



# La portée du contrat de cautionnement dans le cadre d'une fusion-absorption affectant la société créancière

**Résumé :** Lors d'une fusion-absorption, il est en principe admis l'extinction de l'obligation de couverture du contrat de cautionnement touchant à la société créancière. Il convient toutefois d'identifier le fait générateur de la créance garantie en ce que celle-ci soit postérieure ou non à l'opération de fusion.



**Julien Pires Do Couto**  
Etudiant en Master 2 Droit Bancaire et Financier  
de l'Université du Mans



**Esteban Cortiguera**  
Etudiant en Master 1 Droit Bancaire et  
Financier de l'Université du Mans

## Cass. Com. 2 juin 2021, n°19-11313 (Cassation)

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation réitère sa position quant aux effets d'une fusion-absorption touchant la société créancière et bénéficiaire d'un cautionnement ; la difficulté étant de déterminer la date de naissance de la dette garantie par la caution.

L'article L. 236-3 du Code de commerce dispose qu'une fusion-absorption entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Cette transmission universelle de patrimoine est la conséquence la plus fondamentale de la fusion. Toutefois, celle-ci semble trouver ses limites dans le contrat de cautionnement, notamment lorsque la société absorbée est créancière d'une telle obligation.

En l'espèce, une société-mère s'était portée caution des engagements de sa société filiale en garantie d'un contrat de location-gérance de fonds de commerce. La société créancière, propriétaire du fonds de commerce, a par la suite fait l'objet d'une absorption et a apporté le fonds de commerce à cette dernière avant d'être dissoute. Le locataire-gérant a alors usé de sa faculté de résolution du contrat de location-gérance et a libéré les lieux.

Toutefois, la société absorbante venant aux droits de la société absorbée, invoquant des manquements aux obligations d'entretien et d'exploitation loyale du fonds de commerce par le locataire-gérant, a assigné ce dernier ainsi que sa caution en réparation des préjudices causés. Cette dernière a alors été placée en procédure de sauvegarde.

La Cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 27 septembre 2018, rejette les demandes de la société

absorbante en fixation de sa créance et, en paiement des sommes dues par cette dernière. Celle-ci rappelle que « lorsque le créancier bénéficiaire du cautionnement fait l'objet d'une fusion, l'obligation de couverture disparaît à compter de celle-ci, en l'absence d'une telle manifestation ». <sup>1</sup> Elle estime alors, que l'obligation de couverture avait cessé à compter de la publication de la fusion. Par ailleurs, elle retient que le préjudice existait à la date de la restitution du fonds de commerce ou encore à la date de l'assignation en indemnisation ; plaçant alors le fait générateur postérieurement à la disparition de l'obligation de couverture.

La société créancière absorbante forme un pourvoi en cassation en avançant, dans un premier temps, que le cautionnement garantissant les dettes du locataire-gérant à l'égard du propriétaire du fonds est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante. Dans un second temps, elle soutenait que l'obligation de la caution demeurerait pour les créances nées avant la date de la fusion, ce qui était, selon celle-ci, le cas des créances de réparation litigieuses.

Venant rappeler sa position classique tout en confirmant le jugement d'appel, la Chambre commerciale énonce « qu'en cas de fusion de sociétés par voie d'absorption, l'obligation de la caution qui s'était engagée à garantir les créances de la société absorbée, n'est maintenue au profit de la société absorbante pour les créances nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager à les garantir. »

Toutefois, la juridiction suprême casse l'arrêt précédent et retient une position contraire quant à la détermination de la date du fait générateur. En matière de cautionnement de dettes à exécution successives et de dettes futures, toute la difficulté est, en effet, de déterminer la date de naissance de la dette garantie par

<sup>1</sup> Cass. Com., 2 juin 2021, n°19-11313



la caution. La Cour de cassation prenant pour visa l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, conteste la solution retenue par la juridiction du fond en tant qu'elle s'est référée à la date de restitution du fonds de commerce ou encore à celle de l'assignation en indemnisation du préjudice pour retenir les faits générateurs de la responsabilité contractuelle de la société locataire-gérante. Selon la Chambre commerciale, les créances de réparation au titre de la responsabilité contractuelle naissent au jour du fait générateur de cette responsabilité. Autrement dit, c'est à la date de l'inexécution contractuelle qu'il convient de se placer en la matière et non à celle où le préjudice se trouve cristallisé. Il est regrettable que la Haute juridiction n'apporte pas de solution plus concrète sur le sujet et laisse le soin à la Cour d'appel de renvoi de trancher. La question subsiste alors. Il peut sembler, en effet, compliquer en l'espèce de reconnaître que les manquements aux obligations d'entretiens et d'exploitation sont intervenus avant ou suite à la fusion, ceux-ci pouvant s'étaler sur une longue période.

