DAS PRAXISMAGAZIN DES SCHWEIZERISCHEN ANWALTSVERBANDES
L'ORGANE PROFESSIONNEL DE LA FÉDÉRATION SUISSE DES AVOCATS
LA RIVISTA PROFESSIONALE DELLA FEDERAZIONE SVIZZERA DEGLI AVVOCATI

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

[3 | 2024]

WALTER FELLMANN / SIMON LEU
Zulässigkeit von Newslettern einer Anwaltskanzlei – BGer 2C_1006/2022 vom 28. November 2023 SEITE / PAGE 117

JÉRÔME GURTNER
Un regard critique sur les règles et la jurisprudence en matière de publicité des avocats SEITE / PAGE 123

Stämpfli Verlag
SAV FSA

INHALTSVERZEICHNIS
TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV 99
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA 101

THEMA / QUESTION DU JOUR

Patrick Sutter Wie die Digitalisierung den Anwaltsberuf verändert (hat) 103
Martin Kayser Coaches auf der Couch 109
Sandra De Vito Bieri Women in the Legal Profession – Celebrating Changemakers 115

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Walter Fellmann / Simon Leu Zulässigkeit von Newslettern einer Anwaltskanzlei – BGer 2C_1006/2022 vom 28. November 2023 117
Jérôme Gurtner Un regard critique sur les règles et la jurisprudence en matière de publicité des avocats 123

RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE 130

SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit / La FSA vous informe 134

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
27. Jahrgang 2024 / 27e année 2024
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitiervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband / Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)
Kochergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

RA Dr. iur. Patrick Sutter
Summelenweg 93, CH-8808 Pfäffikon SZ
Tel. 055 410 73 73
ps@sutter.legal

Kontakt Verlag / Contact maison d'édition
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKu)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 82
mediavermarktung@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für **Adressänderungen** bitte direkt beim SAV. Les membres de la FSA s'adressent directement à la FSA pour leurs **changements d'adresse.**

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 255.–, EUR 291.– (Print und Online);
CHF 195.–, EUR 195.– (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 135.–
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 32.–, EUR 32.–
Mitglieder des SAV gratis / Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. / Tous les prix incluent la TVA de 2,5%
Die Preisangaben in € gelten nur für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich. / Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Copyright
©Titel <<AnwaltsRevue / Revue de l'Avocat>> by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Veröffentlicht werden nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG und den Schweizerischen Anwaltsverband übergeht. Jede Verwertung und Vervielfältigung bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages. / Tous droits réservés. La revue est protégée par la législation sur le droit d'auteur. Ne sont publiées que des contributions originales qui n'ont pas encore été diffusées sous forme imprimée. Les contributions ne sont acceptées qu'à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion soit accordé à Stämpfli Editions SA et à la Fédération Suisse des Avocats. Toute exploitation et reproduction nécessite l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen und Autoren geäusserte Meinungen und Ansichten müssen sich nicht mit denjenigen der Redaktion oder des SAV decken. / Les opinions exprimées dans cette revue par les auteurs sont personnelles et n'engagent ni la rédaction ni la FSA.

UN REGARD CRITIQUE SUR LES RÈGLES ET LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ DES AVOCATS

JÉRÔME GURTNER*
Docteur en droit, greffier au Tribunal administratif fédéral

Mots-clés: newsletters, lettres d'information, publicité, besoin d'information du public

Après une présentation de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_1006/2022 du 28.11.2023, l'auteur se demande s'il était justifié de considérer l'envoi des newsletters comme de la publicité. Il analyse ensuite de manière critique l'exigence du besoin d'information du public de l'art. 12 let. d LLCA. Il termine par quelques réflexions comparatives concernant la publicité des avocats.

I. Présentation de l'arrêt

1. Les faits

Par courriers électroniques de juin et septembre 2019, Me E. s'est adressé à l'Ordre des avocats du canton du Tessin (ci-après: OATI), afin de lui signaler que sa cliente avait reçu, à deux reprises, des newsletters de l'étude d'avocats et de notaires F. Ces newsletters présentaient des développements législatifs et jurisprudentiels récents relevant du domaine d'activité de l'étude, tels que le délai d'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ou l'interdiction de louer un appartement en propriété par étages par le biais d'une plateforme. La destinataire n'ayant pas donné son consentement, son adresse électronique ou ses données personnelles, et n'ayant même pas été contactée d'une autre manière, Me E. a interrogé l'OATI sur la compatibilité d'une telle démarche avec les règles déontologiques.

