

N° 396364
Société Famille A...
apiculteurs et autre

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 23 mars 2016
Lecture du 6 avril 2016

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. Vous êtes saisis de la question du renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur le II. de l'article L. 611-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 octobre 2015¹, qui comporte trois dispositions.

Seule la première est critiquée : elle permet au président du tribunal de commerce d'adresser aux dirigeants d'une société commerciale qui n'a pas procédé au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, une injonction de le faire à bref délai sous astreinte.

II. L'application au litige de la disposition contestée n'est pas douteuse.

Les sociétés requérantes ont demandé au Premier ministre, le 24 juin 2015, l'abrogation des articles R. 611-13 et R. 611-16 du code de commerce, qui précisent l'application du II. de l'article L. 611-2. Ils vous ont ensuite demandé d'annuler le refus implicite né du silence gardé.

Bien que vous ne soyez pas tenus d'y statuer (voyez 28 septembre 2011, Société Alsass et autres, n° 349820, aux T.), la recevabilité de la requête n'est pas douteuse. Les requérantes, qui produisent et commercialisent du miel sous diverses marques, ont fait l'objet et font encore l'objet de plusieurs séries d'injonctions du président du tribunal de commerce de Pau, notamment dix ordonnances du 8 février 2012, tendant à ce qu'elles procèdent au dépôt des comptes annuels. Et vous admettez que le justiciable a qualité pour agir contre le refus d'abroger les dispositions réglementaires qui organisent une voie de droit dans laquelle il est engagé : voyez votre décision Société Kalkalit du 13 février 2013² (351858, C).

Nous vous signalons qu'à l'occasion de ces litiges, une QPC a déjà été soulevée par l'un des dirigeants des sociétés requérantes, contre les mêmes dispositions, que la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel par un arrêt du 3 septembre 2013

¹ Loi n°2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer

² S'agissant du recours contre le refus du Premier ministre d'abroger les articles du code de procédure civile relatifs à la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime

(Cass., com., 3 septembre 2013, n° 13-40.033, M. A... c/ Pdt du TC de Pau), reprenant la solution déjà retenue dans un précédent arrêt du 15 janvier 2013 (Cass. com, 15 janvier 2013, n° 12-40.086, Société Human Biological Banks c/ Pdt du TC de Limoges).

III. La question n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel, par cette voie ou par celle de l'article 61 de la Constitution, de telle façon qu'elle n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions.

IV. Est invoqué devant vous, au soutien du sérieux de la question, le principe d'impartialité que le Conseil constitutionnel a rattaché à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Décision n°2003-466 DC du 20 février 2003, Loi relative aux juges de proximité ; Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social).

Le Conseil constitutionnel a déduit du principe d'impartialité, indissociable attaché à l'exercice de fonctions juridictionnelles, l'interdiction de l'auto-saisine. Par sa décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012 (Société Pyrénées services et autres), portant sur la saisine d'office du tribunal de commerce pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, il a jugé « qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ». Il a ensuite précisé « que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité ».

Et ce sont exactement ces principes qui sont invoqués devant vous, qui ne soulèvent donc pas une question nouvelle au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

V. Les requérantes ne contestent pas la possibilité de permettre au président du tribunal de commerce d'adresser de sa propre initiative une injonction aux dirigeants d'une société commerciale afin qu'il procède au dépôt des comptes annuels.

Le dépôt des comptes est une obligation légale prévue par les articles L. 232-21 à L. 232-23 du code de commerce, en même temps que d'autres documents tels que le rapport de gestion, le rapport des commissaires aux comptes et la proposition d'affectation du résultat

Cette exigence de publicité répond à un **objectif de transparence économique** qui s'adresse avant tout aux acteurs économiques, mis à même de recueillir une information de référence sur la situation financière des sociétés commerciales. C'est, nous le relevons, la critique de fond qui est en est faite par les sociétés requérantes, qui se plaignent de ce que cette obligation les oblige à dévoiler des informations que leur principaux concurrents étrangers, non soumis selon eux à la même obligation, peuvent occulter.

