

Rappel : seul le débiteur a qualité pour demander l'ouverture d'un mandat *ad hoc*

Douglas Debost

Collaborateur Cifre administrateurs judiciaires AJ Partenaires,
Doctorant en droit à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Le mandat *ad hoc* est né de la pratique prétorienne, plus précisément de celle des tribunaux de commerce de Carcassonne et de Paris dans les années 1980 (C. Schmitt, « La conciliation. Aspects pratiques », *RPC* 2006, p. 178), le président du tribunal de commerce considérant alors qu'il devait proposer une solution aux entreprises en difficulté.

Ce n'est que par la loi du 10 juin 1994 que le mandat *ad hoc* a été consacré et codifié dans le Code de commerce à l'article L. 611-3. À cet égard, antérieurement à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le législateur n'avait pas réservé l'initiative de l'ouverture du mandat *ad hoc* au débiteur, si bien qu'il a pu être admis une saisine d'office du président du tribunal (T. Montéran, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. Pal.* 8 sept. 2005, p. 8 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., spéc. n° 58). Par ailleurs, dans le silence du législateur, le doute était permis quant à une éventuelle saisine du président du tribunal par un créancier.

Depuis la loi de 2005, la nouvelle rédaction de l'article L. 611-3 du Code de commerce prévoit que l'ouverture du mandat *ad hoc* ressortit au seul débiteur.

Cette question de la saisine du président du tribunal de commerce par une personne autre que le débiteur a été l'objet d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon en date du 2 mai 2017.

En l'espèce, une société d'exploitation d'une radio locale était composée de trois associés, dont un avait la qualité de gérant. Les deux autres associés ont demandé au dirigeant de porter à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale extraordinaire la nomination d'un co-gérant. Cette résolution n'ayant pas été inscrite à l'ordre du jour de ladite assemblée, les deux autres associés ont saisi par requête le président du tribunal de commerce de Lyon aux fins de désignation d'un mandataire *ad hoc*, lequel aurait pour mission de convoquer une assemblée générale chargée de désigner un co-gérant. À l'appui de leur requête, ils invoquent des difficultés pour

obtenir du gérant cette désignation et leur inquiétude relativement à la situation financière de la société.

Par ordonnance du 1^{er} septembre 2016, le président du tribunal de commerce de Lyon a fait droit à la demande des deux associés en désignant un mandataire *ad hoc* chargé notamment de convoquer une assemblée générale et de fixer son ordre du jour, aux fins de désignation d'un co-gérant.

Par la suite, le gérant a fait assigner les deux autres associés devant le juge des référés aux fins de voir rétracter l'ordonnance, lequel a confirmé cette dernière.

C'est ainsi que le gérant a interjeté appel en demandant à la cour d'appel de Lyon d'infirmer et de rétracter ladite ordonnance. À l'appui de son appel, il n'invoque pas le moyen de la qualité à agir des deux autres associés mais se fonde sur l'absence de situation de blocage en ce que le désaccord entre associés ne porterait que sur la politique de la société.

De leur côté, les deux autres associés invoquent l'absence d'approbation des comptes du dernier exercice clos, la présence de difficultés qui seraient de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation de la société ainsi que le refus d'inscrire à l'ordre du jour de la prochaine assemblée la nomination d'un co-gérant. Par conséquent, selon eux, ces éléments mettent en exergue une véritable situation de blocage au détriment de l'intérêt social.

La cour d'appel de Lyon infirme ladite ordonnance au motif que l'article L. 611-3 du Code de commerce n'ouvre la demande d'ouverture d'un mandat *ad hoc* qu'au débiteur, entendu comme le chef d'entreprise représentant la personne morale, et non pas aux créanciers ou aux associés, à l'instar de l'espèce.

La solution est logique et conforme à l'article L. 611-3 du Code de commerce. En effet, il s'agit d'une véritable action attitrée du débiteur. Le point d'achoppement en l'occurrence était bien la qualité à agir des deux demandeurs, avant même d'examiner leur intérêt à agir. La justification du monopole du débiteur puise sa source dans le caractère éminemment volontaire des procédures de prévention, d'autant plus qu'il peut proposer au président du tribunal le nom d'un mandataire *ad hoc* (art. précité).

En l'espèce, les prétentions des parties étaient relatives à la question de l'intérêt à agir, en démontrant en quoi le mandat *ad hoc* pourrait être bénéfique ou non pour la société. C'est bien la cour d'appel de Lyon qui a relevé l'absence de qualité à agir des demandeurs.

Néanmoins, *de lege ferenda*, la solution de cet arrêt – et particulièrement celle retenue en première instance – fait resurgir le débat d’une éventuelle saisine du président du tribunal par un créancier (v. par ex. D. Vidal et G. Giorgini, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso, éd. 2014-2015, spéc. p. 109 s.). Toutefois, l’on sait qu’en pratique, les créanciers peuvent inciter le débiteur à demander l’ouverture d’un mandat *ad hoc* (D. Vidal et G. Giorgini *op. cit.* ; M. Picard, « Le mandat *ad hoc* : un instrument à redécouvrir », *LPA* 14 juin 2007).

Arrêt commenté :

CA Lyon, 8^e chambre, 2 mai 2017, n° 16/08471