Le 23.10.2019, la Commission disciplinaire des avocats du canton du Tessin (ci-après: la Commission) a ouvert une procédure disciplinaire à l'encontre de quatre avocats pour une éventuelle violation de l'interdiction de démarcher des clients par le biais de la publicité (art. 12 let. d de la loi fédérale du 23.6.2000 sur la libre circulation des avocats; LLCA, RS 935.61). Invités à prendre position, les intéressés ont contesté les griefs, faisant notamment valoir qu'ils n'avaient envoyé les newsletters qu'à des personnes auxquelles, directement ou indirectement, leur étude d'avocats avait déjà fourni des conseils.

Invité par la Commission le 14.11.2019 à fournir une déclaration écrite et signée de sa mandante indiquant si elle avait déjà été cliente du cabinet d'avocats en question, Me E. a transmis ladite déclaration, qui devait rester secrète dans le dossier.

Le 19.5.2020, la Commission a prononcé une amende de CHF 600.– 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 des connotations intrusives et excessives.

Saisi d'un recours, le Tribunal administratif du canton du Tessin, par arrêt du 22.2.2021, a annulé la décision de la Commission pour violation du droit d'être entendu des quatre avocats et lui a renvoyé l'affaire pour nouvelle décision. Le 12.10.2021, après avoir donné aux quatre avocats la possibilité de se prononcer sur la déclaration de la cliente de Me E., la Commission a confirmé les amendes prononcées.

Le 7.11.2022, le Tribunal administratif du canton du Tessin a admis partiellement le recours des quatre avocats, a annulé la décision de la Commission du 12.10.2021 et l'a réformée, en ce sens qu'un avertissement a été prononcé à leur encontre.

Le 9.12.2022, les quatre avocats (ci-après: les recourants) ont interjeté un recours auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton du Tessin (ci-après: l'autorité précédente), dont ils demandent en substance l'annulation.

2. Le droit

Le Tribunal fédéral a d'abord souligné qu'il n'est pas contesté, en vertu de l'art. 12 let. d LLCA et de l'ancien

* Cette contribution n'engage que son auteur.

art. 16 al. 2 du Code suisse de déontologie (CSD) de la Fédération Suisse des Avocats (depuis le 1. 7. 2023, l'art. 25 CSD), que les avocats peuvent faire de la publicité pour leur étude. Selon lui, il est également incontesté que l'envoi des newsletters litigieuses constitue une publicité au sens des dispositions précitées et que celle-ci satisfait au critère de l'objectivité. Il a en revanche indiqué que savoir si ces newsletters correspondent à un besoin d'information du public est débattu. Il a précisé à cet égard qu'il n'a pas encore examiné si l'envoi de tels documents par un avocat à ses clients répond au critère précité[1].

Il a ensuite relevé que si la doctrine n'exclut pas que l'on puisse, en principe, envoyer une newsletter, une brochure ou une lettre circulaire dans le but de faire connaître un avocat ou un cabinet d'avocats, les auteurs divergent quant aux exigences – relatives au contenu et aux destinataires – auxquelles de tels envois doivent satisfaire pour être conformes au critère du besoin d'information du public. En ce qui concerne le contenu, il a en outre constaté que la doctrine est unanime: seules des informations objectives sont admissibles, à l'exception de toute mention de clients, de volume d'affaires ou de résultats obtenus[2]. En revanche, s'agissant des destinataires, il a constaté que les avis divergent: certains auteurs[3] considèrent que les envois individualisés – c'est-à-dire l'envoi de tels documents aux clients et relations d'affaires actuels pour lesquels le contenu pourrait être intéressant ou qui en auraient fait la demande – sont admissibles, alors qu'un envoi indifférencié, c'est-à-dire à des destinataires inconnus ou non précisés, ne répondrait pas à un besoin d'information du public[4].

