

Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : évolutions et précisions jurisprudentielles pour les banques



GRÉGORY DAMY

Docteur en droit
Avocat, chargé de cours en master
CREDECO/CNRS

La chambre commerciale de la Cour de cassation a opéré le 8 novembre 2005 un important revirement de jurisprudence en consacrant la transmission de plein droit du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société bénéficiaire. Cette décision, attendue depuis de nombreuses années par les praticiens de la profession bancaire devrait désormais simplifier les opérations de restructuration. Par ailleurs, dans un second arrêt rendu le même jour, moins remarqué mais également très important, la Cour s'est prononcée sur le caractère existant ou exigible des échéances de loyers à l'occasion d'une opération de fusion.

Cour de cassation, Chambre commerciale

8 novembre 2005 – Cassation

La Cour : - Sur le moyen unique : - Vu les articles L. 236-3 du Code de commerce ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, la fusion absorption entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, dans l'état où il se trouve à la date de l'opération ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que MM. X... et Y..., ont apporté leur cautionnement solidaire à la société Optibail en garantie d'un contrat de crédit-bail portant sur un immeuble et conclu entre cette société et la société COBC, dont ils étaient les cogérants ;

qu'à la suite de la liquidation judiciaire de la société Samlex France qui avait absorbé la société COBC, la société Selectibanque devenue Selectibail qui avait absorbé la société Sicorail, laquelle avait elle-même absorbé la société Optibail, a assigné les cautions en paiement d'une certaine somme correspondant aux loyers, indemnités d'occupation et primes d'assurance demeurés impayés jusqu'à la libération des lieux ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société Selectibanque l'arrêt retient que la fusion de la société créancière dans une personne morale nouvelle ou son absorption constituent un changement de créancier à

l'égard de la caution, libérant celle-ci de ses obligations si elle n'a pas manifesté sa volonté de s'engager envers le nouveau bailleur ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas de fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ;

remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans ;

Cour de cassation, chambre commerciale

8 novembre 2005 – Cassation

La Cour : - Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, rendu sur renvoi après cassation (3e chambre civile, 16 février 2000, pourvoi n° 98-15.148), que la SCI du 75, Champs-Élysées (la SCI) a loué des locaux à usage de bureaux à la société Promotion ingénierie Immobilière (la

société PII), devenue Société d'investissements immobiliers d'Ile-de-France (société SIIIF) ; qu'avant de prendre cette dernière dénomination, la société PII a cédé les baux à une société portant également le nom de Promotion ingénierie immobilière, se portant, à cette occasion, caution et garant solidaire au profit du bailleur du paiement des loyers et charges, pour la durée des baux ; que la société PII, titulaire des baux, a, par la suite, fait l'objet d'une fusion-absorption par la société Cye holding ; qu'à la suite d'un commandement de payer resté sans effet, la SCI a assigné en résolution des baux et en paiement la société Cye holding, ainsi que la société SIIIF en sa qualité de caution solidaire ;

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche :

Attendu que la SCI reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté ses demandes dirigées à l'encontre de la société SIIIF, alors, selon le moyen ; que l'engagement de la caution demeure valable lorsque la fusion-absorption de la société débitrice a été frauduleusement motivée par l'intention de faire échapper la caution à son engagement envers le créancier ; que dans ses conclusions d'appel elle a fait valoir que la fusion dont a été l'objet la société PII, société débitrice, procédait d'une collusion frauduleuse entre la société caution, la société SIIIF, la société débitrice absorbée et la société Cye Holding, qui avaient toutes, pour président-directeur général, M. X..., véritable artisan de la fusion ; que pour refuser de retenir la collusion frauduleuse ainsi invoquée la cour d'appel a affirmé que la SCI invoquait vainement une collusion frauduleuse entre les sociétés SIIIF et Cye holding, sans en rapporter la preuve et qu'à la date de la fusion tous les loyers étaient échus ;

qu'en statuant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée, si le fait que les trois sociétés avaient le même dirigeant social n'était pas de nature à établir une collusion frauduleuse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 236-3 du Code de commerce et 2015 du Code civil ;

Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre la SCI dans le détail de son argumentation, a estimé que la preuve de la collusion frauduleuse invoquée par celle-ci n'était pas établie ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur la recevabilité de la première branche du moyen contestée par la défense :

Attendu que la société Réaumur participations, venant aux droits de la société SIIIF, oppose que le moyen est irrecevable, comme tendant à remettre en cause la doctrine de la Cour de cassation énoncée dans son arrêt du 16 février 2000 et appliquée par la juridiction de renvoi ;

Mais attendu que le moyen qui critique l'arrêt en ce qu'il n'a pas recherché à quelle date était née la dette de loyers dans le patrimoine du débiteur ne tend pas à remettre en cause la doctrine énoncée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 février 2000, lequel s'est seulement prononcé sur les conditions dans lesquelles la caution pouvait être tenue des dettes du débiteur dans le cas

de la fusion-absorption de celui-ci ; que le moyen est donc recevable ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 2015 du Code civil et L. 236-3 du Code de commerce ;

Attendu qu'en cas de dissolution d'une société par voie de fusion-absorption par une autre société, l'engagement de la caution garantissant le paiement des loyers consenti à la première demeure pour les obligations nées avant la dissolution de celle-ci ;

Attendu que pour rejeter les demandes formées par la SCI à l'encontre de sa société SIIIF, l'arrêt retient que la fusion ayant entraîné la disparition de la société PII que cautionnait la société SIIIF, celle-ci devait donc obligatoirement réitérer son engagement au profit de la société absorbante, Cye holding, pour que la SCI puisse lui réclamer le paiement des loyers impayés du chef de cette dernière ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de bail en exécution duquel étaient dus les loyers avait été souscrit par la société PII avant sa dissolution, et qu'ainsi, la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 mai 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans ;

Traditionnellement, l'opération de fusion est présentée comme une opération scindée en deux étapes. Dans un premier temps, la société absorbée, ou les sociétés se combinant, sont dissoutes sans que cette dissolution soit accompagnée d'une liquidation et d'un partage¹. Dans un second temps, la "mort" de la société se traduit par une transmission universelle de son patrimoine. Ainsi présentée, l'opération n'est pas fondamentalement différente du processus qui se développe à la mort d'une personne physique. Cette présentation ne rend pas compte de la réalité du déroulement de l'opération. En effet, elle laisse supposer que, comme pour les personnes physiques, la mort est à l'origine de la transmission du patrimoine alors qu'en réalité c'est la décision de transmettre le patrimoine de la société qui cause sa mort. C'est dire que la transmission active et passive du patrimoine est décidée "du vivant" de la société et que la "mort" de cette société en est le premier effet. Cette observation suffit à mettre en évidence l'originalité de la convention et de ses effets par rapport à la théorie du patrimoine².

Avant le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation, le principe de transmission universelle de patrimoine, applicable dans le cadre des fusions, n'était parfaitement respecté que pour les créances nées avant la réalisation de l'opération. Ces restrictions étaient la conséquence de l'application du principe selon lequel toute opération de fusion, se traduisant par la disparition de la per-

1. Article L. 236-3 du Code de commerce ; ancien article 372-1 al. 1 de la loi du 24 juillet 1966.

2. G.-J. Martin, "La notion de fusion", RTD com. 1978, n° 20, p. 281-282.

sonne morale bénéficiaire du cautionnement ou de la personne morale débitrice principale, entraînait l'extinction de l'obligation de couverture³ et ne laissait plus qu'une obligation de règlement pour les dettes existantes à cette date. Cette règle était assurément protectrice des cautions.

La distinction ainsi faite entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement s'inspirait directement d'une autre distinction, de portée plus vaste, dont la vocation principale était de s'appliquer aux cas d'extinction du cautionnement. Cette théorie fut systématisée par M. Christian Mouly⁴.

