30/01/2015

**LA PROCEDURE DE MANDAT AD HOC**

* Cette procédure consacrée par un article autonome (C. com., art. L. 611-3) est accessible à toute personne exerçant une activité commerciale artisanale ou libérale (y compris celle soumise à un statut législatif, réglementaire ou ordinal) exerçant sous forme individuelle ou sociétaire.

**1 – Désignation**

Le mandataire est généralement administrateur judiciaire (ou juge consulaire honoraire depuis 5 ans au moins).

La Loi édicte un certain nombre d’incompatibilité destinées à préserver l’indépendance du mandataire (C. com., art. L. 611-13).

Il est nommé sur requête du représentant légal de l’entreprise ou du débiteur personne physique, présentée au Président du Tribunal de Commerce (ou Tribunal de Grande Instance) du lieu du siège social.

Dès réception de la requête, le président du tribunal convoque le débiteur, par les soins du greffe, afin de recueillir ses observations.

Le Président détermine dans l’ordonnance la durée de la mission du mandataire ad hoc couramment nommé pour 3 mois.

Ce délai est susceptible de prorogation sur requête, sans limitation de durée (contrairement à la conciliation qui ne peut excéder un délai maximal de 5 mois).

Toutefois, la pratique consulaire tend à fixer une période intermédiaire d’un mois à l’issue de laquelle le mandataire ad hoc doit rendre compte au Président dans un rapport sommaire de son appréciation de la situation économique et financière de l’entreprise.

Il doit notamment s’assurer que l’entreprise n’est pas en état de cessation des paiements ou éligible à une procédure différente mieux appropriée aux difficultés rencontrées.

Par ailleurs, pour éviter que les honoraires ne soient un sujet de divergence ou de conflit, la loi veille à ce que les modalités de rémunération du mandataire ad hoc soient connues et acceptées préalablement par le débiteur et annexées à l’ordonnance.

Le Commissaire aux comptes est informé de l’ouverture du mandat ad hoc (L 611-3).

**2 – Mission**

L’ordonnance désignant le mandataire détermine sa mission à partir des demandes formulées dans la requête et à la suite de l’entretien avec le dirigeant qui peut alors souvent solliciter la désignation d’une personne en particulier, un administrateur judiciaire le plus souvent.

Cette mission est généralement, sans être limitative, de rechercher un accord entre l’entreprise et ses créanciers afin de moratorier ses dettes, résoudre ses difficultés de trésorerie et de financement à court terme, renégocier éventuellement les conditions d’approvisionnement et les concours bancaires.

Le mandataire informe le dirigeant de ses conclusions sur les difficultés de l’entreprise et rend compte au Président du tribunal de l’évolution de sa mission.

Lorsque le débiteur en fait la demande, le Président du tribunal met fin immédiatement à la mission du mandataire ad hoc.

**3 – Avantages et inconvénients**

Cette procédure présente de multiples avantages.

En premier lieu, elle ne fait pas l’objet d’une publicité, aucune mention de l’ordonnance désignant le mandataire ad hoc ne figurant sur l’extrait Kbis de l’entreprise. De plus, toute personne appelée à la procédure de mandat ad hoc ou qui par ses fonctions en a connaissance, est tenue à la confidentialité (L 611-15).

Par ailleurs, sa souplesse permet de diversifier les missions pour les adapter à chaque situation, notamment en cas de :

- désaccord grave entre associés égalitaires et particulièrement entre conjoints ;

- dénonciation des concours bancaires ;

- rupture brutale d’un contrat essentiel à l’exercice de l’activité de l’entreprise (contrat de concession automobile, de distribution exclusive, de franchise, de bail…).

En outre, la désignation du mandataire ad hoc n’emporte aucun dessaisissement du dirigeant qui reste à la tête de son entreprise ; le mandataire n’intervient pas dans la gestion mais est présent pour l’assister (à la différence de l’administrateur provisoire).

Le fait que le mandat soit donné par une autorité judiciaire et contrôlé par elle offre une garantie indispensable, réinstaurant un climat de confiance, qui facilite l’élaboration d’un accord.

