



Le mandat ad hoc

Fiche Pratique J4

Lorsqu'une entreprise éprouve d'importantes difficultés sans pour autant se trouver en état de cessation des paiements, son dirigeant cherche généralement à conclure, avec tout ou partie de ses créanciers, un accord destiné à empêcher les poursuites intempestives et à assurer la pérennité de l'exploitation.

S'il souhaite mener à bien ces négociations dans un cadre totalement confidentiel et ne pas être dessaisi de son pouvoir de direction, tout en bénéficiant de l'aide et de l'expérience d'un professionnel avisé et indépendant des parties, il peut avoir recours au mandat ad hoc.

Cet outil, issu de la pratique des tribunaux de commerce, n'a pendant longtemps été abordé par les textes que de manière incidente, en tant qu'alternative au règlement amiable. Il a acquis ses lettres de noblesse avec la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises qui lui consacre un article entier, l'article L. 611-3 du Code de commerce, selon lequel «le président du tribunal de commerce ou de grande instance peut, à la demande du débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission».

Cette unique disposition légale atteste de la volonté du législateur de ne pas encadrer le mandat ad hoc (mission du mandataire, délais...) de manière à préserver sa souplesse et sa confidentialité, éléments essentiels au stade de la prévention.

Le présent «Mode d'emploi» tâche de donner les clés essentielles de l'utilisation de cette technique de «prévention-traitement» des difficultés des entreprises qui connaît un essor de plus en plus marqué depuis quelques années, notamment parce que le mandat ad hoc peut être mis en œuvre en tant que phase préparatoire à une procédure de conciliation ou de sauvegarde.

Il est à jour des modifications résultant de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et de son décret d'application n°2009-160 du 12 février 2009, applicables (à quelques rares exceptions) aux procédures ouvertes à compter du 15 février 2009.

Entreprises concernées

La désignation d'un mandataire ad hoc doit être demandée par le « débiteur », ce terme ayant, depuis la réforme de 2008, remplacé celui de « représentant de l'entreprise ».

Il peut s'agir d'un entrepreneur individuel (commerçant ou artisan « en nom propre ») ou du dirigeant de toute société commerciale (SARL, EURL, SA, SAS, SASU...) et plus généralement de toute personne morale de droit privé, même non commerciale (société civile, association, GIE, ...).

- Cet outil est également ouvert aux professionnels indépendants et aux exploitants agricoles.
- Le mandat ad hoc est à la seule disposition du débiteur : aucun créancier ni aucun tiers (ex. comité d'entreprise) ne peut l'initier. De même, le président du tribunal ne peut s'auto-saisir. Le chef d'entreprise a même la possibilité de revenir sur sa décision en demandant au président du tribunal de mettre fin à la mission du mandataire ad hoc.

(Source : <http://www.entreprise-et-droit.com>)

Cette fiche pratique, extraite de la Lettre de l'Observatoire Consultatif des Entreprises en Difficultés (n°31, décembre 2007), a été mise à

Cela étant, il est fréquent, en pratique, que le débiteur soit incité à s'adresser au tribunal par son banquier «historique». Cette démarche est alors liée au souhait du créancier bancaire, d'une part, de formaliser davantage le cadre des négociations en les plaçant sous l'égide d'un mandataire nommé par le tribunal et, d'autre part, de voir le chef d'entreprise bénéficier des conseils prodigués par un professionnel spécialisé dans le traitement des difficultés des entreprises.

Nota Bene : Il n'est obligatoire ni de demander une autorisation préalable des organes sociaux, ni d'informer les représentants des salariés. De ce fait, la demande reste complètement confidentielle.)

Tribunal compétent

Le président du tribunal de commerce (ou du tribunal de grande instance pour les personnes morales de droit privé non commerciales) compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur :

- a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité, s'il s'agit d'une personne physique ;
- a immatriculé son siège, s'il s'agit d'une personne morale.
- A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le centre principal de ses intérêts en France.

Toutefois, pour les personnes morales qui ont transféré leur siège dans les six mois ayant précédé la demande, le président de la juridiction dans laquelle se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial.