Après avoir adopté des solutions parfois incertaines, la jurisprudence s'était clairement fixée dans le sens d'une assimilation avec la transmission successorale des personnes physiques. Cette distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture du cautionnement reçut une première consécration jurisprudentielle lors d'affaires concernant le décès de la caution, personne physique. La Cour de cassation considéra que les héritiers ne pouvaient être tenus au paiement des dettes nées postérieurement au décès de la caution. Autrement dit l'obligation de couverture cessait au moment du décès de la caution⁵. Cet arrêt ne statua que sur le décès de la caution. Néanmoins, la solution pouvait être généralisée. Ainsi :

- si le créancier décédait, la caution ne devait garantir que les obligations du débiteur principal au jour du décès, mais non celles que le débiteur principal pouvait contracter après ce décès envers les héritiers du créancier ;
- si le débiteur principal décédait, de la même manière, la caution devait garantir les dettes existantes au jour de ce décès, mais non celles qui pouvaient être contractées par les héritiers vis-à-vis du créancier ;
- si la caution décédait, les héritiers n'étaient tenus que des obligations existantes au jour du décès mais non de nouvelles qui pouvaient être contractées par le débiteur principal vis-à-vis du créancier⁶.

Dans le cadre des fusions, la jurisprudence, sans le dire, suivit un raisonnement analogue chaque fois que l'opération se traduisait par la disparition de la société créancière, débitrice principale ou encore caution, la disparition étant alors assimilée à un décès. Une partie de la doctrine tenta de démontrer l'analogie entre la succession d'une personne physique et la fusion de sociétés entraînant la transmission de patrimoine de la société absorbée vers l'absorbante ou la société nouvelle issue de la fusion⁷. Ce contexte permettait sans doute de comprendre la tendance jurisprudentielle qui ne faisait que transposer aux cas de dissolution des personnes morales, les solutions classiques retenues lors du décès d'une personne physique.

Ensuite, il fut habituellement soutenu par la doctrine⁸ que l'obligation de couverture découlant de dettes futures indéterminées est très fortement marquée par *l'intuitus personae*. Ainsi, le décès de la caution ou du créancier bénéficiaire, ou s'agissant d'une personne morale, la dissolution de celle-ci, notamment à la suite d'une fusion, serait de nature à l'éteindre. L'extinction automatique de l'obligation de couverture en cas de modification de la personnalité morale de la société créancière traduisait donc l'idée selon laquelle "*changer de créancier, c'est changer les conditions de naissance de la dette*"⁹. En revanche, l'obligation de règlement qui, elle, est de nature patrimoniale, devait demeurer pour les dettes antérieures à la fusion¹⁰.

Cette position de la Cour de cassation semble aujourd'hui complètement remise en cause. Néanmoins, cette évolution jurisprudentielle était prévisible¹¹ et les prémices de la révolution, opérée le 8 novembre 2005, déjà visibles dans des arrêts antérieurs. En effet, depuis quelque temps déjà, un grand vent de renouveau souffle sur le sort de la caution dans l'hypothèse d'un changement de créancier.

Il y a moins d'un an, l'assemblée plénière de la Cour de cassation décidait déjà que, dans le cadre d'un bail d'immeuble, la personne qui cautionne le paiement des loyers demeure engagée envers le nouveau propriétaire en cas de vente du bien loué. Sauf bien sûr à ce que la caution stipule dès l'origine dans son contrat qu'elle sera délivrée de son engagement en telle occurrence, l'assemblée plénière laissant toute sa place au jeu de la liberté contractuelle¹².

Le 8 novembre 2005, la chambre commerciale de la Haute juridiction opérait également un revirement de jurisprudence.

Les faits du premier litige qui ont permis à la Cour de cassation de modifier sa jurisprudence étaient classiques. Une société créancière au titre d'un contrat de crédit-bail immobilier était également bénéficiaire du cautionnement des deux cogérants de la société débitrice. Après avoir procédé à l'absorption de la société créancière, l'absorbant a décidé d'appeler les cautions à la suite de la liquidation judiciaire du débiteur principal.

Comme bien souvent dans une telle situation, l'affaire a donné lieu à litige porté devant les tribunaux. Forts de la voie tracée jusque-là par la Cour de cassation¹³, les premiers juges ont décidé que les cautions se plaignaient à raison : elles s'étaient engagées uniquement envers le créancier initial mais n'étaient certainement plus tenues à l'obligation de garantir l'absorbant de ce créancier. Selon les juges du fond, les cautions demeuraient redevables de leur obligation de règlement des dettes nées

3. Le cautionnement ne garantit plus les opérations nouvelles postérieures à la modification.

4. Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979, n° 255 à 261.

5. Cass. com., 29 juin 1982, D 1983, p. 360, note Mouly qui retrace l'évolution de la jurisprudence à ce sujet. Bull. civ., IV n° 258 ; JCP 1984, II, 20148, obs. Boutellier.

6. Solution de l'arrêt du 29 juin 1982 précité.

7. P. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 2^e éd., 1991, n° 696 s., p. 557 s.

8. Marty, Raynaud et Jestaz, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey 2^e éd. n° 616 ; J. Honorat, *Société et cautionnement*, Defrénois 1982, I, 1569 s.

9. D. 1987, p. 453, obs. L. Aynès.

10. Cass. com. 25 mars 1997, Bull. Joly 1997, p. 643, note M.-L. Coquelle.

11. V. G. Damy, *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes*, Litec, coll. "Bibliothèque de droit de l'entreprise", 2005, p. 458 s., n° 1259 s. ; G. Damy, "Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine", *Droit et Patrimoine*, sept. 2004, p. 46-53.

12. Cass. ass. plén., 6 décembre 2004, n° 03-10.713, Bull. ass. plén., n° 14, p. 31.

13. cf. notamment Cass. civ. 1, 28 septembre 2004, n° 03-10.810, Bull. civ. I, n° 214, p. 180 ; Cass. com., 3 octobre 2000, n° 96-20.778.

antérieurement à la fusion-absorption, mais ne garantis-
saient pas celles nées après l'opération dès lors qu'elles
n'avaient pas renouvelé leur engagement envers la société
absorbante.

Mais, la Cour de cassation décide justement de saisir
l'occasion qui lui est offerte de se prononcer pour effec-
tuer une véritable révolution jurisprudentielle.

Par deux arrêts du 8 novembre 2005¹⁴, celle-ci a pro-
cédé à une importante avancée dans le domaine du cau-
tionnement dans les opérations de fusion.

La première décision, dont nous avons relaté les
faits, concernant la fusion-absorption de la société créan-
cière est une remise en cause totale de la position anté-
rieure de la chambre commerciale. En effet, il est admis
pour la première fois par cette juridiction "*qu'en cas de
fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble
donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des
loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit
à la société absorbante*".

La seconde décision relative à la distinction entre
existence et exigibilité de la dette¹⁵ est moins remarquable
bien que présentant un intérêt certain, dans la mesure où
elle constitue le terme d'une évolution jurisprudentielle
sur ce point.

Ainsi, ces deux arrêts apportent un éclairage nou-
veau sur les conséquences d'un changement dans la per-
sonne du créancier et sur les conséquences du caractère
exigible d'une dette.

Pour bien comprendre la portée du revirement de
jurisprudence, il convient d'expliquer la position tradition-
nelle de la Cour de cassation (I) et ensuite de mettre en
lumière la révolution jurisprudentielle opérée (II).

I. La position traditionnelle de la Cour de cassation

Incontestablement, la jurisprudence s'était inspiré
des arguments de la doctrine pour élaborer le principe
restreignant la transmission universelle de patrimoine
pour les cautionnements (A). Néanmoins, la position de la
Cour de cassation était éminemment critiquable (B).

A. La construction jurisprudentielle du principe restreignant la transmission universelle de patrimoine pour les cautionnements

D'abord, la Cour de cassation a affirmé sa position
restrictive (1). Ensuite, elle l'a précisée mais ce faisant, il
semble qu'elle ait souhaité atténuer les effets pervers de sa
jurisprudence (2).

