



Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris
Tél. 01 47 63 66 41 Fax 01 42 27 13 58 - <http://www.ansa.fr> - ansa@ansa.fr

2014 – V

Comité Juridique
Réunion du 3 septembre 2014

n° 14-054

Commissaires aux apports, aux avantages particuliers, à la vérification de l'actif et du passif : règles d'incompatibilité

Plusieurs dispositions du code de commerce prévoient l'intervention d'un commissaire aux comptes extérieur à la société pour vérifier certaines opérations. En dehors du cas de la transformation de société ou de l'expertise indépendante¹, il s'agit du commissaire aux apports (art. L 225-8 et L 225-147, en cas d'apport en nature), d'un commissaire aux avantages particuliers (mêmes textes, ainsi que l'article L 228-15, s'il s'agit d'actions de préférence) ou d'un commissaire chargé de vérifier l'actif et le passif (art. L 225-131, augmentation de capital par offre au public dans les deux ans de la constitution et L 228-39, émission d'obligations au cours de cette même période)².

Ce commissaire est nommé par le président du tribunal de commerce statuant sur requête ou par une décision unanime des actionnaires (art. L 225-8, sur renvoi).

Dans tous ces cas, les règles relatives aux incompatibilités applicables à ces commissaires sont celles prévues pour les commissaires aux comptes et qui sont fixées par l'article L 822-11 du code de commerce (le renvoi à cet article est soit direct, pour les missions de commissaire aux apports ou aux avantages particuliers, soit par renvoi de l'article L 225-8 auquel renvoient les dispositions applicables pour les commissaires chargés de la vérification de l'actif et du passif)³.

¹ Transformation d'une SARL et transformation en société par actions, art. L 223-43 et L 224-3 et recours à l'expertise indépendante plus en souvent dans la réglementation : rachat d'actions non cotées, informations RSE, conflits d'intérêt pour certains opérations prévues par le RGAMF.

² V. ces textes ci-après.

³ **Article L822-11**

Le commissaire aux comptes ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne ou de l'entité dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle, au sens des I et II de l'article L. 233-3.

Sans préjudice des dispositions contenues dans le présent livre ou dans le livre II, le code de déontologie prévu à l'article L. 822-16 définit les liens personnels, financiers et professionnels, concomitants ou antérieurs à la mission du commissaire aux comptes, incompatibles avec l'exercice de celle-ci. Il précise en particulier les situations dans lesquelles l'indépendance du commissaire aux comptes est affectée, lorsqu'il appartient à un réseau pluridisciplinaire, national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun, par la fourniture de prestations de services à une personne ou à une entité contrôlée ou qui contrôle, au sens des I et II de l'article L. 233-3, la personne ou l'entité dont les comptes sont certifiés par ledit commissaire aux comptes. Le code de déontologie précise également les restrictions à apporter à la détention d'intérêts financiers par les salariés et collaborateurs du commissaire aux comptes dans les sociétés dont les comptes sont certifiés par lui.

II.- Il est interdit au commissaire aux comptes de fournir à la personne ou à l'entité qui l'a chargé de certifier ses comptes, ou aux personnes ou entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci au sens des I et II du même article, tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes, telles qu'elles sont définies par les normes d'exercice professionnel mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 821-1.

Lorsqu'un commissaire aux comptes est affilié à un réseau national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun et qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes, il ne peut certifier les

Ce texte prévoit notamment la restriction suivante :

*II.- Il est interdit au commissaire aux comptes de fournir à la personne ou à l'entité qui l'a chargé de certifier ses comptes, ou aux personnes ou entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci au sens des I et II du même article, tout conseil ou **toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes, telles qu'elles sont définies par les normes d'exercice professionnel mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 821-1.***

En outre, pour l'émission d'actions de préférence, l'article L228-15 dispose que ce commissaire "est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société."

