

Etienne CASIMIR

Université Paris II Panthéon Assas

FUSION ET CAUTIONNEMENT

Sous la direction de Monsieur le Professeur Dominique BUREAU

Magistère Juriste d'affaires - DESS - DJCE

Mai 2006

"L'Université Panthéon Assas (Paris II) Droit – Economie - Sciences sociales, n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur."

SOMMMAIRE

INTRODUCTION

- 1) la difficulté du problème : la confrontation entre le principe de la transmission universelle de patrimoine et la notion *d'intuitus personae*
- 2) la multiplicité du problème : une véritable profusion de cas de fusions mettant en jeu un cautionnement

PREMIERE PARTIE : UN DROIT POSITIF EN EVOLUTION

I) L'articulation du droit positif : la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture

- A) Les aménagements relatifs à l'obligation de règlement
- B) Les bouleversements relatifs à l'obligation de couverture

II) Les correctifs à l'application de la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture

- A) Le correctif de la volonté des parties
- B) Le correctif de la fraude

DEUXIEME PARTIE : UN DROIT POSITIF A PRECISER

I) La nécessité d'une clarification du droit positif

- A) L'utilité d'une clarification des aménagements relatifs à l'obligation de règlement
- B) Le besoin d'une clarification des bouleversements relatifs à l'obligation de couverture

II) L'opportunité d'une adaptation du droit positif

- A) L'opportunité d'un « recentrage » du droit positif sur la notion *d'intuitus personae*
- B) Les instruments d'un « recentrage » du droit positif sur la notion *d'intuitus personae*
 - 1- une remise en cause du droit positif en faveur d'une approche *in concreto* « généralisée »
 - 2- une adaptation du droit positif par le biais de solutions de compromis

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le sort du cautionnement en cas de fusion n'est pas une question nouvelle.

Face au mutisme du législateur, la jurisprudence a été particulièrement abondante ces trente dernières années et a construit, pour des raisons d'équité, un régime empirique largement favorable aux cautions.

La doctrine n'était pas en reste, décrivant d'ailleurs le plus souvent ces solutions comme une aubaine pour les cautions¹.

C'est dans ce contexte débattu qu'une double actualité s'est fait jour en la matière.

En premier lieu, c'est dans le cadre plus général de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré par le groupe de travail présidé par le Professeur Michel Grimaldi qu'une solution nouvelle a été proposée, projet dont l'adoption a été différée s'agissant notamment de la question épineuse du cautionnement.

En second lieu, la jurisprudence a elle-même pris les devants par deux arrêts de principe particulièrement novateurs rendus par la chambre commerciale de la Cour de Cassation, le 8 novembre 2005.

Dans un cas comme dans l'autre, la position des créanciers s'en trouve renforcée et par conséquent l'intérêt du cautionnement renouvelé.

Afin d'évaluer au mieux ces évolutions, il convient d'explicitier la difficulté ainsi que la multiplicité du problème.

1) la difficulté du problème : la confrontation entre le principe de la transmission universelle de patrimoine et la notion d'*intuitus personae*

a) une difficulté déjà rencontrée dans le cadre du décès d'une personne physique

Comme dans le cas de la fusion entre deux personnes morales, le décès d'une personne physique entraîne une transmission universelle de patrimoine au profit de l'héritier, réputé continuer la personne du decujus.

¹ Cass.com., 8 novembre 2005, *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2006 n°3, p.345, note de P. LE CANNU, « Cautions et fusions : l'aubaine se fait plus rare »

C'est en la matière que la jurisprudence s'est prononcée pour la première fois, décidant dans un arrêt du 29 juin 1982 de la chambre commerciale de la Cour de cassation que les héritiers ne pouvaient être tenus au paiement des dettes nées postérieurement au décès de la caution.

Il s'agit là de la consécration - dans le cas du décès de la caution - de la distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture : cette dernière obligation de couverture cesse au moment du décès de la caution.

La solution a ensuite pu être élargie aux cas où c'est le créancier ou encore le débiteur principal qui décèdent : dans ces deux hypothèses, la caution ne sera tenue que des dettes nées postérieurement au décès.

Ces positions classiques retenues lors du décès d'une personne physique sont habituellement justifiées en doctrine par le très fort *intuitus personae* dont est marquée l'obligation de couverture découlant de dettes futures indéterminées.

Or il apparaît qu'à l'époque, cette décision de 1982 fut la « pierre angulaire » du sort des cautionnements dans le cadre des opérations de restructurations².

C'est en effet très probablement en prenant appui sur ces solutions relatives au décès des parties au cautionnement ou du tiers intéressé qu'est le débiteur principal, que se sont par la suite élaborées des positions analogues en droit des sociétés : chaque fois qu'une opération se traduisait par la disparition de la société créancière, débitrice principale ou encore caution, seule l'obligation de règlement persistait.

L'assimilation entre succession d'une personne physique d'une part, et fusion de sociétés d'autre part, est évidemment fort tentante du fait de la transmission universelle de patrimoine qui s'opère pareillement dans les deux cas.

