamnations incompatibles avec la profession d'avocat peuvent avoir des conséquences sur l'exercice de celle-ci ; les amendes pour un simple excès de vitesse (« excès de vitesse anodin ») n'en font pas partie, à la différence des condamnations pour faux dans les titres (ATF 137 II 425, c. 6.1). La doctrine considère notamment comme incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat les condamnations pour infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, telles que le meurtre, l'homicide intentionnel ou les lésions corporelles graves, ainsi que certaines infractions contre l'intégrité sexuelle, les infractions contre le patrimoine, comme l'escroquerie, l'abus de confiance, le vol, le brigandage, l'extorsion, la gestion déloyale, les infractions contre la liberté, comme la menace ou la contrainte, les infractions en matière de faux dans les titres, et les infractions contre l'administration de la justice, comme le blanchiment d'argent (TF, 2C\_1039/2021 et les réf. cit.). Dans le *Message* du Conseil fédéral du 28 avril 1999 *relatif à la LLCA*, des condamnations pour des infractions contre le patrimoine ont été citées comme exemple d'actes incompatibles avec la profession d'avocat (*Message*, FF 1999 5365 ch. 232.52).

(c. 5.3) Selon l'article 5 al. 2 Cst., l'action de l'État doit être proportionnée. La radiation de l'inscription au registre selon l'article 9 LLCA doit donc respecter le principe de proportionnalité. L'autorité de surveillance dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si le comportement pénalement répréhensible du recourant est compatible avec la profession d'avocat. Dans l'exercice de ce pouvoir, elle doit respecter le principe de proportionnalité. Elle doit examiner si les actes, compte tenu de toutes les circonstances, apparaissent d'une gravité telle qu'ils justifient, au regard de l'exigence d'un exercice rigoureux, consciencieux et correct de la profession d'avocat, une mesure aussi lourde que la radiation (TF, 2C\_90/2019, 22 août 2019, c. 6). Si l'autorité de surveillance considère que le comportement répréhensible de l'avocat est incompatible avec la profession d'avocat et conclut ainsi que les conditions de l'article 8 al. 1 LLCA ne sont plus remplies, elle ne dispose alors d'aucune marge d'appréciation et doit impérativement prononcer la radiation (ATF 137 II 425, c. 6.1 ; TF, 2C\_291/2018, 7 août 2018, c. 6.1 ; TF, 2C\_183/2010, 21 juillet 2010, c. 2.3 et 2.6).

(c. 6) Dans ce contexte, le recourant fait valoir en substance que l'autorité précédente a considéré à tort, en raison de l'effet contraignant des constatations de fait de l'ordonnance pénale, qu'il avait participé à des infractions graves contre le patrimoine, incompatibles avec la profession d'avocat. En outre, la radiation du recourant du registre des avocats serait disproportionnée, compte tenu des conséquences sur sa vie professionnelle.

(c. 6.1) Par ordonnance pénale du 26 octobre 2020, le recourant a été condamné pour complicité multiple d'escroquerie au sens de l'article 146 al. 1 en relation avec l'article 25 CP. La condamnation est intervenue dans le cadre de la reprise de C. SA et de D. SA par B. SA (ci-après: B.). Les principaux prévenus dans cette affaire sont l'ancien président du conseil d'administration de B. (1999-2017) ainsi qu'un ancien administrateur (1999-2015) et directeur général (2006-2011) de B. Le recourant aurait notamment aidé les principaux prévenus à dissimuler de manière astucieuse les avantages indus qu'ils avaient réalisés grâce à des participations indirectes dans les entreprises précitées, non divulguées à B. [sa cliente], contribuant ainsi, au moins par dol éventuel, au préjudice subi par B.

(c. 6.2) Il est contesté que le recourant n'a pas formé opposition contre l'ordonnance pénale, de sorte qu'une condamnation pénale au sens de l'article 8 al. 1 let. b LLCA est établie. Le texte de l'article 8 al. 1 let. b LLCA est clair: il se réfère à une condamnation pénale, ce qui inclut également une condamnation fondée sur une ordonnance pénale entrée en force (TF, 2C\_402/2020, 10 décembre 2020, c. 2 [en particulier sur le libellé de l'art. 8 al. 1 let. b LLCA]). Selon l'article 354 al. 3 CPP, l'ordonnance pénale devient un jugement définitif en l'absence d'opposition valable.

