

Chronique de *Droit* *des Sûretés*



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégré des Facultés de droit
Professeur*



FRANÇOIS JACOB
Agrégré des Facultés de droit
Professeur*

*Centre de droit des affaires
de l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

Cautionnement. Fusion ou scission de la société créancière.

1° Absorption par la société créancière d'une autre société. Maintien de l'obligation de couverture de la caution pour les dettes postérieures à l'opération.

2° Création d'une société créancière nouvelle. Obligation pour la caution de régler le montant d'un prêt exigible après la fusion mais contracté antérieurement à celle-ci.

*Cass. com., 17 juillet 2001, n° 1501 FP-P,
Banque populaire de Franche-Comté c/Duclos.
Cass. com., 17 juillet 2001, n° 1502 FP-P,
Caisse d'épargne et de prévoyance des Pays de Loire c/Dupas.*

Ne tire pas les conséquences légales de ses propres constatations et viole les articles 1134 du Code civil et 372-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 (devenu art. L. 236-3 du Code de commerce), la cour d'appel qui, pour débouter une banque de son action à l'encontre de cautions, retient que cette banque, bénéficiaire initial du cautionnement, a absorbé à 47,81 % une autre banque et qu'elle ne justifie d'aucune manifestation expresse des cautions de s'engager envers elle pour les dettes nées après les opérations de scission-absorption, alors qu'elle relève que les cautions s'étaient engagées envers la même personne morale bénéficiaire de la scission (1^{re} espèce).

Viole l'article 2015 du Code civil la cour d'appel qui, pour débouter une caisse d'épargne de son action contre une caution, retient qu'en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la création d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion qu'en cas de manifestation expresse de la volonté de la caution de s'engager envers la personne morale nouvelle (ce que n'aurait pas fait en l'occurrence la

caution), après avoir relevé que la caution s'était engagée pour le remboursement d'un prêt, lequel constitue une obligation à terme, souscrit le même jour, avant la fusion des sociétés, alors que la dette n'était pas née postérieurement à ladite fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible avant cette date (2^e espèce).

L'*intuitus personae* joue souvent un rôle important en matière de cautionnement et la jurisprudence est régulièrement amenée à prendre position au sujet de l'incidence sur la garantie d'une modification affectant la personne du débiteur principal¹ ou du créancier. Le contentieux relatif à cette question délicate a été alimenté ces dernières années par la multiplication des opérations de fusion ou scission² et en particulier par les restructurations du secteur bancaire³ comme en témoignent deux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 17 juillet 2001⁴ qui méritent de retenir l'attention.

Dans la première affaire (Banque populaire de Franche-Comté c/Duclos), des cautions faisaient valoir que leurs engagements envers la Banque populaire de Franche-Comté avaient pris fin en raison d'une opération de scission ayant entraîné l'absorption par la banque créancière d'un autre établissement de crédit. La Cour d'appel de Dijon avait retenu cet argument et avait rejeté la demande en paiement de la banque au motif qu'il ressortait du procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire des sociétaires de la Banque populaire de Franche-Comté du 2 novembre 1992, qu'en raison de l'approbation du projet de contrat de scission de la Banque populaire de Saône-et-Loire et de l'Ain, la Banque populaire de Franche-Comté avait absorbé le 20 novembre 1992, 47,81 % de la Banque populaire de Saône-et-Loire et de l'Ain et pris la dénomination de Banque populaire de Franche-Comté, du Mâconnais et de l'Ain, et que cette dernière ne justifiait d'aucune manifestation expresse des cautions de s'engager envers elle

pour les dettes nées après les opérations de scission-absorption réalisées à la fin de l'année 1992.

Cette décision est cassée par la chambre commerciale sous le visa des articles 1134 du Code civil et 372-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 (devenu art. L. 236-3 du C. com.) : «*En se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que les cautions s'étaient engagées envers la même personne morale bénéficiaire de la scission, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les textes susvisés*».

