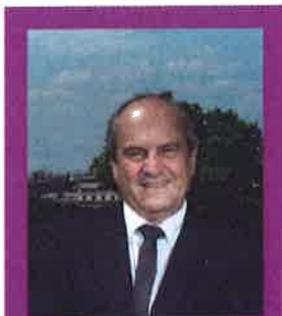


ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'Ordre face à l'avocat en difficulté financière 280n0

L'essentiel

Si les avocats en difficulté sont en principe soumis au régime de droit commun des procédures collectives, ils connaissent quelques particularités en raison de leur statut de professions réglementées et de l'existence de procédures disciplinaires à leur encontre. Dans ce contexte, l'Ordre joue un rôle majeur, à la fois en matière de prévention et en matière de sanction.



Étude par

Thierry MONTÉRAN
 Avocat au barreau de Paris, UGEC Avocats, président d'honneur du Centre d'information sur la prévention des entreprises en difficulté (CIP national), co-président de la commission Entreprises en difficulté de l'ACE, membre du conseil de l'Ordre de Paris

Une activité économique peut être exercée soit à titre individuel, soit par l'intermédiaire d'une société d'exercice.

Lorsqu'ils traversent des difficultés financières, les professionnels libéraux sont soumis aux mêmes règles que les autres exploitants et ne relèvent pas de la procédure de surendettement des particuliers.

Ainsi, depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, le livre VI du Code de commerce s'applique aux professionnels libéraux lorsqu'ils traversent des difficultés financières, mais avec toutefois un certain nombre de particularités pour les professions régle-

mentées, professions indépendantes soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et, parmi celles-ci, celles qui sont soumises à des règles disciplinaires. C'est le cas des avocats.

Ces particularités marquent l'indépendance de l'Ordre pourvu d'un pouvoir disciplinaire et se traduisent ainsi par un transfert de pouvoir du tribunal à l'ordre professionnel, qui se voit investi de missions et de devoirs particuliers.

Ces droits et devoirs, ces prérogatives ainsi conférés aux ordres professionnels ne sauraient servir de paravent à des professionnels pour que ne soient pas jugés des actes qui, s'ils étaient soumis à une juridiction de droit commun, seraient reconnus fautifs et, à ce titre, pourraient engager la responsabilité de leur auteur. Le rôle des ordres, face aux difficultés des avocats, peut être analysé sous deux angles :

- le premier est celui de l'Ordre aux côtés de l'avocat dans son rôle de prévention et d'accompagnement de l'avocat avant ou pendant la procédure collective ;
- le second est celui de l'Ordre face à l'avocat dans son rôle de régulateur de la profession mais également au titre de son devoir de solidarité.

I. L'ORDRE AUX CÔTÉS DE L'AVOCAT

L'Ordre est à l'écoute des difficultés des avocats et cette écoute se décline sous l'angle de la prévention, c'est-à-dire

de tout moyen qui permet d'anticiper les difficultés à venir et de tenter de les résoudre avant qu'elles ne s'aggravent. Il s'agit ici principalement de la prévention-détection (B).

Mais l'Ordre accompagne également l'avocat au cours des procédures collectives en sa qualité de contrôleur de droit, de toute procédure ouverte à l'encontre d'un professionnel libéral qui lui est soumis (C). Préalablement, seront rappelées les évolutions concernant la compétence du tribunal au regard de l'article 47 du Code de procédure civile pour les avocats (A).

A. La compétence du tribunal au regard de l'article 47 du Code de procédure civile pour les avocats

En droit commun, le tribunal compétent, en matière de difficulté d'entreprise, est celui du lieu où le débiteur, personne physique, exerce son activité, en général celui inscrit au registre du commerce et, pour les sociétés, le lieu du siège social.

S'agissant d'une activité civile, la procédure relève du tribunal de grande instance. Pour les avocats, la question dans un premier temps était de savoir si l'article 47 du Code de procédure civile s'appliquait ou non en matière de procédure collective, question à laquelle la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 octobre 2008, avait jugé que l'article 47 devait s'appliquer, y compris pour l'ouverture d'une procédure collective ⁽¹⁾.