14. Cass. com., 8 novembre 2005, arrêt n°1402, Selectibail, D. 2005, AJ,
p. 2875, obs. A. Lienhard.

15. Arrêt n° 1403, SCI du 75, Champs Élysées.

16. Quelques jurisprudences isolées statuent en ce sens. Voir T. Com.
Paris, Ch. 3, 30 octobre 1996, Banque Worms c/ Banque Nationale du
Canada, Juris-Data, doc. n° 055712.

17. Cass. com., 6 mars 1978 D. 1979, inf. rap. p. 138, obs. M. Vasseur.
En l'espèce, il s'agissait d'une fusion de la société créancière avec une

1. L'affirmation de la position restrictive de la Cour de cassation

Le contentieux s'est développé concernant les cau-
tionnements de créances indéterminées qui ne seraient
pas encore nées au jour de la fusion. Il s'agit plus particu-
lièrement des cautionnements garantissant des comptes
courants bancaires, les ouvertures de crédit et les crédits
revolving non utilisés totalement.

Dans cette hypothèse, la question posée est de savoir
si les cautionnements dont bénéficie la banque absorbée
sont transmis à la banque absorbante ou nouvelle issue de
la fusion.

En apparence, une réponse positive semble évi-
dente¹⁶ : il en va de la cohérence du principe de la trans-
mission universelle de patrimoine.

Toutefois, dans un objectif de protection, la jurispru-
dence s'est révélée hostile au maintien des cautionne-
ments pour des créances nées postérieurement à la fusion,
à défaut d'accord exprès des cautions.

En effet, la Cour de cassation a considéré, que la
fusion éteint l'obligation de couverture de la caution pour
les créances postérieures à la fusion, le cautionnement ne
survivant que pour garantir les créances antérieures à
l'opération de fusion¹⁷.

Cette position a été réaffirmée dans un arrêt de prin-
cipe de la Cour de cassation du 20 janvier 1987¹⁸. Cette
affaire concernait la fusion entre le CNEP et la BNCI
ayant abouti à la création d'une nouvelle banque dénom-
mée BNP. Il s'agissait de savoir si les cautions ayant
garanti les engagements d'une société commerciale envers
la BNCI étaient tenues pour les dettes figurant lors de la
clôture du compte courant intervenue plusieurs années
après la réalisation de cette fusion, alors que les relations
commerciales entre la société cautionnée et la BNP
s'étaient poursuivies normalement. Autrement dit, se
posait la question de déterminer si l'engagement pris par
les cautions et donné en faveur de la BNCI avait été ou
non transféré au profit de la nouvelle société issue de la
fusion avec le CNEP, à savoir la BNP. Cette question était
primordiale pour la BNP qui n'avait réalisé aucune forma-
lité propre à lui assurer le maintien de ses sûretés. Ceci la
mettait dans une situation d'autant plus dangereuse que
les raisons d'appeler la caution ne s'étaient manifestées
que plusieurs années après la fusion et avec une créance
d'autant plus importante que la banque avait cru en l'exis-
tence de la garantie.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a posé le prin-
cipe suivant : "*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 pos-
térieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation
expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle per-
sonne morale*".

autre société par création d'une personne morale nouvelle.

18. En l'espèce, il s'agissait également d'une fusion de la société créan-
cière avec une autre société par création d'une personne morale nou-
velle : Cass. com., 20 janvier 1987, Bull. Joly 1987, p. 93, § 42 ; Rev.
sociétés 1987, p. 397, note O. Barret ; JCP G 1987, II, 20844, note
M. Germain ; JCP E 1987, 16342, n° 20, obs. A. Viandier et J.-J. Caus-
sain ; RD bancaire et bourse 1988, p. 28, obs. Contamine-Raynaud et
p. 23, obs. A. Viandier et M. Jeantin.

De ce principe ainsi formulé, il ressortait explicitement que le cautionnement était éteint quant aux créances postérieures à la fusion. Mais il en résultait aussi, de manière implicite, que les garants demeuraient tenus des créances antérieures¹⁹.

Cette jurisprudence a été confirmée par d'autres arrêts rendus postérieurement²⁰. Ainsi, il convient de relever les arrêts ayant confirmé cette jurisprudence tout en apportant des précisions.

2. Les précisions apportées à la construction jurisprudentielle dans l'objectif de limiter les effets pervers du principe

Deux décisions de la chambre commerciale de la Cour de cassation ont confirmé le principe que nous venons d'exposer tout en précisant certaines modalités de mise en œuvre.

La première décision date du 23 mars 1999²¹. En l'espèce, un contrat de crédit-bail avait été conclu en 1991 avec un cautionnement solidaire au profit du crédit bailleur. Ce dernier, suite à la défaillance du crédit-preneur sur plusieurs échéances, fut conduit à appeler une première fois la caution qui s'exécuta le 30 décembre 1993. Le contrat fut entre-temps résilié et le paiement du solde du crédit-bail lui fut alors réclamé. Le crédit-bailleur fut absorbé quelques jours plus tard avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1993. Ultérieurement, la société absorbante avait réclamé le solde du crédit-bail devenu exigible en raison de la résiliation du contrat. La caution avait alors invoqué la clause de rétroactivité pour échapper à ses obligations. La Cour de cassation précise que la caution ne peut se prévaloir de la date d'effet rétroactif prévue conventionnellement entre les parties à la fusion pour tenter de se dégager de son obligation de couverture²².

Cette jurisprudence a été confirmée par une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 janvier 2002²³. En l'espèce, une personne s'était portée caution, au profit d'une banque, pour garantir deux prêts consentis pour l'acquisition d'un fonds de commerce. Ultérieurement, cette banque fut absorbée par la banque San Paolo. Le protocole de fusion stipulait que la fusion prendrait effet rétroactivement, à une date antérieure à celle de l'acte de caution. La caution invoquait cette rétroactivité pour soutenir que son engagement, souscrit auprès d'une banque qui n'existait plus, n'existait plus lui-même. Cette argumentation ne fut pas retenue : la fusion

n'était devenue définitive qu'à la date de la dernière assemblée l'ayant approuvée. À cette date, avait eu lieu la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Dans ce patrimoine, il y avait le bénéfice de la caution litigieuse. La Cour de cassation précise à nouveau que la rétroactivité convenue entre les parties ne pouvait être invoquée par la caution.

Ces solutions doivent être pleinement approuvées bien qu'elles ne soient pas exemptes de critiques. À la lettre, l'article L. 236-4 du Code de commerce²⁴ dispose sans équivoque que la fusion prend "effet" à la date choisie par les parties. La notion d'"effet", telle qu'elle est ici utilisée, devrait être interprétée dans son sens le plus large comme visant sans discrimination les effets comptables, fiscaux et juridiques de l'opération. Il n'y a, en effet, pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Ceci devrait donc conduire à conclure que c'est à la date conventionnellement prévue que la dissolution de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante doivent être alors appréciées.

En outre, ni l'article 1134, ni l'article 1165 du Code civil n'interdisent aux tiers de se prévaloir du contenu d'un contrat auquel ils ne sont pas parties. Tout au contraire, le contrat est toujours invocable par eux²⁵. Ainsi, devraient-ils pouvoir bénéficier de la rétroactivité stipulée dans un traité de fusion. Une partie de la doctrine est donc favorable à une extension des effets de la clause à la transmission universelle du patrimoine elle-même²⁶.

En dépit de ces différents arguments, la Cour de cassation a opté pour un effet relatif "renforcé" des clauses de rétroactivité, qui interdit aux tiers de les invoquer²⁷.

