

FR_GERICHTE 601 2019 78 vom 18. März 2020

FR Kantonsgericht, 2020-03-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_601_2019_78

FR: FR_GERICHTE 601 2019 78 du 18 mars 2020

IT: FR_GERICHTE 601 2019 78 del 18 marzo 2020

Regeste

Arrêt de la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal | Anwälte, Notare

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai et les formes prescrits – et l'avance des frais de procédure ayant été versée en temps utile – le recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. a du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) en relation avec l'art. 37 de la loi cantonale du 12 décembre 2002 sur la profession d'avocat (LAv; RSF 137.1). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur ses mérites.

E. 2

Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (lettre b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, la Cour ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA).

E. 3.1

Aux termes de l'art. 6 LLCA, l'avocat titulaire d'un brevet d'avocat cantonal qui entend pratiquer la représentation en justice doit demander son inscription au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle (al. 1). L'autorité de surveillance l'inscrit s'il remplit les conditions prévues aux art. 7 et 8 (al. 2). L'art. 7 LLCA définit les conditions de formation, alors que l'art. 8 LLCA énonce les conditions personnelles. Selon cette dernière disposition, pour être inscrit au registre cantonal, l'avocat doit notamment être en mesure de pratiquer en toute indépendance; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal (art. 8 al. 1 let. d). L'indépendance comme condition de l'inscription (art. 8 al. 1 let. d LLCA) est dite institutionnelle: l'avocat doit s'organiser de manière à pouvoir exercer son activité de façon indépendante. L'art. 12 let. b et c LLCA énonce la règle de l'indépendance matérielle, selon laquelle l'avocat doit veiller, dans chaque affaire qui lui est confiée, à exercer son activité de manière indépendante, en évitant notamment tout conflit d'intérêts (ATF 138 II 440 consid. 3 p. 443; arrêt TF 2C_433/2013 du

E. 3.2

L'indépendance institutionnelle au sens de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA doit garantir que l'avocat puisse se consacrer entièrement à la défense des intérêts de ses clients, sans être influencé par des circonstances étrangères à la cause. L'art. 8 al. 1 let. d, 2ème phrase, LLCA envisage

le cas où l'avocat salarié est employé par une étude organisée sous la forme traditionnelle d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes, dont respectivement l'exploitant et les associés sont eux-mêmes inscrits au registre des avocats. Une évolution plus récente a conduit à ce que des avocats s'associent pour la pratique du barreau, en constituant une personne morale dont ils sont les employés.

E. 3.3

L'art. 8 al. 1 let. d LLCA pose clairement le principe selon lequel, pour être inscrit au registre, l'avocat ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 Il découle ainsi de l'art. 8 LLCA que l'indépendance indispensable à l'exercice d'une activité d'avocat est exclue si l'avocat exerce sa profession pour une personne qui n'est pas inscrite au registre des avocats (ATF 138 II 440 consid. 6). Le Tribunal fédéral a certes retenu qu'une interprétation littérale de la règle d'indépendance posée à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA était, dans certaines situations, trop restrictive. Il n'est, en particulier, pas compatible avec la liberté économique d'interdire toute activité indépendante d'avocat, au motif que la personne exerce parallèlement une autre activité salariée pour des employeurs non inscrits à un registre cantonal. L'indépendance requise à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA n'exclut donc pas qu'à côté d'un emploi pour un non-avocat une personne puisse exercer en qualité d'avocat. En exigeant que l'employeur de l'avocat requérant son inscription soit lui-même inscrit dans un registre cantonal, la règle de l'art. 8 al. 1 let. d, 2ème phrase, LLCA garantit que le premier étant soumis à la LLCA et à la surveillance disciplinaire, il ne mésuse pas de sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans un sens contraire aux intérêts du client. C'est ainsi le statut de son employeur qui garantit l'indépendance de l'avocat employé (ATF 140 II 102 consid. 4.1.2). Or, à la différence de l'avocat, le tiers non inscrit à un registre cantonal n'est soumis ni aux règles professionnelles, ni à la surveillance disciplinaire. C'est pour cette raison que le Tribunal fédéral considère que, dans le cadre d'une société anonyme d'avocats, l'indépendance est assurée pour autant que celle-ci soit conçue de manière que seuls des avocats inscrits puissent influencer la relation d'emploi (ATF 144 II 147 consid. 5.3.2).

4. Dans le cas d'espèce, il s'agit de déterminer si les statuts de la société recourante satisfont aux règles de la jurisprudence précitée et en particulier à celle prévoyant que seuls des avocats inscrits dans un registre cantonal peuvent être titulaires d'actions de ladite société.