Cependant, il convient de s'interroger sur plusieurs points avant d'y souscrire : les solutions retenues pour les personnes physiques ne sont-elles pas après tout en elles-mêmes critiquables ? Et si quand bien même elles étaient pleinement justifiées, était-il opportun de les transposer purement et simplement aux personnes morales faisant l'objet d'une fusion ?

Sur ces deux questions, on peut émettre quelques doutes.

En effet, il a pu être soutenu que l'arrêt de 1982 précité outrepassait la lettre et l'esprit de l'article 2017 du Code civil prévoyant la transmission successorale des engagements de la caution, et n'opérant aucune distinction entre obligation de couverture et de règlement³.

² N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions », *Bulletin Joly Sociétés*, Juillet 2004, p.933

³ Opus précité

C'est donc ici l'importance attachée au caractère *intuitu personae* de l'engagement qui semble être critiquée

En outre, il n'est pas certain que la solution soit pareillement légitime dans les trois hypothèses exposées de décès de la caution, du créancier ou encore du débiteur principal.

De plus, même à considérer que la solution de 1982 soit justifiée, il est douteux qu'il faille la transposer au cas de la fusion.

Au-delà des différences (déjà fondamentales) de situations entre une personne physique - par définition moins avertie - et une personne morale, il convient probablement de ne pas s'arrêter au point commun de la transmission universelle de patrimoine.

En effet, dans les deux cas, le mécanisme est très différent. Pour les personnes physiques, c'est bien la mort qui est à l'origine de la transmission universelle. Pour les personnes morales en revanche, cette transmission provient d'une décision - qui plus est mûrement réfléchie et en toute connaissance de cause - du « vivant » de la société.

Par conséquent le sort des engagements, et notamment celui du cautionnement, devrait peut-être faire l'objet d'un traitement particulier.⁴

On peut par conséquent constater que l'anthropomorphisme que certains auteurs ainsi que la jurisprudence classique ont attaché à la question peut paraître excessif. Aussi convient-il d'étudier la difficulté de ce problème pour le cas particulier de la fusion.

b) une difficulté particulière dans le cas d'une fusion entre personnes morales

L'article 236-1 alinéa 1 du Code de commerce définit la fusion comme l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule.

La fusion peut résulter, soit de la création d'une société nouvelle par deux sociétés existantes, soit de l'absorption d'une société par une autre (ce dernier procédé de la fusion-absorption restant aujourd'hui le plus utilisé).

Un des éléments caractéristiques de la fusion est la transmission universelle de patrimoine, affirmée aux articles 1844-4 du Code civil et 236-3 I du Code de commerce.

Il y a donc transmission de l'ensemble des éléments d'actif et de passif composant le patrimoine de la société qui disparaît (société absorbée ou fusionnée) au profit d'une société existante ou nouvelle.

⁴ G. DAMY, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Droit et Patrimoine*, n°129, Septembre 2004, p.46

Cette transmission universelle intervient de plein droit.

Il faut également noter qu'elle joue de manière identique dans les hypothèses de scissions ainsi que d'apports partiels d'actifs (s'ils portent sur une branche complète d'activité et s'ils sont soumis au régime des scissions). C'est pourquoi la question du sort du cautionnement se posera plus généralement de la même façon pour ces autres types de restructurations.

En outre, cette transmission universelle est reconnue tant en droit interne qu'en droit communautaire : il s'agit de transmettre un patrimoine économiquement cohérent afin que sa fonction demeure intacte sur le marché, sans qu'il y ait de discontinuité, la fusion ayant alors un caractère « intercalaire ».

Ce principe, s'il est désormais fermement ancré dans la hiérarchie des normes, est plus discuté quant à son fondement. Il semblerait que celui de la continuité de l'entreprise souffre de quelques insuffisances et qu'il faille lui préférer la fiction moins réductrice de la continuation de la personne⁵.

Si sa nature juridique a pu autrefois être critiquée (Y. CHEMINADE ayant par exemple pu estimer qu'en cas de fusion, les patrimoines se rencontrent plus qu'ils ne se transmettent), c'est aujourd'hui davantage le bien-fondé de la consécration sans distinction de la transmission universelle de patrimoine qui reste discuté.

On retrouve ici le particularisme de la question par rapport au décès d'une personne physique et l'idée qu'en matière de fusion, l'opération s'apparente plus à un mariage qu'à un décès.

Cette considération économique peut donc expliquer des divergences de solutions par rapport au droit successoral.

En tout état de cause, on ne peut que constater qu'au principe à première vue sécurisant de la transmission universelle du patrimoine, s'ajoute un certain nombre d'exceptions, qui font que le transfert des biens n'est en réalité pas toujours automatique et absolu.

Par exemple, la transmission universelle ne saurait porter sur des biens qu'une disposition légale a rendus intransmissibles (on pense au bail rural⁶) ou sur ceux dont la cession nécessite un accord préalable de l'autorité administrative compétente, comme c'est le cas pour les contrats administratifs.