Autrement dit, l'absorption par la banque créancière d'une autre banque (fusion par absorption⁵) n'a pas éteint l'obligation des cautions de garantir les dettes du débiteur principal nées après l'opération. La solution est fondée sur l'absence de modification de la personnalité morale de la banque créancière. A cet égard, il faut remarquer que la haute juridiction reconnaît implicitement mais nécessairement que la simple absorption par la société créancière d'une ou plusieurs autres sociétés est sans incidence sur sa personnalité morale⁶, à la différence de la fusion de deux sociétés donnant naissance à une entité nouvelle (fusion par combinaison⁷), qui met un terme à l'obligation de couverture⁸.

Ce critère tiré de la notion de personne morale nouvelle a le mérite d'être clair et simple à mettre en œuvre. Il a cependant été fort justement souligné qu'il pourrait être nuancé, dans la mesure où une société peut changer profondément en absorbant une autre et, à l'inverse, une entreprise peut demeurer identique alors même que sa personnalité morale est fondue dans une autre⁹. Aussi les cautions ont-elles tout intérêt à tenter d'assortir leur engagement d'une stipulation mettant fin à leur obligation de couverture en cas de modification de n'importe quel paramètre déterminant la dette garantie, mais il est vrai que le créancier acceptera rarement ce type de clause¹⁰.

Dans la deuxième affaire (Caisse d'épargne et de prévoyance des Pays de Loire c/Dupas), la caution, assignée en paiement d'un prêt, soutenait qu'elle était libérée de son engagement depuis que le prêteur avait fusionné avec sept autres caisses d'épargne pour donner naissance à la Caisse d'épargne et de prévoyance des Pays de Loire. La cour d'appel avait fait droit à cette prétention et avait affirmé qu'en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la création d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'était maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion qu'en cas de manifestation expresse de sa part de s'engager envers la personne morale nouvelle et qu'il était en l'espèce acquis que la caution ne s'était pas engagée envers la personne morale nouvelle et que l'obligation dont le paiement était demandé était née postérieurement à la fusion des caisses.

La cassation est prononcée cette fois au visa de l'article 2015 du Code civil (concernant les «*limites*» du cautionnement) : «*En statuant ainsi, après avoir relevé que la caution s'était engagée pour le remboursement d'un prêt, lequel constitue une obligation à terme, souscrit le même jour, avant la fusion des caisses, alors que la dette n'était pas née postérieurement à ladite fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date, la cour d'appel a violé le texte susvisé*».

Ce disant, la chambre commerciale réaffirme on ne

peut plus clairement que si la fusion entraînant la création d'une personne morale nouvelle met fin à l'obligation de couverture, elle n'éteint pas en revanche l'obligation de règlement de la caution pour toutes les dettes nées avant la fusion, même si elles ne sont devenues exigibles qu'après l'opération¹¹. La solution est dictée par le principe de la transmission universelle du patrimoine des sociétés fusionnées à la société nouvelle bénéficiaire de l'opération (art. L. 236-3, I C. com.) en vertu duquel celle-ci recueille l'intégralité des créances de celles-là, avec leurs accessoires et garanties.

Le rapprochement de ces deux arrêts permet alors de résumer ainsi les solutions du droit positif quant aux modifications affectant la société créancière :

- toute opération ne modifiant pas la personnalité morale de la société créancière (par exemple changement de forme ou d'objet social de la société créancière ou absorption par elle d'une autre société) est sans incidence sur le cautionnement, sauf convention contraire ;
- toute opération entraînant un véritable changement d'identité de la société créancière (par exemple fusion entraînant la création d'une personne morale nouvelle ou disparition de la société créancière en raison de son absorption par une autre société) libère automatiquement la caution de son obligation de couverture mais laisse subsister l'obligation de règlement des créances nées antérieurement à l'opération.

L'extinction automatique de l'obligation de couverture en cas de modification de la personnalité morale de la société créancière traduit l'idée selon laquelle «*changer de créancier, c'est changer les conditions de naissance de la dette*»¹², qui sont essentielles en matière de cautionnement de dettes futures. Si cette solution paraît bien rigoureuse dans certains cas et peut être critiquée à certains égards¹³, elle paraît néanmoins bien assise aujourd'hui.