Comment ces dispositions s'appliquent-elles lorsqu'une même émission implique plusieurs missions distinctes de vérification par un commissaire extérieur ? **En particulier, peut-on désigner le même professionnel pour accomplir simultanément ces missions au titre d'une même opération ?**

Par exemple, lorsqu'une société constituée depuis moins de deux ans projette d'émettre des obligations convertibles (ou remboursables) en actions de préférence, deux dispositions du code de commerce prévoyant l'intervention d'un commissaire extérieur devraient s'appliquer.

L'émission d'obligations dans les deux ans doit être précédée d'une vérification de l'actif et du passif en application de l'article L 228-39⁴. De plus, en cas d'émission potentielle d'actions de préférence réservée qui comportent un avantage particulier, un commissaire aux avantages particuliers doit être désigné selon l'article L 228-15⁵.

comptes d'une personne ou d'une entité qui, en vertu d'un contrat conclu avec ce réseau ou un membre de ce réseau, bénéficie d'une prestation de services, qui n'est pas directement liée à la mission du commissaire aux comptes selon l'appréciation faite par le Haut Conseil du commissariat aux comptes en application du troisième alinéa de l'article L. 821-1.

⁴ Selon l'article L.228-39 du code de commerce, « L'émission d'obligations par une société » par actions n'ayant pas établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires doit être précédée d'une vérification de l'actif et du passif dans les conditions prévues aux articles L.225-8 et L.225-10. »

⁵ **Article L228-15**

*La création de ces actions donne lieu à l'application des articles L. 225-8, L. 225-14, L. 225-147 et L. 225-148 relatifs aux avantages particuliers lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés. Dans ce cas, **le commissaire aux apports prévu par ces articles est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société.***

Les titulaires d'actions devant être converties en actions de préférence de la catégorie à créer ne peuvent, à peine de nullité de la délibération, prendre part au vote sur la création de cette catégorie et les actions qu'ils détiennent ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité, à moins que l'ensemble des actions ne fassent l'objet d'une conversion en actions de préférence.

Par dérogation au premier alinéa, lorsque l'émission porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée, l'évaluation des avantages particuliers qui en résultent est faite dans le rapport spécial mentionné à l'article L 228-12.

Article L225-8

*En cas d'apports en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par décision de justice, à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux. **Ils sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11.***

Les commissaires apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers. Le rapport déposé au greffe, avec le projet de statuts, est tenu à la disposition des souscripteurs, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat.

L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Elle ne peut les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs.

De plus, il peut arriver de rémunérer un apport par des titres donnant accès au capital. Dans ce cas, ce transfert de biens ainsi rémunéré doit en principe donner lieu à la vérification de la valeur de ce bien par un expert, selon un régime très proche de celui prévu en cas d'apport en nature⁶.

A la lettre de l'article L 228-15, le commissaire aux avantages particuliers désigné lors de certaines émissions d'actions de préférence ne peut ni réaliser ni avoir réalisé depuis cinq ans d'autre mission chez l'émetteur (« *le commissaire aux apports prévu par ces articles est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société* »), y compris, selon une réponse ministérielle, en vertu d'une désignation judiciaire⁷.

On peut certes observer que l'article L 225-8, sur la création d'avantages particuliers qui ne seraient pas liés à l'émission d'actions de préférence (mais qui seraient attachés à la personne), ne prévoit pas directement la même exigence mais se borne à renvoyer aux incompatibilités prévues à l'article L 821-11.

Selon une *première interprétation*, littérale, il faudrait remplacer à l'article L 822-11, les termes de « *commissaires aux comptes* » par ceux de « *commissaires* », au sens des articles L 225-8, L 225-147, L 228-15 et L 228-39, lorsque cet article s'applique à ces derniers par les renvois effectués.

Cette solution conduirait à faire désigner plusieurs commissaires distincts au titre d'une même opération en observant d'ailleurs que leur rôle n'est pas identique : vérification de l'actif et du passif, évaluation du bien apporté ou appréciation de l'avantage particulier. Trois commissaires distincts seraient alors nommés.

