

# 1 Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés

André PRÜM,  
Professeur agrégé,

Doyen de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg

**L**A COUR de cassation aurait-elle changé d'avis sur le sort qu'il convient de réserver aux cautionnements bénéficiant à une société absorbée dans le cadre d'une fusion ? Dans un mouvement général de protection des cautions, la haute juridiction avait décidé que celles-ci devaient être libérées, sauf accord express de leur part, de toutes les dettes postérieures à la fusion affectant la société envers laquelle elles s'étaient portées garanties<sup>1</sup>. Affirmée en 1987 à propos des engagements souscrits envers la BNCI après sa fusion avec le CNEP pour former la BNP<sup>2</sup>, cette solution paraissait fermement établie même si certaines juridictions du fond éprouvaient des scrupules pour s'y plier entièrement<sup>3</sup>. L'obligation des cautions d'une société fusionnée se trouvait ainsi restreinte aux dettes nées antérieurement à la fusion, sans qu'il importe cependant qu'elles fussent déjà exigibles<sup>4</sup>.

Seule la preuve que l'opération réalisée dans le seul but de priver le créancier de sa garantie, en d'autres mots qu'elle procédait d'une fraude, permettait d'éviter que la caution se trouvait libérée de son l'obligation de couverture<sup>5</sup>. La réserve était tellement étroite qu'elle reste pratiquement symbolique.

Deux arguments sont habituellement invoqués à l'appui de cette solution. La disparition de la personnalité juridique du bénéficiaire originel du cautionnement rendrait impossible toute variation de son patrimoine et donc l'apparition de toute nouvelle créance susceptible d'être garan-

tie<sup>6</sup>. Au surplus, la caution s'engagerait nécessairement en considération de la personne non seulement du débiteur principal mais aussi du créancier. Cet « *intuitus personae* » ne serait pas compatible avec le maintien de son obligation de couverture pour des créances nées dans le chef d'un nouveau créancier.

Ces raisons peuvent être transposées aux cas où le patrimoine entier d'une société ou une branche autonome d'activité sont transmis à une autre à l'occasion d'une scission ou d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Ce qui explique que la jurisprudence réserve un sort identique aux cautionnements consentis aux sociétés faisant l'objet de telles opérations<sup>7</sup>. Un rapprochement des différentes hypothèses avec le décès d'une personne physique et les conséquences qui en sont dérivées pour les cautionnements qui lui avaient été consentis, conférerait à cette construction jurisprudentielle une certaine cohérence.

Ces justifications n'ont toutefois jamais fait l'unanimité<sup>8</sup> et ne nous semblent pas devoir emporter la conviction. De la même manière que la transmission universelle du patrimoine des sociétés fusionnées ou scindées emporte le transfert des contrats garantis, il faut admettre qu'il implique celui des garanties, personnelles comme réelles, qui y sont attachées, sous réserve, s'agissant des dernières, de remplir les éventuelles exigences de publicité. Imposé de manière uniforme par la législation communautaire, le principe de la transmission automatique et intégrale des actifs, spécialement des contrats, ne tolère que des dérogations indispensables. L'argument selon lequel les cautions lient nécessairement leur engagement à la personnalité d'un créancier déterminée apparaît ici plus comme un prétexte au soutien d'une politique de protection des cautions qu'une raison susceptible de fonder une exception générale au transfert du bénéfice de leurs garanties. En quoi des fusions entre sociétés faisant partie d'un même groupe, dictées par de pures considérations de restructurations internes, la succession d'une banque à une autre ou, plus généralement, les opérations de concentra-

« Lueur  
d'espoir d'un  
revirement de  
jurisprudence »

1. M. Cabrillac, *Sûretés* : Litec, 2004, n° 313. - J. François, *Les sûretés personnelles* : Economica, 2004, n° 360-361. - Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes* : Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2000, n° 704.  
2. Cass. com., 20 janv. 1987 : Bull. civ. 1987, IV, n° 20 ; JCP G 1987, II, 20844, note M. Germain ; JCP E, 16342, n° 20, obs. Viandier et J-J Caussain ; D. 1987, som. 435, obs. L. Aynès ; Gaz. Pal., 1987, I, p. 217, note Piedelièvre ; Rev. sociétés 1987, p. 397, note O. Barret ; RD bancaire 1988, p. 28, obs. Contamine Raynaud. - Dans le même sens Cass. com., 17 juill. 1990 : Bull. civ. 1990, IV, n° 246.  
3. V. décisions citées par Ph. Simler, *op. cit.* n° 704. - CA Paris, 19 mars 1996 : RD bancaire 1996, p. 204 obs. Contamine Raynaud et pour une illustration récente d'une décision allant dans le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation voir notamment CA Paris, 27 mai 2005, n° 03-15261 : RJDA 2005, n° 1225.  
4. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janv. 1999 : RJDA 3/1999, n° 342. - Cass. com., 17 juill. 2001, arrêt n° 1502 : Bull. civ. 2001, IV, n° 139 ; JCP G 2001, IV, 2741, obs. Ph. Simler ; RD bancaire 2001, n° 185, obs. D. Legeais ; RTD com. 2001, p. 959, obs. M. Cabrillac ; RJDA 1/2002, n° 47. - Cass. com., 4 juin 2002 : JCP G 2003, I, 124, n° 8, obs. Ph. Simler ; RTD com. 2003, p. 114, obs. Cl. Champaud et D. Danet.  
5. Cass. com. 10 oct. 1995, RJDA 12/95 n° 1371 ; pour une application récente à une fusion-absorption de la société débitrice : Cass. Com. 8 nov. 2005, arrêt n° 1403, pourvoi n° 02-18.449