Le professeur Jean-Luc Vallens, qui avait critiqué l'arrêt d'appel, relevait que la finalité supérieure de l'article 47 assurait l'impartialité de la juridiction ⁽²⁾. La question s'est alors posée de savoir si l'article 47 pouvait être également opposé à la juridiction du juge-commissaire nommé par le jugement d'ouverture, ce qui aurait eu pour conséquence d'entraîner de sérieuses difficultés d'organisation.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 31 janvier 2012 ⁽³⁾, critiqué par une partie de la doctrine, avait censuré la cour d'appel de Paris, laquelle avait considéré que l'article 47 n'était pas applicable devant le juge-commissaire. L'utilisation que l'on pourrait qualifier d'*optimum* de la disposition de l'article 47 du Code de procédure civile par certains de nos confrères a conduit à une désorganisation du contentieux ouvert devant la juridiction du juge-commissaire, ce qui a amené le législateur à tenter d'y mettre

(1) Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-20801 : Bull. civ. IV, n° 177.

(2) Vallens J.-L., « Un avocat en redressement judiciaire doit pouvoir bénéficier de la délocalisation prévue par le NCPC », D. 2007, p. 1702.

(3) Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-25693 : Bull. civ. IV, n° 15.

un terme par la nouvelle disposition du décret du 30 juin 2014.

La difficulté a finalement été réglée par le nouvel article R. 662-3-1 du Code de commerce, issu du décret du 30 juin 2014⁽⁴⁾, qui a exclu expressément l'application de l'article 47 du Code de procédure civile aux litiges qui relèvent de la compétence du seul juge-commissaire.

B. Le rôle de l'Ordre en matière de prévention

En matière de prévention, en droit commun, l'article L. 611-2 du Code de commerce permet au président du tribunal, lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une entreprise individuelle commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, de convoquer ses dirigeants pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

L'article L. 611-2-1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014⁽⁵⁾, prévoit que cette disposition est également applicable aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

1. L'information transmise par le président du tribunal de grande instance

Cependant, par exception, si la personne physique ou morale concernée exerce la profession d'avocat, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire ou d'officier public ou ministériel, le président du tribunal de grande instance ne procède qu'à l'information de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont elle relève sur les difficultés portées à sa connaissance relativement à la situation économique, sociale, financière et patrimoniale de l'avocat.

En application de l'article R. 611-10-1 du Code de commerce, le président du tribunal informe donc l'ordre des avocats dont relève l'intéressé par une note exposant les difficultés portées à sa connaissance et qui sont de nature à compromettre la continuité de l'activité du professionnel.

Cette note est alors transmise par le greffier au bâtonnier par LRAR ; le représentant de l'Ordre est alors invité à faire connaître au président du tribunal, dans les mêmes formes, les suites données à cette information dans un délai d'un mois. Si l'obligation de l'Ordre n'est que de répondre dans un délai d'un mois, le contenu de la réponse n'est pas fixé mais on ne saurait imaginer que le bâtonnier de l'ordre des avocats puisse indiquer au président du tribunal qu'il s'occupe du dossier sans lui indiquer ce qu'il entend faire. Le bâtonnier n'a donc d'autre choix que de convoquer sans délai le professionnel libéral pour l'informer des craintes légitimes ou supposées que fait naître son activité professionnelle et recueillir ses explications.

À la suite de cet entretien, il rédigera, conformément à l'article R. 611-11 du Code de commerce, un rapport ne mentionnant que la date et le lieu de l'entretien, ainsi que l'identité des personnes présentes, ce procès-verbal étant

signé par le bâtonnier ou son délégué et la ou les personnes convoquées. À défaut de présence de l'avocat, il rédigera un procès-verbal de carence et en informera le président du tribunal.

2. La prévention-détection initiée au sein de l'ordre des avocats

Le bâtonnier est informé des éventuels défauts ou retards de paiements des cotisations à l'Ordre, du respect des cotisations dues au Conseil national des barreaux (CNB), des cotisations à la Caisse de retraite nationale des barreaux français (CNBF) et des éventuelles assignations ou réclamations de tout ordre délivrées contre les avocats. Le bâtonnier devra alors convoquer l'avocat dont il y a lieu de penser que sa situation financière risque de compromettre la poursuite de son activité.