De même, il existe des tempéraments et contraintes relatifs à certains biens comme le fonds de commerce, les titres de participation, les marques et brevets⁷...

⁵ M.- L. COQUELET, Thèse *La transmission universelle de patrimoine*, p.132

⁶ A. CHARVERIAT, A. COURET, *Sociétés Commerciales*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2006, p.1254, § 26844

⁷ X. JASPAR, N. METAIS, « Les limites à la transmission du patrimoine : les contras *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 mai 1998 n°5, p.447

Mais ce sont surtout les contrats conclus *intuitu personae* qui sont susceptibles de constituer un obstacle majeur à la transmission universelle.

On pense en premier lieu aux contrats qui contiennent une clause le prévoyant formellement ou ayant cette signification (une clause implicite peut suffire, il en est ainsi des clauses qui prévoient la résiliation du contrat en cas de changement de contrôle concernant le cocontractant). Ce sont surtout en second lieu les contrats par nature *intuitu personae* qui posent problème, notamment certains contrats de distribution, de prestations de services, de propriété industrielle et droits d'auteurs, et bien entendu le contrat de cautionnement.

Pour ce qui a trait au cautionnement, il faut d'ores et déjà noter que l'intransmissibilité éventuelle ne pourra être que relative puisque l'extinction du rapport contractuel ne peut valoir que pour l'avenir.

Dans le cadre de ce domaine restreint, le caractère *intuitu personae* du cautionnement doit-il alors « supplanter » le principe de la transmission universelle du patrimoine ?

Si le principe d'incessibilité des contrats conclus en considération de la personne a été très tôt affirmé par la jurisprudence, il devrait être remis en question s'agissant du cautionnement dans la mesure où le principe de transmission universelle est affirmé par la loi (et, on l'a dit, consacré à l'échelon communautaire).

Ce principe devrait donc logiquement conduire à la transmission automatique des garanties tant personnelles que réelles attachées aux créances et aux dettes transférées.

En outre, il n'est pas ici envisageable de se prévaloir de l'article 1281 alinéa 2 du Code civil qui énonce que la novation de l'obligation libère la caution, puisque la substitution opérée dans le cadre d'une fusion n'emporte pas novation de la créance, c'est-à-dire que celle-ci est reprise sans aucune modification, notamment quant à ses garanties.

Enfin plus généralement on peut soutenir que le contrat de cautionnement, dont l'obligation de couverture n'est pas directement appréciable, n'en possède pas moins pour autant une certaine valeur économique qui laisse à penser que son bénéfice se trouve transmis à la société absorbante ou nouvelle⁸, ou qu'il en va du principe de la force obligatoire du contrat que le cautionnement soit maintenu pour l'avenir⁹.

Toutefois le caractère *intuitu personae* du cautionnement semble aussi pouvoir évincer le principe de transmission universelle, ou plus juridiquement le cautionnement pourrait se trouver éteint du fait de la fusion.

⁸ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé », *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 56-57

⁹ L. AYNES, *La cession de contrat*, *Economica*, 1984, n°216

En effet la caution s'engage au regard de la personnalité du débiteur, voire même du créancier, de la confiance qu'ils lui inspirent, car ce sont des éléments décisifs de la dette qu'elle va devoir garantir.

L'*intuitus personae* constitue alors un « baromètre », un véritable instrument de prévision juridique quant à l'étendue et à la durée de son engagement¹⁰.

Répondre à cette question de savoir quoi privilégier entre le principe de la transmission universelle et la notion d'*intuitus personae* n'est pas une tâche facile et les évolutions jurisprudentielles que connaissent la matière en sont probablement la meilleure preuve.

Si le problème du sort du cautionnement en cas de fusion révèle donc une difficulté majeure, il se présente également sous de multiples facettes.

2) la multiplicité du problème : une véritable profusion de cas de fusions mettant en jeu un cautionnement

a) les nombreuses facettes du problème

Si l'on ne s'attache qu'aux seules hypothèses de fusion, on s'aperçoit que les « combinaisons » entre fusion et cautionnement sont multiples.

Il est important de distinguer ces différentes sous-hypothèses car elles correspondent souvent à des réalités très diverses et font l'objet, notamment depuis les deux arrêts du 8 novembre 2005, d'un traitement différencié en jurisprudence.

On peut en premier lieu citer les cas de fusions mettant en présence un tiers au rapport de cautionnement.

Pour les parties au cautionnement que sont la caution et le créancier ainsi que pour le tiers intéressé qu'est le débiteur principal, peuvent s'appliquer trois situations : on peut être absorbé, absorbant ou être une des sociétés donnant naissance à une société nouvelle, ce qui par conséquent correspond d'ores et déjà à pas moins de neuf « combinaisons » possibles (débiteur absorbé, absorbant, donnant naissance à une société nouvelle, créancier absorbé, absorbant, donnant naissance à une société nouvelle, caution absorbée, absorbante et donnant naissance à une société nouvelle).

