

# Le rôle des instances ordinales dans la prévention et le traitement des difficultés des professions libérales



D.R.

Par Igor Doumenc,  
avocat.

Au moment où la campagne pour l'élection du bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris bat son plein, et qu'il s'agit là d'un thème de campagne important (dans la mesure où l'Ordre des avocats doit se structurer au plus vite aux fins de répondre au mieux à ses nouvelles prérogatives), rappelons que la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a étendu à toutes les professions libérales le bénéfice du droit commun des procédures collectives<sup>1</sup>.

**D**orénavant, les libéraux bénéficient du même dispositif préventif (mandat ad hoc et conciliation<sup>2</sup>), curatif (sauvegarde<sup>3</sup> et redressement judiciaire<sup>4</sup>) et liquidatif (liquidation judiciaire<sup>5</sup>) que les sociétés. Ce dispositif est néanmoins assorti de mesures propres à assurer le particularisme de l'activité libérale. En particulier, les ordres professionnels dont relève l'individu en difficultés financières sont confortés dans leurs fonctions de garant de leur profession.

## 1 – Le rôle des ordres dans le dispositif préventif

**1.1.** Le dispositif préventif de la loi paraît le mieux adapté aux libéraux confrontés à des difficultés financières passagères. En effet, le mandat ad hoc n'est en principe soumis à aucune obligation de divulgation vis-à-vis du ministère public et de l'ordre dont relève l'intéressé. Ce dispositif paraît donc le mieux adapté à une prévention discrète des difficultés.

**1.2.** Les ordres sont en revanche omniprésents dans la procédure de conciliation. En effet, la décision d'ouverture

de cette procédure par le président du TGI est nécessairement communiquée à l'ordre dont relève l'intéressé<sup>6</sup>, qui est ensuite entendu ou appelé lorsque le tribunal statue sur l'homologation éventuelle de l'accord amiable<sup>7</sup>.

## 2 – Le rôle des ordres dans le dispositif curatif et liquidatif

**2.1.** Même s'ils sont essentiellement cantonnés à un rôle de surveillance du bon déroulement de la procédure, les ordres professionnels sont étroitement associés au dispositif curatif et liquidatif de la loi (sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires). A titre d'exemples, le tribunal ne statue sur l'ouverture d'une procédure qu'après avoir entendu ou dûment appelé le représentant de l'ordre<sup>8</sup> ; ce dernier est consulté lors de l'élaboration du bilan économique, social et environnemental du débiteur<sup>9</sup> ; sa présence est nécessaire lors de l'inventaire des biens du débiteur ; il donne son accord sur la destination des archives en cas de liquidation judiciaire<sup>10</sup>. L'ordre peut également saisir le tribunal d'une demande en remplacement de l'administrateur, de l'expert, du mandataire judiciaire et du liquidateur<sup>11</sup>.

1. Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

2. Article L. 611-5 du Code de commerce.

3. Article L. 620-2 du Code de commerce.

4. Article L. 631-2 du Code de commerce.

5. Article L. 640-2 du Code de commerce.

6. Article L. 611-6 du Code de commerce.

7. Article L. 611-8-II du Code de commerce.

8. Article L. 621-1 (sauvegarde), article L.631-7 (redressement judiciaire) et article L. 641-1-I (liquidation judiciaire) du Code de commerce.

## L'actualité juridique en bref

Par Charlotte Lambert, Sarrau Thomas Couderc

### La faute contractuelle et le tiers au contrat

Les obligations issues d'un contrat n'ont d'effet qu'entre les cocontractants. Mais la violation d'une de ces obligations par l'un d'entre eux peut parfois entraîner un préjudice à l'égard d'un tiers au contrat qui pourra, de ce fait, intenter une action en responsabilité délictuelle. Tout le problème en pratique résulte de la nature de

la faute qu'il faudra démontrer. Jusqu'ici, il existait deux courants bien distincts. Le premier<sup>1</sup>, qui est le moins favorable au tiers, oblige ce dernier à démontrer que l'inexécution constitue la violation d'une obligation générale de prudence et de sécurité ou un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui. Le second<sup>2</sup>, au contraire, a tendance à assimiler le manquement contractuel à une faute délictuelle. L'avantage pour le tiers étant qu'il peut prouver son dommage en

démontrant seulement qu'il a été causé par un manquement contractuel. Une décision de la chambre plénière de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2006<sup>3</sup> a permis de trancher le débat en permettant, en l'espèce, à un locataire-gérant, qui exploitait un fonds de commerce dans les locaux donnés en location au propriétaire du fonds, d'agir en responsabilité délictuelle contre le bailleur dès lors que les manquements de ce dernier dans l'exécution du contrat de

bail lui avaient causé un dommage. Par là même, la Cour de cassation favorise l'indemnisation de la victime sans qu'il soit nécessaire de prendre en compte sa qualité de partie ou de tiers au contrat. ■

1. Reflété par la position de la chambre commerciale de la Cour de cassation

2. Reflété par les 1<sup>ère</sup> et 3<sup>ème</sup> chambres civiles de la Cour de Cassation

3. Cass. ass. plén. 6 octobre 2006 n°541 PBRI, Loubeyrec / Sté Myr'Ho.

**2.2.** Pour toutes ces procédures collectives, l'ordre est nommé d'office contrôleur, ce qui accroît davantage ses prérogatives<sup>12</sup>. La mission du contrôleur est d'assister le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ainsi, l'ordre prend connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, et reçoit copie des principaux documents élaborés par ces derniers (état des réponses des créanciers aux propositions de règlement des dettes du débiteur, offres de cession, compte rendu de fin de mission, etc.).