Cet effet relatif "renforcé" peut être justifié. Si la généralité de la lettre de l'article L. 236-4 2^o milite en faveur d'une conception large de la rétroactivité, son esprit incite à retenir une conception plus étroite. Il ne semble pas, en effet, à relire les travaux parlementaires, que l'intention du législateur ait été de permettre aux sociétés de jouer en toute liberté sur la date de transmission universelle du patrimoine et celle de la dissolution de la société absorbée. En offrant la possibilité de faire rétroagir les effets de la fusion, le législateur a simplement offert un fondement légal à un procédé comptable dont les vertus avaient déjà été largement éprouvées par la pratique. Aussi, à la suite de Monsieur Viandier, force est de reconnaître que *"loin d'être une rétroactivité, qui affecterait les droits acquis et serait opposable aux tiers, le report de la*

19. La jurisprudence allait rigoureusement dans la même direction en matière de scission affectant la société créancière, Cass. com., 22 janvier 1985, JCP 1986, II, n° 20591, note Simler ; Cass. com. 15 janvier 1991, BRDA 1991, p. 15.

20. Voir, notamment, Cass. com. 3 octobre 2000, Bull. Joly 2001, § 39, p. 152.

21. Cass. com., 23 mars 1999, Bull. Joly 1999, p. 680, § 151, note R. Routier ; D. 1999, jurispr. p. 699, note S. Grataloup ; RJDA 6/1999, n° 678, p. 532 chron. A. Viandier ; Banque et Droit, n° 66, 1999, p. 36-37 ; RJDA 8-9/1999, p. 699 chron. A. Viandier ; Defrénois 1999, p. 628, obs. Hovasse ; JCP E 1999, p. 1012, note A. Couret ; A. Charveriat, "La jurisprudence précise la portée des conventions en matière de fusion", Option Finance, n° 548, 1999, p. 38 ; Petites Affiches, 4 février 2000, n° 25, p. 15, note M. Keita.

22. Cet arrêt est important car ces clauses de rétroactivité sont couramment utilisées dans les opérations de fusion, mais c'est la première fois que la Cour de cassation s'est prononcée sur leur portée juridique à l'égard des tiers.

23. Cass. com., 29 janvier 2002, n° 98-20.882, n° 219 FD, Oumellal c/ Banque San Paolo, Dict. perm. Droit des affaires, actualisation, Bulletin n° 572, 2002, p. 7773 ; M.-L. Coquelet, note sous arrêt, Bull. Joly 2002, § 153, p. 683-688.

24. Ancien article 372-2 de la loi du 24 juillet 1966. Ce dernier permet aux parties de prévoir que l'opération de fusion-absorption prend effet à une autre date, à condition que cette dernière ne soit 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.

25. Voir notamment, Cass. com., 22 octobre 1991, D. 1993, jurispr. p. 181, note J. Ghestin. En l'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement rappelé que "[...] les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat".

26. Voir note Ansa, n° 2744, Comité juridique du 5 octobre 1994, n° 310.

27. Voir, M.-L. Coquelet, note sous arrêt, op. cit., p. 687.

date d'effet de la fusion [...] n'a qu'une incidence comptable²⁸. Par conséquent, selon les partisans de la "rétroactivité restreinte", "il ne peut y avoir d'effet rétroactif ou différé qu'en ce qui concerne le transfert de jouissance des biens"²⁹. Pour la caution, seul compte la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération de fusion. C'est dire que juridiquement la clause de rétroactivité n'a d'effets qu'à l'égard des seules parties à la fusion.

En d'autres termes, la clause de rétroactivité vise en pratique la prise de jouissance par la société absorbante des biens de la société absorbée. Mais ainsi, cette clause ne s'applique pas à la transmission de patrimoine elle-même et, partant, n'a donc pas d'incidence sur la date de transfert de propriété des biens et sur les rapports entre les sociétés parties à la fusion et leurs cocontractants.

À notre avis, cette jurisprudence fut élaborée dans l'objectif d'atténuer les effets pervers du principe jurisprudentiel traditionnel adopté par la Cour de cassation. Effectivement, la caution surprotégée, était tentée de ne pas exécuter loyalement ses obligations en remettant en cause fréquemment ses engagements. Par conséquent, la position de la Cour de cassation concernant le non-maintien des cautionnements de créances postérieures à la fusion était très critiquable.

B. Les critiques de la jurisprudence consacrant le non-maintien des cautionnements de créances postérieures à la fusion

Au regard du droit des sociétés, la position restrictive de la Cour de cassation qui n'admettait pas le maintien de l'obligation de couverture de la caution pour les créances nées postérieurement à la fusion, à défaut d'accord de la caution, était extrêmement critiquable³⁰.

Une telle position revenait en effet à ne pas appliquer dans sa plénitude le principe de la transmission universelle de patrimoine de la société fusionnée ou absorbée au profit de l'absorbante ou de la société nouvelle³¹.

En effet, si ce principe était pleinement respecté, il aurait dû y avoir maintien de l'obligation de couverture de la caution pour les dettes contractées par le débiteur principal auprès de la société absorbante ou nouvelle. Autrement dit le contrat de cautionnement n'aurait pas dû s'éteindre mais au contraire être transmis.

Comme nous l'avons déjà précisé, cette jurisprudence avait pour objectif de protéger les cautions. Cependant, les fondements qui la sous-tendaient étaient critiquables (A) et engendraient des effets pervers (B).

1. La critique des fondements théoriques de la jurisprudence

Trois arguments étaient invoqués, successivement, alternativement, voire cumulativement, au fil de l'évolution jurisprudentielle :

- La commune intention des parties. La caution en s'engageant n'aurait entendu garantir que tel créancier bien déterminé ou tel débiteur principal bien déterminé. La modification opérée n'entrerait pas alors dans les prévisions du cautionnement au moment où il a été souscrit.

- L'effet relatif des conventions de l'article 1165 du Code civil. Les parties contractantes ne sont plus les mêmes et la caution peut soutenir ne pas être engagée vis-à-vis du bénéficiaire du cautionnement. Il convient d'observer qu'il peut bien entendu être procédé de façon valable à une cession de créance, qu'elle soit individuelle ou transmise avec une universalité de patrimoine, pour peu que l'obligation existe effectivement au moment de la cession. Ce qui n'est pas le cas d'un cautionnement donné antérieurement à l'opération de fusion et que l'on chercherait à faire jouer pour des crédits ou des dettes nés postérieurement à l'opération de fusion.

- Le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté³². Cet article 2015 du Code civil, spécifique au cautionnement, interviendrait comme une redondance de l'article 1165 pour interdire toute modification intervenue dans la personne des parties au contrat sans un nouvel échange des consentements.

À la vérité, aucun de ces trois fondements n'était incontestable et les arrêts de la Cour de cassation qui les ont utilisés ont fait l'objet de commentaires critiques très pertinents³³.

L'argument tiré de la commune intention des parties dont la recherche est, au demeurant, bien souvent divinitaire, ne semble pas pouvoir être utilisé dans la majorité des cas, sauf circonstances exceptionnelles.

Dans la plupart des situations consécutives à une fusion, il n'y a pas dans la réalité des faits et des relations entre les parties de véritable rupture : les parties continuent de travailler ensemble sans interruption du ou des contrats transmis. Il en est particulièrement ainsi lorsque, par exemple, une entreprise a l'habitude de travailler avec tel établissement financier déterminé et continue d'opérer sur les mêmes bases lors de la disparition de l'établissement de crédit absorbé ou repris par un autre. Les interlocuteurs personnes physiques, sont souvent restés en place et la caution ne voit généralement pas d'inconvénient à ce changement, surtout lorsqu'il est le dirigeant de l'entreprise. En fait, l'identité de la personne morale créancière importe peu.

