

Chronique de *Droit des Sociétés*

QUENTIN URBAN
Maître de conférences*
Faculté de droit de Strasbourg



*Centre de droit des affaires
de l'Université Robert Schuman

II Fusion ou une scission d'une société créancière - Incidences sur le cautionnement

1^o espèce : Cass. com. 29 février 2000, n^o 560 D, Hernandez c/Barclays Bank PLC.

2^o espèce : Cass. com. 29 février 2000, n^o 99 D, Crédit du Nord c/Sté Volvo Automobiles France.

Ces deux arrêts sont publiés à la Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires (RJDA), juin 2000, n^o 661 p. 527.

Lorsqu'une société fait l'objet d'une fusion ou d'une scission, son patrimoine est dévolu aux entités juridiques qui lui succèdent et qui pourront en principe exercer tous les droits transmis (art. 372-1 de la loi du 24 juillet 1996). Il arrive que cette transmission se heurte au caractère personnel («*l'intuitus personae*») du contrat conclu par la société. Lorsque c'est la société créancière bénéficiaire de la caution qui fait l'objet d'une fusion ou d'une scission, la Cour de cassation considère alors que le cautionnement ne peut garantir que des dettes antérieures à l'opération. C'est une solution qui impose une vigilance particulière du créancier bénéficiaire qui devra tenir compte dans ses relations avec le débiteur principal du caractère limité de la couverture offerte par le cautionnement.

Dans la première espèce la Société de distribution de vins fins (SDVF) avait obtenu de la Barclays Bank un crédit à hauteur de 25 millions de francs en 1992. Mme et M. Hernandez s'étaient portés auparavant caution chacun à concurrence de 4 millions de francs. Par acte sous seing privé du 18 mai 1993 formalisé par acte notarié du 8 juillet 1993 la société Barclays Bank SA a fait l'objet d'une fusion absorption par la société Barclays Bank PLC. La SDVF a ultérieurement fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Après avoir déclaré sa créance, la Barclays Bank PLC s'est retournée contre les cautions en exigeant paiement de la dette principale à hauteur du cautionnement soit pour chacun 4 millions de francs. Les époux Hernandez se sont opposés à tout paiement en soutenant que les créances étaient nées

postérieurement à la fusion. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui a condamné les époux à paiement en considérant que «*l'émission en début de chaque mois de billets à ordre du montant des crédits de trésorerie acceptés par la banque qui les escomptait et les portait au crédit, puis les débitait en fin de mois ne constituait qu'une simple modalité de la mise en œuvre du crédit consenti à hauteur de 25 millions de francs en 1992*».

Dans une seconde espèce, la banque Crédit du Nord s'était portée caution des engagements d'une société VDB au bénéfice de la société Volvo France pour un montant de 800 000 francs. En 1991 la société Volvo France a fait l'objet d'une scission. La branche d'activité «*automobiles*» dont dépendaient les relations avec la société VDB a été transférée à la société Volvo automobiles France. La banque s'est refusée à se substituer à la défaillance de la société VDB pour le paiement d'effets de commerce créés avant la scission et venus à échéance après. La Cour de cassation a confirmé la condamnation de la banque à paiement de la dette à hauteur du cautionnement en considérant que si l'obligation de garantie du Crédit du Nord avait cessé le jour de la scission, il n'en demeurait pas moins que les effets de commerce nés avant la scission mais dont l'échéance était postérieure faisaient partie des créances couvertes et devant être réglées.

Ces deux décisions illustrent les difficultés qui peuvent naître d'une articulation entre l'effet translatif patrimonial de la fusion ou de la scission et de l'effet limitatif résultant du caractère *intuitus personae* du cautionnement. Lorsque le cautionnement est à durée indéterminée et lorsqu'il est destiné à couvrir un ensemble de dettes il n'est pas aisé de déterminer l'étendue du cautionnement. La couverture d'une ouverture de crédit en compte courant et celle d'effets de commerce en sont l'illustration.

1. Les opérations de fusion ou de scission sont des opérations dont les effets juridiques peuvent se rapprocher du décès d'une personne physique en ce qu'une personne disparaît mais son patrimoine est transmis à ses successeurs. Cette analyse n'a pas toujours été celle de la doctrine et de la jurisprudence⁽¹⁰⁾ mais aujourd'hui depuis la loi du 5 janvier 1988 la règle est clairement fixée à l'article L 372-1 inséré dans la loi du 24 juillet 1966 : «*la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéfici-*

ciaires». Les conséquences qui en découlent pour la caution d'une société concernée par une telle opération sont en effet les mêmes que celles d'un décès d'une personne physique. Il y a à la fois rupture en ce sens que la personne physique ou morale du débiteur ou du créancier disparaît, et continuité, en ce que les créances des dettes existantes sont transmises aux successeurs, personnes physiques ou morales avec leurs accessoires.

