

# LE TRANSFERT DES CONTRATS CONCLUS INTUITU PERSONAE EN CAS DE FUSION

(Aix-en-Provence, 12 juin 1997)

**Société. Syndic de copropriété. Fusion. Transmission universelle du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante. Effet sur les contrats conclus intuitu personae : transmission sans l'accord du cocontractant (non).**

*Il résulte de l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966 que la fusion d'une société anonyme et d'une société à responsabilité limitée entraîne la transmission universelle à la société absorbante du patrimoine de la société absorbée. En revanche, cette transmission universelle demeure étrangère aux relations de confiance personnelle et aux conventions conclues intuitu personae qui échappent aux règles patrimoniales. En conséquence, la société absorbante ne peut se substituer à la société absorbée dans l'exécution d'un contrat conclu intuitu personae sans l'accord du cocontractant.*

**Aix-en-Provence (4<sup>e</sup> ch. A), 12 juin 1997 :**  
**M<sup>me</sup> Micheline Mottier c/ le Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier La Baie desANGES et la société S.P.G.I. (n° 96/16-745)**

**La Cour :**  
 (...) *Faits, procédure, demandes et moyens des parties :*  
 Le Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier La Baie desANGES a renouvelé par une assemblée générale en date du 15 décembre 1995 le mandat de syndic confié à la S.A.R.L. Consortium immobilier de gérance (C.I.G.).  
 Par acte du 29 mars 1996, la société C.I.G. a apporté la totalité de son actif à la S.A. S.P.G.I. par une opération de fusion-absorption.  
 Par requête du 29 mai 1996, M<sup>me</sup> Mottier, copropriétaire, saisissait le président du Tribunal de grande instance de Marseille sur le fondement de l'article 47 du décret du 17 mars 1967 en lui demandant la désignation d'un administrateur provisoire ;

ordonnance le 29 juillet 1996 et demande à la Cour de :  
 — la réformer ;  
 — dire irrecevable l'action engagée par le syndicat des copropriétaires et la S.P.G.I. ;  
 — débouter la S.A. S.P.G.I. de toutes ses demandes ;  
 — constater que par l'effet légalement attaché à l'absorption de la S.A.R.L. C.I.G., le syndicat des copropriétaires était dépourvu de syndic le 3 juin 1996 et que l'ordonnance de la même date ne devait donc pas être rétractée ;  
 — désigner un administrateur provisoire autre que M. Jean Preyre qui s'est démis de ses fonctions pour des raisons personnelles le 1<sup>er</sup> juillet 1996, par application de l'article 47 du décret du 17 mars 1967, avec mission d'administrer la copropriété La Baie desANGES, de se faire remettre les fonds et l'ensemble des documents et archives du syndicat et de convoquer l'assemblée générale en vue de la désignation d'un syndic ;  
 — condamner la S.A. S.P.G.I. à payer à M<sup>me</sup> Mottier la somme de 20.000 F en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile et aux dépens.

L'appelante soutient :  
 — que M. Preyre étant, à la date de l'assignation du 27 juin 1996 délivrée par le syndicat des copropriétaires, le seul représentant légal du syndicat, celui-ci ne pouvait être valablement représenté par la S.A. S.P.G.I. dans la procédure ayant pour objet la rétractation de l'ordonnance du 3 juin 1996 et qui s'est déroulée en dehors de la présence de l'administrateur provisoire ;  
 — que la fusion, telle que prévue par les articles 371 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, entraîne la dissolution de la société absorbée qui disparaît ainsi qu'une transmission universelle du patrimoine de la société absorbée ; qu'en opérant une fusion-absorption la société désignée comme syndic ne peut dessaisir la majorité des copropriétaires du pouvoir propre dont elle est investie par l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965 de choisir le syndic de la copropriété, une telle désignation ne constituant pas un bien transmissible comme un élément du patrimoine ;

Statuant publiquement et contradictoirement, et en matière de référé,  
 Sur l'appel de l'ordonnance de référé rendue le 5 juillet 1996 par le président du Tribunal de grande instance de Marseille.