Il a par ailleurs ajouté que d'autres auteurs (dont certains se réfèrent à la doctrine allemande citée par les recourants) sont en revanche d'avis qu'un envoi généralisé est permis[5].

En tout état de cause, il a encore signalé que l'envoi ne doit pas être de nature à importuner les destinataires, notamment en raison de sa fréquence, de son caractère intrusif ou de son contenu. Il s'est référé à cet égard à des auteurs qui considèrent qu'il est impensable qu'un avocat envoie des informations sur le droit du divorce ou le droit des successions à des personnes qui ne l'ont jamais consulté à ce sujet[6].

Il a également rappelé la position de l'autorité précédente. Celle-ci a considéré, s'agissant du besoin d'information du public, que les newsletters traitaient de sujets disparates et avaient été envoyées indistinctement à tous les clients – actuels ou non – de l'étude d'avocats. Selon l'autorité précédente, un envoi généralisé à tous ceux qui se sont adressés à l'étude pour des services qui ne sont pas nécessairement liés aux sujets traités dans les newsletters et qui, de surcroît, n'ont pas consenti à les recevoir n'est pas admissible. En effet, une telle publicité, adressée à un large public, est, selon l'autorité précédente, illicite, car elle est susceptible d'inciter les personnes à solliciter les services de l'avocat alors même qu'elles n'en ont pas besoin. Les juges cantonaux sont donc arrivés à la conclusion que l'envoi des newsletters litigieuses ne répondait pas à un besoin d'information du public et violait ainsi l'art. 12 let. d LLCA. Ils ont en revanche considéré que l'envoi des newsletters à un tiers non-client du cabinet d'avocats (en l'occurrence, la cliente de Me E.) n'a pas été pris en considération, car il apparaissait comme un cas isolé, qui relevait d'une erreur admise par les recourants, et non d'un envoi ciblé.

Le Tribunal fédéral a ainsi retenu qu'au vu des faits établis par l'autorité précédente, à savoir que les newsletters litigieuses ont été envoyées à tous les clients passés et actuels de l'étude, sans tenir compte des raisons pour lesquelles ils s'étaient adressés à elle, l'avis du Tribunal cantonal, qui considère ces envois massifs indifférenciés comme une publicité illicite violant l'art. 12 let. d LLCA, apparaît correct et doit dès lors être confirmé. Il a ajouté qu'il convient de souligner que les destinataires des newsletters n'avaient ni manifesté leur intérêt ni donné leur consentement à les recevoir, et que leur contenu ne se limitait pas à des informations spécifiques sur le cabinet d'avocats, mais traitait de sujets plus juridiques sans rapport avec les raisons pour lesquelles ces personnes s'étaient adressées au cabinet d'avocats. En se référant à la doctrine majoritaire, il a conclu qu'une telle publicité ne correspond pas à un besoin d'information du public, qui doit être plus ciblé, et ne répond donc pas aux exigences de la jurisprudence. Le Tribunal cantonal n'a donc pas méconnu le droit fédéral, en retenant que les envois litigieux violent l'art. 12 let. d LLCA[7].

Enfin, il a écarté les griefs des recourants qui soutenaient que les envois litigieux remplissaient les exigences de la publicité ciblée.

Le Tribunal fédéral est par conséquent arrivé à la conclusion que le Tribunal cantonal n'a pas méconnu le droit fédéral, en retenant que les recourants avaient violé l'art. 12 let. d LLCA. Il a confirmé l'avertissement prononcé à leur égard et rejeté leur recours pour le surplus.