Bien sûr, dans certaines hypothèses, les modifications entraînées par une fusion se traduisent dans les faits par une rupture beaucoup plus importante. En effet, il est légitime de considérer qu'une caution s'engage envers un créancier en considération de la personne et de la solvabilité de la société débitrice et qu'elle puisse pâtir du fait qu'un nouveau débiteur³⁴ se substitue au débiteur qu'elle avait initialement cautionné. Il est alors logique que la jurisprudence décide que si l'obligation de règlement de la caution subsiste pour les dettes nées du chef du débiteur

28. A. Viandier, op. cit., p. 701, n° 15.

29. J.-P. Bouère, "Fusions et scissions - Le problème des résultats intercalaires", JCP E 1992, I, 163 ; J.-P. Bouère, "Fusions et scissions - Encore des pertes intercalaires", JCP E 1993, I, 258.

30. Voir, L. Legouet, "L'incidence des fusions des banques sur les garanties", Banque & Droit, n° 71, 2000, p. 22.

31. J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions de sociétés commerciales*, Litec, 1989, n° 768 à 772.

32. Article 2015 du Code civil.

33. Voir notamment, O. Barret, note sous arrêt, Cass. com., 20 janvier 1987, Rev. sociétés 1987, p. 397 ; JCP E 1991, II, 143.

34. Né à la suite d'une fusion absorption ou d'une fusion combinaison.

avant la date de réalisation de la fusion³⁵, l'obligation de couverture cesse pour celles qui naîtraient après la date de réalisation de la fusion.

De même, est-il possible d'admettre que l'obligation de couverture découlant des cautionnements des dettes futures indéterminées est frappée au cœur de l'*intuitus personae* dans la mesure où la considération de l'individu ou des qualités de la caution du débiteur principal est essentielle.

C'est en revanche beaucoup plus douteux lorsque la modification se produit en la personne du créancier garanti³⁶ qui est généralement indifférente. Certes, il est possible d'imaginer des situations dans lesquelles les relations personnelles entretenues avec un établissement de crédit, son importance, la taille de son réseau, la dimension internationale, son professionnalisme, sa plus ou moins grande souplesse en matière d'octroi de crédit, puissent avoir été un élément déterminant lors de l'entrée en relations.

Cependant, il est immédiatement perceptible que le fondement de l'*intuitus personae* reste dès lors relatif pour décider qu'un cautionnement ne se trouve pas transféré à la suite d'une telle opération de fusion. Il ne pourrait jouer automatiquement et dans tous les cas puisqu'il faudrait rechercher si, dans la commune intention des parties, l'*intuitus personae* s'est trouvé profondément altéré.

D'une manière générale, afin de limiter la portée de l'*intuitus personae* ainsi reconnu au cautionnement, il convient aussi de souligner que nombre de fusions se réalisent entre sociétés appartenant à un même groupe. Une fusion peut constituer dans ce cas une simple restructuration interne au groupe sans qu'il y ait réellement d'autres changements que la seule disparition d'une structure juridique au profit d'une autre. Un bon exemple de ce type de fusion est le cas où la fusion est réalisée entre une société holding pure et sa filiale détenue à 100 % selon le régime dit des fusions simplifiées visé par l'article L. 236-11 du Code de commerce³⁷.

Toutefois, la doctrine dominante et la Cour de cassation restèrent longtemps attachées au principe de non-transmission des effets d'un contrat *intuitus personae* dont bénéficiait la société absorbée. En particulier, la Cour de cassation eut l'occasion de réaffirmer avec vigueur cette position de principe par un arrêt du 18 février 1997³⁸. Le raisonnement tenu par la Cour de cassation revenait à ajouter une protection nouvelle en faveur des tiers non prévue par les textes définissant les modalités d'une fusion³⁹.

Or, le transfert des contrats – y compris ceux qui seraient conclus *intuitu personae* – s'imposait puisque le Code de commerce ne limite aucunement ce transfert et ne protège pas particulièrement les cocontractants d'une société participant à une fusion.

Les solutions jurisprudentielles issues des arrêts de la Cour de cassation semblaient se contenter de la simple constatation que le bénéficiaire du cautionnement, le débiteur garanti ou même la caution n'étaient plus les mêmes. Mais ce seul fondement de l'*intuitus personae* introduisait quelque chose d'illogique. En effet, une prise de contrôle, si elle porte sur la totalité des parts sociales ou des actions, se traduit bien souvent par une perturbation beaucoup plus importante des relations entre les parties. Pourtant, en cette hypothèse, l'immense majorité des décisions de jurisprudence considère que la personnalité morale s'étant poursuivie sans altération, les cautionnements sont maintenus⁴⁰. Il est bien évident que si la cession des actions s'accompagne d'un changement radical d'objet social, d'activité, de dénomination, de transfert du siège, de vente de certains actifs, les relations résultant des conventions conclues antérieurement sont bien autrement bouleversées que par la disparition "sur le papier" d'une des parties au contrat de cautionnement à la suite d'une fusion.

Le deuxième fondement tiré de l'article 1165 du Code civil sur la relativité des conventions, ne constituait pas non plus un véritable obstacle à la transmission du cautionnement. Selon ce principe de la relativité des conventions, le transfert de plein droit du cautionnement resterait un acte qui ne lierait que les parties qui l'ont souscrit, et ne serait par conséquent pas opposable aux autres. L'argument n'est pas bien convaincant dans la mesure où l'article 1122 autorise la stipulation pour soi-même, pour ses héritiers et ses ayants cause à moins que le contraire ne soit stipulé, ce qui n'est généralement pas le cas dans ce type de restructuration⁴¹. D'ailleurs, il convient de s'interroger sur l'applicabilité du droit commun de la relativité des conventions en cas de fusion. En effet, la loi organise en réalité une transmission universelle de tout ou partie du patrimoine avec les créances et les droits qui y sont attachés. Ainsi, c'est plutôt le principe de la transmission qui, dans des hypothèses de ce genre, aurait dû être retenu.

Le troisième fondement, tiré de l'article 2015 du Code civil, reposait, à notre avis, sur une analyse erronée de cet article. Si le cautionnement ne peut être étendu au-delà des "limites" auxquelles fait référence l'article 2015, c'est bien en ce qui concerne l'objet même du cautionnement, c'est-à-dire la nature des dettes garanties et leur quantum. L'article 2015 interdit sans doute que le cautionnement garantisse un autre créancier ou un autre débiteur en plus de ceux qui sont mentionnés. Néanmoins, il n'interdit certainement pas la substitution d'un bénéficiaire créancier, d'un débiteur principal ou d'une caution à ceux qui existaient à l'origine, surtout lorsque cela se produit à la suite d'une fusion.

Par conséquent, les fondements théoriques de cette jurisprudence étaient critiquables. Il en était de même des conséquences de la perte des cautionnements.

35. Date de la dernière assemblée générale ayant voté l'opération.

36. B. Pichard, "Le transfert des contrats conclus *intuitu personae* en cas de fusion", *Petites Affiches* 18 février 1998, p. 23 et s. ; X. Jaspard et N. Metais, "Les limites à la transmission universelle du patrimoine des contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens", *Bull. Joly* 1998, p. 447.

37. Ancien article 378-1 de la loi du 24 juillet 1966.

38. Cass. com., 18 février 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 325, note. P. Fortuit.

39. La protection des créanciers non obligataires est organisée par l'article L. 236-14 du Code de commerce (ancien article 381 de la loi du 24 juillet 1966) complété par l'article 261 du décret du 23 mars 1967.

40. Cass. com., 4 janvier 1971, *Rev. sociétés* 1972, 239, note Hémar.

41. Voir. L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica*, 1984, n° 216, pp. 157-158.

2. Les effets pervers de cette jurisprudence

Compte tenu de cette jurisprudence refusant le maintien des cautionnements au profit de l'absorbante pour les créances nées postérieurement à la fusion⁴², la caution profitait généralement de l'occasion pour éluder ses obligations. Les cautions étaient en quelque sorte incitées à remettre en cause leurs engagements lors d'une fusion affectant la banque créancière, alors même que les relations commerciales se poursuivraient après la fusion dans des conditions identiques.