¹⁰ N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions », *Bulletin Joly Sociétés*, Juillet 2004, p.933

Parmi ces différentes déclinaisons, on a affaire à des situations très différentes. Pour ne citer que quelques exemples, l'*intuitus personae* n'est généralement pas affecté de la même manière selon que c'est le créancier ou le débiteur qui est absorbé, ou encore, on constate qu'il y a perte ou non de la personnalité morale selon que la société est absorbée ou absorbante.

Ce sont autant de différences qui sont susceptibles de justifier des solutions divergentes devant les tribunaux.

Notons par ailleurs que ces cas de fusion peuvent également mettre en cause une personne physique, tel que le dirigeant, caution des dettes de sa société qui fusionne.

Outre ces hypothèses, on rencontre également des situations moins classiques, telles que la fusion de deux sociétés garanties par la même caution ou encore la fusion de deux sociétés cautions d'un même débiteur...

Il existe en second lieu des cas de confusion, lorsque la transmission universelle de patrimoine se réalise par une fusion entre les différentes parties au rapport de cautionnement (y compris le débiteur principal donc) : il s'agit des cas de fusions entre créancier et débiteur, entre créancier et caution, ou encore entre caution et débiteur.

En outre, la question du sort du cautionnement s'inscrit en réalité dans une problématique plus large puisqu'elle se pose dans divers cas de restructurations ou d'évènements affectant une société partie au rapport de cautionnement.

Il convient donc également de citer ces nombreuses hypothèses afin de les mettre en perspective avec le cas particulier de la fusion et d'apprécier la cohérence du droit en la matière.

Il s'agit des opérations de scission ou d'apport partiel d'actif (soumises au régime des scissions), des transformations de sociétés, des mises en société, de la réunion de parts sociales en une seule main, de la dissolution de société, de la perte de qualité (par exemple de banquier ou de dirigeant), ou même de la cession de créance, de la subrogation et de la cession de contrat...

Dans tous ces cas - comme dans celui de la fusion - se pose la question de savoir si le cautionnement doit être maintenu.

Certaines facettes de ce problème du sort du cautionnement en cas de fusion ont fait l'objet de développements doctrinaux nombreux et d'évolutions jurisprudentielles récentes, alors que d'autres aspects de la question suscitent en revanche moins de contentieux.

Ces derniers aspects méritent cependant également quelques explicitations.

b) les facettes du problème qui suscitent peu de contentieux : les hypothèses de confusion

Fort heureusement, la question du sort du cautionnement dans le cadre d'une opération de fusion n'occasionne pas toujours un débat doctrinal et jurisprudentiel nourri.

Il est des cas relativement simples, suscitant alors peu de contentieux, mais qu'il convient tout de même d'évoquer de façon liminaire.

Ce sont les hypothèses de confusion des patrimoines, c'est-à-dire les cas de fusion de deux des trois sociétés intéressées au rapport de cautionnement : le débiteur principal, le créancier et la caution.

En réalité, trois sous-hypothèses peuvent alors ici être distinguées : la fusion entre le créancier et le débiteur, celle entre le créancier et la caution, et enfin celle entre le débiteur et la caution.

Tout d'abord, lorsque créancier et débiteur fusionnent, le cautionnement est éteint par voie accessoire. En effet il y a alors réunion sur une même tête des qualités de débiteur et de créancier, et par conséquent extinction de l'obligation principale, peu important que la confusion se soit produite en la personne du débiteur, du créancier ou par création d'une société nouvelle.

Notons que l'article 1301 du Code civil distingue pourtant entre confusion s'opérant en la personne du débiteur et celle se faisant en la personne du créancier, énonçant que dans le second cas, les codébiteurs solidaires restent tenus de la portion dont ils étaient débiteurs. Mais il semble admis qu'il n'y ait pas de distinction à faire entre caution simple et caution solidaire, et que toute caution soit libérée par ce type de confusion¹¹.

Ensuite, pour le cas de la fusion entre créancier et caution, l'extinction du cautionnement est cette fois réalisée à titre principal, le droit de créance à l'égard du débiteur étant lui maintenu.

Malgré la relative évidence de cette solution, une controverse s'est tout de même fait jour à propos de l'étendue de l'engagement des autres cofidéjusseurs non intéressés par la fusion : doivent-ils être libérés à concurrence de la part de la caution partie à la fusion ?

La question ne semble pas définitivement tranchée : on peut soutenir qu'ils doivent être libérés puisqu'ils ont perdu leur recours contre la caution, ou qu'ils restent tenus de la totalité de la dette car pour ce qui concerne le cas des cofidéjusseurs, la caution confondue n'est débitrice d'aucune portion de la dette¹².

¹¹ M.- L. COQUELET, Thèse *La transmission universelle de patrimoine*, p. 299

¹² Opus précité, p.301

Enfin, la fusion entre débiteur et caution est une hypothèse plus fréquente qui mérite également quelques développements.

