

# Chronique de droit des sûretés



**Nicolas Rontchevsky**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur



**François Jacob**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur

Université Robert Schuman (Strasbourg III)

## I Sûretés personnelles

### ■ **Cautionnement. Fusion-absorption de la société créancière.**

**1° Maintien de la garantie au profit de la personne morale nouvelle pour les créances nées antérieurement à la fusion.**

**2° Impossibilité pour la caution de la société absorbée de se prévaloir de la rétroactivité de la fusion convenue entre les parties**

*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janvier 1999, Vernus c/Caisse régionale de Crédit agricole Centre France, n° 55 D.*

*Cass. com., 23 mars 1999, Sté L'Etoile commerciale c/Sté Fidéicom, n° 702 P.*

*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 demeure pour les créances dont la société était titulaire lors de la fusion (1<sup>re</sup> espèce).*

*Une cour d'appel, ayant retenu que l'opération de fusion n'était devenue définitive qu'à la date de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante approuvant le projet de fusion, date à laquelle s'est opérée la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, et ayant relevé que la totalité de la créance était exigible antérieurement, a décidé à bon droit que la caution ne pouvait se prévaloir de la rétroactivité de la fusion convenue entre les parties (2<sup>e</sup> espèce).*

La multiplication des opérations de fusion invite à signaler deux arrêts d'inégale importance rendus respectivement par la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation au sujet de l'incidence de la fusion-absorption d'une société créancière sur les cautionnements souscrits à son profit (7).

Dans la première affaire, à la suite de la fusion-absorp-

tion d'une Caisse régionale de Crédit agricole, bénéficiaire d'un cautionnement, par une autre caisse, la caution opposait à l'action en paiement de la caisse absorbante que ses engagements ne sauraient se poursuivre à l'égard d'un nouveau créancier. Cette prétention est fermement écartée par un arrêt de rejet rendu par la première chambre civile le 12 janvier 1999 (8) qui énonce «*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 demeure pour les créances dont la société était titulaire lors de la fusion ; que la cour d'appel, qui a relevé que la caution s'était engagée pour le remboursement d'un prêt, lequel constitue une obligation à terme, souscrit avant la fusion des caisses, a, à bon droit, considéré que la dette n'était pas née postérieurement à ladite fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date*».

La solution est sans surprise et repose sur la distinction classique entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement de la caution (9). La Cour de cassation avait en effet déjà jugé 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'était maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale (10). Ce faisant, la Cour de cassation opérait déjà une distinction entre l'obligation de couvrir les créances nées après la création de la nouvelle personne morale, qui suppose une volonté expresse de la caution, et l'obligation de règlement des dettes nées avant la fusion qui subsiste de plein droit. Cette solution pourrait être plus nuancée mais elle a le mérite d'être claire (11). Elle vient d'être étendue par un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 17 septembre 1998 (12) au cas de l'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions qui emporte transmission universelle du patrimoine pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport.

Quoi qu'il en soit, l'intérêt de l'arrêt du 12 janvier 1999 est de rappeler que l'obligation de règlement de la caution

s'étend à toutes les créances nées antérieurement à la fusion, même si elles sont devenues exigibles après l'opération (13). En d'autres termes, il faut prendre en considération la date de naissance de la créance et non celle de son exigibilité. Cette solution avait du reste déjà été posée par la Cour de cassation en ce qui concerne la question voisine de l'obligation à la dette de l'associé d'une société en nom collectif (14).

Plus remarquable est l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 23 mars 1999 (15) quant à l'incidence sur l'obligation de la caution de la rétroactivité de la fusion-absorption de la société créancière par une autre société. En l'occurrence, les assemblées générales de deux sociétés avaient approuvé la fusion emportant absorption de l'une par l'autre et avaient décidé que toutes les opérations sociales actives ou passives effectuées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1993 seraient considérées comme ayant été effectuées pour le compte de la société absorbante. Autrement dit, usant de la possibilité offerte par l'article 372-2, 2° de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 (16), issu de la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988, les parties avaient inséré une clause de rétroactivité dans leur traité de fusion (17). Une société qui s'était portée caution au profit de la société absorbée de sommes dues par un tiers au titre d'un contrat de crédit-bail tirait argument de cette clause pour faire valoir qu'elle ne s'était pas engagée envers la société absorbante. La caution s'était ainsi opposée à la demande de celle-ci et lui avait même demandé le remboursement de sommes payées à la société absorbée le 30 décembre 1993.

Le pourvoi formé par la caution contre l'arrêt l'ayant débouté de sa demande est rejeté aux termes de l'attendu suivant : «*La cour d'appel, ayant retenu par motifs propres et adoptés que l'opération de fusion n'est devenue définitive que le 14 janvier 1994, date de l'assemblée générale de la société Fideicomi (la société absorbante) qui approuvait le projet de fusion et date à laquelle s'est opérée la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante et que la totalité de la créance était exigible depuis septembre 1993, c'est à bon droit que, sans dénaturer les documents visés au moyen et en justifiant légalement sa décision, la cour d'appel a décidé que la caution ne pouvait se prévaloir de la date d'effet au 1<sup>er</sup> janvier 1993, convenue entre les parties à la fusion*».

En d'autres termes, la Haute juridiction semble considérer que la caution, et sans doute plus généralement les tiers, ne peuvent se prévaloir de la clause de rétroactivité stipulée dans le traité de fusion.