Rien ne l'empêche de prendre contact avec les administrations fiscales et sociales qui, selon nous, dans le cadre de la prévention-détection, se doivent de communiquer au bâtonnier les renseignements sur la situation financière de l'avocat pouvant être en difficulté. L'article L. 611-2 du Code de commerce prévoit expressément qu'à l'issue de l'entretien ou si le dirigeant ne s'est pas rendu à la convocation, le président du tribunal – ici par délégation nécessaire le bâtonnier – peut obtenir, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, la communication des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'avocat, notamment de la part des administrations publiques, organisme de sécurité et de prévoyance sociale, service chargé de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiements.

En effet, si le président du tribunal de grande instance se trouve privé du pouvoir de convocation en entretien de prévention-détection concernant les membres des professions judiciaires, ce dernier est pour les avocats transmis du président au bâtonnier. Ce rôle de prévention-détection relève donc de la responsabilité de l'Ordre et il sera simplement rappelé qu'interfère ici le pouvoir disciplinaire de l'ordre des avocats dès lors que le défaut de règlement des cotisations à l'Ordre et des cotisations d'assurance, des cotisations au CNB, des services de l'Ordre et des sommes dues à la CNBF sont des infractions à la déontologie et, à ce titre, susceptibles de sanctions disciplinaires. Ces défauts de règlement peuvent également faire l'objet d'une omission financière prononcée contre l'avocat. Le non-règlement de la TVA ou des parts salariales, de cotisations sociales pénalement sanctionnées peuvent être également poursuivies sur le terrain disciplinaire.

L'Ordre cumule donc deux missions en matière de prévention-détection :

- l'une qui lui est propre, à partir des renseignements qu'il a pu obtenir, soit dans un contrôle de comptabilité, soit en étant informé du retard de paiement des sommes dues à titre principal à l'ordre des avocats, au CNB, à la CNBF mais également aux administrations fiscales et sociales ;
- l'autre qui lui est transmise par le président du tribunal de grande instance.

Ces prérogatives doivent être exercées, à défaut de quoi, elles le seront par une autre autorité et il n'est pas imaginable que ce défaut puisse engager la responsabilité de l'Ordre. Il n'est pas traité ici de la prévention-traitement

(4) D. n° 2014-736, 30 juin 2014.

(5) Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

(mandat *ad hoc* ou conciliation) qui ne peut être mise en œuvre qu'à la demande de l'avocat en difficulté adressée au seul président du tribunal de grande instance.

Enfin, selon l'article L. 611-6, alinéa 4, du Code de commerce, l'ordonnance d'ouverture d'une mesure de conciliation est transmise à l'ordre professionnel qui, en cas de demande d'homologation et aux termes de l'article L. 611-9, est entendu par le tribunal.

3. À Paris, existence d'un service de prévention : le BIP – Bureau d'information et de prévention

L'ordre des avocats de Paris a mis en place depuis plusieurs années une cellule de prévention, indépendante de l'alerte du président du tribunal de grande instance. Ce bureau, dirigé par un avocat connaissant parfaitement le droit des entreprises en difficulté, ancien membre du conseil de l'ordre de Paris, effectue cette mission de prévention avec efficacité et humanité.

C'est ainsi que, sur la base des renseignements transmis par les différents services de l'ordre, quelque 400 avocats sont convoqués chaque année afin qu'un point sur leur situation financière soit fait et qu'ils puissent être orientés. L'efficacité du système se mesure par la prise de conscience rapide des difficultés par l'avocat concerné.

Enfin, chaque année, près de 40 avocats sollicitent spontanément le BIP. Encore faut-il que l'avocat se rende à la convocation, faute de quoi et après plusieurs vaines convocations, son dossier sera traité au service des omissions administratives.