Conditions d'ouverture

Même si aucune condition n'est expressément prévue par les textes, l'économie générale de la loi de sauvegarde et, en particulier, l'obligation qui incombe à tout chef d'entreprise de déclarer son état de cessation des paiements en déposant le bilan, semblent signifier a contrario que le mandat ad hoc est réservé aux entreprises qui ne sont pas en état de cessation des paiements.

Dans cette logique, le dirigeant qui présente une telle demande doit fournir au président du tribunal les éléments qui attestent du fait que l'entreprise n'est pas dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible (v. ci-dessous «contenu de la requête»).

Procédure en désignation

Le mandataire ad hoc est désigné par ordonnance du président du tribunal rendue sur requête.

► Modalités de présentation de la requête

L'article R. 611-18 du Code de commerce détaille les modalités de la procédure de désignation dans les termes suivants :

- La demande de désignation est présentée par écrit.
- La requête doit être adressée ou remise au président du tribunal (de commerce ou de grande instance selon le cas), par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique.
- Elle doit être déposée au greffe..

► Contenu de la requête

L'article R. 611-18 indique également que la demande «expose les raisons qui la motivent».

Cette précision réglementaire, pour inutile qu'elle puisse sembler, tient à la grande diversité des missions dont le mandataire ad hoc peut être investi (voir ci-dessous). Il est donc particulièrement important, dans un cadre juridique volontairement peu explicite, que le demandeur définisse précisément, d'une part, les raisons qui le conduisent à demander un mandat ad hoc et, d'autre part, le contenu de la mission qu'il souhaite voir conférer au professionnel dont il requiert la désignation.

Dans tous les cas, la requête doit également comporter les éléments permettant d'identifier l'entreprise et de connaître sa situation, ainsi que les difficultés qu'elle rencontre et les remèdes envisagés.

Peuvent notamment être annexés à la demande :

- le(s) dernier(s) bilan(s) et compte(s) de résultat ;
- un arrêté comptable intermédiaire si ce bilan ou ce compte de résultat ont été arrêtés plusieurs mois auparavant ;
- une situation de trésorerie et/ou des relevés bancaires ;
- un état des inscriptions des privilèges et nantissements ;
- un état approximatif des créances et des dettes de l'entreprise en distinguant, pour ces dernières, selon qu'elles sont ou non exigibles et, le cas échéant, en précisant celles qui ont fait l'objet d'un moratoire...

Procédures ouvertes à compter du 15 février 2009 : Lorsque le débiteur propose le nom d'un mandataire ad hoc (cf. ci-dessous), la requête doit en outre préciser l'identité et l'adresse de la personne pressentie.

► Convocation

Dès réception de la demande, le président du tribunal fait convoquer, par le greffier, le représentant légal de la personne morale ou le débiteur personne physique pour recueillir ses observations.

L'audience se tient quelques jours voire, si nécessaire, quelques heures après le dépôt de la demande. Le chef d'entreprise peut s'y présenter seul ou assisté de son avocat.

► Suites données à la requête

Le président de la juridiction se prononce par voie d'ordonnance.

Nota Bene : La disposition selon laquelle « si la désignation du mandataire ad hoc n'intervient pas dans le délai d'un mois à compter de l'entretien qui est ainsi prévu, la demande est réputée non admise » a été supprimée par le décret du 12 février 2009.

Le rejet de la demande doit donc désormais être explicite, c'est-à-dire résulter d'une ordonnance contre laquelle le débiteur peut au demeurant interjeter appel.

► Notification de la décision

Le décret indique que la décision statuant sur la désignation du mandataire ad hoc est notifiée au demandeur, en général par lettre simple. Elle est également notifiée au mandataire ad hoc par le greffier, cette lettre de notification devant reproduire les dispositions de l'article L. 611-13 du Code de commerce relatives au choix du mandataire (voir ci-dessous). Le mandataire doit alors faire connaître, sans délai, au président du tribunal son acceptation ou son refus. En cas d'acceptation, il lui adresse l'attestation sur l'honneur prévue à l'article L. 611-13 précité (voir ci-dessous).

L'ordonnance rendue ne fait l'objet d'aucune publicité : elle a un caractère strictement confidentiel.