On ne pourrait pas en réalité opposer les deux articles L 822-11 qui serait plus souple que l'article L 228-15. La notion de « *prestations de service* », utilisée par l'article L 822-11 est suffisamment générale pour pouvoir être interprétée comme incluant également les missions légales⁸.

Dans le sens de cette interprétation, on doit signaler que dans un arrêt du 26 mai 2009, la Cour de cassation a considéré qu'on ne pouvait nommer commissaire aux apports une personne ayant accompli pour le compte de la société qui contrôle la société apporteuse, une mission relative à la

A défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers, mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée.

⁶ Recommandation de désigner un com. aux apports, v. Comité juridique du 5 mai 2004, Com. n° 04-047 – extr. : « *L'AMF indique qu'elle admet qu'une société puisse émettre des actions, des "titres de créances complexes" ou des BSA en rémunération d'apports ; elle demande dans ce cas l'établissement d'un document E ainsi que la nomination d'un expert indépendant afin de vérifier la valorisation des apports - "mission identique à celle d'un commissaire aux apports" - et l'extension de sa mission à l'équité de la rémunération convenue.*

Ainsi, l'AMF considère que, dès lors qu'il y un accès au capital, même différé, les conditions dans lesquelles a lieu le transfert du bien doivent être vérifiées par un tiers à l'instar des apports en nature stricto sensu.

Le Comité juridique confirme cette approche : un accès potentiel au capital implique une dilution potentielle des actionnaires. De ce fait, les conditions dans lesquelles a lieu le transfert du bien doivent être vérifiées par un tiers à l'instar des apports en nature immédiatement rémunérés par des titres de capital. Dès lors qu'il s'agit de protéger les droits des actionnaires anciens vis-à-vis des apporteurs appelés à devenir actionnaires immédiatement ou à terme, optionnellement ou certainement, il s'agit d'un apport en société, distinct d'une cession ordinaire et obéissant à une procédure spéciale.

Par prudence, il est également nécessaire de mettre en oeuvre les formalités propres à la cession de certains biens, essentiellement destinées à protéger les créanciers. »

⁷ Rm. n° 13389, JO Sénat Q, 23/12/2004, p. 2970.

⁸ Le commissaire aux comptes de la société ne peut être désigné commissaire aux apports dans la société qu'il contrôle : CNCC mars 2006, p. 213.

situation et aux résultats de la société bénéficiaire de l'apport. On peut d'ailleurs noter que la chambre commerciale cite également l'article L 822-10⁹. De plus, les juges ont retenu une sanction très lourde puisque c'est l'émission elle-même qui est annulée (une mesure d'ordre disciplinaire s'appliquant au seul commissaire étant une autre solution possible).

Certes, cet arrêt n'a pas été publié et la situation n'est pas la même que la question posée : celle-ci ne concerne pas une prestation de service exercée dans le passé (comme dans l'arrêt) mais plusieurs missions légales pouvant être accomplies simultanément au titre d'une unique opération. Mais cette décision illustre clairement la volonté des juges d'écarter tout risque de collusion entre les dirigeants et le commissaire.

Selon une *deuxième interprétation*, les incompatibilités énoncées n'interdisent pas à un même commissaire d'exercer simultanément plusieurs missions particulières **prévues par la loi, dans le cadre d'une unique opération** d'émission, dès lors que ce commissaire n'est pas le commissaire aux comptes de la société et n'a pas précédemment effectué une prestation de service au sens de l'article L 822-11 applicable sur renvoi. En effet, ce texte interdit à un commissaire aux comptes de fournir « *tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes, telles qu'elles sont définies par les normes d'exercice professionnel* ». Il est clair, s'agissant non du commissaire aux comptes mais d'un autre commissaire, donc en application d'un renvoi (nécessitant une certaine adaptation) que ne sont visées ici que des prestations de service contractuelles. Autrement dit, les missions légales ne sont pas concernées par cette règle.

En revanche, la rédaction de l'article L 228-15 est, comme on l'a vu, différente ; le terme « *mission* » ici employé est plus général et pourrait inclure d'autres missions légales.

