

# Fusion et extinction du cautionnement : le doute

Dans un arrêt du 10 octobre 1995 (1), la Cour de cassation vient à nouveau de se pencher sur le sort des cautions en cas de fusion. La décision rendue est, en apparence, classique. Mais en apparence seulement, car l'examen

des faits conduit à se demander si, en pratique, cet arrêt ne remet pas en cause le principe selon lequel la caution de la société absorbée n'est pas tenue des dettes nées postérieurement à la fusion.

Le principe de l'extinction du cautionnement des dettes nées après la fusion-absorption du débiteur paraît solidement assis, reposant sur de nombreux arguments. Certes on aurait pu justifier le maintien des cautionnements par l'article 381 - 1<sup>er</sup> alinéa de la loi du 24 juillet 1966, qui prévoit qu'en cas de fusion, la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard. Puisqu'il n'y a pas novation, les dettes sont donc transmises avec l'ensemble des garanties qui leur sont attachées. En particulier, les cautionnements seraient maintenus.

De fait, le maintien du cautionnement pour les dettes antérieures à la fusion-absorption du débiteur résulte de l'article 381 - 1<sup>er</sup> alinéa comme l'a jugé à plusieurs reprises la Cour de cassation. En revanche, cet article ne vise que les dettes nées avant la fusion et ne peut justifier le maintien du cautionnement pour les dettes postérieures.

En faveur de l'extinction du cautionnement, peuvent être relevés les arguments suivants (qui n'ont d'ailleurs pas tous la même valeur probante). On peut d'abord s'appuyer sur l'article 2015 du Code civil qui stipule que le cautionnement ne se présume pas et qu'il doit être exprès. Ainsi, à défaut d'une manifestation expresse de la caution pour garantir la société absorbante, on peut considérer qu'après la fusion, cette caution n'est plus tenue des dettes de la société absorbée postérieures à la fusion.

Il est aussi possible de se référer à l'article 1165 du Code civil et au principe de l'effet relatif des contrats qu'il pose : la société absorbante n'ayant pas été partie à l'engagement de caution, elle ne peut en revendiquer le bénéfice.

D'une manière générale, le cautionnement est fortement marqué par l'intuitu personae, autrement dit par la personne même de la caution, du débiteur et du créancier. Ainsi, on ne peut pas substituer au débiteur initial un nouveau débiteur et au cas précis à la société absorbée la société absorbante, sans que la caution ne manifeste son accord exprès sur cette substitution.

Enfin, la fusion-absorption d'une société conduit à la disparition de cette société, puisque, selon les termes mêmes de la loi du 24 juillet 1966 (article 372-1), elle entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée et correspond en quelque sorte au décès pour une personne physique. En poursuivant l'analogie, on peut appliquer à la fusion-absorption du débiteur personne morale, la solution retenue au décès du débiteur personne physique.

Ainsi, de même que ce décès conduit à la fin du cautionnement pour les dettes qui lui sont postérieures, la caution n'est plus engagée pour les dettes postérieures à la fusion-absorption du débiteur personne morale.

Signalons qu'en dépit d'une jurisprudence apparemment bien assise, un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1992 (2) a été considéré par certains commentateurs comme un re-

virement de jurisprudence. Selon eux, la Cour a, dans cet arrêt, estimé que la caution serait également tenue pour les dettes nées postérieurement à la fusion, même en l'absence de manifestation expresse de la volonté de la caution de s'engager pour les dettes postérieures. Mais il s'agissait là du cas de la fusion-absorption du créancier et non du cas qui nous intéresse, la fusion-absorption du débiteur.

Il ne semble pas que l'arrêt du 10 octobre 1995 modifie la position de la Cour de cassation sur le cautionnement du débiteur après sa fusion-absorption. La Cour relève en effet dans cette affaire que les fusions successives avaient été réalisées par la caution pour des raisons de pure convenance personnelle en vue de s'exonérer de ses obligations. Autrement dit, la fusion ayant été réalisée en fraude des droits du créancier, elle lui était inopposable. Le principe de la perte du cautionnement pour les dettes postérieures à la

## L'extinction du cautionnement des dettes nées après la fusion-absorption du débiteur pourrait être remise en cause.

fusion ne pouvait donc pas s'appliquer.