Déclare l'appel recevable,  
 Déclare recevables tant l'action engagée par M<sup>me</sup> Mottier devant le premier juge le 29 mai 1996 que celle engagée par le syndicat des copropriétaires et la société S.P.G.I. en rétractation de l'ordonnance du 3 juin 1996.  
 Réforme l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions.  
 Statuant à nouveau,  
 Dit que le syndicat des copropriétaires de l'immeuble La Baie desANGES était dépourvu de syndic le 3 juin 1996 et que l'ordonnance rendue à cette date ne devait pas être rétractée.  
 En conséquence, désigne :  
 M<sup>me</sup> Laure, 36, rue Saint-Jacques, 13006 Marseille (Tél. : 04.91.81.33.49), comme administrateur provisoire avec mission :  
 — d'administrer la copropriété La Baie desANGES à la Ciotat,  
 — de se faire remettre les fonds et l'ensemble des documents et archives du syndicat,  
 — de convoquer l'assemblée générale en vue de la désignation d'un syndic.  
 (...).

**NOTE**  
 La Cour d'appel d'Aix-en-Provence s'est récemment prononcée sur la délicate question du transfert des contrats conclus intuitu personae lorsque l'un des cocontractants est absorbé lors d'une fusion (1). Cette juridiction a estimé que de tels contrats ne pouvaient pas, du fait de l'intuitu personae, être transmis à la société absorbante. Il s'agissait dans l'affaire soumise à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, de l'absorption d'une société exerçant les fonctions de syndic de copropriété et la question posée était de déterminer si la société absorbante pouvait reprendre les fonctions de l'absorbée, sans l'accord préalable du syndicat des copropriétaires. Si la réponse, négative, donnée à cette question peut sembler

visoire, le syndicat étant dépourvu de syndic.

Par ordonnance du 3 juin 1996, le président du Tribunal de grande instance de Marseille, faisant droit à la requête de M<sup>me</sup> Mottier, désignait M. Preyre.

Par acte du 27 juin 1996, le syndicat des copropriétaires et la S.A. S.P.G.I. assignaient M<sup>me</sup> Mottier en référé d'heure à heure pour solliciter la rétractation de l'ordonnance susvisée.

Par ordonnance du 5 juillet 1996, le président du Tribunal de grande instance de Marseille a :

— constaté que le Syndicat des copropriétaires La Baie desANGES était régulièrement pourvu d'un syndic à la date du 3 juin 1996, à savoir la S.A. S.P.G.I. ;  
 — en conséquence, rétracté l'ordonnance rendue à cette date qui a désigné M. Preyre en qualité d'administrateur provisoire ;  
 — condamné M<sup>me</sup> Mottier à payer au syndicat des copropriétaires une somme de 5.000 F au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

M<sup>me</sup> Mottier a régulièrement relevé appel de cette dernière

— qu'à tout le moins, du 10 mai 1996 (date à laquelle a été publié l'acte d'apport de l'actif de la société C.I.G. à la société S.P.G.I.) au 5 juillet 1996 (date de l'assemblée générale des copropriétaires) la société S.P.G.I. a administré le syndicat des copropriétaires sans avoir été désigné légalement ;

— qu'en l'état de la carte professionnelle de la société S.P.G.I. qui prend effet le 2 juillet 1996, il y a eu rupture de continuité entre les sociétés absorbée et absorbante et la société S.P.G.I. a géré la copropriété sans être titulaire d'une carte professionnelle et sans qu'une régularisation soit possible ;

— que la convocation pour l'assemblée générale du 5 juillet 1996, qui a été adressée sous couvert d'une société qui n'existait plus, est manifestement nulle.

Le syndicat intimé a conclu à l'irrecevabilité des demandes de M<sup>me</sup> Mottier et à la confirmation de l'ordonnance rendue le 5 juillet 1996 sollicitant 20.000 F au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile et demandant que les entiers dépens soient supportés par l'appelante.