Choix du mandataire

Le président du tribunal peut nommer en tant que mandataire toute personne compétente. Il s'agit toujours d'un professionnel averti qui dispose de l'indépendance et de l'autorité nécessaires vis-à-vis des tiers. Il s'agit le plus souvent d'un administrateur judiciaire. Ce peut être également un mandataire judiciaire ou un ancien magistrat consulaire.

► Incompatibilités

Afin de prévenir les risques de conflits d'intérêts entre les mandataires et les entreprises concernées, l'article L. 611-13 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde, énumère certaines incompatibilités quant au choix du mandataire ad hoc.

Ainsi, les missions de mandataire ad hoc ne peuvent être exercées « par une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16 ». ».

Toutefois, une exception a été introduite pour le cas où la rémunération a été «perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier». Elle permet au professionnel d'intervenir plusieurs fois aux côtés du chef d'entreprise et, notamment, d'enchaîner un mandat ad hoc et une conciliation.

La personne ainsi désignée doit attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ces interdictions.

De même, ces missions ne peuvent être confiées à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans.

► Possibilité de suggérer le nom du mandataire ad hoc

Le président du tribunal qui examine la requête par laquelle le chef d'entreprise demande l'ouverture d'un mandat ad hoc dispose d'un pouvoir souverain pour choisir le professionnel qui sera chargé de la mission.

Néanmoins, en pratique, de nombreux tribunaux admettaient que le chef d'entreprise qui a déjà rencontré un professionnel puisse faire état de ce(s) premier(s) entretien(s) et suggérer au tribunal le nom du mandataire ad hoc pressenti. Cette pratique était au demeurant implicitement reconnue par les dispositions de la loi qui veulent que la question de la rémunération du mandataire de justice ait été réglée par les parties en amont de sa désignation (v. ci-dessous). L'ordonnance du 18 décembre 2008 l'a entérinée en disposant expressément que le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc (cf. article L. 611-3 du Code de commerce, modifié)..

Rémunération du mandataire

Alors qu'avant la réforme de 2005 les textes étaient totalement muets sur cette question, l'article L. 611-14 du Code de commerce et les articles 40 à 43 du décret du 28 décembre 2005, devenus les articles R. 611-47 à R. 611-50 du Code de commerce, fixent désormais le cadre dans lequel la rémunération du mandataire ad hoc doit s'inscrire.

► Accord préalable du débiteur

La loi dispose ainsi qu'«après avoir recueilli l'accord du débiteur, le président du tribunal fixe les conditions de rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur et, le cas échéant, de l'expert, lors de la désignation de l'intéressé, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission».

L'accord du débiteur doit être recueilli par écrit, en amont de la désignation du mandataire ad hoc.

L'idée est que le chef d'entreprise doit pouvoir évaluer le bénéfice d'une telle mesure et, le cas échéant, y renoncer si le coût de l'intervention d'un mandataire ad hoc lui semble excessif au regard des capacités financières de l'entreprise.

L'exigence d'un accord préalable à la désignation ne pose pas de problème pratique lorsque le chef d'entreprise entend suggérer au président du tribunal le nom du mandataire ad hoc, dont il demande la désignation. En effet, dans ce cas de figure, les deux parties se sont en général rencontrées une voire deux fois auparavant et ont alors eu la possibilité d'aborder ce sujet.

A l'opposé, il est délicat de respecter strictement le dispositif légal lorsque le demandeur ne pressent aucun mandataire en particulier et qu'il présente sa requête sans avoir pu, en amont, régler la question des honoraires avec le futur mandataire, faute d'en avoir déjà rencontré un. Dans ce cas, le président du tribunal invite le chef d'entreprise à rencontrer le plus rapidement possible le mandataire ad hoc qu'il projette de désigner et dont il lui donne les coordonnées pour que les deux parties se mettent d'accord sur une convention d'honoraires. Dès que celle-ci est conclue, le chef d'entreprise la retourne au président du tribunal qui la joint en annexe à l'ordonnance de désignation.

► Conditions de rémunération

Les conditions de rémunération auxquelles le texte de loi fait référence comprennent :

- l'énumération des critères sur la base desquels elle sera arrêtée ;
- le montant maximal de la rémunération ;
- ainsi que le montant des sommes à verser par le débiteur à titre de provision sur honoraires.