Cette jurisprudence restrictive démontrait une volonté affirmée des juges à protéger les cautions.

La jurisprudence restrictive critiquée incita les sociétés désirant fusionner à adopter des solutions permettant de contourner cette jurisprudence.

Quelques praticiens ont pris le risque d'insérer, d'une manière systématique, une clause visant à faire reconnaître par avance à la caution le maintien de son obligation de garantie pour, les dettes postérieures à la fusion.

Certaines sociétés ont exigé de manière quasi systématique des garanties autonomes. La juridiction suprême a jugé que ces garanties autonomes sont indépendantes tout à la fois "de la garantie de premier rang et du contrat de base"⁴³. Ces décisions ont toutes consacré "le droit du bénéficiaire à être payé et l'obligation du garant à payer..." la somme d'argent promise, selon les hypothèses et au gré des formules : à la demande du créancier ; à sa première demande... Dans toutes ces occurrences, où le garant "s'oblige à payer une certaine somme d'argent au bénéficiaire" et à les lui verser sur son ordre ou sur sa simple demande, sans plus de précision ou référence à un "remboursement", l'indépendance de la garantie permet d'admettre que la créance naît du jour de la conclusion de la promesse de payer ou d'avoir à "verser une certaine somme d'argent" donc, dans tous les cas, avant la date de réalisation de la fusion. Ces garanties se transmettent, sans difficulté, à la société absorbante. Il convient de préciser que si le transfert des garanties indépendantes peut se réaliser s'il est accepté par le garant, seul le bénéficiaire est habilité à appeler le garant et à transmettre ensuite la créance résultant de cet appel de la garantie⁴⁴.

Néanmoins, il convient de préciser que certains directeurs juridiques d'entreprises étaient réticents à utiliser systématiquement ces garanties autonomes. Monsieur Guillot, directeur des affaires juridiques de BNP Paribas, considérait "qu'un tel comportement ne manquerait pas d'entraîner une réaction extrêmement forte du législateur ou du magistrat compte tenu du caractère extraordinairement contraignant pour le garant de ce type d'engagement. Le gain obtenu à court terme dans certains dossiers risqu[er]ait de se traduire par une perte de longue durée résultant d'une interdiction ou d'une restriction légale, voire à une invalidation de ce type d'engagement par les juges"⁴⁵. La prophétie de cet éminent praticien ne s'est pas réalisée car, bien au

contraire, la Cour de cassation a pris acte des effets pervers engendrés par sa jurisprudence.

II. Évolutions et précisions jurisprudentielles

La Cour de cassation consacre dans son premier arrêt, rendu le 8 novembre 2005, la transmission de plein droit du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société bénéficiaire (A). Dans son second arrêt, elle clarifie la distinction entre existence et exigibilité de la dette concernant les échéances de loyers (B).

A. La consécration de la transmission de plein droit du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société bénéficiaire

Précisons tout d'abord que dans un tel cas de figure, deux droits entrent en conflit. Tandis que le droit du cautionnement commande plutôt que la caution ne soit pas tenue à l'égard de la société absorbante envers laquelle elle ne s'est jamais engagée⁴⁶, le droit des sociétés, quant à lui, prône davantage la solution inverse, la caution devant rester redevable envers la société absorbante à qui est transmis l'entier patrimoine de la société absorbée⁴⁷.

Comme nous l'avons mis en évidence, jusqu'à présent, la Cour de cassation tranchait semblable affaire en faveur de la caution en donnant la primeur à l'*intuitus personae* induit par la garantie consentie.

Mais un coup d'arrêt vient d'être donné à ce courant jurisprudentiel. La Haute juridiction fait clairement connaître son intention d'inverser les rôles, démarche qui ressort ne serait-ce qu'à la seule lecture du visa de l'arrêt. Aucune mention de l'article 2015 du Code civil, la cassation est rendue uniquement au visa de l'article L. 236-3 du Code de commerce.

Cette circonstance est fondamentale dans la mesure où elle implique que désormais il doit être fait application du principe de transmission universelle de patrimoine et de lui seul. Cette transmission de plein droit du cautionnement démontre que la personne du créancier bénéficiaire de la garantie n'est pas si déterminante pour la caution.

Ainsi, au nom de la transmission universelle du patrimoine de l'absorbé à l'absorbant, la caution doit demeurer tenue envers ce dernier quand bien même elle n'aurait jamais réitéré son engagement à son égard.

Les Hauts magistrats édictent ce principe de la manière suivante : "en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante".

42. Découverts en comptes courant ou ouvertures de crédits pour les montants non utilisés

43. Cass. com., 27 novembre 1984 ; 12 décembre 1984 ; 5 février 1985, D. 1985, jurispr. p. 269.

44. Cass. com., 6 novembre 1990 - Dalloz 1991 JP. 109 et article de G. Affaki,

Banque & Droit n° 43 - sept.-oct. 1995, p. 12 et les décisions citées.

45. J.-L. Guillot, "Pratiques bancaires, source du droit des affaires", LPA 27 novembre 2003, p. 17.

46. Ce qui ressort de l'article 2015 du Code civil.

47. En vertu de l'article L. 236-3 du Code de commerce.

On peut donc constater que la Cour de cassation, si elle opère un vrai revirement, se garde bien de lui donner une portée générale. Elle précise en effet qu'elle tranche de la sorte parce qu'il s'agit d'un "cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail". L'absorption du créancier du cautionnement dans une hypothèse autre que le bail d'immeuble aurait-elle conduit à une solution différente ? Les contentieux initiés en matière de restructurations d'entreprises donneront certainement l'occasion à la Cour de cassation de préciser sa jurisprudence.

À notre avis, l'apparente formulation restrictive du dernier attendu de l'arrêt du 8 novembre 2005 ("*en cas de fusion d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail*") ne doit pas occulter la portée du revirement. La Cour de cassation ne pose dorénavant plus aucun obstacle à la transmission du cautionnement en cas de fusion de la société créancière. Elle inverse au contraire totalement sa jurisprudence.

Dès lors que la caution devait accepter expressément la garantie des dettes postérieures à la fusion, elle aura désormais à prévoir une clause expresse pour éteindre son obligation de couverture à la date de la fusion-absorption du débiteur. Les relations entre les parties s'en trouvent modifiées puisque cette faculté devrait être rare en pratique.

Par ailleurs, de même qu'en son temps, l'Assemblée plénière avait permis à la caution des loyers de prévoir dans sa convention qu'elle ne serait pas obligée envers un éventuel nouveau propriétaire de l'immeuble loué, la chambre commerciale laisse également ici à la caution la faculté de prévoir une telle clause. Cette dernière sera donc prudente de prévoir qu'elle sera libérée de son engagement en cas de fusion-absorption du bénéficiaire de la garantie⁴⁸.

Cet arrêt était d'autant plus souhaitable et attendu, que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu le 6 décembre 2004⁴⁹ une décision importante, dans un domaine certes différent, mais présentant de nombreuses similitudes.

Cette décision concernant le cautionnement des loyers présente un raisonnement plus en adéquation avec la réalité pratique. En l'espèce, la Cour opère un revirement de jurisprudence en se prononçant en faveur de la transmission de plein droit du cautionnement garantissant le paiement des loyers à l'acquéreur de l'immeuble loué. Elle infirme ainsi sa position antérieure, devant laquelle la cour d'appel de Rouen, juridiction de renvoi, avait refusé de s'incliner.

En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé le 26 octobre 1999⁵⁰, qu'à défaut de manifestation de volonté de la part de la caution de s'engager

envers le nouveau bailleur, le cautionnement souscrit au profit de l'ancien s'éteignait. Une telle considération était contraire à l'article 1692 du Code civil qui dispose que "*la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège, et hypothèque*".