4. L'omission du tableau : une menace efficace, un outil inadapté

L'omission est la suppression définitive ou temporaire d'un avocat du tableau par décision motivée du conseil de l'Ordre⁽⁶⁾. Elle peut être prononcée pour des raisons d'incompatibilité d'exercice ou financières. Ainsi, le défaut de règlement dans les délais de la contribution que chaque avocat doit payer aux charges de l'Ordre, sa cotisation à la CNBF ou au CNB, ou encore les sommes dues au titre des droits de plaidoiries peuvent faire l'objet d'une omission dite financière. L'omission est ainsi une forte incitation faite aux avocats à payer leurs cotisations.

Cette disposition spéciale, relative au règlement à bonne date de certaines cotisations, ne pose pas de difficulté si l'avocat ne se trouve pas en état de cessation des paiements. Elle permet, si elle est utilisée de façon systématique, d'interroger l'avocat en retard du paiement de ses cotisations sur les causes de ses éventuelles difficultés financières et de l'orienter vers les mesures de prévention et les bons interlocuteurs. Ainsi, l'omission peut être un bon outil de prévention.

Le règlement intérieur du barreau de Paris (RIBP) reprend ces éléments et va plus loin car il envisage la situation d'ensemble de l'avocat pouvant être en difficulté. L'article P. 73.1 du RIBP permet d'office au conseil de l'ordre de prononcer l'omission de l'avocat ou d'une structure d'exercice en cas de cessation des paiements. Lorsque l'omission est susceptible d'être prononcée, l'avocat est convoqué par un membre du conseil de l'ordre ou un

ancien membre désigné à cet effet, par lettre recommandée avec accusé de réception, remise 15 jours avant la convocation.

Dans le cadre de cette convocation, soit un accord est trouvé mettant fin à ce qui pourrait être un état de cessation des paiements, soit, à défaut d'accord, il sera dressé un rapport et le dossier pourra alors être renvoyé devant le conseil de l'ordre. L'avocat sera donc convoqué à nouveau devant le conseil de l'ordre en formation restreinte ou en formation plénière, par lettre recommandée avec accusé de réception, avec un nouveau délai de 15 jours. L'examen du dossier de cet avocat aura lieu *a minima* plus d'un mois et demi après la constatation d'un état de cessation des paiements...

En droit commun, l'exploitant, ici un avocat, est tenu de déposer une déclaration de cessation des paiements ou de solliciter la nomination d'un conciliateur dans les 45 jours de la constatation de l'état de cessation des paiements, faute de quoi il est susceptible d'engager sa responsabilité personnelle. On le voit, la procédure d'omission, qui a pour objet d'interdire à l'avocat de poursuivre son activité, est totalement inadaptée au règlement des difficultés des avocats, qui passe par la présentation d'un plan soit de sauvegarde, soit de redressement judiciaire.

Il n'y a pas d'autre choix à la constatation d'un état de cessation des paiements que d'aider l'avocat selon les voies du droit commun, soit en l'incitant à solliciter auprès du président du tribunal de grande instance la nomination d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur si l'état de cessation des paiements ne remonte pas à plus de 45 jours, soit de déposer une déclaration de cessation des paiements. Le rôle de l'Ordre, créancier, est donc ambigu puisqu'il est susceptible d'interdire à un avocat de poursuivre son exploitation pour le règlement des créances qui lui sont propres et, en même temps, de l'empêcher de solliciter les outils offerts par le Livre VI du Code de commerce.

5. Améliorer la prévention : l'assurance prévention

Il est communément admis que plus la détection et le traitement des difficultés sont précoces, meilleures sont les chances de réussite de ces mesures.

L'amélioration de la détection passe donc par la collecte et l'analyse des données financières les plus récentes possible, principalement des créanciers fiscaux, sociaux et ordinaires. Les efforts pour l'amélioration de la prévention-détection doivent être maintenus et accentués. Il reste que seule une véritable politique en matière de prévention, par la souscription obligatoire d'une assurance prévention de tous les avocats, permettra une avancée significative des résultats de mesures de prévention-détection et du traitement des entreprises en difficulté.