En cas de résistance de certains créanciers, l’entreprise aura plus de facilité à obtenir du Président du tribunal (qui aura désigné le mandataire) le bénéfice de délais de paiements auxquels toute entreprise peut prétendre sur le fondement de l’article 1244-1 du Code civil.

Toutefois, cette procédure souffre de quelques inconvénients. En effet, elle ne permet pas une vraie restructuration en l’absence notamment d’assouplissement des procédures de licenciement et des régimes spécifiques de financement.

Le mandat ad hoc s’avère très utile et souvent couronné de succès, il pourra également constituer une phase préliminaire à la conciliation, dont la durée légale est brève et généralement insuffisante pour permettre la concrétisation de l’accord à intervenir avec les créanciers ou à la sauvegarde.

**LA PROCEDURE DE CONCILIATION**

* Cette procédure est régie par les articles L. 611-4 et L. 611-5 du Code de Commerce.

Elle est ouverte à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou libérale (y compris celle soumise à un statut législatif, réglementaire ou ordinal) sous forme individuelle ou sociétaire.

En revanche, elle ne s’applique pas aux agriculteurs qui sont soumis à un régime spécifique du règlement amiable visé aux articles L. 351-1 à L. 351-7 du Code rural.

**1 – Demande**

Cette procédure pourra être demandée par voie de requête au Président du tribunal dans le ressort duquel l’entreprise à son siège social, **uniquement par le dirigeant et à la double condition** ;

- que l’entreprise éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ;

et

- qu’elle ne soit pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

Le dépôt de cette demande a pour effet de libérer l’entreprise de l’obligation de régulariser une déclaration de cessation des paiements dans les 45 jours (C. com, art L. 631-4 et L. 640-4).

Dès réception de la demande, le Président convoque par les soins du greffier le dirigeant pour recueillir ses explications (R. 611-23).

**2 – Désignation - Récusation**

A l’issue de cet entretien, le Président du tribunal rend le cas échéant, une ordonnance exécutoire de plein droit, désignant un conciliateur, qui peut être suggéré par le débiteur, administrateur judiciaire le plus souvent.

Comme le mandataire ad hoc, le conciliateur ne devra pas être l’objet d’une des incompatibilités visées à l’article L. 611-13 du Code de Commerce.

Préalablement à cette désignation, le président a la faculté, s’il s’estime insuffisamment éclairé, de recourir à deux mesures d’instruction énoncées à l’article L. 611-6, alinéa 2 du Code de commerce :

* confier à un expert l’établissement d’un rapport sur la situation économique sociale et financière du débiteur ;
* obtenir des établissements financiers ou bancaires tout renseignement de nature à éclairer la réalité de la situation économique et financière du débiteur.

Par ailleurs, comme pour le mandat ad hoc, afin d’éviter que les honoraires ne soient un sujet de conflit, la loi veille à ce que les modalités de rémunération du conciliateur soient connues et acceptées préalablement par le débiteur et annexées à l’ordonnance, l’avis du Ministère Public étant requis (L. 611-14 et R. 611-23).

En cas de refus de désignation, le Président du tribunal doit rendre une ordonnance.

Celle-ci est susceptible d’appel dans les 10 jours de la notification, en cas de refus de désignation ou de refus de prorogation de la mission du conciliateur. (D. appl. préc., art. 19).

Le Président peut alors dans un délai de cinq jours à compter de la déclaration d’appel modifier ou rétracter sa décision (R. 611-26).

Contrairement au mandataire ad hoc, le conciliateur peut être récusé par débiteur dans les 15 jours de la notification de l’ordonnance le désignant, dans des conditions limitativement énumérées par l’article 20 du décret d’application précité.

Le conciliateur est nommé pour 4 mois avec prolongation d’un mois le cas échéant et spécialement motivée, le délai de procédure (constatation de l’accord ou homologation) n’étant pas pris en compte (L. 611-6).

**3 – Effets de l’ouverture**

S’agissant d’une initiative volontaire et amiable, le dirigeant conserve la plénitude de ses pouvoirs de gestion.

L’ouverture d’une telle procédure ne produit aucun délai de suspension provisoire des poursuites.