De nombreux auteurs se sont insurgés vivement contre cette position : "*[...] la Cour de cassation a rayé du Code civil l'article 1692*"⁵¹ ; "*L'article 1692 du Code civil est abrogé par cet arrêt ? [...] Pitié pour les cautions, mais pitié d'abord pour le droit civil !*"⁵²

Cette solution n'a donc pas plus convaincu l'assemblée plénière que les magistrats rouennais⁵³, pour lesquels, "*si la vente d'un immeuble entraîne la cession d'un contrat de bail qui n'est pas à proprement parler une cession de créance, il n'en demeure pas moins, que sont transférées à l'acquéreur les créances nées du bail, c'est-à-dire la créance de loyer et ses accessoires, en particulier le cautionnement*".

La Cour de cassation a tranché. Elle a considéré "*qu'en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013, et 2015 du Code civil*".⁵⁴

Partant, il ressort de cette position que le changement de bailleur ne constitue pas une extension de la garantie octroyée par la caution au sens de l'article 2015 du Code civil. Certes la considération du créancier n'est pas indifférente à la caution, mais elle n'a pas d'influence sur les éléments essentiels de son engagement. La cause demeure, l'objet est toujours le même.

Certains commentateurs⁵⁵ de cet arrêt de l'assemblée plénière ont souhaité que cette solution soit rapidement transposée au cas de l'absorption d'une société bénéficiaire d'un cautionnement.

C'est ce que fit la chambre commerciale le 8 novembre 2005 en décidant "*qu'en cas de fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante*".

On peut remarquer la ressemblance avec l'attendu de principe de la décision du 6 décembre 2004, dont l'inspiration est irréfutable, notamment en ce qui concerne la faculté offerte à la caution de stipuler une clause contraire.

Cette révolution réalisée par la chambre commerciale de la Cour de cassation doit être approuvée d'une part pour le principe de transmission universelle de patrimoine dont les atteintes vont peut-être progressivement s'atténuer sous l'impulsion de cette décision, et d'autre part pour les établissements bancaires et finan-

48. Si toutefois elle est suffisamment en position de force pour le faire.

49. Ass. Plén. 6 décembre 2004, JCP éd.E., 2004, p. 2079, note C. Belloc et J. de Fréminville ; Rev. Loyers, 2005, p. 5, note L. Aynès ; du même auteur, Defrénois, 2005, p. 316 ; D. 2005, p. 70, obs. V. Avena-Robardet, Pan. p. 750, obs. N. Damas, et Pan. p. 1425, obs. M. Bourassin ; RTD Com 2005, p. 51, obs. J. Moneguer ; AJDI, 2005, p. 240, note F. Cohet-Cordey.

50. Cass. com., 26 octobre 1999, D. 2000, jur., p. 224, note L. Aynès, AJ, p. 25, obs. V. Avena-Robardet, n° 16, p. 6 note Ch. Larroumet ; Defrénois, 2000, p. 480, note S. Piedelièvre ; JCP éd. E, 2000, p. 416, note L. Gout ; JCP, 2000, II, n° 10320, note J. Casey ; LPA 3 avr. 2000, note M. Keita ; RD Bancaire, 2000, p. 16, note D. Legeais. Ch. Larroumet,

"L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire", D. 2000, chron., p. 155

51. Ch. Larroumet, op.cit., note sous Cass. com., 26 octobre 1999

52. L. Aynès, op.cit., note sous Cass. com., 26 octobre 1999

53. Rouen, 10 décembre 2002, D. 2003, AJ, p. 419, obs. V. Avena-Robardet, p. 688, note Ch. Larroumet ; JCP, 2003, I, p. 124, n° 8, obs. Ph. Simler.

54. Ass. Plén., 6 décembre 2004, op.cit.

55. C. Belloc et J. de Fréminville, op.cit., note sous Ass. Plén. 6 déc. 2004 ; N. Morelli, La portée de la transmission universelle de patrimoine dans les opérations de restructuration, Thèse, Nice, 2005, spéc. n° 301.

ciers qui peuvent désormais bénéficier sereinement de la sécurité qu'ils sont en droit d'attendre du contrat de cautionnement.

Le second arrêt n° 1403 du 8 novembre 2005 se prononce avec clarté sur le caractère existant ou exigible de la dette de loyer à l'occasion d'une opération de fusion.

B. La clarification de la distinction entre existence et exigibilité de la dette concernant les échéances de loyers

La dette est-elle née, et donc transmissible, seulement à raison de son existence, ou est-il nécessaire qu'elle soit exigible dans le patrimoine transmis ?

La Haute juridiction s'est prononcée dans un arrêt du 25 mars 1997⁵⁶ sur le point de savoir si une créance est née et donc transmissible, à la condition qu'elle soit déjà exigible dans le patrimoine transmis. En l'espèce deux époux s'étaient portés cautions solidaires de deux prêts consentis par une banque à une société. Cette banque a fusionné avec une autre le 30 avril 1990. Le 20 septembre 1990, la société emprunteuse a été mise en liquidation judiciaire. La banque nouvelle, a assigné les cautions en paiement des sommes restant dues par la société. La cour d'appel de Lyon a considéré que la caution n'était pas tenue des dettes nées postérieurement à la fusion, et que la créance de la banque n'était devenue exigible que par le jugement de liquidation judiciaire. Selon les juges du fond, cette banque ne pouvait donc se prévaloir à l'encontre des cautions d'une créance qui n'existait pas encore dans le patrimoine de la société avec laquelle elle a fusionné. Cet arrêt a été cassé, au motif que la créance litigieuse était née antérieurement à la fusion, peu important que la échéance du terme résultant du prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal ne puisse être étendue à la caution. Ainsi, en application du principe de transmission universelle de patrimoine, les contrats de prêts cautionnés ont été transmis à la société bénéficiaire avec l'ensemble des accessoires qui leur étaient attachés.

Le 12 janvier 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé les principes applicables en la matière⁵⁷.

La Caisse régionale bourbonnaise du Crédit Agricole avait consenti le 30 décembre 1981 un prêt de 250 000 francs remboursable sur quinze ans aux époux Prieur. Monsieur Verdun, par acte du même jour, s'était constitué caution solidaire à concurrence de la somme de 250 000 francs. Les débiteurs principaux avaient cessé de payer et, le 20 septembre 1991, la échéance du terme était survenue. La Caisse régionale du Crédit Agricole du Centre Ouest, qui avait absorbé par fusion la Caisse bourbonnaise, avait entrepris des poursuites à l'encontre de la caution. Cette dernière faisait valoir que, du fait de la fusion entre les caisses survenue en 1991, elle n'était plus

tenue. En réalité, le pourvoi tentait de créer une confusion entre la naissance de l'obligation et son exigibilité. Le crédit consenti en 1981 avait donné naissance à une créance à terme, certes non exigible avant le terme convenu ou à la date de son échéance, mais bel et bien existante. Ainsi, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré que la dette étant née antérieurement à la fusion, il importait peu qu'elle n'ait pas été exigible à cette date. La caution ne pouvait qu'être tenue.

Il faut en effet, se garder de confondre le cautionnement d'un crédit d'un montant déterminé du cautionnement garantissant une dette dont l'existence est éventuelle et le montant variable. Tel est le cas du cautionnement garantissant le solde d'un compte courant ou l'ensemble des dettes dont une personne peut être tenue envers une autre.

Mais, s'agissant d'un cautionnement garantissant un prêt, la caution garantit le remboursement du prêt selon les modalités prévues au jour de la convention des parties. À partir du moment où ce prêt est antérieur à l'opération de fusion, la créance née de la caution est toujours antérieure à la fusion même si celle-ci n'est exigible que postérieurement à la fusion. Le bénéfice du cautionnement est transmis avec la créance lors de l'opération de fusion. Par conséquent, en apportant cette précision, la Cour de cassation a limité les effets pervers du principe jurisprudentiel. Néanmoins, il peut être affirmé a contrario que s'agissant notamment des cautionnements garantissant des comptes courants bancaires, les ouvertures de crédit et les crédits *revolving*, la société absorbante ne bénéficie de la garantie de la caution que pour le montant des créances effectivement nées au jour de la fusion. Elle a donc confirmé dans cette dernière hypothèse que le cautionnement est éteint quant aux créances bancaires postérieures à la fusion.

