

COMMISSAIRE A LA TRANSFORMATION

Responsabilité civile - Prescription triennale ou quinquennale ?

La Cour de cassation, statuant alors que le nouvel article L. 820-1, I C. com. n'était pas applicable à l'espèce, décide que l'action en responsabilité civile intentée contre un commissaire à la transformation désigné en l'absence de commissaire aux comptes au sein de la société appelée à être transformée ne relève pas de la prescription triennale. L'arrêt n'a qu'une valeur historique.

(Cour de cassation, Com. 4 novembre 2021, n° 19-25.451) note Ph. Merle

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 12 septembre 2019), la société Si, aux droits de laquelle vient la société Sq., a, par un acte du 30 janvier 2008, acquis la totalité des actions composant le capital des sociétés A. et I. Les comptes annuels de ces deux sociétés au titre de l'exercice 2007 ont été révisés et présentés par le cabinet d'expertise comptable de l'Isère (la société C.) puis approuvés par l'assemblée générale annuelle des associés. Préalablement à la cession, les associés des sociétés A. et I., qui étaient des sociétés à responsabilité limitée, avaient décidé de les transformer en sociétés par actions simplifiées. M. X., qui avait été désigné commissaire à la transformation, a déposé ses deux rapports, un pour chacune des sociétés concernées, le 26 décembre 2007.
2. Invoquant des anomalies comptables découvertes en 2008, la société Si a, le 23 novembre 2010, assigné les sociétés Cabinet V. et X., Cabinet Roland X. et C. en responsabilité. Elle a assigné M. X., commissaire aux comptes, aux mêmes fins le 2 mars 2012.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, en ce qu'il fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable l'action de la société Si contre les sociétés Cabinet V. & X. et Cabinet Roland X. et de rejeter ses demandes contre la société C.

3. Les motifs critiqués ne fondent pas la disposition attaquée. Le moyen est donc irrecevable.

Sur le second moyen, pris en sa seconde branche, en ce qu'il fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable l'action de la société Si contre les sociétés Cabinet V. & X. et Cabinet Roland X. et de déclarer prescrite son action contre M. X.

4. Les motifs critiqués ne fondent pas la disposition attaquée. Le moyen est donc irrecevable.

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche, en ce qu'il fait grief à l'arrêt de déclarer prescrite l'action de la société Si contre M. X.

Enoncé du moyen

5. La société Sq fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement ayant déclaré prescrite l'action de la société Si contre M. X., alors qu'elle faisait valoir que la responsabilité du commissaire à la transformation est distincte de celle du commissaire aux comptes et qu'elle se prescrit dans les conditions du droit commun et non selon les règles spéciales des articles L. 822-18 et L. 225-254 du code de commerce applicables aux actions en responsabilité contre les commissaires aux comptes ; qu'elle en déduisait que l'action dirigée contre M. X. en sa qualité de commissaire à la transformation, selon assignation du 2 mars 2012, n'était pas prescrite au regard du fait dommageable constitué par la rédaction des rapports du 26 décembre 2007 ; qu'en retenant que l'action est irrecevable comme étant prescrite, motif pris que c'est en sa qualité de commissaire aux comptes que M. X. a été désigné commissaire à la transformation pour remplir les missions obligatoires de contrôle prévues par les articles L. 223-43 et L. 224-3 du code de commerce, que le régime dérogatoire de la prescription triennale devant s'appliquer à l'action en responsabilité engagée à l'encontre des commissaires aux comptes à l'occasion de toute mission légale de contrôle et la société Si se fondant sur le caractère erroné des éléments chiffrés figurant dans les rapports établis par M. X., son action devait être introduite dans le délai de trois ans à compter du fait dommageable que constitue la rédaction des rapports le 26 décembre 2007, sans que la société Si puisse prétendre à un report du point de départ de la prescription en l'absence de dissimulation démontrée du fait dommageable, quand la mission du commissaire à la transformation ne relève pas des missions légales de contrôle propre aux commissaires aux comptes, la cour d'appel a violé par fausse application les articles L. 822-18 et L. 225-254 du code de commerce, ensemble et par refus d'application l'article 2224 du code civil ;

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 822-18 et L. 225-254 du code de commerce ;

6. Aux termes du premier de ces textes, les actions en responsabilité contre les commissaires aux comptes se prescrivent dans les conditions prévues à l'article L. 225-254.

7. Selon le second, l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

8. Le délai de prescription de trois ans s'applique aux actions engagées contre des commissaires aux comptes à l'occasion de toute mission légale de contrôle.

