

Sanction du non dépôt des comptes sociaux : le mystère de l'intime conviction du juge commercial

Tout en étant érigée au rang de règle essentielle, destinée à préserver la transparence dans la vie des affaires, l'obligation de déposer annuellement les comptes sociaux¹ reste un vœu pieux. Aujourd'hui encore, cette obligation est bafouée par plus de 25 % des sociétés qui y sont théoriquement soumises.

La modicité de la sanction pénale encourue - une amende maximale de 1.500 €, prévue pour les contraventions de la 5e classe - est de nature à susciter des vocations chez les contrevenants. Pourtant, issu de la loi du 15 mai 2001, l'article 123-5-1 du Code de commerce permet à présent à « *tout intéressé* » ainsi qu'au ministère public de saisir le président du tribunal de commerce, statuant en référé, afin que ce dernier enjoigne sous astreinte au dirigeant social en cause de procéder au dépôt des comptes.

Mais, curieusement, ce contentieux reste chétif.

Pour que cet objectif de transparence ne relève pas de la simple incantation, les moyens généralement soulevés par les dirigeants récalcitrants (2), auxquels le juge saisi prête parfois une oreille attentive (3), devraient céder, devant les raisons profondes qui motivent cette obligation de publicité (1).

1. Finalités de l'obligation de dépôt des comptes annuels

C'est pour satisfaire aux exigences de transparence et de publicité fixées par la quatrième directive du conseil du 25 juillet 1978 que la loi du 30 avril 1983 a imposé aux sociétés commerciales de nouvelles obligations portant notamment sur la publicité des comptes sociaux.

En cette matière, la transparence a de multiples vertus, qui ne se limitent pas à la délivrance de l'information due aux actionnaires des sociétés cotées.

En effet, quelle que soit la taille de la société concernée, la transparence garantit, aux associés comme aux sala-

riés, une source accessible sur la situation financière de leur société. En outre, elle permet aux tiers, investisseurs, partenaires commerciaux ou concurrents, d'apprécier la fiabilité d'un partenaire ou de mesurer leurs résultats à ceux des concurrents.

« Comme si cette exigence de transparence pêchait par impudeur »

2. Moyens invoqués par les dirigeants récalcitrants pour justifier leur manquement

C'est précisément sur le terrain de la concurrence que les sociétés défaillantes ont soulevé une première objection, en exploitant l'équivoque que recèle la locution « *tout intéressé* » pour chercher à contester cette qualité aux concurrents susceptibles d'exercer l'action en dépôt forcé.

En effet, l'application combinée des articles 283 et 293 du Décret du 23 mars 1967 offrait déjà à « *tout intéressé* » la possibilité de demander au Président du tribunal de commerce de désigner un mandataire chargé d'accomplir la formalité de publicité omise ou irrégulièrement accomplie.

Or, saisi d'une demande tendant à obtenir la désignation d'un mandataire char-

gé de déposer les comptes d'une société exploitant un hypermarché au greffe du tribunal de commerce, le président du tribunal de Nantes a estimé que le demandeur n'avait pas la qualité de personne intéressée, au sens des articles 283 et 293 du décret du 23 mars 1967.

Dans cette affaire, la société défenderesse avait fait valoir que le demandeur - une société ayant une activité d'expertise comptable et de commissaire aux comptes - était en réalité téléguidé par une société concurrente, dont le but était d'analyser les comptes de son concurrent et d'en identifier les faiblesses.

Fort de ce postulat, le premier juge avait rejeté l'action au motif que le demandeur ne justifiait pas d'un intérêt légitime. Cette décision illustre la réticence qu'éprouve parfois le juge à faire appliquer la règle quand il pressent qu'elle peut bénéficier à un concurrent. Comme si, en levant le voile sur une réalité comptable et financière jusqu'alors préservée des regards indiscrets, cette exigence de transparence pêchait par impudeur.

Au motif que le juge des référés n'avait pas à apprécier la légitimité des mobiles du demandeur et qu'il avait, ce faisant, ajouté au texte une restriction non prévue, la Cour de Rennes² a réformé la décision et considéré qu'en sa qualité de société commerciale ayant une activité d'expertise comptable et de commissaire aux comptes, le demandeur justifiait bien d'un intérêt nécessaire et suffisant.

D'autres juridictions ont été tentées de durcir les conditions d'exercice de l'action en régularisation forcée, allant jusqu'à analyser la notion de tiers intéressé à la lumière des critères retenus pour apprécier l'intérêt à agir, au sens de l'article 31 du NCPC.

Ainsi, la Cour de Lyon avait, pour rejeter une action en régularisation forcée, retenu que le demandeur ne démontrait pas que la production des comptes était nécessaire à la défense de ses intérêts. Pour justifier sa décision, la Cour avait avancé que « *la publication des comptes*

Par **PAUL-ALBERT IWEINS** et **BENJAMIN SARFATI**, Associés. **TAYLOR WESSING**

visé à informer les créanciers sociaux et les personnes désireuses d'établir des relations d'affaires avec la société », excluant, là encore, les concurrents du bénéfice de l'action.

En réponse, la Cour de cassation a censuré cet arrêt³ et rejeté l'exigence de conditions supplémentaires posées par la Cour d'appel. En consacrant une conception extensive de la notion d'intéressé, la Cour suprême a marqué sa volonté d'ouvrir l'action de régularisation forcée à tous les tiers intéressés, sans distinction.