La Cour de cassation a pu juger dans un arrêt du 28 avril 1964 que « celui qui est débiteur d'une obligation à titre principal ne peut être tenu de la même obligation comme caution ».

Pourtant on ne peut pas conclure que dans pareille hypothèse, il y aurait extinction du cautionnement.

En effet, aucune disposition légale ne prévoit de confusion en cas de réunion sur une même tête des qualités de débiteur principal et de caution puisqu'à l'instar de M. MOULY, on peut constater que le débiteur principal est tiers au contrat de cautionnement, et son inclusion dans le mécanisme n'entraîne pas l'application du régime de la confusion : le créancier peut donc toujours se prévaloir du cautionnement même s'il est rendu inefficace du fait de la fusion entre débiteur et caution.

En outre, il convient de souligner que le créancier bénéficie du droit de former opposition à la fusion précitée, même si en la matière, ce recours n'a que peu d'intérêt puisqu'il est exigé par la jurisprudence pour obtenir le paiement anticipé de la créance que celle-ci soit exigible (seule l'alternative de la constitution de nouvelles garanties acceptées par le juge semblant alors le plus souvent envisageable).

Si la jurisprudence en matière de confusion de patrimoine semble relativement arrêtée, il n'en va pas de même pour la plupart des hypothèses de fusions mettant en jeu un cautionnement.

Ainsi, le droit positif en la matière se trouve en pleine évolution (partie 1), même s'il demeure perfectible (partie 2).

Première partie : un droit positif en évolution

Sujet à d'importantes transformations, le droit positif reste articulé autour de la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture (I), distinction pouvant néanmoins faire l'objet de correctifs (II).

I) L'articulation du droit positif : la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture

Pour qu'un cautionnement soit « pleinement » maintenu suite à une opération de fusion, c'est-à-dire qu'il continue à produire ses effets pour l'avenir, il faut que les deux obligations, de règlement et de couverture, subsistent.

Cette dichotomie entre ces deux obligations à la charge de la caution a récemment connu quelques mutations.

Si la solution classique du maintien de l'obligation de règlement n'a fait l'objet que d'aménagements (A), les nouvelles positions jurisprudentielles en matière d'obligation de couverture font plutôt figure de bouleversements (B).

A) Les aménagements relatifs à l'obligation de règlement

1. Définition et maintien de l'obligation de règlement en cas de fusion.

Le principe en matière de fusion reste la transmission universelle de patrimoine.

Aussi, la transmissibilité du cautionnement constitue la règle, même si elle s'opère en faveur d'une personne étrangère au rapport de cautionnement.

Cette transmission s'effectue soit à titre accessoire lorsque c'est l'obligation principale qui est transmise, puisqu'elle est transférée sans novation (par exemple lorsque le débiteur principal est absorbé) ou à titre principal lorsque c'est le contrat de cautionnement qui est transmis (ainsi en est-il dans les rapports caution-créancier).

Mais dans quelle mesure le cautionnement est-il transmis ?

La jurisprudence est constante sur ce point : la transmission universelle concerne incontestablement l'obligation de règlement à la charge de la caution.

En effet la Cour de cassation a repris à son compte la distinction effectuée par C. MOULY entre obligation de règlement et obligation de couverture : « les obligations de règlement sont des obligations à exécution instantanée qui naissent avec les dettes que contracte le débiteur principal et l'obligation de couverture est une obligation à exécution successive qui naît lors de la conclusion du contrat de cautionnement et qui détermine la couverture que doit fournir la caution »¹³.

Or les obligations de règlement sont de nature patrimoniale et ne peuvent s'éteindre que par extinction de l'obligation principale elle-même. Une fois nées, ces obligations doivent être exécutées.

Au contraire, l'obligation de couverture s'étire dans le temps du point de départ du cautionnement jusqu'à son extinction, et seules les obligations nées avant l'extinction de l'obligation de couverture donneront naissance à des obligations de règlement à la charge de la caution.

Seule l'obligation de couverture est susceptible d'être éteinte en cas de fusion, dans l'hypothèse où cette dernière opération serait considérée comme un terme extinctif.

En revanche les obligations de règlement sont insensibles au terme extinctif (ou à une résiliation).

¹³ Cass. Com., 29 juin 1982, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p.360, Note de C. MOULY

L'obligation de règlement est donc maintenue et cette solution classique s'applique uniformément à toutes les sous-hypothèses de fusion mettant en présence une personne extérieure au rapport de cautionnement : elle joue en cas de fusion de la société débitrice avec une société tierce, mais aussi selon une jurisprudence constante lorsque l'opération concerne la caution ou le créancier.

De même, les tribunaux ne font ici pas de distinction selon qu'il s'agit d'une fusion-absorption ou d'une fusion-combinaison (alors même que l'article 236-14 du Code de commerce, qui énonce que la substitution n'emporte pas novation, ne vise que le cas de la fusion-absorption).