En l'absence de barème, il appartient au chef d'entreprise de les déterminer avec le mandataire ad hoc dans le cadre d'une négociation contractuelle.

Généralement, la convention d'honoraires comprend une rémunération au temps passé, d'une part, et des honoraires de résultats, d'autre part. À Paris, le taux horaire moyen pratiqué est de 350 euros hors taxe et les honoraires de résultats sont calculés en appliquant un pourcentage au montant du passif retraité et/ou au montant de la «new money» récoltée grâce à l'assistance du professionnel.

Ces éléments sont communiqués au président du tribunal et annexés à l'ordonnance de désignation du mandataire ad hoc.

Si, au cours de sa mission, ce dernier considère que le montant maximal de sa rémunération, tel qu'il résulte de l'ordonnance, est insuffisant au regard des diligences à accomplir, il doit en informer le président du tribunal. Le magistrat fixe alors les nouveaux éléments de détermination des honoraires, en accord avec le chef d'entreprise. à défaut d'accord, il est mis fin au mandat ad hoc.

► Arrêt de la rémunération

La rémunération, dont les principes de fixation ont été établis dès l'ouverture du mandat ad hoc, est arrêtée par ordonnance du président du tribunal à l'issue de la mission du mandataire et au vu des diligences réellement accomplies ainsi que du résultat obtenu.

► Recours

Les recours contre la décision arrêtant la rémunération sont portés devant le premier président de la cour d'appel dans un délai fixé par décret en Conseil d'État.

Durée du mandat ad hoc

La loi ne prévoit aucune limitation de la durée : celle-ci est librement déterminée par le magistrat. Le mandat prend fin :

- par l'exécution de la mission confiée ;
- par l'expiration de la durée fixée dans l'ordonnance par le magistrat (en pratique, souvent trois mois), sauf prorogation ;
- sur demande du débiteur, le président du tribunal devant alors mettre fin «sans délai» à la mission du mandataire ad hoc ;
- par décision du président du tribunal lorsqu'aucune durée n'a été fixée ou lorsqu'il juge bon de mettre fin à la mission avant la date qu'il avait précédemment définie ;
- ou encore, en raison de l'ouverture d'une autre procédure de traitement des difficultés des entreprises (conciliation, sauvegarde, redressement judiciaire) ou du prononcé de la liquidation judiciaire.

Contenu de la mission

Le contenu de la mission du mandataire ad hoc est librement déterminé par le président du tribunal dans l'ordonnance qui le désigne. Aussi sa mission est-elle parfaitement adaptée à la demande du dirigeant et aux besoins de l'entreprise.

Le mandataire ad hoc est toujours investi d'une mission limitée dans son objet et liée à des circonstances particulières qui peuvent être très variées : difficulté de remplacer un dirigeant décédé, opposition entre deux groupes d'associés, non convocation de l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes...

Lorsqu'il intervient plus particulièrement dans le cadre de la prévention des difficultés financières d'une entreprise, sa mission consiste en général :

- À assister dans ses négociations, à rapprocher les parties et à rechercher, sans formalité impérative, un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers (banques, fournisseurs...) pour mettre au point un plan de financement prévisionnel satisfaisant à court et à moyen terme ;
- À convoquer une assemblée générale des associés ou des membres de la personne morale en vue de les inciter à reconstituer les capitaux propres ou à augmenter le capital social ;
- À organiser l'entrée dans le capital social de nouveaux investisseurs ;
- À assister le chef d'entreprise dans la mise en place d'un plan de restructuration et/ou d'un plan social.

Par ailleurs, les délais assez stricts que la loi pose en matière de conciliation et de sauvegarde ont conduit les praticiens à utiliser le mandat ad hoc en tant que phase préparatoire à l'une de ces deux procédures.