Mais tel n'est pas la volonté du législateur, qui a eu pour souci de rendre plus effectif l'objectif de transparence. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles

régulations économiques a ainsi créé une voie de droit permettant à tout intéressé ou au ministère public de demander au président du tribunal, statuant en référé, d'enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires. C'est l'objet de l'article L. 123-5-1 du code de commerce, créé par cette loi³. L'autorité réglementaire a pour sa part, par un décret du 11 décembre 2006⁴, permis de sanctionner le non respect de l'obligation de dépôt des comptes d'une contravention de cinquième classe (cf. l'article R. 247-3 du code de commerce).

Le législateur a par ailleurs confié au président du tribunal de commerce **une mission particulière de prévention des difficultés des entreprises**. La loi du 1^{er} mars 1984⁵ a créé une procédure dite d'alerte externe, qui lui permet de convoquer les dirigeants d'une entreprise « lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure [qu'elle] connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » (dispositions reprises au I. de l'article L. 611-2). Elle a également institué une procédure de règlement amiable⁶.

Cette mission de prévention prend appui sur la publicité des comptes : il s'agit là évidemment d'une source d'information essentielle. C'est pourquoi la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a ajouté à l'article L. 611-2 le paragraphe II. qui vous est soumis. Il dote le président du tribunal de commerce de la faculté d'ordonner le dépôt des comptes sous astreinte, faute de quoi il lui est permis de recueillir auprès de diverses personnes, dont les commissaires aux comptes, les administrations publiques et les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Précisons enfin que les voies permettant de rendre effective la transparence ont encore été renforcées en 2012 par la faculté donnée au greffier, lorsqu'il constate l'inexécution du dépôt des comptes, d'en informer le président du tribunal de commerce pour qu'il puisse faire application du II de l'article L. 611-2 (cf. article L. 232-24, créé par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives).

VI. Les dispositions litigieuses organisent-elles un mécanisme d'auto-saisine du juge, défini par le Conseil constitutionnel comme le fait d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle est prononcée une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ?

Le point ne nous paraît pas douteux : l'injonction sous astreinte a bien le caractère d'une décision juridictionnelle qui appelle, le cas échéant, une seconde décision juridictionnelle liquidant l'astreinte.

³ . La Cour de cassation a donné toute sa portée à cette disposition en jugeant que l'action est « sauf abus, ouverte à toute personne, sans condition tenant à l'existence d'un intérêt particulier » (Cass. Com., 3 avril 2012, SAS groupe Duclot, n° 11-17.130).

⁴ Décret n°2006-1566 du 11 décembre 2006 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

⁵ Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

⁶ Pour les entreprises qui n'ont pas atteint le stade de la cessation de paiement.

Il n'est pas certain que la première ait un caractère contentieux. La Cour de cassation juge que le prononcé de l'astreinte est « une mesure comminatoire destinée à contraindre à exécution le débiteur d'une obligation de faire » (voyez Cass. crim. 22 mai 1986, n° 95-93.238, s'agissant de l'article L. 480-7 du code de l'urbanisme), qualification reprise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2014-455 QPC s'agissant de l'astreinte prononcée en application des articles L. 911-3 et suivant du code de justice administrative, qui a pour objet de contraindre son débiteur à exécuter une décision juridictionnelle.

Il ne se déduit donc pas de la loi que l'injonction sous astreinte de l'article L. 611-2 ouvre par elle-même une procédure. Nous relevons d'ailleurs que l'article R. 611-13 pris pour son application prévoit qu'elle n'est pas susceptible de recours.

Mais c'est parce que le contentieux se noue avec la liquidation. Car il est certain que la liquidation de l'astreinte s'exerce dans le cadre d'une instance juridictionnelle, selon les règles de procédure de droit commun, sauf dispositions particulières dont nous relevons, sans que cela importe pour la QPC car elles relèvent du pouvoir réglementaire, qu'elles ont été prises, s'agissant de la procédure contradictoire et des voies de recours⁷.

Au bilan, il n'est pas douteux que les dispositions litigieuses organisent un mécanisme d'auto-saisine.

VII. Les sociétés requérantes ne contestent pas qu'elles n'ont pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, ce qui, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, aurait pour effet de donner un caractère absolu à l'interdiction de l'auto-saisine.