Il faut essentiellement valoir :  
 — que M<sup>me</sup> Mottier l'a assigné au fond les 25 octobre 1996 et 3 janvier 1997 devant le Tribunal de grande instance de Marseille en nullité des assemblées générales des 5 juillet et 27 septembre 1996 ;

— que la procédure sur requête ayant abouti à la désignation d'un administrateur provisoire ne lui a jamais été dénoncée ;

— que la société S.P.G.I. a été désignée comme syndic par les assemblées générales des 5 juillet et 27 septembre 1996 ;

— que dans le cas d'espèce, il n'y a pas eu substitution ou changement de syndic, ce dernier, personne morale, continuant le précédent contrat dans le cadre d'une opération de fusion-absorption sans qu'il y ait disparition de la personne morale mais continuation de celle-ci à travers une nouvelle dénomination ;

— que l'appelante dénature l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966 dont les termes ont repris dans le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 29 mars 1996 ;

classique, elle n'en pose pas moins un certain nombre de problèmes théoriques et pratiques.

**I. Une solution apparemment classique**

A notre connaissance, il s'agit de la première décision se prononçant sur le sort des contrats conclus intuitu personae en cas d'absorption d'un des cocontractants. Cette première décision paraît conforme à l'opinion majoritaire de la doctrine et se trouve dans la ligne d'arrêts de la Cour de cassation rendus en matière de fusion sur des problèmes voisins.  
 a) Selon l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966, une fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine des sociétés qui disparaissent au profit des sociétés bénéficiaires, ce patrimoine étant transmis dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de la fusion. Selon la majorité de la doctrine, il en découle que, sauf règles particulières, l'ensemble des contrats auxquels l'absorbée est partie, sont transmis à l'absorbante. La présence d'intuitu personae dans un contrat constitue l'une de ces règles particulières (2). Et, en effet, puisque la société absorbée, selon l'article 372-1 lui-même, disparaît, ce n'est plus avec cette société que le cocontractant aura affaire à l'avenir, mais avec une autre société, la société absorbante. Il y a donc bien un nouveau cocontractant, contrairement à l'intention des parties. La transmission du contrat à l'absorbant n'apparaît alors possible qu'avec l'accord de l'autre partie.

b) La jurisprudence, elle aussi, tend implicitement à prendre en compte l'existence de l'intuitu personae, comme l'illustrent en particulier le cas du cautionnement et le cas des sociétés dont les statuts prévoient, qu'en cas d'absorption d'un de leurs associés, l'absorbant doit être agréé.

Ainsi, selon une jurisprudence bien assise, la caution qui garantit les créances de la société absorbée n'est pas tenue des créances nées postérieurement à la fusion (3). Cette solution repose sur d'assez nombreux arguments, et notamment sur le fait que le cautionnement a un caractère fortement marqué par l'intuitu personae. Ainsi, on ne peut pas substituer au créancier initial un nouveau

créancier et au cas précis, on ne peut substituer la société absorbante à la société absorbée sans que la caution ne manifeste son accord express sur cette substitution.

Dans le même ordre d'idée, il arrive que la société absorbée détienne une participation dans une société tierce, dont les statuts prévoient l'agrément de la société absorbante en cas d'absorption d'un des actionnaires. Une telle clause dont le fondement est également l'intuitu personae a été reconnue comme valable par la Cour de cassation (4).

On voit donc à travers ces deux exemples que si l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence paraît nouveau en ce sens qu'il vise expressément l'intuitu personae, la jurisprudence avait déjà pris en compte cet élément et lui avait fait produire ses effets.