(c. 6.3) (Discussion des griefs formulés par le recourant à l'encontre de l'ordonnance pénale qui ne peuvent pas être pris en considération.)

(c. 6.4) L'escroquerie est un crime (art. 146 al. 1 en relation avec l'art. 10 al. 2 CP). Étant donné qu'une peine pécuniaire (avec sursis) a été prononcée, la condamnation doit être inscrite au casier judiciaire (art. 366 al. 2 let. a CP); elle ne disparaît ainsi de l'extrait du casier judiciaire destiné aux particuliers qu'à l'issue du délai d'épreuve, à condition que la personne condamnée se conduise bien (art. 371 al. 3<sup>bis</sup> aCP; TF, 2C\_402/2020, 10 décembre 2020, c. 4.4.3).

(c. 6.5) L'autorité précédente a considéré que le recourant s'était rendu coupable, à deux reprises, dans l'exercice de sa profession d'avocat, d'infractions graves contre le patrimoine qui ont causé un préjudice à l'une de ses clientes (c. 6.1 *supra*). Ces infractions sont de nature à susciter des doutes quant au sérieux et à l'honorabilité du recourant. À cela s'ajoute le fait que la participation à ces infractions a eu lieu dans l'exercice de la profession d'avocat.

(c. 6.6) Le fait que l'autorité précédente se soit fondée sur l'ordonnance pénale entrée en force du 26 octobre 2020 pour établir les faits ne semble pas constituer une violation du droit. Lorsqu'elle a examiné la question de la compatibilité du comportement punissable du recourant avec la profession d'avocat, l'autorité précédente a

notamment pris en considération, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le fait qu'il avait commis les infractions en question dans l'exercice de sa profession d'avocat. Il ne peut donc être exclu que le recourant puisse à l'avenir représenter un danger pour ses clients dans des affaires similaires. Il convient de suivre l'autorité précédente dans la mesure où la participation du recourant aux infractions contre le patrimoine en question n'est pas compatible avec la profession d'avocat. La condamnation pour complicité multiple d'escroquerie est manifestement de nature à compromettre la relation de confiance entre l'avocat et son client (c. 5.2 *supra*), d'autant plus qu'il s'agit de la dissimulation d'informations à l'égard et au détriment de sa cliente (c. 6.1 *supra*). L'autorité précédente n'a donc pas violé le droit fédéral en concluant que la complicité multiple d'escroquerie, pour laquelle le recourant a été condamné par un jugement entré en force, n'était pas compatible avec la profession d'avocat.

(c. 6.7) Si la condition personnelle relative à l'absence de condamnation pour un acte incompatible avec la profession d'avocat n'est plus remplie, l'avocat doit être radié du registre conformément à l'article 9 LLCA, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen de la proportionnalité au cas par cas (c. 5.3 *supra*). Contrairement à ce que fait valoir le recourant, la date très ancienne de la commission de l'infraction, sa bonne conduite depuis lors, son repentir et l'absence d'enrichissement allégué ne peuvent donc jouer aucun rôle. En résumé, l'autorité précédente n'a donc pas violé le droit fédéral en radiant le recourant du registre des avocats.

(c. 7) Le recours est mal fondé et doit être rejeté.

(J.G.)

**Note.** Cet arrêt doit être approuvé. Il est logique que le recourant ne puisse plus soulever, dans le cadre de la procédure disciplinaire, les griefs qu'il aurait dû invoquer dans le cadre de la procédure pénale.

Du point de vue de la proportionnalité, le Tribunal administratif zurichois précisait que la radiation du registre des avocats serait probablement de durée limitée. Il ajoutait que, si le recourant se conduisait bien, la condamnation ne figurerait plus dans l'extrait du casier judiciaire destiné aux particuliers à l'expiration du délai d'épreuve de deux ans (art. 371 al. 3<sup>bis</sup> aCP; depuis l'entrée en vigueur de la *loi fédérale* du 17 juin 2016 *sur le casier judiciaire informatif VOSTRA*, le 23 janvier 2023 [LCJ, RS 330], voir l'art. 41 en relation avec l'art. 40 al. 3 let. b LCJ). Il précisait également que, selon l'article 8 al. 1 let. b LLCA, le recourant pourrait alors se faire réinscrire au registre des avocats et exercer à nouveau dans le domaine du monopole des avocats pour le compte de ses clients (Tribunal administratif zurichois, VB.2021.00459, 11 novembre 2021, c. 4.4.3). Dans le cas d'espèce, le délai

d'épreuve de deux ans est arrivé à échéance le 26 octobre 2022. Ainsi, comme le souligne Markus RÜSLI dans son commentaire de l'arrêt (ZBI 125/2024 p. 50, 56), en raison de l'effet suspensif accordé à son recours en matière de droit public, la radiation du recourant du registre des avocats n'a duré que deux mois après le prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 août 2022.