II. Commentaire de l'arrêt

1. La distinction entre information juridique et promotion des services

Le Tribunal fédéral considère qu'il est incontesté que l'envoi des newsletters litigieuses constitue de la publicité au sens de l'art. 12 let. d LLCA. À notre avis, cette affirmation aurait mérité quelques développements, d'autant plus que la question se posait pour la première fois dans ce contexte. Si l'on peut admettre que le *sponsoring* est une

1 Arrêt du TF 2C_1006/2022 du 28. 11. 2023 (publication ATF prévue), consid. 5.
2 *Idem,* consid. 5.2 et la réf. cit.
3 *Idem,* consid. 5.2 et les réf. cit.
4 *Idem,* consid. 5.2 et la réf. cit.
5 *Idem,* consid. 5.2 et les réf. cit.
6 *Idem,* consid. 5.2 et les réf. cit.
7 *Idem,* consid. 5.4.

forme de publicité[8], il est légitime de se demander si l'envoi de lettres contenant des informations juridiques tombe également dans cette catégorie.

La LLCA ne prévoit aucune définition de la publicité. Celle-ci peut être définie comme «le fait d'exercer une action psychologique sur le public à des fins commerciales, spécialement, de faire connaître un produit et d'inciter à l'acquérir»[9]. La Commission Suisse pour la Loyauté considère la notion de «communication commerciale», qui englobe toutes les formes de publicité, comme «toute mesure qui influence systématiquement l'attitude d'un certain nombre de personnes vis-à-vis de certains Produits [sic] ou situations commerciales ayant pour objectif principal d'inciter ces personnes à conclure une transaction [...]»[10]. Elle précise que cette notion englobe toutes les formes de publicité, comme le marketing, le *sponsoring* et le travail de relations publiques[11]. Certains auteurs estiment que la notion de publicité doit être interprétée au sens large, ce qui inclurait les opérations de relations publiques de l'avocat[12]. En France, le Règlement intérieur national de la profession d'avocat (ci-après: RIN; état au 27.10.2023) qualifie la publicité personnelle de l'avocat comme «toute forme de communication destinée à promouvoir les services de l'avocat» (art. 10.1 RIN). La publicité se distingue en revanche de la diffusion en matière juridique de renseignements et informations à caractère documentaire[13].

Il convient au préalable de relever que l'état de fait de l'arrêt commenté est extrêmement succinct s'agissant du contenu des newsletters en question; celui du Tribunal cantonal ne permet pas d'en savoir plus.

L'auteur du présent commentaire a pu consulter les deux newsletters dont le contenu peut être décrit comme suit. La première, outre la présentation de certains développements législatifs et jurisprudentiels, mentionne quelques informations concernant le cabinet d'avocats, les services qu'il offre à ses clients, ainsi que le but poursuivi par les newsletters. Concernant ce dernier point, il est indiqué, en substance, que les avocats de l'étude souhaitent partager avec leurs lecteurs quelques questions juridiques actuelles et intéressantes, qu'ils jugent utile d'examiner et d'approfondir, et qui relèvent de leur domaine d'activité. Quant à la seconde, elle présente uniquement des développements jurisprudentiels (en l'occurrence, des arrêts du Tribunal fédéral) et législatifs. Enfin, les deux newsletters offraient à leurs destinataires la possibilité de se désabonner.

En l'espèce, si la première newsletter peut être considérée comme une publicité, dans la mesure où elle présente le cabinet d'avocats et les services qu'il propose, ce qui peut s'apparenter à une promotion des services de l'avocat, voire à une opération de relations publiques, la seconde devrait à notre sens échapper à cette définition. En effet, une simple information juridique, sans promotion des services de l'avocat, ne devrait pas être considérée comme une publicité. Par ailleurs, vu qu'il s'agit d'une information à caractère juridique, dépourvue de finalité commerciale, l'inclure dans la notion d'opération de relations publiques, concept au demeurant vague et pouvant englober n'importe quelle démarche de l'avocat, irait trop loin à notre sens. On peut enfin douter qu'il existe un intérêt public à réglementer ce genre de communication. En résumé, il serait opportun de retenir qu'une diffusion en matière juridique de renseignements et informations à caractère documentaire n'est pas de la publicité.