En matière de cautionnement, on pourrait raisonner en considérant que la convention de cautionnement étant l'accessoire d'une dette principale elle se transmettrait aussi. La nouvelle société bénéficiant de la transmission de patrimoine pourrait ainsi venir aux droits de la société disparue et mettre en œuvre la garantie en cas de défaillance du débiteur principal. Ce n'est pas la solution du droit positif que ce soit en cas de fusion ou en cas de scission.

Dans l'hypothèse de l'absorption de la société créancière, c'est un arrêt du 6 mars 1978 qui a fondé la jurisprudence en considérant que la caution ne saurait être tenue au titre des créances de la société absorbante contre le débiteur garanti nées postérieurement à la convention d'absorption (11). Cette analyse a été reprise en cas de fusion par création d'une personne morale nouvelle dans un arrêt du 20 janvier 1987 (12) qui a considéré «*qu'en cas de fusion de sociétés donnant lieu à formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de 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 volonté de la caution de s'engager envers une nouvelle personne morale*».

C'est aussi la solution qui a été retenue en cas de scission de la société créancière par un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1985. Dans cette décision les magistrats ont rejeté l'argumentaire des demandeurs au pourvoi qui soutenaient que la caution restait tenue envers la société nouvelle de la scission en raison de l'absence de novation. Ils ont considéré que la société issue de la scission étant une personne morale nouvelle envers laquelle la caution n'avait pris aucun engagement direct, elle ne pouvait se prévaloir du cautionnement que pour les créances à elles transmises et nées avant la convention de scission (13).

Dans le second arrêt rapporté cela n'avait pas été l'analyse des juges d'appel qui avaient considéré qu'il n'était pas possible de faire exception au principe de transmission des créances et des dettes en cas de scission d'une société.

«*Attendu que le législateur tant européen que national a voulu renforcer la sécurité juridique des agents économiques afin que les opérations de restructurations ne soient pas le prétexte à des refus d'honorer des engagements ; que la transmission universelle du patrimoine concerne la totalité de celui-ci... que ces engagements de caution sont à l'évidence des éléments de patrimoine ; que la loi ne prévoit aucune exception à leur égard...*» (14). Dans l'arrêt de cassation rapporté les magistrats se contenteront de relever le caractère erroné de cette analyse et considéreront que l'obligation de couverture s'arrêtait à la date de la scission. Par une telle prise de position ils s'inscrivent dans le fil de la jurisprudence traditionnelle considérant que le caractère intuitu personae du cautionnement met fin à l'obligation de couverture en cas de transmission du patrimoine à une nouvelle personne morale.

Cette rupture dans l'obligation de couverture des dettes pourrait être cependant évitée et c'est le premier arrêt rapporté qui donne l'indication. Certes le cautionnement ne

survit que pour garantir les dettes nées antérieurement à la fusion, mais il serait possible de prolonger ces effets par une manifestation de volonté de s'engager envers une nouvelle personne morale. On peut dès lors imaginer que pour éviter que la caducité de l'obligation de couverture fasse perdre à la société nouvelle le bénéfice des sûretés qui avaient été antérieurement consenties pour les opérations futures, un accord de la caution devrait être sollicité avant la réalisation de la scission ou de la fusion en vue d'une réitération du cautionnement au profit de la société bénéficiaire de l'apport.

2. Cela permettrait d'éviter de délicates incertitudes sur la date de naissance de la créance cautionnée en matière d'effets de commerce comme l'illustre à leur façon chacun des deux arrêts rapportés.

Dans le premier arrêt, une convention de compte courant avait été passée entre la Barclays Bank et la société SDVF en 1970. En 1992, la banque acceptait de mettre à disposition du débiteur un crédit de 25 millions de francs dans le cadre de la convention de compte courant. Régulièrement la société SDVF émettait des billets à ordre du montant des crédits de trésorerie acceptés par la banque qui les escomptait, les portait au crédit, puis les débitait en fin de mois. La question posée était alors de déterminer si chaque cycle mensuel d'opérations constituait autant d'actes cautionnés distincts les uns des autres ou s'il s'agissait d'une simple modalité de mise en œuvre d'un crédit initial. De la réponse dépendait l'étendue de la garantie consentie par les deux cautions. Celles-ci soutenaient que les cautions «ne pouvaient être poursuivies en remboursement des crédits de trésorerie consentis postérieurement à la fusion par la Barclays Bank PLC». L'argumentaire consistait à diviser les émissions de billets en ordre en autant d'opérations distinctes de crédit et à traiter la convention de crédit initiale comme une simple convention cadre qui ne pouvait générer à elle seule un crédit. En adoptant une telle analyse, les magistrats devaient être conduits à rejeter toutes les dettes issues de billets à ordre émis postérieurement à la fusion.