L'autre argument fréquemment opposé aux militants du dépôt forcé des comptes tient à la distorsion de concurrence susceptible d'exister entre les opérateurs économiques des différents Etats membres, selon que ces derniers ont ou non soumis toutes les formes sociales à cette obligation, et instauré ou non des mécanismes de sanction applicables aux contrevenants. Saisie sur question préjudicielle du tribunal de police d'Aix-les-bains, la Cour de Luxembourg a tranché ce débat dès 1990⁴.

On pourrait donc croire la question réglée. Pourtant, ces deux principaux arguments ressurgissent périodiquement devant les premiers juges, avec un succès variable. En effet, si l'on en croit la lettre du texte instituant l'action en dépôt forcé, le juge saisi aurait la faculté de ne pas faire droit à la demande.

3. De l'intime conviction du juge commercial

L'article 123-5-1 du Code de commerce prévoit que le juge saisi peut enjoindre de procéder au dépôt, édictant ainsi une simple faculté, que le juge aurait le loisir d'exercer ou non. Mais en fonction de quels critères ? Cette latitude est troublante, dans la mesure où l'action a précisément vocation à faire cesser un manquement constitutif d'une contravention sanctionnée par une amende pénale.

A moins que la faculté laissée au juge ne vise en réalité que le prononcé de l'astreinte et non, comme pourrait le laisser supposer l'ambiguïté syntaxique de la formule « peut enjoindre sous astreinte », le principe de l'injonction de déposer les comptes, laquelle injonction devrait

être systématiquement faite au dirigeant récalcitrant, dès lors qu'elle est demandée. Mais on peut en douter.

D'ailleurs les juges n'hésitent pas à user de cette latitude qui, en réalité, leur permet de tenir compte de manière discrétionnaire des arguments invoqués par les défendeurs à ce type de procédures, quelles qu'en soient les limites sur le plan juridique.

Ainsi, saisi récemment, par un cabinet d'expertise comptable et de commissariat aux comptes lyonnais, d'une demande de dépôt sous astreinte des comptes d'une grosse PME locale qui s'abstenait de les déposer depuis plus de dix ans, le président d'un tribunal de commerce du sud-est de la France a statué de manière inédite⁵. Il a convoqué les parties à comparaître personnellement à l'audience, les invitant à s'expliquer sur les raisons pour lesquelles l'une persistait à ne pas vouloir déposer ses comptes sociaux au greffe, tandis que l'autre souhaitait à toute force voir ces comptes publiés.

Le demandeur à l'instance a indiqué qu'il avait été chargé, par l'un de ses clients, de faire un rapport sur un secteur d'activité dont le défendeur était un acteur majeur, de sorte qu'il n'était pas en mesure d'établir ce rapport sans avoir accès aux comptes sociaux du défendeur.

Quant à ce dernier, il a repris à son compte à son compte trois moyens généralement invoqués lors d'affaires similaires : en soutenant notamment que le demandeur n'aurait été, en réalité, que le faux nez d'un rival courroucé de ne pouvoir accéder aux comptes de son concurrent ; qu'en outre, domicilié dans un autre Etat membre, ce rival n'aurait pas été soumis aux mêmes obligations de publicité ; et qu'enfin, le dessein poursuivi par ce rival était de dénigrer son concurrent auprès de clients potentiels, si bien qu'il était dépourvu d'intérêt à agir.

Le juge a tranché en ordonnant, sous astreinte, le dépôt forcé des comptes du dernier exercice, rejetant le surplus de



PAUL-ALBERT IWEINS



BENJAMIN SARFATI

Paul-Albert Iweins, ancien Bâtonnier de l'Ordre de Paris, anime, avec Benjamin Sarfati, ancien Premier secrétaire de la Conférence, le pôle judiciaire du Cabinet Taylor Wessing, dont ils sont tous deux associés. Leur activité et celle de leurs six collaborateurs couvrent les domaines du contentieux commercial, du droit pénal des affaires et boursier, du droit de la presse, du contentieux de la propriété littéraire et artistique (en particulier dans le domaine du cinéma et de l'audiovisuel) et de l'arbitrage.

la demande⁶. Et refusé de faire droit, du même coup, aux demandes du ministère public, intervenu volontairement à la procédure après avoir constaté l'inefficacité des ordonnances pénales infligées au contrevenant.

Cet espace d'appréciation mystérieux où peut s'exercer l'arbitraire du juge commercial ressemble à s'y méprendre à... l'intime conviction du juré populaire. Et les décisions auxquelles il donne lieu, à des arrêts de Salomon. Sages, équilibrés sans doute, mais facteurs d'insécurité juridique, et peut-être oublieux du fait que ceux qui ne déposent pas leurs comptes sont souvent les premiers à éplucher les comptes de leurs concurrents et partenaires.

Il est donc paradoxal d'imposer bruyamment, depuis vingt ans, une obligation qu'on ne fait respecter qu'avec mesure. Gageons que la Cour de cassation saura veiller à ce que l'objectif de transparence, poursuivi à travers l'obligation de déposer les comptes sociaux, ne relève plus de la simple incantation. Et finira par venir à bout du tabou.

¹ Prévue notamment par les articles 232-22 et 232-23 du Code de commerce.

² Rennes, 2e ch., 2 décembre 1992 ; voir Paul Le Floch, JCP, Ed E. 1993.II, n° 500.

³ Philippe Fortuit, note sous Cass. Com, 15 juin 1999, Rev.sociétés (3) juill-sept. 1999.

⁴ CJCE, 11 janv. 1990, aff. 38/39.

⁵ Par une ordonnance en date du 15 avril 2005, inédite.

⁶ La demande portait sur les dix derniers exercices.