Des arguments plaident également en faveur de cette solution. Il est notoire que les clients cherchent aujourd'hui sur Internet des réponses à leurs questions juridiques avant de consulter un professionnel du droit et que les informations qui s'y trouvent ne sont pas toujours fiables. D'ailleurs, certains experts estiment que 90% des contenus sur Internet seront créés par l'intelligence artificielle en 2025[14]. Dans ce contexte, on peut se demander s'il est opportun de considérer l'envoi d'informations juridiques à des clients comme de la publicité, ce qui pourrait dissuader les avocats («chilling effect») d'utiliser ce moyen de communication et priver les clients d'informations fiables provenant d'un professionnel du droit. Enfin, considérer l'information juridique comme de la publicité, soumise à des exigences strictes, constitue également une restriction importante des garanties fondamentales des libertés d'opinion et d'information des avocats et de leurs clients (art. 16 Cst.; art. 10 CEDH).

2. Un examen critique de l'exigence du besoin d'information du public

L'avocat peut faire de la publicité, pour autant que celle-ci, entre autres, satisfasse «à l'intérêt général» ou, selon les versions allemande («Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit») et italienne («bisogni d'informazione del pubblico»), qui correspondent à la volonté du législateur[15], au «besoin d'information du public» (art. 12 let. d LLCA). Dans

8 Arrêt du TF 2C_259/2014 du 10.11.2014; sur cette question, cf. JÉRÔME GURTNER, *Le sponsoring d'un club sportif par un avocat: Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_259/2014 du 10 novembre 2014,* in: Revue de l'avocat 6/7/2015, p. 293–298, p. 295–296.

9 Dictionnaire Le Robert, disponible sur: https://dictionnaire.lerobert.com/definition/publicite (consulté le 28.01.2024).

10 Commission Suisse pour la Loyauté, Règles relatives à la loyauté dans la communication commerciale, Règle nº A.3, état: juillet 2023.

11 *Idem.*

12 ANDREA SCHÜTZ, *Anwaltswerbung in der Schweiz – UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA?,* 2010, p. 69; BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat,* 2009, N 1485.

13 Art. 66-1 de la Loi nº 71-1130 du 31.12.1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques; cf. également, Conseil National des Barreaux (CNB), *Vade-mecum de la communication des avocats,* 3e éd., octobre 2023, p. 12.

14 Yahoo Finance, *90% of online content could be 'generated by AI by 2025', expert says,* le 13.1.2023, disponible sur: https://finance.yahoo.com/news/90-of-online-content-could-be-generated-by-ai-by-2025-expert-says-201023872.html (consulté le 12.2.2024).

15 BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat* (note 12), N 1495.

sa jurisprudence, le Tribunal fédéral applique ce critère de manière rigoureuse. Il se réfère souvent à l'arrêt qui avait confirmé la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un avocat, qui avait diffusé un flash publicitaire sur les tableaux d'affichage de l'ancien Stade de glace de Bienne, lors des matchs du Hockey Club Bienne[16]. Dans cette affaire, l'avocat soutenait, de façon pertinente selon nous, que le besoin d'information du public est difficile à déterminer, dans la mesure où la publicité ne correspond jamais à un véritable besoin. Faisant écho à ce grief, l'auteur du présent commentaire avait alors relevé, dans une contribution datant de 2015, ce qui suit: «La publicité, par définition, est une activité ayant pour but de faire connaître un produit ou un service. Le critère du besoin d'information du public y est à notre sens étranger, pour ne pas dire contradictoire. Il serait pour le moins surprenant ou même improbable que chaque publicité corresponde systématiquement à un besoin particulier d'information du public, à moins bien évidemment que le public en question recherche activement une telle information»[17]. Il était ainsi arrivé à la conclusion que le critère du besoin d'information du public, tel qu'il était appliqué par le Tribunal fédéral dans cet arrêt, conduisait à des restrictions trop importantes.