9. Pour déclarer prescrite l'action de la société Si contre M. X., l'arrêt retient que c'est en sa qualité de commissaire aux comptes que ce dernier a été désigné commissaire à la transformation pour remplir les missions obligatoires de contrôle prévues par les articles L. 223-43 et L. 224-3 du code de commerce. Il retient encore que le régime dérogatoire de la prescription triennale devant s'appliquer à l'action en responsabilité engagée contre des commissaires aux comptes à l'occasion de toute mission légale de contrôle et la société Si se fondant sur le caractère erroné des éléments chiffrés figurant dans les rapports établis par M. X., l'action de celle-ci devait être introduite dans le délai de trois ans à compter du fait dommageable que constitue le dépôt des rapports le 26 décembre 2007, sans que la société Si puisse prétendre à un report du point de départ de la prescription en l'absence de dissimulation démontrée du fait dommageable.

10. En statuant ainsi, alors qu'en application de l'article L. 224-3 du code de commerce, M. X. avait été désigné commissaire à la transformation non pas en sa qualité de commissaire aux comptes des sociétés A. et I., qui en étaient dépourvues, mais en raison de son inscription sur la liste réglementaire des commissaires aux comptes, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...).

PAR CES MOTIFS (...), la Cour : CASSE ET ANNULE (...).

Note

L'arrêt rapporté a pour origine la transformation de deux SARL, dont aucune n'était dotée d'un commissaire aux comptes, en SAS. On sait qu'en ce cas un commissaire à la transformation doit être nommé. Si c'est un expert inscrit sur une des listes établies par les cours et tribunaux (art. R. 224-3 et R. 22-10-7 C. com.) qui est désigné, la prescription applicable lorsque sa responsabilité civile est recherchée est la prescription quinquennale de droit commun (art. 2224 C. civ.).

Si c'est un commissaire aux comptes qui est nommé comme commissaire à la transformation¹, les juges du fond sont divisés sur la question de savoir quelle est la durée de prescription applicable quand sa responsabilité est recherchée. Certains retiennent la prescription quinquennale de droit commun (art. 2224 C. civ.)², d'autres, la prescription triennale, propre aux commissaires aux comptes (art. L. 225-254 sur renvoi de l'article L. 822-18 C. com.)³. Dans l'arrêt rapporté, la Cour de cassation, saisie de la question, ne va malheureusement pas trancher la difficulté car elle se prononce en faisant application des dispositions antérieures à la loi Pacte⁴ qui a apporté une modification très importante quant au champ d'application des règles du Titre II du livre VIII consacré aux commissaires aux comptes, en donnant une nouvelle rédaction à l'article L. 820-1, I du Code de commerce.

En l'espèce, le commissaire a établi ses rapports le 16 décembre 2007 (art. L. 223-43 et L. 224-3). Il apprécie la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers et atteste que le montant des capitaux propres desdites sociétés est au moins égal au montant de leur capital social (art. L. 224-3 et R. 224-3 C. com.). Ces deux sociétés sont acquises par une agence immobilière en janvier 2008. Au mois d'août suivant, l'acquéreur découvre des anomalies comptables, qui le conduisent à agir devant le tribunal de grande instance de Grenoble, les 16 et 23 novembre 2010, contre l'expert-comptable des sociétés transformées⁵ puis, le 2 mars 2012, contre le commissaire à la transformation⁶, pour ne pas avoir détecté les irrégularités comptables. Il leur réclame in solidum près de 850 000 euros.

La cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 12 septembre 2019, déclare irrecevable l'action intentée contre le commissaire à la transformation. En effet, l'action aurait dû, selon elle, être introduite dans le délai de trois ans à compter du fait dommageable que constitue la rédaction des rapports du 26 décembre 2007, sans que la demanderesse puisse prétendre à un report du point de départ de la prescription en l'absence de dissimulation démontrée du fait dommageable que constitue la rédaction des rapports (art. L. 225-254).

Sur pourvoi, la Chambre commerciale prononce un arrêt de censure en reprochant à la cour d'appel d'avoir retenu la prescription triennale, *"alors qu'en application de l'article L. 224-3 du code de commerce, M. X avait été désigné commissaire à la transformation non pas en sa qualité de commissaire aux comptes des sociétés Y et Z, qui en étaient dépourvues, mais en raison de son inscription sur la liste réglementaire des commissaires aux comptes, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » [art. L. 822-18 et L. 225-254 C. com.].