Cela dit, il est admis en pratique que lors d'un apport en nature rémunéré en actions de préférence, le commissaire aux apports puisse en même temps se prononcer sur la valeur des apports et sur les avantages particuliers parce qu'il s'agit d'une même opération¹⁰.

En l'occurrence, l'indépendance de ce commissaire ne peut être *a priori* mise en cause puisqu'il n'a pas antérieurement accompli de missions dans la même société et on ne voit pas en quoi le cumul de deux missions légales intervenant pour une même opération, viendrait remettre en cause cette indépendance.

Par ailleurs, les règles d'incompatibilité sont aussi destinées notamment à prévenir le risque de l'auto révision, situation dans laquelle l'expert intervenant sur des données qu'il a pour une part déjà validées perdrait de ce fait son indépendance de jugement, la deuxième expertise pouvant dès lors perdre en partie sa pertinence. Or, par hypothèse, on suppose que le professionnel ne soit jamais intervenu chez l'émetteur, le risque de l'auto révision n'est donc pas en cause.

Une solution intermédiaire pourrait-elle être de distinguer entre l'évaluation du côté de l'émetteur (actif et passif, par exemple) et l'évaluation du côté de l'apporteur ou de sa rémunération

⁹ Cass. Com 26 mai 2009, Bull. Joly 2009, p. 965, note Barbiéri ; RTDcom. 2009, p. 574, obs. Le Cannu, Dondero.

Art. L 822-10 du c. de com.

Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles :

1° Avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;

2° Avec tout emploi salarié ; toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable ;

3° Avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée

¹⁰ Avis CNCC n° 143, septembre 2006, p. 512.

(évaluation du bien apporté et de l'avantage particulier), ce qui conduirait à faire désigner deux professionnels ?

En pratique, on doit remarquer que c'est toujours l'émetteur qui prend en charge les honoraires du commissaire, de ce point de vue, il est donc indifférent que celui-ci soit seul ou non.

Réponse –Le *Comité juridique* constate, d'une part, que les articles L 822-11 et L 228-15 relatifs aux incompatibilités peuvent être interprétés comme interdisant au commissaire chargé d'une mission particulière prévue par la loi d'exercer dans la société toute autre mission que celle dont il est chargé¹¹ et, d'autre part, que les tribunaux font une interprétation stricte de ces incompatibilités (cf. Cass. Com. 26/05/2009 précité). Il convient donc d'être prudent dès lors que la nomination d'un même expert au titre de différentes missions expose les sociétés à un risque d'annulation de l'opération.

Le *Comité juridique* estime cependant qu'il serait très opportun que les rapports prévus aux articles L 225-8, L 225-147, L 228-15 et L 228-39 puissent être établis par le même commissaire lorsqu'ils sont exigés au titre d'une même opération (V. exemples ci-dessus), dès lors que ce commissaire n'est pas le commissaire aux comptes de la société et n'a pas réalisé précédemment d'autre mission pour cette société. En effet, il n'y a dans ce cas aucun risque d'auto-révision et l'exercice simultané de plusieurs missions de vérification à raison d'une même émission ne peut affecter l'indépendance de l'expert à l'égard de la société. Le recours à un même commissaire favorise naturellement la cohérence et la clarté du rapport destiné à l'information des actionnaires. Le *Comité juridique* est donc favorable à une proposition de clarification des textes en vue de permettre la désignation d'un seul professionnel chargé de vérifier la même opération, dans les limites rappelées ci-dessus.

¹¹ « II.- Il est interdit au commissaire aux comptes de fournir à la personne ou à l'entité qui l'a chargé de certifier ses comptes, ou aux personnes ou entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci au sens des I et II du même article, tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes, telles qu'elles sont définies par les normes d'exercice professionnel mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 821-1 ». (Art. L 822-11)
« ...le commissaire aux comptes prévu par ces articles est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société. » (Art. L 228-15)