6. M. Billau, *La transmission des créances et des dettes, (référence précise à compléter)* n° 186.  
7. Cass. com., 22 janv. 1985 : Bull. civ. 1985, IV, n° 30 ; JCP G 1986, II, 20591 note Simler. - CA Versailles, 18 sept. 1998 : Banque et droit, janv.-févr. 1999, p. 42, obs. Storck.  
8. O. Barret, note préc. ; Rev. sociétés 1987, p. 397. - M. Germain, note préc., JCP 1987, II, 20844. - Ph. Théry, *Les sûretés (référence précise)* n° 82. - D. Legeais, obs. préc. : RD bancaire 2001, n° 185, Cl. Champaud et D. Danet, obs. préc. ; RTD com. 2003, p. 114.

tion dans un même secteur d'activité, sont elles, en effet, susceptibles d'accroître les risques assumés par celui qui s'est porté caution en faveur d'une société dont les activités se trouvent être reprises par une nouvelle entité qui ne se différencie guère, s'agissant de sa qualité de créancier; de la première ? Qu'il faille exceptionnellement permettre à la caution d'être libérée de son obligation de couverture au cas où le transfert de sa garantie augmenterait sensiblement la portée de son engagement est une chose. Mais il n'y a pas de raison d'ériger la fusion atteignant le créancier en décharge systématique de la couverture de toute nouvelle créance faisant partie du champ originel de la garantie.

Aux critiques de fond il faut ajouter les graves inconvénients pratiques de la solution qu'avait adoptée la Cour de cassation spécialement pour des créanciers comme les banques ou autres professionnels du crédit. Le cautionnement « tous engagements » demeure, comme chacun le sait, une garantie très usitée en matière de compte courant, d'ouverture de crédit et de crédits « revolving ». Il est difficilement imaginable qu'une fusion ou une scission emporte la perte de tous les cautionnements attachés à ces contrats. Le maintien de la couverture à concurrence de la créance existant au jour de la fusion n'est pas une solution satisfaisante en sachant que celle-ci peut être absorbée rapidement par des remises ultérieures dans le même compte et que la garantie ne s'étendra de toute manière plus aux crédits non encore utilisés, quoique déjà promis. La banque qui doit être fusionnée n'aura donc d'autres choix que de demander aux cautions de renouveler leur engagement en faveur de l'établissement de crédit qui poursuivra ses activités<sup>9</sup>. Risquant une dénonciation des concours garantis, les cautions y céderont d'ailleurs normalement. C'est dire que la jurisprudence évoquée a essentiellement pour résultat une vaste tracasserie administrative, engendrant un coût non productif, voire de retarder la réalisation de la fusion. Une série d'établissements bancaires et de crédit-bail en ont fait l'expérience.

La solution adoptée par la chambre commerciale dans un arrêt du 8 novembre 2005<sup>10</sup> fait naître l'espoir que celle-ci est prête à réviser sa position. L'arrêt concerne des cautionnements d'un crédit-bail immobilier consentis à une société spécialisée dans ce type de financement qui a été absorbée, par la suite, par un autre établissement fusionné à son tour avec une banque. Les cautions, co-gérants du crédit-preneur, avaient tiré

prétexte de ces transferts pour prétendre à une décharge de leur couverture pour les loyers, indemnités d'occupation et primes d'assurances dus postérieurement à la disparition du bailleur originel. Pour rejeter la demande du nouveau bailleur, la Cour d'appel de Poitiers s'était fondée sur l'argument traditionnel « 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 ». Son arrêt est cassé pour violation de l'article L. 236-3 du Code de commerce prévoyant l'effet de transmission universelle de patrimoine en présence d'une fusion alors que, comme le retient la Cour de cassation, « 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 ».

Il n'est pas évident de cerner la portée exacte qu'il convient de reconnaître à cet arrêt dont la motivation se limite aux termes reproduits ci-dessus. La manière dont la décision d'appel a été censurée sous le visa de l'article L. 236-3 du Code de commerce semble indiquer que la chambre commerciale n'entend pas simplement rappeler que la couverture de la caution est maintenue pour les dettes existantes quoique non exigibles avant la fusion. L'opération de crédit-bail impliquant un service continu peut d'ailleurs difficilement être assimilée à un prêt pur et simple qui aurait engendré une obligation de remboursement échelonnée, mais née dans sa totalité dès la mise à disposition des fonds. Laissant généralement au crédit-bailleur la faculté d'y mettre fin lorsque le preneur ne mérite plus sa confiance, elle ressemble d'avantage à une ouverture de crédit. Or, pour la Cour de cassation un tel engagement ne permet précisément pas à la banque, qui le reprend à la suite d'une fusion, de prétendre au maintien du cautionnement dont il était assorti<sup>11</sup>. Il est vrai qu'en présence d'un bail ordinaire, n'intégrant aucun financement, la chambre commerciale s'est contentée, par un arrêt du même jour, de retenir que le contrat avait été conclu antérieurement à la fusion pour imposer à la caution le maintien de sa garantie pour tous les loyers dus en vertu de ce contrat<sup>12</sup>. Mais si elle ne s'est pas limitée au même constat dans l'affaire évoquée, n'est-ce pas pour dissocier dorénavant le sort réservé au cautionnement selon que la fusion affecte le débiteur principal ou le créancier ? L'espoir est permis.

9. L. Legouet, *L'incidence des fusions de banques sur les garanties* : Banque et droit., mai-juin 2000, p. 19.

10. Cass. com., 8 nov. 2005, arrêt n° 1402, pourvoi n° 01-12.896.

11. Cass. com., 8 nov. 2005, arrêt n° 1403, précité, qui concerne la fusion du preneur - débiteur de la dette cautionnée.