

Michel Storck
Professeur

Chantal Cutajar
Maître de conférences

Faculté de Droit de Strasbourg

2. Apport partiel d'actif. Engagement d'une caution au profit de la société apporteuse. Effet de l'apport. Extinction de l'obligation de couverture

L'obligation de la caution qui s'est engagée envers la société absorbée est maintenue pour la garantie des dettes antérieures à la fusion : ce n'est que pour les dettes postérieures à celle-ci qu'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne est requise.

CA Versailles, 12^e ch. 2^e sect, 17 septembre 1998, Bull. Joly décembre 1998, p. 1259, note P. Scholer.

La société International Bankers a fait à la société LBAFIP un apport partiel d'actif, placé sous le régime de scission, de sa branche complète d'activité bancaire. La question posée à la cour d'appel de Versailles portait sur le sort du cautionnement donné en garantie d'une autorisation de découvert en compte courant, par le dirigeant de la société titulaire de ce compte, au profit de la société International Bankers, avant cette opération d'apport partiel d'actif. Pour conclure à l'extinction de ce cautionnement par suite de la transformation de la société bénéficiaire du cautionnement, la cour d'appel de Versailles relève «*que si la transmission a pour effet un transfert de plein droit de la propriété de tous les biens de la société absorbée au profit de la société absorbante, il n'en reste pas moins que les biens attachés à la personne ne peuvent se transmettre et qu'il en va ainsi du cautionnement tenu pour un engagement intuitu personae*», mais «*qu'il est de jurisprudence constante que l'obligation de la caution qui s'est engagée envers la société absorbée est maintenue pour la garantie des dettes antérieures à la fusion et que ce n'est que pour les dettes postérieures à celle-ci qu'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale est requise*». L'extinction de ce cautionnement

conduit les juges à distinguer l'obligation de couverture incombant à la caution, qui est éteinte pour les dettes postérieures à l'apport d'actif, et l'obligation de règlement qui est maintenue pour les dettes antérieures à la transformation (6).

La solution ainsi retenue par la cour d'appel est sujette à discussion (I), et doit inciter à une grande prudence dans toute opération d'apport partiel d'actif (II).

I En l'espèce, aucune clause relative à la transformation du créancier n'avait été stipulée par les parties dans l'acte de cautionnement ni dans le traité d'apport partiel d'actif. Il aurait pu être stipulé dans l'acte de cautionnement qu'une transformation du créancier bénéficiaire de la sûreté, par fusion, scission ou apport partiel d'actif, emporterait extinction du cautionnement, ou à l'inverse, emporterait maintien de cette garantie ; dans le traité de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif le sort des cautionnements dont bénéficiait la société avant sa transformation aurait pu également être précisé, après consultation des cautions.

A défaut de telles stipulations, les juges considèrent que le cautionnement, qui est un engagement conclu intuitu personae, est frappé d'extinction par suite de la transformation du créancier : une manifestation expresse de la caution était requise pour couvrir les engagements nouveaux souscrits par le débiteur principal envers la nouvelle personne morale.

S'il est bien établi qu'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant objet de l'apport (7), sans novation, la jurisprudence considère néanmoins que la transmission universelle du patrimoine telle que prévue par l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966 demeure étrangère aux relations de confiance personnelle et aux conventions conclues intuitu personae qui échappent aux règles patrimoniales (8). Le cautionnement étant pour la jurisprudence affecté de cet intuitu personae tant à l'égard du débiteur principal qu'à l'égard du créancier (9), ne devrait pas être

reporté au profit de la société bénéficiaire, qui est une personne morale nouvelle par rapport à la caution. Il convient toutefois de bien distinguer selon que l'apport partiel d'actif est réalisé par le débiteur principal, ou par le créancier bénéficiaire de la sûreté.

L'apport partiel d'actif peut être opéré par le débiteur principal garanti pour lequel la caution s'est engagée (10) : la garantie n'est due que pour le passif existant à la date de la transformation ; en revanche, l'obligation de couverture pour des dettes futures est éteinte en raison du changement radical portant sur la personne du débiteur principal (11).

Telle n'était pas la situation en l'espèce : l'apport partiel d'actif concernait la personne du créancier bénéficiaire du cautionnement. Un cautionnement donné pour des dettes nées antérieurement à l'apport n'est pas éteint : la société bénéficiaire de l'apport est en droit de poursuivre la caution en paiement de ces dettes (12). En revanche un cautionnement donné pour des dettes futures conduit à dissocier l'obligation de règlement, qui demeure pour les dettes antérieures à la transformation du créancier, et l'obligation de couverture, qui devrait s'éteindre du fait du changement portant sur la personne ayant la qualité de créancier (13). Toutefois, il ne faut pas oublier que le cautionnement contracté avec ce créancier est une sûreté accessoire à une obligation principale souscrite par un débiteur envers ce créancier : en l'espèce, la dette principale résultait d'une autorisation de découvert donnée par une banque à une société, avec un cautionnement du dirigeant de cette société. Si cette autorisation de découvert est maintenue par la banque bénéficiaire de l'apport d'actif, il devrait en être de même pour la sûreté qui garantit ce découvert : l'autorisation de découvert n'ayant pas été consentie intuitu personae par la société transformée, le cautionnement au profit du prêteur ne devrait pas non plus être considéré comme strictement personnel (14). La transmission au créancier succédant d'une convention à exécution successive conclue avec le débiteur principal devrait s'accompagner nécessairement du cautionnement qui en est l'accessoire, sauf à la caution le droit de retirer sa garantie, ou de démontrer que la qualité du créancier en considération de laquelle elle a contracté ne se retrouvait pas dans la personne poursuivant l'exécution du contrat.