Dans cette perspective, le mandat ad hoc a pour objet d'analyser, sans contrainte de délai, la situation de l'entreprise et de commencer à préparer, le plus en amont possible, les termes d'un accord qui sera constaté ou homologué dans le cadre d'une conciliation ou encore d'élaborer le contenu du plan qui sera finalement homologué dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Cette dernière possibilité permet ainsi de mettre en oeuvre, en droit français, la pratique américaine dite du «pre-packaged plan», dont les composantes sont négociées avec les principaux créanciers avant même le prononcé du jugement d'ouverture de la sauvegarde.

Bien plus encore, dans ce cas de figure, le passage à la procédure de sauvegarde permet au chef d'entreprise et au mandataire de justice qui l'assiste de faire pleinement usage de la loi de la majorité qui gouverne le fonctionnement des comités de créanciers. En effet, à l'instar de la technique américaine du «cram down», la sauvegarde aboutit alors à contraindre les créanciers récalcitrants à se soumettre aux décisions adoptées par la majorité d'entre eux dans le cadre des comités..

Pouvoir du mandataire

Bien qu'il tienne son mandat de l'autorité judiciaire et qu'il œuvre, dans le respect de la loi, sous surveillance de la justice, le mandataire ad hoc ne dispose d'aucun pouvoir légal à l'égard ni des organes sociaux, ni des créanciers.

On notera notamment que le mandat ad hoc n'emporte aucune suspension provisoire des poursuites de la part des créanciers de l'entreprise : celle-ci doit donc, pendant le mandat ad hoc, continuer à faire face à ses charges courantes ; sauf la possibilité pour le mandataire d'obtenir, au cas par cas, des principaux créanciers qu'ils renoncent à l'exigibilité de leur créance pendant la période des négociations.

Par conséquent, lorsqu'il assiste le chef d'entreprise lors des négociations, le mandataire ad hoc doit user de tout son pouvoir de persuasion et de son professionnalisme pour obtenir des atermoiements ou des remises de dettes, ainsi que - plus largement- l'élaboration de toutes les composantes de l'accord amiable.

On soulignera, enfin, que l'article L. 611-15 du Code de commerce, soumet «toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance» à une obligation de confidentialité.

Accord amiable

Lorsque la mission du mandataire consiste à rechercher un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, elle peut aboutir à l'obtention de délais de paiement et/ou de remises de dettes.

L'accord qui intervient ainsi peut avoir un contenu plus large et prévoir diverses mesures de restructuration industrielle, financière et sociale : cession de branches d'activités, fermetures de sites, redéploiement du personnel, augmentation du capital ou entrée dans le capital de nouveaux investisseurs, consolidation de la dette bancaire..

En fonction du contenu des négociations (simples délais ou restructuration complète de l'entreprise), le document qui formalise l'accord amiable sera succinct ou comportera une centaine de pages... Là encore, la souplesse prévaut.

L'accord amiable ne fait pas l'objet d'une homologation par le tribunal et n'est soumis à aucun formalisme : il peut s'agir d'une simple lettre adressée au débiteur par ses créanciers ou de la conclusion d'un véritable contrat, appelé « protocole d'accord » et signé de toutes les parties.

Souvent, les parties souhaitent formaliser davantage leur accord, elles recourent alors, comme cela a été mentionné ci-dessus, à la procédure de conciliation de manière à le faire constater par le président tribunal tout en préservant la confidentialité. Elles peuvent enfin - comme déjà évoqué - le «transformer» en plan de sauvegarde en le présentant au tribunal après avoir demandé l'ouverture de cette procédure, notamment en vue de contraindre certains créanciers récalcitrants.

Pouvoir du mandataire

Les avantages du mandat ad hoc résident dans la simplicité de sa mise en œuvre, sa souplesse et sa confidentialité : il permet au dirigeant de se faire assister par un professionnel sans pour autant que ses difficultés soient rendues publiques.

Quant aux limites de cette mesure, elles tiennent à son caractère essentiellement contractuel et notamment à l'impossibilité d'empêcher les créanciers qui ne sont pas parties à l'accord de continuer à exercer leurs poursuites. Mais, comme on l'a vu, le chef d'entreprise et ses conseils peuvent alors se replonger dans la «boîte à outils» que constitue la loi de 2005 et faire aboutir les négociations initiées au cours du mandat ad hoc en recourant, dans son prolongement, à la conciliation ou à la sauvegarde...