**II. Mais une solution qui suscite des interrogations**

I. En premier lieu, dans les deux exemples précités on voit que les solutions adoptées par la jurisprudence ne conduisent pas à un blocage. Dans le cas de la caution, le cautionnement prend fin pour les dettes futures. Ceci est naturellement déplaisant pour son bénéficiaire, mais ne va pas au-delà : aucune des parties en cause ne se voit paralysée dans son fonctionnement. Dans le cas de statuts prévoyant l'agrément de l'absorbante, et si l'agrément est refusé, la situation n'est pas pour autant bloquée puisque la société concernée peut soit faire racher les actions litigieuses par un tiers agréé, soit réduire son capital social avec l'accord de l'absorbante. Dans les deux exemples, aucune intervention judiciaire n'est nécessaire.

En revanche, dans l'affaire jugée par la Cour d'Aix-en-Provence, se pose un véritable problème pratique. En effet, le syndicat des copropriétaires s'est brutalement trouvé dépourvu de syndic lors de la réalisation de la fusion, puisqu'il n'y avait pas transmission du contrat correspondant.

Pour débloquent la situation, il a été nécessaire que les tribunaux désignent un administrateur provisoire chargé de gérer temporairement la copropriété et de convoquer une assemblée générale à l'effet de nommer un nouveau syndic. Sans intervention judiciaire, la

situation était donc irrémédiablement bloquée.

On peut, dans le même ordre d'idée, se demander dans le cas d'un contrat intuitu personae qui ne serait donc pas transmis sans l'accord du cocontractant, ce qu'il adviendrait si ce cocontractant sousait un préjudice de ce fait. Contre qu'il pourrait-il se retourner ? Par hypothèse, la société absorbée a disparu, il ne pourrait pas se retourner contre elle. Il ne resterait donc plus que la société absorbante. Mais cette société absorbante n'ayant pas repris le contrat, comment pourrait-on lui imputer sa rupture, au moins dans le cadre de sa responsabilité contractuelle ? On pourrait toutefois reprocher à l'absorbant d'avoir approuvé la fusion sans avoir pris garde aux droits des tiers.

On pourra objecter à cette première remarque pratique, qu'elle n'est justement que pratique et qu'elle ne se fonde pas sur des principes juridiques. Ce qui est exact. Mais avant de fixer un principe juridique, il n'est pas inutile de prendre en compte ses éventuelles conséquences pratiques.

2. On peut par ailleurs s'interroger sur la portée de l'intuitu personae.  
 a) Comme son nom l'indique, l'intuitu personae existe lorsque la formation et l'exécution du contrat dépendent de la personne du cocontractant (selon la formule des professeurs Malaure et Aynès). Certes, dans le cas d'une fusion, l'absorbée disparaît, ce qui met en cause, au moins formellement, l'intuitu personae. Mais s'en tenir seulement à la disparition de l'absorbée risquerait dans un nombre important de fusions d'accorder une importance excessive à la forme.

Contrairement au décès d'une personne physique auquel on peut être tenté d'assimiler l'absorption d'une personne morale, l'absorption ne maintient pas que le patrimoine, mais en outre les personnes physiques employées par l'absorbée deviennent employées de l'absorbante. Les personnes physiques ne sont ainsi pas touchées par la fusion. Il ne pourrait alors y avoir une réelle remise en cause de l'intuitu personae que si la société absorbante, après fusion, se trouvait sensiblement différente de l'absorbée du point de vue de son personnel, de sa réputation,

— que les copropriétaires ne sont pas en présence d'un regroupement artificiel de cabinets ou d'une opération de location-gérance, mais d'une seule et même entité juridique avec une nouvelle dénomination qui conserve le nom commercial « C.I.G. », étant indiqué que la société S.P.G.I. détenait, avant la fusion-absorption, 100 % du capital de la S.A.R.L. C.I.G.

— que la régularisation de la carte professionnelle sous le nouveau label S.P.G.I. n'a été qu'une mise en conformité et qu'à la date de l'assemblée générale du 5 juillet 1996 la société C.I.G. qui était absorbée sans liquidation par la société S.P.G.I. était titulaire de cartes professionnelles, tout comme cette dernière société.