¹ Lorsque la société est dotée d'un commissaire aux comptes, celui-ci peut être le commissaire à la transformation. Cf. réponse CEP 2017-21 à la suite de la modification de l'article L. 224-3 du code de commerce par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin II ».

² Par ex. TGI Marseille 11 oct. 2018, *Bull. CNCC* n° 192, p.623, note Ph. Merle.

³ Par ex. Metz 19 sept. 2013, *Bull. CNCC* n° 172-2013, p. 617, note Ph. Merle

⁴ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁵ La Cour de cassation censure la cour d'appel pour ne pas avoir retenu la responsabilité de la société d'expertise-comptable en établissant et certifiant des comptes de résultat dont elle connaissait les irrégularités (second moyen non rapporté ici).

⁶ Le pourvoi nous apprend que le commissaire aux comptes a utilisé par erreur son papier à lettre d'expert-comptable pour établir son rapport. Mais cette confusion n'a pas eu de conséquence en l'espèce.

La solution surprend. Elle semble signifier que si le commissaire à la transformation avait été désigné en sa qualité de commissaire aux comptes des sociétés concernées, la prescription triennale aurait joué. Mais, comme il a été désigné, « *en raison de son inscription sur la liste réglementaire des commissaires aux comptes* », c'est la prescription quinquennale qui doit s'appliquer.

Cette distinction nous paraît difficilement admissible. En effet, selon l'article L. 822-18 C. com. qui figure sous une section intitulée « *de la responsabilité civile* » [des commissaires aux comptes] sans autre précision, « *les actions en responsabilité contre les commissaires aux comptes se prescrivent dans les conditions prévues à l'article L. 225-254* ». Le texte est très général. Il ne limite pas la prescription triennale à la responsabilité recherchée à l'occasion de la seule certification des comptes. Or, la Cour, dans l'arrêt rapporté, indique sous le paragraphe 8 que « *le délai de prescription de trois ans s'applique aux actions engagées contre des commissaires aux comptes à l'occasion de toute mission de contrôle* ». L'expression « *à l'occasion de toute mission de contrôle* » ne figure pas dans la loi. La Cour veut probablement dire que la prescription triennale ne peut jouer que lorsque le commissaire exécute sa mission légale de contrôle des comptes. Mais la formulation de son attendu laisse pourtant entendre que la prescription triennale joue pour toute mission de contrôle. Or, le commissaire à la transformation a bien une mission de contrôle puisqu'il doit apprécier la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers (art. L. 224-3 C. com.) et également attester que le montant des capitaux propres est au moins égal au capital social (art. R. 224-3 C. com.).

A vrai dire, l'arrêt rapporté n'a qu'une valeur historique⁷. Il a en effet été rendu en application de la rédaction de l'article L. 820-1, telle qu'elle existait à l'époque de la rédaction des rapports du commissaire à la transformation (16 décembre 2007) : « *Nonobstant toute disposition contraire, les dispositions du présent titre sont applicables aux commissaires aux comptes nommés dans toutes les personnes et entités quelle que soit la nature de la certification prévue dans leur mission* ». La rédaction de l'article pouvait laisser penser que les dispositions du titre II ne s'appliquaient que si le commissaire aux comptes effectuait une mission de certification, quelle qu'en soit la nature. Le texte pouvait ainsi être invoqué en faveur de l'exclusion de la prescription triennale lorsque la responsabilité civile du commissaire à la transformation était recherchée.

Mais cette solution n'est plus tenable depuis la loi Pacte qui a donné une nouvelle rédaction, dénuée de toute ambiguïté, à l'article L. 820-1, I : « *Nonobstant toute disposition contraire, les dispositions du présent titre sont applicables aux commissaires aux comptes dans l'exercice de leur activité professionnelle, quelle que soit la nature des missions ou des prestations qu'ils fournissent*⁸ ». Donc, dès lors qu'un commissaire aux comptes est nommé comme commissaire à la transformation, peu importe qu'il soit ou non le commissaire aux comptes de la société qui se transforme, la prescription qui lui est applicable, si sa responsabilité civile est recherchée, est nécessairement la prescription triennale de l'article L. 822-18 C. com. (renvoyant à l'article L. 225-254 C. com.). La solution vaut pour toutes les missions et prestations exercées par le commissaire aux comptes dans le cadre de son activité professionnelle.

Philippe Merle,

Professeur émérite de l'Université Paris II

(Panthéon-Assas)

⁷ Cf. cependant M. Roussille, commentaire sous cet arrêt in *Dalloz Actualité* 7 déc. 2021.

⁸ Souligné par nous.