L'examen des faits dans l'affaire soumise à la Cour de cassation conduit cependant à se demander si, en pratique, un nombre non négligeable de fusions ne pourront être considérées comme effectuées par le débiteur en vue de se libérer de son engagement de caution. En effet, la cour d'appel de Paris, dont l'arrêt du 25 février 1993 était soumis à la Cour suprême qui l'a approuvé le 10 octobre 1995, avait relevé, pour considérer que la fusion n'était pas opposable au créancier, les faits suivants : la société absorbée avait un capital 16 fois plus important que la société absorbante ; le compte en banque de la société absorbée avait continué à fonctionner après la fusion ; à la suite des fusions successives, c'était toujours la même société qui avait vécu avec le même objet social, la même activité, les mêmes établissements, les mêmes actionnaires, les mêmes dirigeants ; enfin, la personne qui paraît avoir été l'actionnaire majoritaire des sociétés fusionnées avait organisé les absorptions successives par pure convenance personnelle.

### Appréciation large de la fraude

Or ces différents critères peuvent se rencontrer dans beaucoup de fusions, alors que les parties n'ont aucunement l'intention de nuire, d'une quelconque façon, aux droits de leurs créanciers.

Ainsi, en premier lieu, pour le sens de la fusion : une société de moindre importance peut absorber une société beaucoup plus importante pour des raisons très variées. La société la moins importante peut être par exemple la société mère de la société la plus importante. L'absorption de la fille par

sa mère est en général plus aisée que l'inverse, et le législateur a lui-même prévu dans ce cas la possibilité de fusion simplifiée. Autre exemple justifiant l'absorption de la société la plus importante par la plus petite : le choix du sens d'une fusion peut être effectué pour des raisons fiscales. Certes, bien que le Conseil d'Etat ait estimé que le sens de la fusion était indifférent, l'administration fiscale estime aujourd'hui qu'elle pourra, le cas échéant, contester le sens choisi sur la base de l'abus de droit. Il s'agit cependant là d'un problème qui n'a rien à voir avec les droits des créanciers.

En second lieu, la cour d'appel retient que le compte bancaire de l'absorbée avait continué à fonctionner. Mais un tel maintien peut se révéler pratique, notamment pour encaisser les chèques et les versements des clients qui n'ont pas pris en compte la fusion.

Le troisième critère retenu ne paraît également pas pertinent : si plusieurs sociétés fusionnent, c'est parce que, en général, le maintien de plusieurs structures juridiques ne se justifie plus, justement parce que les sociétés parties à la fusion ont le même objet social, la même activité, les mêmes établissements, actionnaires et dirigeants. Une similitude qui conduit à des coûts de gestion et des complications inutiles. C'est la volonté d'y mettre fin qui est à l'origine de la fusion, sans qu'il soit question de remettre en cause les droits des créanciers.

Enfin, le quatrième critère repose sur la notion de pure convenance personnelle dont il faut souligner le caractère mal défini. En outre, si les associés des sociétés fusionnées votent en faveur de ces fusions, c'est naturellement parce qu'ils estiment y avoir intérêt. Autrement dit, dans toute fusion, on pourrait prétendre que la fusion a été décidée par pure convenance personnelle des associés.

On pourra trouver un nombre non négligeable de fusions pour lesquelles les quatre critères retenus par la cour d'appel de Paris seront simultanément présents, sans qu'il y ait pour autant fraude. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas à se prononcer sur les faits retenus, mais seulement sur leurs conséquences juridiques. Ainsi, dans la mesure où la cour d'appel avait relevé la fraude, la Cour de cassation ne pouvait qu'approuver l'inopposabilité de la fusion aux créanciers. Elle n'a donc pas nécessairement approuvé les critères retenus pour justifier la fraude. Cet arrêt pourrait donc n'être qu'un arrêt particulier, sans lendemain. Si cependant tel n'était pas le cas, il pourrait fréquemment y avoir doute sur l'extinction du cautionnement pour les dettes nées après la fusion-absorption du débiteur. Une telle incertitude, qui succéderait à un principe paraissant bien établi, ne manquerait pas d'être source de problèmes et de litiges.

BRUNO PICHARD (\*)

(\*) Avocat. Michel Pichard & Associés.

(1) « Le Quotidien juridique », 17 octobre 1995.

(2) « Droit des sociétés 1992 », numéro 103.