**Une solution constante.** S'agissant « du sort de l'obligation du cautionnement en cas de fusion »<sup>2</sup> nul ne sera étonné de la solution retenue en l'espèce. En effet, il est classiquement admis que la publication d'une fusion-absorption signe l'extinction de l'obligation de couverture du garant lorsque celle-ci touche le créancier<sup>3</sup>. Cette solution se justifie par la disparition de la personne même du créancier. En ce sens, les dettes qui sont nées postérieurement à la date de publication de la fusion-absorption ne seront plus garanties par l'obligation de couverture du garant. Toutefois, concernant les dettes antérieures, elles ne seront pas remises en question dans le cadre de la fusion et resteront à la charge de la caution.

**Réforme.** Cette solution trouve originellement son fondement à l'article 2292 du Code civil qui dispose que « *Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.* » Une limite semble donc tout être trouvée : la fusion-absorption affectant la société créancière.

Toutefois, la juridiction suprême n'aura plus à interpréter cette disposition avec la promulgation du nouvel article 2318 du Code civil consacré par l'ordonnance portant sur la réforme du droit des sûretés telle qu'issue de l'ordonnance 2021-1192 du 15 septembre 2021. Cette dernière, entérine définitivement toute possibilité de divergence et cristallise alors le sort du cautionnement en cas de fusion-absorption. En effet, le législateur considère dorénavant que la fusion-absorption du

créancier ou du débiteur entraîne l'extinction de l'obligation de couverture du garant sauf si celui-ci maintient son engagement par avance ou dans le cadre de l'opération. Il est, au demeurant, intéressant d'observer que la solution est légèrement distincte lorsque la disparition de la personnalité morale touche la société débitrice. Si l'effet est identique quant à l'obligation de couverture qui s'éteint, il n'est plus possible d'y remédier par avance. La caution doit à nouveau s'engager au moment de l'opération de fusion-absorption.

**L'intuitu personae.** Lorsque la fusion touche la caution elle-même, les obligations de couverture et de règlement sont transmissibles à la société absorbante. Cette solution, éminemment protectrice du créancier, limite alors la possibilité pour le débiteur d'une telle obligation de s'y soustraire en opérant une fusion. Toutefois, la réponse est tout autre lorsque l'opération touche le créancier de l'obligation de couverture. Effectivement, en retenant cette solution, le législateur tout comme le juge, fait primer l'*intuitu personae* sur le principe de transmission universelle du patrimoine apportant alors, plus grande importance à la qualité du débiteur qu'à celle du créancier.

Pour que la garantie soit transmissible, le garant doit expressément exprimer sa volonté de couvrir les dettes qui peuvent être amenées à naître postérieurement à la fusion-absorption. Cette solution peut se justifier quant à elle par la possible méconnaissance du garant de la fusion malgré les formalités de publicité qui entourent l'opération et qu'il ne pourrait se dégager de son obligation.

Néanmoins, il convient alors de retenir qu'en éteignant l'obligation de couverture par le mécanisme de la fusion-absorption, cela compromet le principe de transmission universelle du patrimoine. En ce sens, il aurait pu être envisagé par les auteurs de la réforme une possible inversion entre le principe et l'exception en considérant que des créances, même au début de leur existence, soient transmises à l'absorbant avec l'ensemble du patrimoine de la société dissoute et ce conformément à l'article L. 236-3 du Code de commerce<sup>4</sup>.

Enfin, il aurait été possible sous l'égide de l'Ordonnance portant réforme du droit des sûretés d'organiser plus précisément l'information de la caution et ce malgré les formalités de publicité dans le cadre d'une fusion. Toutefois, la solution a le mérite de renforcer la sécurité juridique des intervenants dans le cadre d'une fusion-absorption puisque maintenant codifiée dans le Code civil.

<sup>2</sup> Jean-François Hamelin, LEDC nov. 2021, n° 200k5, p. 4

<sup>3</sup> Cass. Com., 16 sept. 2014, n° 13-17779

<sup>4</sup> Marie-Pierre Dumont, Gaz. Pal. 2 nov. 2021, n° 428a7, p. 31



En outre, il faut retenir le rôle fondamental des praticiens dans cette délimitation de l'obligation de couverture de la caution qui devront veiller à ce que les contrats de cautionnement stipulent expressément au travers d'une clause, le maintien du cautionnement en cas de fusion ou à défaut, de réitérer l'engagement de la caution dans le cas de la dissolution de la personne morale.