Cela étant, une interrogation subsiste. La Cour de cassation admet déjà qu'en cas de changement de la personne morale créancière, l'obligation de couverture peut être maintenue par une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager «*envers la nouvelle personne morale*»¹⁴. Il reste à savoir si la caution peut valablement consentir par avance, dans une clause du cautionnement, à maintenir son obligation de couverture en cas d'opération modifiant la personnalité morale du créancier¹⁵.

N. R.

¹ V. par exemple encore très récemment, Cass. com., 20 février 2001, *Banque & droit* mai-juin 2001, p. 47, obs. N.R. ; Dr. sociétés 2001, n° 91, note Th. Bonneau, à propos du changement de forme de la société débitrice ; pour une présentation de l'ensemble du problème, V. M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 312-313 ; L. Aynès, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Cujas*, 10^e éd., 2000, n° 273 et s.

² V. notamment J. Grillot et M. Saint-Cène, *Le cautionnement et la garantie des créances nées postérieurement à une scission et/ou une fusion de sociétés, Banque & droit* septembre-octobre 1994, p. 3.

³ V. L. Legouet, *L'incidence des fusions de banques sur les garanties, Banque & droit* mai-juin 2000, p. 19, spéc. I concernant les garanties personnelles.

⁴ D. 2001, AJ, p. 2414, obs. A. Lienhard.

⁵ Sur cette terminologie, V. M. Germain, note sous Cass. com., 20 janvier 1987 au *JCP* 1987, II, 20844, spéc. n° 2 et la référence à J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, T. 3, *Dalloz*, 1978, n° 772.

⁶ V. déjà implicitement en ce sens, Cass. com., 27 octobre 1980, *Bull. civ. IV*, n° 346 ; adde Ph. Simler, op. cit., n° 704 ; A. Lienhard, obs. préc., qui soulignent l'un et l'autre, que la solution pouvait néanmoins prêter à discussion dans la mesure où l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966, issu de la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988, vise la fusion et la scission mais ignore la notion d'absorption.

⁷ V. M. Germain, note préc., *ibid.*

⁸ V. Cass. com., 20 janvier 1987, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *JCP* 1987, II, 20844, note M. Germain ; D. 1987, S.C. p. 453, obs. L. Aynès, qui juge qu'« en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une

des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale » ; adde Cass. com., 22 janvier 1985, *JCP* 1986, II, 20591, note Ph. Simler, jugeant qu'une caution n'est pas engagée envers une société nouvelle bénéficiaire d'une opération de scission.

⁹ V. L. Aynès, op. cit., n° 274 et note 2 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 313 ; M. Germain, note préc., n° 12.

¹⁰ V. Th. Bonneau, note préc., au sujet de la clause prévoyant la libération de la caution au cas où celle-ci cesserait d'être dirigeant ou céderait ses actions ou parts sociales de la société débitrice.

¹¹ V. déjà en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1999, *Banque & droit* juillet-août 1999, p. 36 ; Cass. com., 25 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 643, note M.-L. Coquelet ; adde J. Grillot et M. Saint-Cène, art. préc., II, p. 6.

¹² L. Aynès, obs. préc. ; comp. Ph. Simler, note préc. au *JCP* 1986, II, 6° qui considère que « dans les rapports caution-crédancier, l'argument tenant à l'intuitus personae tombe ».

¹³ V. notamment L. Legouet, art. préc., I, C, qui souligne que de nombreuses fusions sont réalisées entre des sociétés qui appartiennent à un même groupe, sont contrôlées par les mêmes actionnaires et dirigées par les mêmes personnes ; adde O. Barret. A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société, *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz*, 1999, p. 109.

¹⁴ V. Cass. com., 20 janvier 1987, préc.

¹⁵ En faveur de cette clause, V. J. Grillot et M. Saint-Cène, art. préc., II, p. 7, qui invoquent les dispositions de l'article 1122 du Code civil ; comp. les hésitations d' A. Lienhard, obs. préc., in fine.