Il ressort également de l'arrêt commenté que cette condition implique de procéder à un examen dont le résultat est difficilement prévisible et vérifiable. En effet, comment le Tribunal fédéral peut-il être certain que les newsletters présentant des développements jurisprudentiels et législatifs ne correspondaient à aucun besoin d'information des clients? À notre avis, il n'a aucun moyen de le savoir, d'autant plus qu'aucun client actuel et passé de l'étude ne s'est plaint de la réception de ces lettres (hormis la cliente de Me E., qui les avait reçues par erreur et n'était pas une cliente des recourants). De plus, le Tribunal fédéral part de la prémisse selon laquelle un client qui consulte un avocat dans un domaine précis aura ensuite un besoin d'information limité à ce domaine. Ce n'est probablement pas toujours le cas. Prenons l'exemple d'un client qui consulte un avocat dans le cadre d'un divorce. Une fois la procédure terminée, le client ne souhaitera peut-être plus recevoir d'information à ce sujet. Mais est-ce que cela signifie pour autant que ce client ne souhaiterait pas être informé par son avocat de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données? Et si l'avocat l'informait de cette nouveauté législative, est-il opportun de le sanctionner disciplinairement pour publicité illicite? Ces exemples montrent que le critère du besoin d'information du public est peu pertinent et difficilement prévisible.

Par ailleurs, la solution retenue dans l'arrêt commenté pénalise les petites études d'avocats, composées d'avocats généralistes. Ceux-ci auront en effet tendance à informer leurs clients de développements jurisprudentiels et législatifs dans les domaines variés dans lesquels ils pratiquent, ce qui ne sera pas jugé suffisamment ciblé à la lumière de ce critère. À l'inverse, le département spécialisé d'une grande étude d'avocats pourra se plier sans difficulté à ces exigences.

Il convient également de se demander si ce critère, tel qu'il est appliqué par la jurisprudence, remplit son objectif, à savoir protéger la confiance du public dans la profession d'avocat et sa réputation. On peut à cet égard douter que les deux lettres envoyées aient mis la confiance du public dans la profession d'avocat en danger et entaché sa réputation. D'autre part, peut-on réellement penser qu'un client qui reçoit une newsletter d'un avocat contenant des informations juridiques sera incité à solliciter ses services de la même manière qu'une publicité l'inciterait à consommer des chocolats Ferrero Rocher? À notre avis, le client qui prend connaissance d'information concernant le délai d'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs n'ira pas consulter son avocat pour introduire une telle action, s'il n'en a pas besoin.

On relèvera enfin une certaine incohérence du système. Le Tribunal fédéral a examiné la licéité de l'envoi des deux newsletters sous l'angle du besoin d'information du public, critère qui n'apporte aucune réponse prévisible et concrète au problème, alors que la loi fédérale du 19. 12. 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241) contient une disposition spécifique qui réglemente l'envoi de publicité par courrier électronique (art. 3 al. 1 let. o LCD). En effet, selon l'art. 3 al. 1 let. o, première phrase, LCD, la publicité par courrier électronique est possible à condition que les personnes aient explicitement donné leur consentement avant d'être démarchées (opt-in). L'art. 3 al. 1 let. o, deuxième phrase, LCD prévoit une exception à l'exigence de requérir préalablement le consentement des clients lorsque la personne prospectée est cliente de l'entreprise et la prospection concerne des services similaires fournis par la même entreprise, et la personne a la possibilité de s'y opposer (opt-out). Ainsi, dans le cas particulier, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus opportun, par souci de clarté et pour renforcer la sécurité juridique, d'appliquer, au moins par analogie, les conditions de l'art. 3 al. 1 let. o LCD.

3. Quelques réflexions comparatives concernant la publicité des avocats

Dans la contribution de 2015 précédemment citée, l'auteur relevait – de manière certes ironique, mais reflétant néanmoins une certaine réalité – que l'art. 12 let. d LLCA est interprété «avec une telle rigueur que les seuls encarts publicitaires admissibles pour les avocats semblent devoir ressembler à des avis mortuaires, lesquels ne seront, au surplus, acceptés qu'à certaines occasions particulières uniquement (p. ex. l'ouverture d'un cabinet d'avocats ou l'entrée d'un nouvel associé)»[18]. Il insistait par ailleurs sur

16 Arrêt du TF 2C_259/2014 du 10. 11. 2014.
17 GURTNER, *Le sponsoring* (note 8), p. 297; cf. également CHAPPUIS/GURTNER, *La profession d'avocat,* 2021, N 259–260.
18 GURTNER, *Le sponsoring* (note 8), p. 297.

l'importance, compte tenu de la concurrence entre les avocats au niveau international, de veiller à ce que les avocats suisses puissent bénéficier des mêmes possibilités de faire de la publicité que dans les pays qui nous entourent, afin de garantir un *level playing field*[19]. On ajoutera également que les cabinets d'avocats en Suisse sont en concurrence avec d'autres acteurs du marché, comme les banques, les fiduciaires ou les assurances de protection juridique, qui échappent aux exigences de l'art. 12 let. d LLCA.