Cette transmission ainsi consacrée de l'obligation de règlement permet d'assurer une sécurité juridique élémentaire (et fort logique) aux agents économiques parties à une opération de fusion, ou plus généralement de restructuration, pour laquelle la solution est similaire.

2. Domaine d'application de l'obligation de règlement. Le domaine d'application de l'obligation de règlement est néanmoins restreint puisqu'il ne concerne que les dettes existantes et présentes (par opposition aux dettes postérieures à la fusion et aux dettes indéterminées).

Il doit donc s'agir d'une dette déterminée et née avant l'opération de fusion.

Ces notions ont été précisées par la jurisprudence.

Elle a ainsi pu affirmer que l'on devait prendre en compte la date d'existence de l'obligation principale, et pas son exigibilité, pour déterminer sa date de naissance.

Si la créance existe, il importe peu qu'elle soit à date certaine, conditionnelle ou éventuelle.

On peut citer l'exemple du prêt pour lequel on a une créance certaine dans son principe mais dont l'exigibilité est simplement différée, la dette est présente et le cautionnement revêt un caractère déterminé¹⁴.

On constate ici que la qualification du cautionnement est un véritable enjeu.

3. Date de naissance des créances : les aménagements jurisprudentiels.

Pour connaître l'étendue de l'obligation de règlement, encore faut-il déterminer la date de naissance des créances.

Cette question de la datation des créances est en effet en réalité loin d'être théorique, et déborde d'ailleurs le seul problème du cautionnement (on pense notamment au droit des procédures collectives).

L'enjeu en la matière concerne les contrats à exécution successive.

¹⁴ Cass. Com., 15 mars 1997, *Bulletin Joly Sociétés*, juillet 1997, Note M.-L. COQUELET, « L'incidence de la fusion sur l'étendue de l'obligation de garantie d'un cautionnement de dettes présentes »

Si l'on considère en effet que la créance naît à la conclusion du contrat, l'obligation de règlement concernera l'ensemble de cette créance, alors que si l'on estime que cette créance naît au fur et à mesure de l'exécution du contrat, l'obligation de règlement à la charge de la caution ne s'appliquera qu'à la partie déjà exécutée du contrat.

A cette question du fait générateur des créances, le Code civil n'apporte guère de réponse.

L'arrêt de cassation n° 1403 *SCI du 75, Champs Elysées* du 8 novembre 2005 (le deuxième arrêt du même jour) produit à cet égard une précision importante : s'agissant d'un contrat de bail, la date de naissance de la créance de loyers se situe au moment de la conclusion de ce contrat.

Cette solution s'inspire très probablement d'un arrêt rendu en chambre mixte le 22 novembre 2002 ayant adopté la même position en matière de saisie-attribution d'une créance à exécution successive.

Cet arrêt du 8 novembre 2005 constitue donc une confirmation, qui plus est dans un domaine autre que celui des procédures collectives.

De l'avis unanime de la doctrine, cette clarification est la bienvenue dans la mesure où la jurisprudence antérieure était pour le moins hésitante : la deuxième chambre civile semblait distinguer selon que le contrat s'appliquait de façon continue ou constituait une succession de marchés distincts, alors que la chambre commerciale avait une approche empreinte d'un certain finalisme rendant des solutions divergentes (voire incohérentes) en fonction des intérêts en cause, ou en fonction de la qualité des parties concernées¹⁵.

L'arrêt du 8 novembre 2005 atteste de la volonté nouvelle d'une plus grande unité des solutions relatives au fait générateur des créances, volonté corroborée par un arrêt du 22 novembre 2005 ayant consacré l'opposabilité à la procédure du cédant d'une cession à titre de garantie de créances professionnelles de travaux.

Parce que l'enjeu pratique est celui d'une plus grande sécurité des affaires et d'une plus grande prévisibilité juridique, ce retour à la solution classique en matière de datation de créances a été largement salué en doctrine¹⁶.

Et pour ce qui a trait au cautionnement, l'effet immédiat est que la caution reste tenue, dans le seul cadre de son obligation de règlement, de l'ensemble des créances de loyers après la fusion.

Cet arrêt du 8 novembre 2005 a certes été rendu à propos d'une fusion concernant le débiteur principal, mais puisqu'il s'agissait ici de préciser la modalité d'application qu'est la datation des créances, il peut sans hésitation être élargi aux cas de fusions intéressant la caution ou encore le créancier.

¹⁵ Cass. Com., 21 janvier 2003, *Petites Affiches*, 17 septembre 2004, n°187, p.8, Note O. TAFANELLI, « Maintien du cautionnement souscrit par le dirigeant d'une société absorbée : confirmation d'une jurisprudence ambiguë »

¹⁶ L. AYNES et P. DUPICHOT, « 2005 : les sûretés entre droits positif et prospectif », *Droit & Patrimoine*, n°145, février 2006, p.122

Cependant, dans cette dernière hypothèse d'une fusion concernant le créancier, la jurisprudence semble aller plus loin qu'un simple aménagement des modalités d'application du maintien de l'obligation de règlement, elle crée un véritable bouleversement en matière d'obligation de couverture.