II Pour éviter que cette caducité du cautionnement fasse perdre à la société transformée le bénéfice de sûretés qui lui avaient été antérieurement consenties pour les opérations futures, un accord de la caution devrait être sollicité avant la réalisation de l'apport en vue d'une réitération du cautionnement au profit de la société bénéficiaire de l'apport. De l'accord de la caution devrait dépendre le maintien de l'autorisation de découvert donnée au débiteur principal. Un maintien du compte courant par la société transformée au profit du débiteur principal nonobstant l'extinction du cautionnement risquerait d'entraîner rapidement une libération totale de la caution au titre de l'obligation de règlement : il est acquis qu'en cas d'extinction du cautionnement d'un compte courant, lorsque celui-ci continue à fonctionner, toute remise au crédit doit venir en diminution du solde provisoire existant au jour de cette extinction et donc venir décharger la caution (15).

Toute opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif nécessite donc une étude préalable approfondie des cautionnements souscrits au profit de la société transformée afin de solliciter l'accord de la caution (16).

(6) Sur cette distinction, v. Ph. Simler, Le cautionnement, *Litec*, 2^e éd., n° 204.

(7) Cass. com. 5 mars 1991, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *Bull. Joly* 1991, 500, note M. Jeantin ; D. 1991, 441, note J. Honorat ; *Defrénois* 1991, 880, obs. P. Le Cannu, *Rev. Sociétés* 1991, 545, note Ch. Bolze ; *Dr. Sociétés* 1991, n° 341, note Marteau-Petit ; *RTD Com.* 1992, 189 et 385, obs. Champaud et Danet ; Cass. com. 16 février 1988 ; *Bull. Joly*, 1988, p. 271, § 69 ; *JCP, éd. E.* 1988, II, n° 15177, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RD bancaire et bourse*, 1988, p. 130, obs. M. Jeantin et A. Viandier. V. Guyon, *Droit des affaires*, T.1, *Economica*, 6^e éd., n° 638 ; Merle, *Sociétés commerciales, éd. Dalloz*, n° 647, 672, 686 et s. ; Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 1, *LGDJ*, n° 1600 ; Serlooten, *Traité de droit commercial*, Ripert et Roblot, T. 3, *Droit fiscal des affaires*, 2^e éd., *LGDJ*, 1992, p. 791 ; J. Mestre, *Lamy Sociétés commerciales* 1998, n° 1786.

(8) V. par ex. CA Aix en Provence, 12 juin 1997 (à propos du mandat d'un syndic), *Loyers et copropriété*, 1997, n° 246 ; *Petites affiches*, 18 février 1998, p. 23, note B. Pichard ; *RJDA*, n° 4/98, p. 316, n° 436.

(9) CA Paris, 6 mai 1975 ; *Bull. Joly* 1977, p. 165, Act. ; Cass. com., 6 mars 1978 ; *Bull. civ. IV*, n° 79 ; Cass. Com. 17 juill. 1990, *Bull. Joly* 1990, 266 ; Cass. com., 20 janvier 1987 ; *JCP, éd. G.*, II, n° 20844 ; Cass. com., 17 juillet 1990 ; *JCP, éd. E.* 1990, I, n° 143.

(10) V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes, Litec* 2^e éd. n° 699.

(11) V. note Ph. Delebecque sous CA Paris 24 sept. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 411 ; Ph. Simler, op. cit. n° 699 ; Cass. com. 25 oct. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 274 ; *JCP* 1984, éd. G, IV, 7 ; *Rev. Soc.* 1984, 297, note Mabilat.

(12) CA Paris, 19 mars 1996, *Juris Data* n° 020795 ; CA Paris 20 sept 1990, *Juris-Data* n° 023408 : le bénéficiaire de l'apport est recevable à agir contre la caution hypothécaire, qui ne peut opposer ni la novation, ni l'indivisibilité du cautionnement.

(13) Cass. com. 22 janv. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 30 ; *JCP* 1986, éd. G, II, 20591 ; éd. E, II, 14771 et 87, éd. N, II, 149, obs. Ph. Simler ; D. 1985, inf. rap. 200.

(14) Rapp. Com. 25 mars 1997 : D. 1998, Somm. 183, obs. Hallouin ; *Bull. Joly*, 1997 p. 643, § 246, note M.-L. Coquelet : cautionnement donné en garanti de deux prêts accordés par une banque qui fusionne ultérieurement avec une autre banque : la caution, sauf accord de sa part, n'est pas tenue des dettes nées postérieurement à la fusion ; la créance contre l'emprunteur et la caution était née avant la fusion.

(15) Pour un exemple d'une telle extinction, v. CA Paris 24 sept. 1992 préc.

(16) V. X. Jaspar, et N. Métails, *Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens, Bull. Joly* 1998, p. 447.