C'est là également la conséquence du caractère comminatoire de la mesure, destinée à contraindre la personne à exécuter une obligation ou un jugement. Votre jurisprudence le confirme : vous avez jugé que l'astreinte prévue à l'article L. 480-7 du code de l'urbanisme ne constitue pas une peine ou une sanction (voyez 20 juin 2012, SA Sosaca, n° 342712, au Rec.).

VIII. Il convient donc de contrôler si la saisine d'office est en l'espèce justifiée, ce qui renvoie aux conditions posées par la décision QPC du 7 décembre 2012.

Celle du motif d'intérêt général qui la fonde n'est pas véritablement contestée, et se conçoit aisément au vu de ce que l'on a dit. Le dispositif participe à l'objectif de transparence économique ainsi qu'à celui de prévention des difficultés des entreprises.

Le débat se concentre sur la seconde condition, relative aux garanties légales propres à assurer le respect du principe d'impartialité.

Une première branche de l'argumentation critique le principe même de l'auto-saisine, qui offre au président du tribunal, ou à son délégué, la faculté de déterminer les entreprises qu'il soumet aux rigueurs de l'injonction sous astreinte. Il y aurait donc risque de partialité dans l'exercice de ce choix, mais on voit mal comment y voir une impartialité structurelle, sauf à renoncer à l'auto-saisine pour la remplacer par une saisine systématique ou tout autre

⁷ L'autorité réglementaire a organisé la procédure contradictoire et les voies de recours (articles R.611-13 à 16) contre la décision de liquidation de l'astreinte, qui n'intervient que si l'injonction n'a pas été suivie d'effet.

procédé contraignant de façon systématique les entreprises à déposer leurs comptes. Approche peu réaliste car l'auto-saisine répond à un souci pragmatique consistant à assurer l'application de la loi et l'effectivité du principe de transparence qu'elle poursuit, sans instituer une police spéciale à cette fin. Il nous semble donc assez vain de critiquer l'auto-saisine du fait qu'elle ouvre une faculté de sélection des entreprises ciblées, alors que c'est justement son objet.

On en vient donc à la question des garanties légales qui conditionnent cette faculté.

Dans sa décision du 7 décembre 2012, le Conseil constitutionnel a censuré la faculté offerte au tribunal de se saisir d'office aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, sans lui dénier la poursuite d'un motif d'intérêt général, mais en relevant que le législateur n'avait pas fixé les garanties légales ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position lorsqu'il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés au débat par les parties.

Il faut tout d'abord relever que l'intensité contentieuse de l'injonction sous astreinte ici en cause est nettement moins forte : les requérantes tentent de vous convaincre que la décision d'y recourir ne découle pas du simple constat de l'absence de dépôt de comptes, mais procède d'une appréciation complexe. Nous avons du mal à les suivre. Tout d'abord l'obligation de dépôt est l'une des obligations comptables applicables aux commerçants, qui se juxtapose avec les autres, notamment celle de produire des comptes réguliers, sincères et donnant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Elle demeure une obligation formelle, qui n'emporte aucun jugement sur le contenu des comptes déposés. Si bien que le président du tribunal n'a qu'à constater l'absence de dépôt des comptes exigé par la loi. Est indifférent à cet égard la faculté nouvelle ouverte par la loi du 6 août 2015 de ne pas rendre public les comptes annuels (pour certaines micro-entreprises) ou le compte de résultat (pour les petites entreprises), le dépôt restant obligatoire. Dès lors, nous comprenons que la Cour de cassation ait pu juger, par sa décision du 3 septembre 2013, que ce constat ne comporte aucun risque de pré-jugement.

Certes, le président du tribunal dispose d'une marge d'appréciation pour fixer le montant de l'astreinte. Y a-t-il pour autant un risque de pré-jugement dont il faudrait se prémunir par des garanties particulières ? Mais risque de pré-jugement de quoi ?

- de la liquidation de l'astreinte ? C'est l'une des thèses des requérants, qui estiment que le juge qui fixe l'astreinte ne devrait pas intervenir pour la liquider... Vous conviendrez assez facilement que ce serait pousser un peu loin les exigences tirées du principe de partialité. Votre jurisprudence considère que la liquidation de l'astreinte se rattache à la même instance contentieuse que celle qui a été ouverte par la demande d'astreinte dont elle est le prolongement procédural : voyez 21 mai 2003, *M. P...*, n° 252872, aux T. Et vous relèverez que dans sa décision n° 2014-455 QPC du 6 mars 2015, le Conseil constitutionnel s'appuie sur les pouvoirs d'appréciation du juge administratif aux deux étapes.

