



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

AFFIRMATION DES CARACTÈRES LIBRE ET CONFIDENTIEL DU MANDAT AD HOC

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : RTD Com. 2016 p.189

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

AFFIRMATION DES CARACTÈRES LIBRE ET CONFIDENTIEL DU MANDAT AD HOC

(Com. 22 septembre 2015, n° 14-17.377, FP+B, D. 2015. 1950 ; Rev. sociétés 2015. 761, obs. P. Roussel Galle ; Lettre Act. proc. coll. n° 17, oct. 2015. Repère 26, B. Saintourens ; BJE 2015, n° 6, p. 345, M.-H. Monsérié-Bon ; BJE 2015, n° 6, p. 360, Th. Favario ; Gaz. Pal. 19 janv. 2016, p. 5, Th. Montéran)

C'est sans doute le succès rencontré dans la pratique par le mandat *ad hoc* fondé sur l'article L. 611-3 du code de commerce qui lui a valu de sortir de l'ombre judiciaire pour faire l'objet d'un premier arrêt publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation le 22 septembre 2015, suivi d'un second arrêt rendu 15 décembre (1). Cette « publicité » nouvelle ne devrait toutefois entamer ce succès, succès dû tout autant à sa confidentialité qu'à sa souplesse. En effet, la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 septembre 2015 envisagée ici préserve tout à la fois l'une et l'autre.

Dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, une société avait obtenu la désignation d'un mandataire *ad hoc* en vue de négocier des délais de paiement entre cette dernière et ses dix-sept établissements bancaires créanciers ! Un de ces derniers refusa de consentir un moratoire à l'inverse des autres créanciers et la société fut soumise à une procédure de redressement judiciaire puis de liquidation. Le créancier poursuivit la caution. Cette dernière chercha sans doute à voir le poids de son engagement minoré en établissant la faute du créancier. Elle invoquait à cette fin une attestation établie par le mandataire *ad hoc* à sa demande et à celle de la société débitrice précisant quelle avait été l'attitude de l'établissement bancaire et l'incidence de celle-ci sur la société. La cour d'appel de Paris refusa de prendre en compte l'attestation ainsi produite et d'admettre que le refus de négocier du créancier constituait la violation d'un devoir de loyauté du créancier envers la caution. Le pourvoi formé par la caution à l'encontre de l'arrêt est fermement rejeté sur ces deux points. La chambre commerciale de la Cour de cassation entend que soient respectées tout autant la confidentialité que la liberté du créancier.

On sait que la confidentialité est un des atouts majeurs du mandat *ad hoc*. Le législateur l'a assurée en écartant toute publicité. Ni l'ordonnance désignant le mandataire *ad hoc*, ni l'accord conclu le cas échéant dans le cadre du mandat *ad hoc* dont aucune « formalisation » n'est prévue, contrairement à l'accord de « conciliation », ne donnent lieu à publicité. Mais l'absence de publicité ne suffisant pas à garantir la confidentialité, la loi de sauvegarde a imposé une obligation de confidentialité par une disposition commune au mandat *ad hoc* et à la conciliation issue de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 611-15 du code de commerce, aux « personnes appelées à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* » ou qui par leurs fonctions en ont connaissance. Avant cette loi, en l'absence de disposition légale, c'est la jurisprudence qui avait admis l'existence d'une obligation de confidentialité à la charge du mandataire *ad hoc* (2). S'il ne s'agit pas d'une obligation au secret professionnel sanctionnée pénalement, contrairement à la solution applicable antérieurement à la loi de sauvegarde au conciliateur dans le règlement amiable, cette obligation de confidentialité n'en a pas moins une consistance véritable. C'est ce qui résulte du présent arrêt. Cette obligation impose au mandataire *ad hoc* de ne pas divulguer d'informations sur le déroulement des négociations et l'attitude des partenaires appelés à négocier. La chambre commerciale approuve ainsi les juges du fond d'avoir écarté l'attestation du mandataire *ad hoc*. Elle affirme à cet égard : « c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté des débats l'attestation remise à la caution de la société débitrice par le mandataire *ad hoc* de celle-ci, dans laquelle, au mépris de l'obligation de confidentialité qui le liait par application de l'article L. 611-15 du code de commerce, il stigmatisait l'attitude de la banque lors des négociations ». La chambre commerciale a par ailleurs été amenée à renforcer ultérieurement la portée de cette obligation de confidentialité par un important arrêt du 15 décembre 2015 (n° 14-11.500, v. notre commentaire p. 191). La caution essuie un autre revers.

La liberté du créancier et le caractère volontaire du mandat *ad hoc* en ce qui concerne le créancier du débiteur ayant sollicité la mesure sont clairement affirmés : « un créancier appelé à négocier dans le cadre d'une procédure de mandat *ad hoc* n'est pas tenu d'accepter les propositions du mandataire *ad hoc* ». Comme en matière de procédure de conciliation, les créanciers sont entièrement libres de participer ou non à la négociation à laquelle ils sont invités par le mandataire *ad hoc*. Qui plus est, le créancier a toute liberté pour accepter de négocier pour une partie de ses

dettes seulement. La jurisprudence se montre ainsi d'une fermeté totale pour assurer cette liberté qui semble ne connaître aucune limite. En l'espèce, le banquier au coeur du litige était le seul à avoir refusé à consentir tout délai parmi les 17 établissements de crédit que comptait l'entreprise débitrice ! La caution invoquait un manquement de ce dernier à son obligation de loyauté et même un abus du créancier du droit de refuser la renégociation du crédit consenti. En vain. Selon les hauts magistrats la cour d'appel n'avait pas à effectuer la recherche d'un éventuel abus de droit commis par le créancier La solution tranche quelque peu avec celle amorcée par la jurisprudence s'agissant du débiteur lui-même, auquel cette dernière tend à imputer une faute de gestion en l'absence de démarche de sa part pour mettre en oeuvre une des mesures du dispositif de « prévention » alors que l'on considérerait pourtant l'initiative du débiteur en la matière comme une pure faculté laissée à son entière discrétion (3).

(1) V. *infra* n° 2.

(2) Paris, 2 avr. 1999, BJS 1999. 1084, A. Couret ; RTD com. 2000. 714, F. Macorig-Venier.

(3) Douai, 29 nov. 2012, BJE 2013, n° 2, p. 74, P. Rubellin ; T. com. Valenciennes, 9 juill. 2012, LEDEN sept. 2012, p. 1, F.-X. Lucas ; RTD com. 2003. 334, F. Macorig-Venier.