En revanche, elle constitue une fin de non-recevoir à toute demande d’un créancier, du Ministère Public ou d’une saisine d’office du Tribunal, visant au prononcé d’une procédure de redressement ou liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-5 et L. 640-5).

**4 – Mission : élaboration d’un accord**

Le conciliateur reçoit une mission déterminée par le Président du tribunal qui visera principalement à favoriser l’élaboration d’un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers et ses cocontractants habituels (C. com., art. L. 611-7).

Cet accord a pour objectif de mettre fin aux « difficultés de l’entreprise ».

Dans le prolongement de cette mission principale, le conciliateur peut également suggérer, sans pouvoir coercitif tant à l’égard du débiteur que des créanciers ou cocontractants, toute « proposition se rapportant à la sauvegarde de l’entreprise, à la poursuite de l’activité économique et au maintien de l’emploi ». Le conciliateur pourra demander au Président du tribunal de mettre un terme à sa mission s’il estime que ces propositions sont indispensables à la pérennité de l’exploitation.

Le conciliateur peut organiser la cession partielle ou totale de l’entreprise (L. 611-7) pour mise en œuvre dans le care d’une procédure collective rapide.

Le principe de non-immixtion du conciliateur dans la gestion de l’entreprise est consacré celui-ci n’étant pas administrateur provisoire.

D’une façon générale, le conciliateur rend compte du déroulement de sa mission au Président du Tribunal.

Après s’être informé de la situation de la société, le conciliateur convie à la table des négociations le débiteur de ses principaux créanciers et cocontractants afin de rechercher ensemble un accord qui prendra souvent la forme de délais de paiement et/ou remises de dettes.

L’accord ne doit cependant pas avoir pour ambition de chercher à inclure tous les créanciers (ce qui serait d’ailleurs impossible en l’absence de procédure de vérification des créances).

Cependant, pour inciter les créanciers à participer à un tel accord, ceux qui consentiront un nouvel apport en trésorerie, un nouveau bien ou service en vue d’assurer la poursuite et la pérennité de l’exploitation, y compris pendant la période de négociation de l’accord, bénéficieront du privilège dit de « new money » (C. com., art. L. 611-11).

Si le débiteur est amené par la suite à régulariser une déclaration de cessation des paiements, ces créanciers bénéficieront alors du droit d’être payé par privilège, avant toute créance née avant l’ouverture de la conciliation.

Cependant pour disposer de ce privilège, l’apport ou la fourniture des biens ou services nouveaux doivent être expressément constatés dans **l’accord homologué**.

Il est permis aux administrations publiques de consentir des remises de dettes (C.com., art. L.611-7, al. 3), mais aussi des cessions de rang de privilège ou hypothèque ou même l’abandon de ces sûretés (C.com., art. L. 626-6 al.4 et décret n° 2007-154 du 5 février 2007).

Ces remises peuvent être acceptées, concomitamment à l’effort consenti par d’autres créanciers (dans des conditions similaires à celles que lui octroierait dans des conditions normales de marché, un opérateur privé placé dans la même situation).

Le texte distingue entre les impôts :

* directs dus par le débiteur qui peuvent faire l’objet d’une remise totale ;

et ceux

* indirects pour lesquels seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l’objet d’une remise.

En cas d’impossibilité de parvenir à un accord, le tribunal sur rapport du conciliateur, mettre fin à sa mission, décision laissant augurer un acheminement vers une procédure collective.

**5 – Conclusion d’un accord**

L’accord est formalisé par un acte signé par les parties ayant décidé d’y participer.

Le dirigeant pourra décider de révéler et rendre opposable aux tiers l’accord ainsi intervenu, en sollicitant l’homologation du tribunal (souvent sur demande des créanciers), ou au contraire de lui préserver son caractère confidentiel.

**A - Homologation de l’accord par le tribunal**

Facultative, cette homologation ne peut être sollicité que si trois conditions sont réunies (C. com. Art. L. 611-8-II) :

* le débiteur n’est pas en état de cessation des paiements ou l’accord conclu y met fin ;
* les termes de l’accord sont de nature à assurer la pérennité de l’activité ;
* l’accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

**1° Le jugement**

Afin de pouvoir se prononcer de manière éclairée sur la viabilité économique de l’accord, le tribunal entend en chambre de conseil toutes les parties à l’acte, le représentant du personnel, le Ministère public et le conciliateur ainsi que toute personne dont l’audition lui paraitrait utile.