- on peut ensuite penser aux procédures que le juge mène au titre de la prévention des difficultés des entreprises révélées par le dépôt des comptes. Mais d'une part, le président ne peut ouvrir la procédure de conciliation que par une requête du débiteur (L. 611-6). De plus, les mesures sont prises dans un cadre préventif, accepté par ce dernier.

- Faudrait-il enfin prévoir des garanties légales relatives à la participation du président du tribunal ou son délégué qui a enjoint le dépôt des comptes aux procédures de redressement judiciaire éventuellement engagées par la suite ? C'est là nous semble-t-il la seule question qui peut faire hésiter. Certains auteurs voient la nécessité, au regard du principe d'impartialité, « d'assurer l'étanchéité ente la phase de prévention et la phase judiciaire » : ce sont les termes employés par le professeur Dorothée Gallois-Cochet, (« Injonction de déposer les comptes annuels et QPC », Droit des sociétés n° 12, Décembre 2013, comm. 201), qui ajoute que la Conférence générale des juges consulaires de France a notamment préconisé que « lorsque la chambre du traitement des difficultés des entreprises examine une affaire dans laquelle le juge a reçu délégation du Président pour une action préventive, il ne doit pas faire partie de la formation de jugement » (cité par C. Delattre, dans « La justice consulaire face à l'impartialité », Rev. proc. coll. 2013, étude 3).

Mais ces réflexions découlent de l'implication du juge dans la procédure de conciliation. Il nous semble excessif de les transposer à l'injonction de dépôt des comptes, qui intervient en amont de la phase préventive, et dont la teneur contentieuse est de faible intensité. La configuration est ainsi bien éloignée de celles censurées par le Conseil constitutionnel pour méconnaissance du principe d'impartialité, que ce soit par la décision de 2012 dans le cas de l'auto-saisine, ou par les autres décisions du fait de la composition de juridictions⁸ (les commissions départementales d'aide sociale, cf. décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011 ; la commission centrale d'aide sociale : décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012) ou de la confusion entre pouvoirs d'instruction, de poursuite et de sanction à raison des mêmes faits (pour le juge des enfants, cf. les décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011 et n° 2011-635 DC du 4 août 2011 ; pour la Commission bancaire, décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011).

- nous signalons enfin que le débat sur le caractère contradictoire de la procédure est sans incidence sur le respect du principe d'impartialité, les deux notions étant distinctes même si elles ne sont pas complètement étanches⁹. Si la Cour de cassation en fait état, dans sa décision de non transmission du 3 septembre 2013, c'est qu'elle statue sur le caractère sérieux de la question au regard du principe du respect des droits de la défense. Ce principe n'est pas invoqué devant vous, et vous n'aurez donc pas à tenir compte de ces considérations.

Au bilan, il nous semble que du fait de la nature des pouvoirs que le président du tribunal commerce met en œuvre lorsqu'il enjoint le dépôt des comptes sous astreinte, l'auto-saisine permise par les textes n'exige pas que soient instituées des garanties légales particulières, propre à assurer le respect du principe d'impartialité.

C'est la raison pour laquelle la question ne nous paraît pas sérieuse. Nous concevons que vous puissiez hésiter à l'affirmer vous-même du fait que cela revient à admettre la constitutionnalité d'un mécanisme d'auto-saisine du juge sans garantie légale particulière, ou tout au moins spécifique. Mais pour notre part, au vu de ce qui a été dit, nous vous proposons

⁸ faute de garanties d'impartialité faisant obstacle à ce que des fonctionnaires ou des membres de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale puissent siéger lorsque cette juridiction connaît de questions relevant des services à l'activité desquels ils ont participé ou de décisions auxquelles ils ont participé

⁹ La décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2012 prend soin de mentionner le caractère contradictoire de la procédure de redressement judiciaire.

de décider qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC soulevé par les requérants.

Tel est le sens de nos conclusions.