La cour d'appel confirmée dans son attitude par la Cour de cassation a alors introduit la distinction entre la date de naissance du crédit pour un montant global et les modalités de mise à disposition du crédit sous la forme de billets à ordre escomptés chaque mois. Pour elle la convention 1992 donnait naissance à un crédit effectif et compte tenu de son antériorité à l'opération de fusion devait être couverte par la caution donnée et garantissant «*les sommes que la société peut ou pourra devoir à la banque à un titre quelconque*» selon les termes de l'arrêt.

Cela n'allait pas de soi car les billets à ordre portaient bien mention de sommes qui pour certaines n'avait été que versées après la fusion et qui constituaient autant de créances distinctes. Ce n'est qu'en portant une appréciation sur l'ensemble de l'opération que l'émiettement de la dette résultant du régime juridique du billet à ordre a pu être évité.

C'est aussi en utilisant les mécanismes des effets de commerce, probablement des lettres de change ou des billets à ordre, que dans la deuxième espèce le Crédit du Nord pouvait éventuellement échapper à son obligation de garantie de certaines dettes. Des effets de commerce avaient été créés le 28 décembre 1990 avant la scission du 1^{er} janvier 1991 mais leurs échéances étaient postérieures, les 18 et 21 janvier 1991. On pouvait s'interroger sur la date de naissance de la créance ; si la créance existait à l'émission, elle était couverte

en raison de son antériorité si la créance existait à l'échéance il fallait alors l'exclure. En vertu des règles applicables aux effets de commerce, lettre de change ou billet, l'engagement d'honorer la dette (provision pour la lettre de change) n'existe qu'à l'échéance ; on pourrait en déduire que la dette n'existe qu'à cette date. La Cour de cassation prend le contre-pied d'une telle analyse et considère même si l'échéance est postérieure à la scission, la dette doit être couverte. Elle se garde toutefois d'indiquer si cela signifie que pour elle la dette était née à l'émission de l'effet. On peut le penser.

Le Crédit du Nord subira les conséquences d'une telle analyse puisqu'il sera condamné à honorer les effets de commerce à la place de la débitrice.

En conclusion, ces deux arrêts doivent inciter à la plus grande prudence lorsqu'une banque créancière bénéficiaire d'une caution fait l'objet d'une fusion ou d'une scission. A chaque fois qu'une telle opération intervient et implique apparition d'une société nouvelle, la banque bénéficiaire devrait subordonner l'octroi de nouveaux crédits ou la continuation de fonctionnement du compte courant à la conclusion d'un nouveau contrat de cautionnement ou à une extension de couverture au-delà de la date de fusion ou de scission.

Q. U.

(9) CA Paris, 3e ch. 6 av. 1999, Dr. sociétés juill. 2000, p. 17 n° 107.

(10) Cheminade, La nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, *RTD com.* 1970, p. 15 ; v. aussi Cass. com. 18 déc. 1984 : *Bull. civ. IV* n° 351 ; *Gaz. pal.* 1985, 1, som. p. 117. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que le bénéfice d'un cautionnement se transmet d'une société créancière absorbée à une société créancière absorbante.

(11) Cass. com. 6 mars 1978 : *Bull. civ. IV*, n° 79 ; D. 1979, inf. rap. p. 138 obs. Vasseur.

(12) Cass. com. 20 janv. 1987, *Bull. civ. IV* n° 20 ; JCP G II 20 844 et N 1988 II 114 note Germain ; *Gaz. pal.* 1987, 1, p. 217 note Piedelièvre ; D. 1987 somm. p. 453 obs. Aynès ; *Rev. soc.* 1987, p. 387 note Barret ; *RD bancaire et bourse* 1988, p. 28, obs. Contamine-Raynaud.

(13) Cass. com. 22 janv. 1985, *Bull. civ. IV* n° 30 JCP G 1986 II 20 591, E 1986 II 14 771 et N 1987, II, 149 note Simler ; D. 1985, inf. rap. p. 200.

(14) CA Paris 19 mars 1996 *RD bancaire et bourse* 1996, p. 204 obs. crit. Contamine-Raynaud et *RJDA* 6/96 n° 790 p. 562.