B) Les bouleversements relatifs à l'obligation de couverture

4. Définition et domaine. L'obligation de couverture est une obligation à exécution successive qui naît dès la conclusion du contrat : elle détermine les dettes qui sont garanties par la caution lorsqu'elle s'engage. Tout cautionnement donne naissance aux deux obligations que sont la couverture et le règlement, mais par définition en matière de dettes présentes, ces deux obligations se confondent (puisque l'obligation de règlement concerne déjà l'ensemble de la dette). L'étude de l'obligation de couverture n'a donc d'intérêt que dans le cadre de dettes futures et indéterminées.

On peut par conséquent en conclure, puisque l'obligation de règlement est toujours maintenue en cas de fusion, que la question de l'incidence d'une telle restructuration sur les cautionnements se limite à ceux qui garantissent une dette future et indéterminée.

A cet égard, la question présente bel et bien un intérêt dans la mesure où la solution classique énonce que la fusion est un terme extinctif sous-jacent de l'obligation de couverture, en raison du fort *intuitus personae* que l'on trouve dans le cadre du contrat de cautionnement¹⁷.

Une autre approche que celle du terme extinctif permet d'en arriver à la même conclusion.

On peut en effet également considérer que le contrat de fusion n'est pas opposable à la caution, tiers à ce contrat (cette approche mettant bien en évidence le particularisme de la question de la fusion impliquant la société caution, que l'on reverra), du fait de l'*intuitus personae* qui la lie au débiteur ou au créancier.

Dans le cadre de cette seconde explication, la transmission universelle de patrimoine ne serait alors pas non plus opposable à la caution, qui ne serait donc pas tenue de garantir les dettes postérieures à cette fusion, seule l'obligation de règlement (correspondant aux dettes antérieures à l'opération) serait maintenue.

¹⁷ Cass. Com., 10 octobre 1995, *Bulletin Joly Sociétés*, décembre 1995, Note M.-L. COQUELET, « Fraude de la caution et inopposabilité de la fusion »

Mais en réalité le domaine de l'étude est plus restreint encore car la jurisprudence classique (et toujours en vigueur sur ce point) ajoute un critère supplémentaire pour que l'obligation de couverture précitée soit effectivement éteinte : il doit y avoir perte de la personnalité morale de la partie au rapport de cautionnement concernée par l'opération de fusion, ou du moins, il doit plus généralement y avoir création d'une personnalité morale nouvelle (remplaçant celle de la société partie au rapport de cautionnement).

L'obligation de couverture sera par conséquent maintenue de plein droit lorsque la transmission de patrimoine profitera à la société créancière, débitrice ou caution, car la personnalité juridique de l'entité ne sera pas affectée par l'opération de transmission universelle.

En pratique dans tous les cas où la caution, le débiteur, ou le créancier sont les absorbants dans le cadre d'une fusion-absorption, le cautionnement est maintenu dans son intégralité, c'est-à-dire autant pour les dettes présentes que les dettes à venir.

Il faut donc, pour que l'obligation de couverture soit susceptible d'être éteinte, qu'une de ces sociétés soit absorbée ou qu'il s'agisse d'une fusion-combinaison.

Ce critère jurisprudentiel trouve d'ailleurs à jouer au-delà des hypothèses de fusion.

Ainsi, l'apport partiel d'actif, la fusion-scission lorsque par exemple la société bénéficiaire du cautionnement a absorbé une partie du patrimoine de la société scindée, la transformation de société, la dissolution, la prise de contrôle ou encore la perte de qualité de dirigeant ou de banquier (sauf à prouver une erreur sur la personne¹⁸) laissent en droit positif subsister l'obligation de couverture.

Il convient de noter que plusieurs auteurs estiment cependant que certaines modifications sont si radicales, que si elles n'entraînent certes pas directement une perte de la personnalité juridique, elles ont pour conséquence un changement de la nature même de la personnalité morale, changement qui doit alors être assimilé à une perte de personnalité, entraînant l'extinction de l'obligation de couverture¹⁹.

Ainsi en est-il par exemple selon eux de la transformation de la société créancière en association, de la prise de contrôle d'une société à la suite de la cession de la totalité des actions, de modifications cumulées dans une des sociétés (changement d'activité, de dénomination, vente de certains actifs, transfert de siège social...).

Ces distinctions, bien que très probablement opportunes, ne semblent toutefois pas - à notre connaissance - avoir trouvé application en jurisprudence.

¹⁸ D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* : Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier/mars 2003, p.3

¹⁹ Cass. Com., 20 janvier 1987, *Revue des Sociétés*, 1987, p.397, Note O. BARRET

En revanche, si l'on met en pratique le critère prétorien précité, une scission lorsque par exemple la société bénéficiaire du cautionnement est une société scindée, ou une mise en société, entraînent bien l'existence d'une personnalité morale nouvelle, et la question de l'extinction de l'obligation de couverture est susceptible de se poser.