Cette solution pourtant évidente, a été contredite par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 janvier 2000⁵⁸. En l'espèce la créance cautionnée, bien que née antérieurement à la fusion des banques, n'était devenue exigible que postérieurement à celle-ci. La Cour a considéré que le cautionnement, de par sa nature accessoire au prêt, ne pouvait naître lors de l'engagement de la caution mais uniquement lors de l'action en paiement engagée à son encontre. La défaillance du débiteur et la mise en demeure de la caution étant postérieure à la fusion, la caution ne saurait être tenue au paiement des sommes en vertu d'un contrat devenu inopérant. Par conséquent, la défaillance du débiteur principal et la mise en demeure de la caution ayant eu lieu postérieurement à la fusion, la cour d'appel de Paris a considéré que la caution ne saurait être tenue au paiement des sommes en vertu d'un contrat devenu caduc et inopérant au moment de la réalisation définitive de la fusion.

Cette solution est juridiquement incorrecte. La Cour de cassation a confirmé notre argumentation. Dans une décision du 17 juillet 2001⁵⁹, un cautionnement solidaire

56. Cass. com., 25 mars 1997, op.cit.

57. Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1999, RD bancaire et bourse 1999, p. 77, obs. M. Contamine-Raynaud.

58. Paris, 14 janvier 2000, Juris-Data, doc. n° 115980

59. Cass. com., 17 juillet 2001, décision n° 1502 FP-P, Caisse d'Épargne

et de Prévoyance des Pays de Loire c/ Dupas, Juris-Data n° 010687 ; D. 2001, act. jurispr. p. 2414-2416, obs. A. Lienhard ; JCP E 2001, n° 36, act. p. 1355-1356 ; Dr. sociétés 2001, comm. n° 157 ; Banque & Droit, n° 79, 2001, p. 44-47 ; LPA 14 novembre 2001, n° 227, p. 6-7 ; Bull. Joly 2001, § 269, p. 1249-1250, note P. Scholer.

avait été souscrit par acte le même jour que le prêt, consenti deux ans environ avant la date de fusion du prêteur. Les 4 et 20 décembre 1991, ce dernier avait fusionné avec sept autres Caisses pour donner naissance à la Caisse d'épargne et de prévoyance des Pays de Loire, immatriculée le 22 avril 1992 au RCS. La caution avait été actionnée en 1993. Celle-ci tenta de se dégager de son obligation. Elle affirma qu'en cas de fusion de la société créancière donnant naissance à une personne morale différente, son obligation ne pouvait être maintenue qu'en cas de manifestation expresse de sa volonté de s'engager envers la personne morale nouvelle. Celle-ci ne s'étant pas engagée envers la nouvelle entité et la mise en œuvre du cautionnement étant née postérieurement à la fusion des Caisses, elle considérait être déliée de ses engagements. La Cour a précisé que s'agissant d'un prêt, l'obligation cautionnée⁶⁰ s'analyse comme une obligation à terme naissant dès la conclusion du contrat, ce qui veut dire, en l'occurrence, avant la fusion. Qu'importe que l'exigibilité de la dette soit, elle, postérieure. Seul compte, en la matière, la date du fait générateur de l'obligation de couverture.

Dès lors, la chambre commerciale a pu, dans cet arrêt, mettre la dette de l'emprunteur à la charge de la caution tout en confirmant les principes exposés précédemment. Cette solution est opportune car elle concourt à limiter les effets de la jurisprudence restrictive concernant la transmission universelle de patrimoine.

Dans un arrêt rendu le 21 janvier 2003⁶¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation a une nouvelle fois précisé que la caution demeurerait tenue dans ce cas du remboursement de la dette, en dépit de la disparition, suite à son absorption, de la société cautionnée.

De même, dans un arrêt du 5 mai 2004⁶², ladite chambre a rappelé qu'en cas de dissolution sans liquidation d'une société donnant lieu à la transmission universelle de patrimoine à un associé unique, l'engagement de la caution demeure pour les obligations nées avant la dissolution de la société. La décision des juges du fond a été censurée. La dette cautionnée était un prêt dont le remboursement constituait une obligation à terme souscrite par la société emprunteuse avant sa dissolution, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date⁶³.

Cette solution que l'on retrouve dans les différents arrêts sus-évoqués, concerne surtout les échéances de remboursement d'emprunts. La décision de la chambre commerciale, en date du 8 novembre 2005⁶⁴, élargit le champ d'application de ladite solution aux échéances de loyers. Ce faisant, elle contribuera, de façon non négligeable, à faciliter les opérations de restructurations.

La cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles⁶⁵ intervient sur la date de naissance de la dette de loyers. Les juges du fond avaient considéré que la dette en cause n'était devenue exigible que postérieurement à la fusion-absorption de la société débitrice, et que de ce fait la société créancière ne pouvait assigner la caution en paiement des loyers impayés qu'à la condition que ladite caution ait réitéré son engagement au profit de la société absorbante. En l'absence d'une telle manifestation, l'obligation de la caution à l'encontre de ces loyers impayés devait être considérée comme éteinte.

Ce à quoi la chambre commerciale de la Cour de cassation a répondu que le contrat de bail en exécution duquel étaient dus les loyers avait été souscrit par la société débitrice avant sa dissolution, et qu'ainsi, la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date. Une dette de loyers existe dès le jour de la conclusion du contrat de bail, la caution reste donc tenue envers le créancier quand bien même les échéances en cause ne sont exigibles que postérieurement à la fusion du débiteur.

En définitive, on ne peut que se satisfaire de ces évolutions et de ces précisions jurisprudentielles. La Cour de cassation en consacrant, dans son premier arrêt, la transmission de plein droit du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société bénéficiaire et, en clarifiant, dans son second arrêt, la distinction entre existence et exigibilité de la dette concernant les échéances de loyers, rétablit le principe de transmission universelle de patrimoine et apporte des simplifications notables tant du point de vue du cautionnement que du changement de créancier. Gageons que les restructurations bancaires et financières seront désormais plus aisées à mettre en œuvre. ■

60. Le remboursement.

61. Cass. com., 21 janvier 2003, Bull. Joly, 2003, p. 414, note P. Scholer ; JCP éd. N, 2004, n° 1258, note D. Pohe

62. Cass. com., 5 mai 2004, BRDA, 11/04, n° 5

63. En revanche dans l'hypothèse d'une ouverture de crédit : Cass. civ. 1^{re}, 28 septembre 2004, Bull. Joly, 2005, p. 586, note M.-L. Coquelet. En l'espèce, la Cour de cassation considère que l'ouverture de crédit ne peut revêtir le caractère de prêt qu'à compter de la mise en jeu de la garantie. En conséquence, tant que le débiteur principal ne lève pas l'option qui lui est accordée et que les fonds promis ne sont pas utilisés, le cautionnement d'une ouverture de crédit constitue un cautionnement

de dettes futures. – Ainsi, dès lors que la dette demeure hypothétique ou qu'elle ne devient véritable que postérieurement à la fusion comme cela a été le cas ici, l'obligation de couverture pesant sur la caution s'éteint à raison du caractère intuitus personae qui lui est accordé. Voir également sur la nature de l'ouverture de crédit : Cass. com. 21 janvier 2004, D. 2004, p. 1149, note Ch. Jamin ; JCP, 2004, II, n°10062, note S. Piedelièvre.

64. Arrêt n° 1403, SCI du 75, Champs Elysées.

65. Versailles, 28 mai 2002, RJDA 2002, n° 1276 ; Gaz. Pal., 2003, Somm. p. 1866, obs. P.-H. Brault ; JCP éd. E, 2003, 232, note C. Chabert.