Rappelons ici que cette assurance prévention, créée à l'initiative des experts-comptables, associés au CIP national⁽⁷⁾, permet le financement des services avisés d'un expert-comptable pour l'établissement d'un diagnostic et des comptes prévisionnels, d'un avocat spécialisé et du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur nommé par le président du tribunal. Cette avancée significative a été, une

(6) D. n° 91-1197, 27 nov. 1991, art. 104 et s.

(7) Bricard A. et Montéran T., « L'Assurance Santé Entreprise : une garantie d'accès à la prévention », JCP E 2012, n° 26.

fois n'est pas coutume, adoptée et saluée à l'unanimité par l'assemblée générale du CNB. Il ne reste à l'ordre des avocats qu'à souscrire cette assurance et donc, à effectuer le bon choix budgétaire. Cette mesure de solidarité et de prévention a un coût mais, dès lors qu'une telle mesure est souscrite collectivement, ce coût est inférieur à 20 € par professionnel.

C. Le rôle de l'Ordre en qualité de contrôleur de droit

Aux termes de l'article L. 621-1 du Code de commerce, applicable en sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire, le tribunal statue sur l'ouverture d'une procédure après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel.

1. L'Ordre est contrôleur de plein droit

Mais lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé, dans les mêmes conditions, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, le débiteur relève. Il appartient alors à l'ordre des avocats de faire connaître au greffe la personne habilitée à le représenter. Cette désignation doit être effectuée car elle permet de centraliser les informations sur un interlocuteur unique. À défaut de cette déclaration, le bâtonnier exerce cette fonction.

Une fois la procédure ouverte, le juge-commissaire qui a été nommé désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande.

Cependant, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente est d'office contrôleur. Autrement dit, nul n'est besoin pour l'ordre des avocats de déposer une demande, qu'il soit ou non créancier, il est d'office contrôleur. Il n'est pas non plus tenu par le délai de vingt jours à compter du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure, puisque sa désignation intervient de plein droit.

À Paris, l'ordre des avocats est représenté à toutes les audiences par un avocat spécialisé et particulièrement dévoué et, en cas d'absence, par un ancien membre du conseil de l'ordre. Il assure ainsi une liaison régulière avec le tribunal, le Parquet et les mandataires de justice.

2. Information du contrôleur

Les contrôleurs peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur judiciaire et au mandataire judiciaire⁽⁸⁾. Ils sont informés du contenu des offres sur lesquelles ils sont consultés et entendus à propos de toutes les phases de la procédure collective et, à ce titre, convoqués aux audiences.

Tous les rapports des mandataires de justice doivent leur être adressés. En cours de procédure, ils peuvent demander le remplacement des mandataires de justice, le prononcé de la liquidation judiciaire et, le cas échéant, en

cas de carence du mandataire judiciaire, effectuer directement un certain nombre de procédures, notamment en cas de sanctions patrimoniales.

Ainsi, l'Ordre, qui est également autorité de poursuite, est contrôleur et, à ce titre, bénéficie de l'ensemble des informations lui permettant, le cas échéant, de comprendre les difficultés financières traversées par l'avocat, d'en apprécier les causes, de mesurer le montant et la structure du passif, ce qui lui permettra, le cas échéant, d'en tirer les conséquences à son niveau, c'est-à-dire dans le cadre de l'exercice de son pouvoir disciplinaire.

En outre, l'inventaire des actifs de l'avocat ne peut se faire qu'en présence d'un représentant de l'Ordre qui a pour mission de s'assurer que l'inventaire ne vient pas porter atteinte au secret professionnel⁽⁹⁾.

II. L'ORDRE FACE À L'AVOCAT

Dans ses fonctions de régulateur de la profession, l'Ordre veille au respect des règles déontologiques susceptibles d'être malmenées au cours d'une liquidation judiciaire, c'est-à-dire la mise en œuvre d'éventuelles sanctions si des fautes ont été commises (A).

Les difficultés de l'avocat libéral peuvent avoir de multiples causes, dont les aspects financiers ne sont que la conséquence, sans que puissent être suspectées d'éventuelles infractions disciplinaires. L'avocat doit alors être assisté et aidé au titre du devoir de solidarité (B).