**Motifs et décision de la Cour :**

1. Les parties ne discutent pas la recevabilité de l'appel. Rien au dossier ne conduit la Cour à la faire d'office. Il convient, en conséquence, de le recevoir.

2. L'instance fondée sur l'article 47 du décret du 17 mars 1967 a été régulièrement engagée par M<sup>me</sup> Mottier le 29 mai 1996 devant le président du Tribunal de grande instance de Marseille. Elle ne peut être confondue avec celle portant sur l'annulation des assemblées générales des 5 juillet et 27 septembre 1996 et il n'y a aucune litispendance entre ces deux actions dont l'objet et la cause sont différents.

L'action de M<sup>me</sup> Mottier est donc bien recevable.

3. L'action en rétractation de l'ordonnance du 3 juin 1996 engagée par le syndicat des copropriétaires et la S.A. S.P.G.I. est également recevable puisque cette dernière soutient que le syndicat n'a jamais été dépourvu de syndic, et que c'est à tort qu'un administrateur provisoire a été nommé en application de l'article 47 du décret du 17 mars 1967.

La S.A. S.P.G.I., qui prétend exercer les fonctions de syndic de la copropriété La Baie desANGES dans le cadre du mandat renouvelé le 15 décembre 1995 à la S.A.R.L. C.I.G. et par suite de la fusion-absorption entre les deux sociétés C.I.G. et S.P.G.I., a donc bien intérêt et qualité pour agir à l'encontre de l'ordonnance du 3 juin 1996.

(1) Aix-en-Provence, 12 juin 1997, Loyers et copropriété 1997, n° 246.

(2) Notamment Mercadal et Janin, M.S.C. 1998, n° 3530 ; C. Bolze, Rép. soc. Dalloz, Fusion n° 200.

(3) Par exemple, Cass. com., 20 janvier 1987, Rev. soc. 1987, p. 397, note O. Barret.

4. Il n'est pas discuté que l'acte d'apport de l'actif de la société C.I.G. à la société S.P.G.I. date du 29 mars 1996 avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1996. Par ailleurs, les formalités de publicité relatives à cette fusion ont été accomplies le 10 mai 1996.

Il résulte des articles 371 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 que la fusion entre deux sociétés entraîne la « dissolution » de la société absorbée (article 372-1) qui « disparaît » (ibidem) et, que, contrairement à ce que prétendent les intimés, la société absorbée perd sa personnalité morale du fait de la fusion-absorption.

La transmission universelle du patrimoine telle que prévue par l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966 demeure en effet étrangère aux relations de confiance personnelle et aux conventions conclues intuitu personae qui échappent aux règles patrimoniales.

En opérant la fusion-absorption dont s'agit, la société désignée comme syndic ne pouvait dessaisir les copropriétaires du pouvoir propre et exclusif dont ils sont investis par l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965, qui exclut toute substitution du syndic dans un vote explicite de l'assemblée.

En effet, seuls les copropriétaires peuvent choisir le syndic (qu'il soit personne physique ou morale) auquel ils entendent faire confiance pour gérer leur immeuble, ce qui implique, en l'espèce, qu'ils auraient dû être consultés avant et non après toute modification fondamentale des caractéristiques de la personne morale qu'ils avaient désignée comme syndic.

Il est de surcroît établi que la société S.P.G.I. n'a été titulaire de la carte exigée pour l'exercice de sa profession qu'à compter du 2 juillet 1996 et qu'elle ne pouvait donc avant cette date valablement gérer la copropriété La Baie desANGES.

Il résulte de ce qui précède que l'ordonnance entreprise doit être réformée, le syndicat des copropriétaires étant dépourvu de syndic à la date du 3 juin 1996.  
 (...)

**Par ces motifs :**

La Cour,

Ici, aussi, on voit que la question de la transmission des contrats intuitu personae devrait appeler une réponse nuancée.