4.2. Le Code des obligations prévoit de manière générale, par l'intermédiaire des art. 685b et 685c CO, la possibilité d'imposer des restrictions à la transmissibilité des actions. Ces deux dispositions prévoient un régime ordinaire et un régime particulier, c'est-à-dire pour les acquisitions intervenant dans le cadre d'une succession, d'un partage successoral, d'un régime matrimonial ou d'une exécution forcée. Les règles des art. 685b et 685c CO ne s'appliquent que dans la mesure où la société dont les actions sont concernées a prévu que le transfert des actions est soumis à l'approbation de la société, c'est-à-dire qu'elle a adopté une clause statutaire d'agrément (TRINDADE, in Commentaire romand – Code des obligations II, 2ème éd., 2018, art. 685b, n. 1 ss). Sous l'angle procédural, la demande d'agrément doit être présentée par l'acquéreur et n'est soumise à aucun délai de par la loi; elle prend normalement la forme d'une requête en inscription au registre des actionnaires. Si l'acquéreur renonce à présenter la demande, il n'en devient pas moins propriétaire des actions. Il ne sera cependant pas en mesure de faire valoir les droits (sociaux et patrimoniaux) qui en découlent aussi longtemps qu'il n'aura pas demandé son agrément

(TRINDADE, art. 685b, n. 58 ss). L'agrément au transfert d'action peut être refusé par la société en raison de justes motifs dits "statutaires", c'est-à-dire qu'ils doivent d'une part, être décrits précisément dans les statuts et d'autre part, concerner la composition du cercle d'actionnaires et justifier un refus eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise. En contrepartie, la société a l'obligation de formuler une offre d'achat portant sur l'ensemble des titres transférés soumis à l'agrément (TRINDADE, art. 685b, n. 12 ss).

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 L'art. 685c CO règle notamment les conséquences du refus d'agrément dans le cadre d'une acquisition particulière. (al. 2). Cette disposition admet que lorsque les transferts interviennent ex lege le transfert de propriété ne peut être conditionné par l'agrément de la société. On admet donc que la propriété des actions passe directement à l'acquéreur, toutefois ce dernier n'est pas autorisé à exercer les droits liés à l'action. Aussitôt que celui-ci dépose la demande d'agrément, il est en droit d'exercer les droits d'actionnaire autres que les droits sociaux. Enfin si cet acquéreur se voit opposer un refus d'agrément, deux possibilités se présentent: soit il accepte l'offre de rachat de la société et perd la propriété des actions ainsi que l'ensemble des droits qui y sont liés, soit il reste dans la situation dans laquelle il était avant la décision d'agrément et peut exercer les droits d'actionnaires exceptés le droit de vote et les droits y relatifs. Si la société n'a pas refusé l'agrément dans un délai de trois mois, l'acquéreur est réputé agréé (art. 685c al. 3 CO) (TRINDADE, art. 685c, n. 8 ss). 5. 5.1. Au vu de ce qui précède, c'est donc en accord avec la loi que la société B. _____ SA s'est constituée sous la forme d'une société anonyme (cf. ATF 144 II 147). Cependant, il faut encore que celle-ci respecte les exigences institutionnelles imposées par la profession. Ainsi, afin de sauvegarder l'indépendance exigée par l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, les statuts doivent prévoir une clause permettant de limiter la transmissibilité des actions pour éviter qu'un avocat non inscrit dans un registre cantonal dispose de la qualité d'actionnaire. Dans ce contexte, la société a instauré dans ses statuts, à l'art. 7.3, la clause suivante: le CA doit refuser son accord si l'acquéreur d'actions n'est pas un avocat inscrit dans un registre d'avocat d'un canton suisse. Les statuts précisent également à l'art. 7.5 que si les actions ont été acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, la société peut refuser son approbation sans indication de motifs si elle offre à l'acquéreur de reprendre les actions en cause à leur valeur réelle. L'acquéreur ne dispose des droits sociaux qui sont liés aux actions ainsi acquises qu'au moment où le CA a donné son accord au transfert. Dans sa décision du 28 janvier 2019, la Commission du barreau a estimé que ces statuts n'étaient pas conformes et que l'art. 7.5 devait être complété en ce sens que si la société n'offre pas à l'acquéreur de reprendre ses actions à leur valeur réelle, l'acquéreur, dans la mesure où il ne remplit pas les conditions de l'art. 7.3, aura l'obligation, dans un délai d'un an, de transférer ses actions à un tiers remplissant les conditions de l'art. 7.3. En effet, la Commission a relevé l'existence de trois situations qu'elle qualifie de problématiques si ce complément statutaire n'était pas ajouté, car des personnes n'ayant pas la qualité d'avocat inscrit pourrait potentiellement devenir actionnaire et ainsi compromettre le fait que seuls des avocats inscrits doivent pouvoir influencer la relation d'emploi. 5.2. Il ressort de l'échange d'écritures que toutes les parties sont conscientes qu'en matière d'acquisition d'actions selon le régime particulier, il peut exister des cas de figure très particuliers dans lesquels, une personne qui n'est pas avocate pourrait devenir actionnaire et, par ce biais, exercer cas échéant une influence indue, ne serait-ce que patrimoniale, sur la société, tout en respectant pleinement l'art. 685c CO. 5.3. A cet égard, avant d'aborder la question du point de vue des statuts de la société, il convient tout d'abord de constater que, si une de ces éventualités