Cette «*rétroactivité restreinte*» (18) est de prime abord surprenante à deux points de vue. D'abord, comme on l'a vu, l'aménagement conventionnel de la rétroactivité est expressément prévu par l'article 372-2, 2° de la loi du 24 juillet 1966, ce qui laisse entendre que la rétroactivité n'intéresse pas que les parties à la convention de fusion (19). Ensuite, la solution paraît contraire au principe d'opposabilité du contrat aux parties par les tiers qui a été affirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation (20). Celle-ci a ainsi déjà permis à une caution d'invoquer un contrat pour échapper à une obligation dont elle aurait été tenue en l'absence de celui-ci (21).

Pourtant, différents arguments militent en faveur de la solution retenue par la chambre commerciale. En premier lieu, la rétroactivité constitue une fiction juridique (22) dont l'effet simplificateur et utile est certes reconnu mais n'est pour autant jamais admis sans réserves (23). En deuxième lieu et surtout, s'agissant plus précisément de la rétroactivité de la

fusion, celle-ci suscite une discussion sur le point de savoir quelle en est la portée (24). A cet égard, à l'instar de certains auteurs (25), le Comité juridique de l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA) (26) estime que «*la rétroactivité ne vise... que la jouissance et non le transfert de propriété*» et «*n'aurait en réalité qu'une utilité pratique et comptable*». La transmission universelle de patrimoine (27), et partant le transfert des créances de la société absorbée à la société absorbante, n'interviendraient donc qu'à la date de la réalisation définitive de l'opération, c'est-à-dire à la date de la dernière assemblée générale approuvant celle-ci. La chambre commerciale semble bien se rallier implicitement à cette analyse puisqu'elle approuve les juges du fond d'avoir considéré que la transmission universelle du patrimoine s'était opérée à la date de l'assemblée générale de la société absorbante approuvant le projet de fusion. On peut ajouter que c'est à cette date que s'est opéré le changement de créancier mettant fin à l'obligation de couverture de la caution (28).

Si cette interprétation de l'arrêt est la bonne, la solution retenue doit être approuvée et apporte une contribution remarquable non seulement au droit du cautionnement mais aussi au droit des fusions.

N. R

- (7) Sur cette question, v. notamment *Lamy Sociétés commerciales* 1999 par J. Mestre, Ch. Blanchard-Sébastien et D. Velardocchio, n° 1675 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., n° 174 ; L. Aynès, Droit civil, Sûretés et publicité foncière, *Cujas*, 9<sup>e</sup> éd., 1998, n° 274 ; adde 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.
- (8) *Bull. Joly* 1999, p. 537, note P. Le Cannu ; *RJDA* 1999, n° 342.
- (9) V. M. Cabrillac et Ch. Mouly, Droit des sûretés, *Litec*, 4<sup>e</sup> éd., 1997, n° 94 ; L. Aynès, op. cit., n° 274.
- (10) 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 ; adde dans le même sens en cas de scission de la société créancière, Cass. com., 22 janvier 1985, *JCP* 1986, II, 22591, note Ph. Simler.
- (11) V. M. Germain, note préc., n° 10-12.
- (12) *JCP E* 1999, p. 624, note C. Varin.
- (13) V. déjà en ce sens Cass. com., 25 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 643, note M.-L. Coquelet.
- (14) Cass. com., 4 janvier 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 314, note P. Le Cannu ; Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 37, note P. Le Cannu.
- (15) *JCP E* 1999, p. 1012, note A. Couret ; *RJDA* 1999, n° 678 avec l'annonce d'un prochain commentaire d'A. Viandier.
- (16) Rappelons que ce texte dispose qu'en l'absence de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, «la fusion prend effet... à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération sauf si le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date, laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires, ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine».
- (17) Sur les intérêts de cette clause, v. notamment M. Cozian et A. Viandier, Droit des sociétés, *Litec*, 11<sup>e</sup> éd., 1998, n° 1736.
- (18) A. Couret, note préc., 2, n° 10 et s.
- (19) V. en ce sens, A. Couret, note préc., n° 14.
- (20) V. notamment Cass. com., 11 janvier 1956, *Bull. civ.*, n° 23 ; adde F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, *Dalloz*, 6<sup>e</sup> éd., 1996, n° 470 ; Ch. Larroumet, Droit civil, T. 3, Les obligations, Le contrat, *Economica*, 4<sup>e</sup> éd., 1998, n° 748 ; N. Rontchevsky, «L'effet de l'obligation», *Economica*, 1998, préf. A. Ghozi, n° 153-155.
- (21) Cass. com., 22 octobre 1991, *Bull. civ.*, n° 302 ; D. 1993, p. 181, note J. Ghestin, qui juge que s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs, ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit comme un fait juridique la situation créée par ce contrat.
- (22) V. notamment F. Terré, «Introduction générale au droit», *Dalloz*, 4<sup>e</sup> éd., 1998, n° 408.
- (23) V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 1139, à propos de la rétroactivité de la condition.
- (24) V. notamment *Lamy. Sociétés commerciales* 1999, n° 1695 ; A. Couret, note préc., n° 8 et s.
- (25) V. notamment J.-P. Bouère, «Fusions et scissions – Le problème des résultats intercalaires», *JCP E* 1992, I, 163, n° 3, note 10.
- (26) *ANSA*, n° 2774, C.J., 5 octobre 1994, n° 310, p. 7, qui souhaite cependant une clarification de la loi.
- (27) V. M. Jeantin, La transmission universelle du patrimoine d'une société, Les biens et les activités de l'entreprise, Mélanges en hommage à J. Derruppé, *Joly*, 1991, p. 287 ; M.-L. Coquelet, «La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés», thèse Paris-X Nanterre, 1994 ; adde O. Barret, A propos de «la transmission universelle du patrimoine d'une société», *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin, *Dalloz*, 1998, p. 109, spéc. n° 16, au sujet du cautionnement.
- (28) V. A. Couret, note préc., n° 14.