3. Par ailleurs, on peut se demander si tenir compte de l'intuitu personae pour refuser le transfert d'un contrat à la société absorbante n'est pas ajouter une protection nouvelle pour les tiers, protection qui n'est pas prévue par les textes.

On peut, en effet, relever que la loi de 1966 (article 381) s'est limitée à la protection des créanciers en prévoyant que les créanciers des sociétés participant à la fusion et dont la créance serait antérieure à la publication donnée au projet de fusion pourraient faire opposition. Une décision de justice rejette alors l'opposition ou ordonne le remboursement des créances ou la constitution de garanties. L'article 380 prévoit également un mécanisme protégeant les obligataires de la société absorbée. Mais, à l'exception de ces deux protections, rien d'autre n'est prévu par la loi. On pourrait en tirer argument pour décider que le transfert de contrats conclus intuitu personae s'impose nonobstant cet intuitu personae puisque la loi de 1966 ne limite pas ce transfert et ne protège pas particulièrement des cocontractants. Cet argument n'emporte que partiellement la conviction. En ce point, en effet, l'affaire soumise à la Cour d'Aix-en-Provence, la société absorbée avait en effet une activité de syndic de copropriété. Ainsi, son représentant légal, non seulement ne commettait pas de fautes, mais était dans les fonctions de syndic, mais était dans le cadre normal de son mandat. Or, à chaque fois qu'il acceptait les fonctions de syndic, il prenait le risque qu'un tiers bloque l'éventuelle fusion-absorption ultérieure de sa société.

On pourrait cependant répondre que la Cour d'appel n'a pas remis en cause la fusion, mais a simplement décidé que le contrat de syndic n'était pas transmis. Cet argument n'a cependant qu'une faible valeur : dans la mesure où selon la Cour d'appel aucun contrat de syndic ne peut être transmis sans l'accord des copropriétaires correspondants, la fusion risque de devenir impossible en pratique.

\* \* \*

Comme on le voit, si le principe de non-transmission des contrats conclus intuitu personae peut apparaître fondé lorsque l'un des cocontractants est absorbé, ce principe doit être appliqué avec nuance. Notamment, certaines fusions-absorptions ne causent en réalité pas en essence cet intuitu personae, et en outre, ce principe de non-transmission peut avoir des conséquences difficilement maîtrisables, y compris pour le cocontractant.

**Bruno PICHARD**  
 Ancien élève de l'Ecole polytechnique  
 Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine

**LU AU JOURNAL OFFICIEL**

**Culture et communication**  
 — Décret n° 97-1316 du 23 décembre 1997 portant application du d) du 3° de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle (p. 19463, 31 décembre 1997).

**Fonction publique**  
 — Décrets n° 97-1184 et n° 97-1209 des 19 et 24 décembre 1997 et circulaire du 24 décembre 1997. Déconcentration des décisions administratives individuelles (annexe au J.O. n° 300 du 27 décembre 1997 et J.O.).

**Justice**  
 — Loi n° 97-1273 du 29 décembre 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme (p. 19312, 31 décembre 1997).

**Intérieur**  
 — Décret n° 97-1278 du 29 décembre 1997 modifiant le décret n° 92-1206 du 16 novembre 1992 relatif au Conseil national de la formation des élus locaux (p. 19-337, 31 décembre 1997).

**Défense**  
 — Liste générale de classement des candidats travailleurs handicapés et emplois réservés de 1<sup>re</sup> catégorie, année 1996, et reliquats des listes des années antérieures (annexe n° 8 au J.O. du 10 janvier 1998).

**Recherche et technologie**  
 — Décret n° 98-18 du 8 janvier 1998 modifiant le décret n° 93-774 du 27 mars 1993 fixant la liste des techniques de modification génétique et les critères de classement des organismes génétiquement modifiés (p. 430, 10 janvier 1998).

**Logement**  
 — Décret n° 98-20 du 9 janvier 1998 portant approbation de l'engagement de substitution de l'Union d'économie sociale du logement et de la convention y afférente (p. 436, 10 janvier 1998).