L'importance du droit comparé, qui permet une circulation des idées, n'est plus à démontrer. Le Tribunal fédéral y recourt dans ses arrêts concernant le droit de la profession d'avocat. Il s'est notamment référé à des solutions étrangères en ce qui concerne la forme et l'organisation des études d'avocats[20], ainsi que la réglementation des honoraires[21]. Il est donc utile d'examiner les possibilités qui existent à l'étranger en matière de publicité des avocats également.

En France, la loi nº 71-1130 du 31. 12. 1971 autorise l'avocat à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée (art. 3 bis al. 2). Celles-ci sont permises si elles procurent une information sincère sur la nature des prestations de services proposées et si leur mise en œuvre respecte les principes essentiels de la profession (art. 10.3 al. 1 RIN). Sont en particulier expressément prohibées les publicités mensongères ou trompeuses, les mentions comparatives ou dénigrantes, ainsi que les mentions susceptibles de créer dans l'esprit du public l'apparence d'une qualification professionnelle non reconnue (art. 10.2 RIN). Tous les supports, y compris des émissions radiophoniques ou télévisées, sont envisageables aux fins de réaliser une publicité personnelle[22]. La Commission des Règles et usages (RU) du Conseil National des Barreaux (CNB) a notamment considéré que les publicités suivantes étaient admissibles[23]:

- un avocat qui affiche, par flocage sur sa voiture, ses nom, adresse et numéro de téléphone;
- un avocat qui appose son logo et ses coordonnées sur une plaquette et sur un véhicule participant au rallye humanitaire dont il est partenaire;
- un avocat qui laisse à ses clients des jetons de caddies de supermarchés portant ses coordonnées;
- un avocat qui achète de l'espace publicitaire dans un stade;
- un avocat qui envoie des flyers par voie postale et électronique;
- un avocat qui insère une publicité dans la publication périodique d'un établissement d'enseignement privé;
- un avocat qui diffuse une publicité au dos d'un ticket de caisse de supermarché;
- un cabinet d'avocats qui offre à des particuliers les droits d'inscription à une compétition sportive et un maillot portant le logo du cabinet;
- un avocat qui appose une annonce publicitaire sur un panneau d'affichage réservé au personnel d'un hôpital;
- un avocat qui adresse une lettre circulaire aux membres d'une association dont il est adhérent;
- un avocat qui organise sur le réseau social Instagram, un jeu-concours ayant pour objet de faire gagner une carte-cadeau.

En Allemagne, un avocat n'est autorisé à faire de la publicité pour des services juridiques que dans la mesure où cette publicité fournit des informations objectives sur la forme et le contenu de l'activité professionnelle et ne vise pas à l'obtention d'un mandat dans un cas particulier[24]. L'avocat est libre de choisir le support et le média publicitaires[25]. La publicité est donc autorisée, entre autres, dans les médias imprimés, à la radio, à la télévision, au cinéma, sur Internet, sur des affiches, des prospectus, un panneau de stade, des t-shirts, des parapluies, un maillot d'équipe, à l'intérieur d'une grille de mots croisés, sur des bus, ou encore des portières de voiture ou de taxi[26]. Il n'existe pas non plus de limite concernant la taille des annonces publicitaires[27]. La Cour constitutionnelle fédérale a jugé que le *sponsoring* d'événements culturels par des avocats est en principe autorisé, à condition que les événements soutenus soient sérieux et que la manière dont le *sponsoring* a été annoncé, comme la mention du sponsor sur une affiche publicitaire de l'événement, ne soit pas qualifiée de publicité inappropriée et exagérée[28]. Dans une autre affaire, elle a considéré que l'avocat qui propose sur un site Internet de vente aux enchères deux consultations de 60 minutes sur des questions en droit de la famille et droit des successions, avec des prix de départ à EUR 1.–, respectivement à EUR 75.–, ainsi qu'un service de conseil exclusif (cinq heures de temps), avec un prix de départ à EUR 500.–, ne viole pas ses obligations professionnelles et ne met pas en danger le bon fonctionnement de la profession d'avocat[29].