### 3 – Préservation du particularisme des professions libérales

**3.1.** Parmi les mesures dérogatoires du droit commun, le législateur a choisi de suspendre l'application de l'article L 626-4 du Code de commerce, qui permet de subordonner l'adoption d'un plan de sauvegarde au remplacement

- 9. Article L 623-3 du Code de commerce.
- 10. Article L 642-23 du Code de commerce.
- 11. Articles L 621-7 et L 641-1 du Code de commerce.
- 12. Article L 621-10 du Code de commerce.
- 13. Article L 626-4 du Code de commerce.
- 14. Article L 642-1 du Code de commerce.
- 15. Articles L 651-2 (responsabilité pour insuffisance d'actif) et L 652-1 (obligations aux dettes sociales) du Code de commerce.
- 16. Article L 654-1 du Code de commerce.
- 17. Article L 653-11 in fine du Code de commerce.

du ou des dirigeants de l'entreprise. Ainsi, même s'il requiert l'application de la procédure de sauvegarde, le professionnel libéral ne peut en aucun cas être déposé de son entreprise<sup>13</sup>.

**3.2.** La loi énonce par ailleurs que dans le cadre du redressement judiciaire, la cession judiciaire (de tout ou partie de leurs actifs) par des libéraux exerçant en nom ne peut porter que sur des éléments corporels<sup>14</sup>. Cela revient à exclure la possibilité de céder leur clientèle, qui est pourtant l'actif présentant le plus de valeur pour le désintéressement des créanciers. En pratique, cela revient à réduire l'intérêt du plan de cession.

**3.3.** La loi de sauvegarde préserve enfin le pouvoir disciplinaire des ordres. En effet, si le professionnel libéral en difficulté relève du juge des procédures collectives pour le prononcé d'éventuelles condamnations pécuniaires<sup>15</sup> et pénales<sup>16</sup>, seule son instance ordinale est compétente pour l'application des sanctions professionnelles et disciplinaires<sup>17</sup>. ■

# Clause de garantie de passif ou clause de révision de prix : quelle clause préférer dans le cadre de l'acquisition d'une entreprise ?



D.R.

**Par Alexis Frasson-Gorret, avocat, Sarrau Thomas Couderc**

**Même si la distinction est encore critiquée par quelques auteurs, la doctrine ainsi que la pratique semblent aujourd'hui s'accorder pour distinguer deux grands types de clauses de garantie.**

La clause de garantie de passif stricto sensu ou «garantie de reconstitution» par laquelle le cédant s'engage à indemniser la société cible ou les créanciers de celle-ci de toute augmentation de passif, ou diminution d'actif, ou variation négative de la situation nette, dont l'apparition est postérieure à la cession, mais dont la cause ou l'origine est antérieure. La garantie de valeur ou «clause de révision de prix» est la clause par laquelle le cédant s'engage à dédommager l'acquéreur dans ces mêmes situations étant précisé que, dans ce cas, il s'agit seulement d'assurer la valeur des droits sociaux cédés et non de restaurer la société dans son intégralité première. Le choix entre ces clauses doit être effectué avec soin et adapté à chaque opération d'acquisition d'entreprise<sup>1</sup>. Un manque d'anticipation à cet égard peut priver de toute efficacité la garantie et ruiner par là même l'équilibre contractuel que les parties avaient voulu créer au cours de leurs négociations.

**L'étendue de la garantie : plafond et proportionnalité**  
Sur ce point, il faut rappeler qu'une clause de révision de prix est plafonnée au prix de cession et proportionnelle à la quote-part du capital cédée tandis qu'une clause de

garantie de passif est illimitée dans son montant et n'est en rien proportionnelle à la fraction des droits sociaux cédés. Il est donc d'une absolue nécessité pour l'acquéreur d'éviter cette qualification en révision de prix lorsque le prix de cession est faible par rapport au passif potentiel de la cible<sup>2</sup>. Bien au contraire le vendeur a tout intérêt à favoriser une telle qualification. Pour ce faire il est préférable, pour ce dernier, de qualifier expressément le contrat de garantie de valeur. En revanche, si on est face à une clause de garantie de passif, il conviendra pour le vendeur de bien négocier un plafond ainsi que, le cas échéant, une franchise<sup>3</sup> ou un seuil de déclenchement<sup>4</sup>. A défaut de telles précautions, le cédant pourrait être amené à supporter un coût financier parfois bien supérieur au prix de cession reçu.

#### Les bénéficiaires de la garantie.

En présence d'une clause de révision de prix, seul l'acquéreur des titres peut mettre en jeu la responsabilité du garant, la société cible ne pouvant en principe pas agir. En effet, la jurisprudence considère généralement qu'en raison de l'absence d'une stipulation pour autrui, la garantie ne bénéficie normalement qu'au cessionnaire des titres.

- 1. Sans en négliger les conséquences fiscales.
- 2. Ou que le risque d'ouverture d'une procédure collective doit être pris au sérieux.
- 3. Le montant de celle-ci viendra en déduction des sommes réclamées.
- 4. A la différence de la franchise, le montant de celui-ci ne viendra pas en déduction des sommes réclamées.