devait se réaliser, il appartiendra

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 aux avocats concernés d'en tirer les conséquences sur le plan des règles professionnelles. Dès l'entrée d'un tiers non-avocat dans l'actionnariat de la société par le biais de l'art. 685c CO, les avocats employés de cette société ne rempliront plus les exigences d'indépendance prévues par l'art. 8 LLCA. D'une manière similaire à ce qui se fait en cas de décès d'un avocat indépendant associé à des confrères, il appartiendra aux avocats actifs dans la société d'informer immédiatement la Commission du barreau, qui prendra les dispositions nécessaires pour assurer le respect des règles professionnelles en fonction de la situation concrète. Dans le cadre de sa surveillance, elle pourra, selon le cas, accorder un bref délai aux avocats concernés pour rétablir ou faire rétablir une situation conforme dans l'actionnariat de la société. D'autres mesures sont envisageables (par exemple, la suspension des intéressés jusqu'à la mise en conformité) qui peuvent aller jusqu'à la radiation du registre professionnel. Il apparaît dès lors que l'autorité intimée dispose de moyens suffisants pour imposer aux avocats soumis à sa surveillance le respect des règles professionnelles en cas d'ingérence d'un tiers non-avocat dans la société à laquelle ils participent en qualité d'actionnaire ou d'employé. 5.4. Cela étant, le but poursuivi par la clause litigieuse est différent. Elle ne vise pas les avocats employés/actionnaires, de toute manière soumis à la surveillance professionnelle, mais la personne qui acquiert des actions de la société sans être elle-même avocate et qui, par conséquent, échappe au pouvoir de surveillance. Elle pose des règles de comportement fondées directement sur les statuts, qui s'imposent à l'actionnaire non-avocat et dont la violation peut, cas échéant, être sanctionnée par un juge. Si l'on combine cette exigence statutaire, qui règle le cas où la société n'a pas offert de reprendre ses actions à leur valeur réelle, avec la situation ordinaire où l'actionnaire non agréé vendra ses actions (reprises à leur valeur réelle), on doit constater que la clause litigieuse couvre l'essentiel des hypothèses consécutives à une acquisition particulière d'actions. Elle remplit donc son but en s'adressant directement à l'actionnaire, ce que ne peut pas faire l'autorité intimée dans le cadre de son activité de surveillance. Il était donc judicieux que la Commission exige l'introduction d'une clause statutaire pour fixer un comportement du tiers actionnaire. Cette exigence permet d'assurer l'indépendance institutionnelle de la société et s'avère pleinement compatible avec le droit de la société anonyme. 5.5. Pour le reste, s'il devait se présenter des situations exceptionnelles non couvertes par la clause litigieuse, il sera toujours possible pour l'autorité intimée d'en tirer les conséquences en lien avec l'activité des avocats concernés, employés et actionnaires d'une société qui ne présenterait plus les garanties d'indépendance (cf. ci-dessus consid.5.3). De même, l'existence d'un délai relativement long d'un an fixé à l'actionnaire non-avocat pour se défaire des actions n'empêche pas l'autorité de surveillance de prendre en parallèle des mesures d'accompagnement plus immédiates pour assurer l'indépendance individuelle des avocats jusqu'à rétablissement d'une situation conforme. L'intensité de ces mesures et le délai à respecter sous l'angle de la proportionnalité avant d'intervenir dépend des circonstances. 5.6. Enfin, il faut constater que la nouvelle pratique de l'autorité intimée fait suite à la jurisprudence du Tribunal fédéral du 15 décembre 2017 (ATF 144 II 147). C'est donc en vain que les recourants entendent se référer à des situations antérieures à cet arrêt - qu'ils ne prennent pas la peine de nommer - pour se plaindre d'une inégalité de traitement. Tout au plus peut-on inviter la Commission à revoir les autorisations déjà accordées pour s'assurer que les éventuelles sociétés en cause respectent les normes qui ont été précisées par le Tribunal fédéral.

E. 6

Mal fondé, le recours doit ainsi être rejeté. Il appartient aux recourants qui succombent de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA). Pour le même motif, ils n'ont pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). la Cour arrête : I. Le recours est rejeté. Partant, la décision du 28 janvier 2019 est confirmée. II. Les frais de procédure sont mis par CHF 1'500.- à la charge des recourants. Ils sont compensés avec l'avance de frais effectuée. III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. IV. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 18 mars 2020/era/cpf La Présidente : La Greffière-stagiaire :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.