Le jugement ne reprend pas les termes de l’accord mais mentionne les garanties et privilèges constitués afin d’en assurer leur exécution et notamment les montants garantis par le privilège de « new money ».

Le jugement d’homologation met fin à la procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-10). Il est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et publiée dans un journal d’annonces légales et au BODACC (R. 611-43).

Le jugement d’homologation est notifié par le greffe aux débiteurs, créanciers signataires. Il est communiqué au Ministère public et au conciliateur (R. 611-41) et le cas échéant au commissaire aux comptes lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal des comptes (L. 611-10).

Cette décision est susceptible de tierce-opposition dans les 10 jours de la publicité, tandis que le jugement rejetant l’homologation, qui ne fait l’objet d’aucune publication, est susceptible d’appel.

**2° Les effets de l’homologation**

Ce sont les suivants :

* la suspension des poursuites individuelles au titre des créances qui font l’objet de l’accord (C. com., art. L 611-10).

Cette disposition profite aux cautions, les moratoires consentis au débiteur bénéficiant aux garants (y compris pour les engagements données par les personnes morales) ;

* la date de cessation des paiements ne peut être reportée en cas de dépôt de bilan ultérieur, sauf cas de fraude (C. com., art. L 631-8, al.2 et L. 611-8-II). La période suspecte ne peut plus débuter avant l’homologation, sécurisant ainsi les actes passés et notamment les garanties souscrites dans le cadre de cet accord ;
* une levée de l’interdiction d’émettre des chèques, née du rejet de chèques émis avant l’ouverture de la procédure, facilitant ainsi la poursuite de la vie professionnelle de l’entreprise ;
* les créanciers et cocontractants bénéficiant du privilège de « new money » (V. supra, n° 156 et infra, n° 213) pourront à concurrence de leur contribution être payés avant toutes créances nées antérieurement à l’ouverture de la conciliation selon le rang prévu par les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce ;
* une diminution du risque de soutien abusif puisque la loi érige en principe l’irresponsabilité des créanciers (sauf exceptions, en cas d’ouverture d’une procédure collective – C. com., art. L. 650-1). Cette règle vaut notamment pour les crédits compris dans le cadre de l’accord homologué.

**B - Absence d’homologation de l’accord**

A défaut d’être homologué, l’accord sera simplement constaté par le Président du tribunal.

Le Président du tribunal est saisi sur requête conjointe des parties, au vu d’une déclaration certifiée du débiteur attestant ne pas être en état de cessation des paiements.

Il statue par ordonnance, insusceptible de recours (C. com., art. L. 611-8).

L’accord est alors déposé au greffe où des copies, valant titre exécutoire, peuvent être délivrées aux parties (R. 611-39).

Cette constatation judiciaire met fin à la procédure de conciliation et donne force exécutoire à l’accord conclu.

Cette décision n’est pas soumise à publication, préservant ainsi une confidentialité totale.

**C - Inexécution de l’accord**

En cas d’inexécution de l’accord homologué ou constaté, le tribunal saisi par l’une des parties à l’accord, prononce sa résolution et la déchéance des délais de paiement (C. com., art. L. 6112-10-III).

Le débiteur alors probablement en état de cessation de paiements devra dans les 45 jours régulariser une déclaration de cessation des paiements qui conduira selon le cas à l’ouverture d’une procédure de redressement ou liquidation judiciaires.

Inversement, si le débiteur peut démontrer ne pas être en état de cessation des paiements, ce que l’inexécution de l’accord rend improbable (la première condition de l’article L. 611-8-II du Code de commerce faisant défaut), il conserve alors la faculté de solliciter l’ouverture d’une procédure de sauvegarde.

**D - Exécution de l’accord**

La mission du conciliateur pourra être prolongée en qualité de mandataire à l’exécution de l’accord (L. 611-8-III).