A. Le rôle de l'Ordre en tant que juge sanctionnateur

Tout débiteur soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est susceptible de se voir appliquer trois types de sanctions :

- sanctions pécuniaires : responsabilité pour insuffisance d'actif ;
- sanctions dites personnelles : faillite personnelle et interdiction de gérer ;
- sanctions pénales.

Avant d'étudier les sanctions de droit commun, relevons quelques exemples de faits constatés susceptibles d'être sanctionnés.

Les sanctions en droit commun des procédures collectives ont pour objet de réprimer les actes délictueux commis par des dirigeants malhonnêtes et d'éliminer du circuit économique les dirigeants particulièrement incompetents. En ce qui concerne les avocats, les mêmes actes doivent être appréciés au regard de la qualité d'auxiliaire de justice et donc de loyauté.

Nous avons relevé parmi les actes pouvant être sanctionnés les exemples suivants :

- Cumul des procédures collectives :

Après qu'il ait bénéficié d'une première procédure de sauvegarde ou redressement judiciaire et obtenu un plan de redressement, un avocat poursuit son exploitation en générant de nouvelles dettes qui conduisent à l'ouverture d'une liquidation judiciaire. L'avocat reprend alors son activité dans un cadre sociétal.

(8) C. com., art. L. 621-11.

(9) C. com., art. L. 622-6, al. 4.

– Passif très important :

Un avocat accumule un passif d'exploitation supérieur à une ou deux années de chiffre d'affaires en omettant de payer les charges sociales, la TVA et cotisations diverses.

– Dissimulation d'actif ou de passif :

L'avocat, en liquidation, cache l'existence d'un actif important, parts de SCI, bien immobilier, et s'abstient de coopérer avec les organes de la procédure.

– Absence de comptabilité probante et non-déclaration de TVA :

L'avocat s'abstient de tenir une comptabilité et de remplir ses différentes déclarations, notamment de TVA, qu'il ne paye pas.

1. Les sanctions pécuniaires : personnes morales

La responsabilité pour insuffisance d'actif prévue aux articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce ne peut être initiée qu'après le prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire.

Elle est connue sous le nom d'action en comblement de passif qui s'applique à l'encontre des dirigeants, des personnes morales, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents, des dirigeants personnes morales.

Ne s'appliquant pas aux entrepreneurs individuels, à la seule exception des EIRL, elle s'applique donc aux dirigeants de personnes morales d'exercice de la profession d'avocat mais non pas aux avocats exerçant à titre individuel, exception faite des EIRL.

2. La faillite personnelle et l'interdiction de gérer

Ces sanctions, qui peuvent être prononcées en cas d'ouverture de procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, visent à éliminer du circuit économique les dirigeants trop maladroits ou incompetents en matière de gestion et ont pour objet d'interdire la direction d'une entreprise ou l'exercice de leur activité à titre indépendant pendant un délai fixé par le tribunal pouvant aller jusqu'à quinze ans.

La faillite personnelle prononcée contre un exploitant individuel permet aux créanciers, à la clôture de la procédure de liquidation judiciaire, de retrouver leur droit de poursuite, qu'ils avaient perdu au moment de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

Le tribunal peut prononcer à la place de la faillite personnelle une simple interdiction de gérer qui n'emporte pas les conséquences financières décrites ci-dessous. Ces actions sont enfermées dans un délai de trois ans à compter de la liquidation et la durée des interdictions est limitée à quinze ans.

Cependant, l'article L. 653-2, alinéa 3, du Code de commerce prévoit que ces dispositions ne sont pas applicables aux personnes physiques ou dirigeants de personnes morales exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, soumises à des règles disciplinaires et donc aux avocats.

Conséquences :

– Ni la faillite personnelle, ni l'interdiction de gérer ne peuvent être prononcées contre des avocats ;

– Si ces faits peuvent être qualifiés de fautes disciplinaires, ils seront, le cas échéant, poursuivis sur ce seul terrain (v. ci-après).