Cette situation interpelle en ce qui concerne la protection de l'intérêt public. Elle est difficilement compréhensible à la lecture de l'arrêt en question. On y lit en effet que le recourant a commis les infractions en question dans l'exercice de la profession d'avocat et qu'il ne peut donc être exclu qu'il représente à l'avenir un danger pour ses clients dans des affaires similaires (c. 6.6). Or, comme il est peu probable que la procédure devant les autorités judiciaires cantonales et le Tribunal fédéral dure moins de deux ans, le but de la radiation du registre est vidé de son sens si les recours bénéficient d'un effet suspensif durant toute la procédure. Dans le canton de Vaud, un recours dirigé contre une décision de radiation du registre n'a pas d'effet suspensif, sauf décision contraire de l'autorité de recours (art. 40 al. 2 de la *loi* du 9 juin 2015 *sur la profession d'avocat* [LPAv, RS/VD 177.11]). Cette solution semble justifiée dans le but de protéger l'intérêt public.

Au vu de cette jurisprudence, les avocats auront tout intérêt à contester systématiquement leur radiation, puis à demander l'octroi de l'effet suspensif à leur recours devant le Tribunal fédéral, afin de retarder la radiation le plus possible jusqu'à l'expiration du délai d'épreuve. Ils pourront ainsi continuer d'exercer sans interruption. Comme déjà indiqué, cette situation interpelle sous l'angle de la protection de l'intérêt public, intérêt que la LLCA est censée protéger.

(J.G.)

## 7. DIVERS

### 7.1. Responsabilité de l'État

**Renvoi.** ATF 150 II 225 (responsabilité de l'adjudicateur selon la LRCP) sous N° 75.

### 7.2. Domaine public. Sources

#### 80. DEP 2024, 185-195 (15.2.2022/a; 1C\_539/2021) – Qualification d'un ruisseau.

L'affaire concerne un recours déposé à l'encontre d'une décision du Tribunal administratif du canton de Saint-Gall. Le litige porte notamment sur la qualification juridique d'une décision de la commune de Gaiserwald, relative à la détermination d'un cours d'eau, à savoir si celle-ci peut ou non être qualifiée de plan d'affectation au sens de la LAT.

(c. 3-4) S'agissant du droit à des débats publics, le Tribunal fédéral considère qu'une audience, telle que réclamée par le recourant, n'était pas nécessaire en l'espèce, vu la technicité du dossier. La Cour relève par ailleurs que le Tribunal administratif de Saint-Gall avait organisé une visite des lieux avec une audience dans le cadre de la procédure de constatation en matière d'eau, à laquelle avait notamment participé le représentant légal du recourant.

En revanche, s'agissant plus généralement du droit d'être entendu, le Tribunal administratif cantonal avait déjà constaté une violation de cette garantie, car le recourant n'avait pas pu s'exprimer devant des Services cantonaux spécialisés, au moment de la constatation des eaux. Pour autant, la Cour cantonale avait estimé pouvoir guérir cette violation, en permettant au recourant de se prononcer en 2<sup>e</sup> instance sur les rapports rendus par ces Services. Cela étant, le Tribunal fédéral relève que le Tribunal saint-gallois s'était imposé une certaine retenue dans la qualification du ruisseau, à savoir si ce dernier devait ou non être qualifié de «cours d'eau public» au sens de la loi cantonale: il s'était référé sur ce point au pouvoir d'appréciation de l'autorité précédente. Partant, une guérison de la violation du droit d'être entendu par le Tribunal cantonal n'était pas envisageable pour cette question, dès lors que le pouvoir d'examen de la Cour était plus restreint que celui de l'autorité inférieure.

(c. 5) Contrairement à l'avis du recourant, le Tribunal fédéral confirme que la constatation en matière d'eau n'est pas un plan d'affectation. De plus, elle n'autorise en l'espèce aucune construction ou installation au sens de l'article 25a al. 1 LAT et n'ordonne aucune mesure de protection contre les crues ou de protection des eaux