Au regard de ce qui précède, force est de constater que les avocats français et allemands disposent d'une marge de manœuvre en matière de publicité inconnue des avocats suisses. En effet, il apparaît que la plupart des exemples mentionnés ci-dessus ne respecteront pas, entre autres, l'exigence du besoin d'information du public, telle qu'elle est appliquée en Suisse par les tribunaux.

19 GURTNER, *Le sponsoring* (note 8), p. 298. Sur cette notion, cf. également JÉRÔME GURTNER, *La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme, Étude de droit comparé,* 2016, p. 16–18, 314.
20 ATF 138 II 440, consid. 11.
21 ATF 143 III 600, consid. 2.6.3.
22 BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS/ADER/DAMIEN, *Règles de la profession d'avocat,* 17e éd., 2022, N 463.23.
23 CNB, *Vade-mecum* (note 13), p. 20 ss et les réf. cit.
24 § 43b Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO); voir aussi § 6 Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA).
25 STEFAN PEITSCHER, *Anwaltsrecht,* 3e éd., 2021, N 493 et les réf. cit.
26 *Idem,* N 493 et les réf. cit.
27 *Idem,* N 494.
28 Bundesverfassungsgericht, arrêt du 17. 4. 2000, 1 BvR 721/99.
29 Bundesverfassungsgericht, arrêt du 19. 2. 2008, 1 BvR 1886/06.

Lorsque l'on sait que la LLCA et le CSD posent le principe selon lequel l'avocat peut faire de la publicité[30], cette situation interpelle. Il est en effet légitime de se demander si une application trop stricte des conditions prévues dans la LLCA n'aurait pas pour effet de renverser ce paradigme selon la règle suivante: la publicité est en principe interdite, sauf si les exigences d'objectivité et du besoin d'information du public sont réalisées.

Sous l'empire de la LLCA, le Tribunal fédéral s'est prononcé cinq fois en 24 ans sur des affaires concernant la publicité des avocats[31]. Ces cas, qui ont tous conduit à la confirmation des sanctions disciplinaires qui avaient été prononcées, ne permettent pas de déceler une évolution ou un assouplissement des principes, alors que la société et la pratique du métier d'avocat ont changé[32]. Il serait à notre sens opportun de réexaminer la pertinence de certains critères appliqués en Suisse de manière parfois trop dogmatique et rigoureuse. En particulier, l'abandon ou l'assouplissement de l'exigence du besoin d'information du public, antinomique à toute forme de publicité, offrirait aux avocats une plus grande souplesse, sans mettre en danger le public ou ternir l'image de la profession d'avocat.

D'une manière générale, il serait plus pragmatique de se focaliser sur le contenu des publicités qui devrait, notamment, être véridique, respectueux du secret professionnel, ne contenir aucun élément incorrect, induisant en erreur, trompeur ou dénigrant, au lieu de se concentrer sur les supports et les endroits où ces derniers sont affichés ou consultés.

30 Art. 12 let. d LLCA; art. 25 al. 1 CSD. Voir aussi le Message du 28. 4. 1999 concernant la LLCA, qui relevait déjà ce qui suit: «Une interdiction générale de toute publicité ne se justifie donc plus, ni pour les avocats, ni pour les clients. Il n'y a plus guère d'intérêt public qui justifie une telle interdiction» (FF 1999 5331, p. 5370).

31 ATF 139 II 173; arrêts du TF 2C_1006/2022 du 28. 11. 2023 (publication ATF prévue); 2C_985/2021 du 16. 11. 2022; 2C_259/2014 du 10. 11. 2014; 2A.98/2006 du 24. 7. 2006.

32 Sur l'évolution générale, cf. GURTNER, *La réglementation* (note 19), p. 7–26.