Néanmoins, on relèvera que l'ouverture de la liquidation judiciaire d'un avocat l'empêche de pouvoir exercer à titre individuel pendant la durée de la liquidation judiciaire⁽¹⁰⁾. Ainsi, pendant la durée des opérations de la liquidation judiciaire, l'avocat ne pourra exercer que sous une forme salariale, quitte à renoncer à l'exercice de la profession et s'omettre pendant la durée nécessaire.

À la clôture de la liquidation judiciaire, l'avocat pourra retrouver un exercice individuel, sauf s'il a été sanctionné par son ordre et frappé d'une mesure ordinaire l'empêchant d'exercer.

3. Les infractions pénales, principalement la banqueroute

L'article L. 654-1 du Code de commerce prévoit que ces sanctions sont applicables à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur ou toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et donc aux avocats.

Dans cette hypothèse, l'article L. 654-6⁽¹¹⁾ permet au tribunal correctionnel de prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale n'ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive. Réapparaît donc ici la faculté pour le tribunal correctionnel de prononcer la faillite personnelle d'un avocat que ni la juridiction de droit commun ni l'ordre des avocats n'auraient pu prononcer.

4. L'inadéquation du système actuel de sanctions

Le régime des sanctions personnelles n'est pas adapté à la profession d'avocat. Pour mieux comprendre les enjeux, il faut se référer au droit commun.

Le tribunal ayant ouvert la procédure collective peut prononcer à l'encontre du débiteur les sanctions d'interdiction de gérer ou de faillite personnelle. Cependant, l'article L. 653-1-I, alinéa 5, du Code de commerce en exclut l'application aux membres des professions indépendantes et, à ce titre, soumis à des règles disciplinaires.

Ainsi, pour les avocats, les sanctions personnelles, de faillite personnelle et d'interdiction de gérer ne leur sont pas applicables, à la seule exception de l'hypothèse de poursuites pénales devant le tribunal correctionnel lequel peut, à titre de sanctions accessoires, les prononcer. Il appartient donc à l'Ordre, dans le cadre de sanctions disciplinaires, de mettre en œuvre, le cas échéant, la sanction qu'il estime appropriée.

Cette différence de traitement a été relevée dans un article du professeur Françoise Pérochon intitulé : « Le privilège des notables indélébiles »⁽¹²⁾.

(10) C. com., art. L. 641-9-III.

(11) Rédaction de l'article C. com., art. L. 654-6, modifiée à la suite de la décision du Cons. const., 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC.

(12) Pérochon F., « Le privilège des notables indélébiles », D. 2005, p. 1146 ; v. égal. Delattre C., sous TGI Poitiers, 10 juin 2011, n° 11-01309 : Rev. proc. coll. n°5, sept. 2011, étude 28.

En pratique, l'ordre des avocats se trouve confronté à un choix : engager ou non des poursuites disciplinaires et donc, à la nécessité d'une information sur les causes de la liquidation judiciaire, le montant et la structure du passif.

La question est alors de savoir quelles sanctions prononcer.

En effet, au regard de l'article 183 du décret du 27 novembre 1991, toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse... expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires de l'article 184 et du même décret. Il ne fait pas de doute que le non-règlement des cotisations dues à l'Ordre, au CNB ou à la CNBF constitue une infraction disciplinaire et peut entraîner une omission financière.

Il ne fait pas de doute non plus que le non-règlement des cotisations salariales ou de la TVA constitue également des infractions susceptibles d'être pénalement poursuivies et, à ce titre, des infractions disciplinaires. Les peines disciplinaires pouvant être prononcées par l'Ordre, aux termes de l'article 184, sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire pour une durée ne pouvant excéder trois années et la radiation du tableau des avocats.

C'est ici qu'apparaît l'une des différences essentielles avec les notions d'interdiction de gérer ou de faillite personnelle.

En droit commun, l'exploitant individuel faisant l'objet d'une interdiction de gérer ou d'une faillite personnelle ne peut plus exercer à titre personnel des fonctions de dirigeant d'une personne morale ou exercer à titre individuel sa profession. Il ne lui est cependant pas interdit d'exercer sa même profession dans un cadre salarial.

Pour les avocats, le conseil de discipline n'a d'autre choix que la radiation du tableau ou l'interdiction temporaire d'une durée inférieure à trois années, avec cette conséquence que l'interdiction de l'exercice de la profession porte sur l'exercice individuel mais également salarié, ce qui constitue ici une différence notable avec le droit commun.

À l'inverse, la faillite personnelle ne pouvant être prononcée, les créanciers ne peuvent retrouver, en aucun cas, le droit de poursuite, contrairement au régime de droit commun.

Comme le relève un magistrat du Parquet, Monsieur Christophe Delattre⁽¹³⁾, face à cette situation et à un tel comportement, il ne reste qu'à appliquer des sanctions pénales permettant d'obtenir une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer prévue par l'article L. 654-1 du Code de commerce.

L'application du droit commun, en termes d'interdiction de gérer ou de faillite personnelle, prononcée par l'Ordre, ne serait-elle pas plus favorable aux avocats que la situation actuelle qui porte sur l'interdiction d'exercer la profession ?

Pourquoi interdire à un bon avocat, piètre gestionnaire, de continuer à exercer sa profession d'avocat ? Il faudrait alors supprimer le dernier alinéa de l'article L. 653-1-I selon lequel « ces mêmes dispositions ne sont pas applicables aux personnes physiques ou dirigeants de personne morale, exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, soumises à des règles disciplinaires », mais compléter l'article L. 653-1-II d'un alinéa qui pourrait être rédigé ainsi : « Ces dispositions ne sont applicables aux personnes physiques ou dirigeants de personne morale, exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, soumises à des règles disciplinaires que par l'Ordre professionnel ou l'autorité compétente dont il relève ».

L'article L. 653-7 serait, par voie de conséquence, également supprimé.

Une autre solution consisterait à ajouter à l'article 184 du décret du 27 novembre 1991 l'interdiction de gérer ou la faillite personnelle aux sanctions pouvant être prononcées par l'Ordre.

B. L'organisation de la solidarité au bénéfice des avocats en difficulté

La régulation par le pouvoir disciplinaire, garant de la moralité de l'exercice d'une profession réglementée, n'exclut pas, voire commande, l'organisation d'une solidarité entre les membres de cette profession.

– Solidarité et prévention :

La solidarité s'exprime tant par la mise en place de tout ce qui touche à la détection des difficultés dans le cadre de la prévention et tout système d'accompagnement des avocats en difficulté mais également par :

- la souscription obligatoire d'une police d'assurance prévention,
- et d'une assurance obligatoire perte de collaboration ;

– Solidarité et aides partielles :

Les difficultés financières ne sont souvent que la suite d'accidents de la vie et de leurs conséquences psychologiques. Il faut saluer ici tous ceux qui consacrent une partie de leur temps à l'écoute de nos confrères et à leur prise en charge par des services spécialisés avec des assistantes sociales pouvant, le cas échéant, fournir des aides financières ou des prises en charge diverses ;

– Solidarité et nouveaux horizons professionnels :

L'avocat en difficulté reste un avocat, un juriste dont les compétences professionnelles ne sont pas nécessairement en cause dans la gestion d'une entreprise d'avocats. Il peut donc également s'épanouir au sein d'autres professions ou en entreprise. C'est ainsi que le barreau de Paris a mis en place un service d'aides permettant le financement de « bilan de compétences » de l'avocat avec le Fonds interprofessionnel de formation des professionnels libéraux (FIF PL) permettant ainsi la reconversion dans un autre cadre que le libéral.

Il faut aller plus loin et institutionnaliser une cellule d'*outplacement*, comme cela existe dans le monde du travail, en gardant à l'esprit que l'avocat peut également exercer son art comme salarié d'un cabinet d'avocats, d'une entreprise ou même de la magistrature.

(13) Delattre C., « Pas de sanction civile par le tribunal de la procédure collective pour un avocat en liquidation judiciaire », Rev. proc. coll., n° 5, sept. 2011, étude 28.