A ce critère restrictif de notre étude, il faut d'ores et déjà ajouter que les principes précités étant supplétifs, les parties auront tout le loisir de prévoir le maintien pour l'avenir de l'obligation de couverture, ce à quoi il faut ajouter une faculté de résiliation unilatérale en faveur de la caution pour les cautionnements à durée indéterminées.

Enfin, la jurisprudence récente vient encore restreindre l'application de la solution classique de l'extinction de l'obligation de couverture en cas de fusion, énonçant une distinction nouvelle selon que d'une part le créancier est partie à la fusion, ou que d'autre part le débiteur principal et la caution participent à une telle restructuration.

L'incidence de la fusion sur le cautionnement, à savoir une extinction de l'obligation de couverture, est donc globalement assez faible : elle ne concerne que certaines fusions (fusion par perte de la personnalité morale de la partie au rapport de cautionnement), que certaines dettes (les dettes futures et indéterminées), et que certaines parties (la caution et le débiteur principal, mais plus le créancier, comme nous allons le constater).

5. L'extinction controversée de l'obligation de couverture en cas de fusion concernant la caution. Il faut d'ores et déjà rappeler qu'en vertu du critère de perte de la personnalité morale, seules la fusion-combinaison et la fusion par absorption de la société caution sont touchées par la question de l'extinction de l'obligation de couverture.

Cette hypothèse est assez particulière dans la mesure où la solution jurisprudentielle semble n'être basée que sur la transposition de décisions rendues dans le cas du décès de la caution personne physique.

En la matière, l'arrêt « Consorts Ernault » du 29 juin 1982 énonce qu'en cas de décès de la caution, seule l'obligation de règlement persiste²⁰.

Cette position a semble t-il été transposée plusieurs fois à l'hypothèse de fusion de la caution²¹, même si pour certains la question n'est pas tranchée²².

²⁰ Cass. Com., 29 juin 1982, *Bulletin Civil IV*, n°258 ; *Dalloz*, 1983, p.360, Note C. MOULY

²¹ Cass. Com., 7 novembre 1966, *Bulletin civil IV*, n° 421. Rapp. Supra, n°242. La même solution s'applique en cas de dissolution de la société caution avec transmission universelle à l'associé unique : Cass.com., 19 novembre 2002, *Bulletin civil IV*, n° 175 ; D. 2002, Act. p.3344 ; *JCP G 2003*, 1, 134, n° 2, observations CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; *Banque et dr. 2002*, n° 87, p.45, observation M. STORCK. ; Cass. Com., 4 février 1997, *Bulletin Joly Sociétés*, 1997, p.448, § 183, note M.-L. COQUELET

²² A. CHARVERIAT, A. COURET, *Sociétés Commerciales*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2006, p.1262, § 26916

L'analyse de la solution relative aux personnes physiques n'est pas aisée.

Certains considèrent qu'elle se justifie par le caractère *intuitu personae* de l'obligation de couverture²³. Cette position est néanmoins quelque peu contestable : cela procèderait ici d'une vision particulière de l'*intuitus personae*. Il peut en effet apparaître logique que cette notion trouve application lorsque le décès (ou la fusion) entraîne un changement dans les conditions de l'engagement, c'est-à-dire lorsqu'il conduit à une modification dans la personne du débiteur voire du créancier qui étaient des éléments substantiels au moment de la conclusion du contrat. Or ici, l'engagement n'est en rien modifié, simplement la nouvelle structure se prévaut de l'*intuitus personae* pour ne pas reprendre une obligation pourtant préexistante, alors même qu'en matière successorale les héritiers sont réputés continuer la personne du défunt.

En réalité, il semble plus juste d'estimer que la solution de 1982 vise à protéger les héritiers contre la révélation d'un passif qu'ils ignoraient : il serait en effet inéquitable que les héritiers en soient tenus, lorsqu'ils ont purement et simplement accepté la succession, alors qu'ils n'avaient pas connaissance d'un cautionnement, pouvant avoir de lourdes conséquences financières à leur égard.

Si l'on retient cette analyse, la transposition jurisprudentielle précitée paraît contestable car la fusion est conclue entre professionnels et la structure nouvelle issue de la fusion (société nouvelle ou absorbante) ne peut qu'être informée de l'existence et de l'étendue des cautionnements qui ont pu être conclus précédemment à l'opération de fusion²⁴.

Notons d'ailleurs que quand bien même la solution de 1982 serait justifiée par le caractère *intuitu personae* de l'obligation de couverture, il ne va pas de soi qu'il faille la transposer au cas de la fusion, dans la mesure où cette dernière opération procède d'une décision réfléchie (et pas d'un décès) et que reprendre l'ensemble du passif et de l'actif de la société procède d'un véritable choix (plus en tout état de cause que la seule possibilité d'accepter ou de refuser une succession) et qu'il apparaît moins légitime d'être dispensé du maintien de l'obligation de couverture.

Reste un dernier point à éclaircir : puisque la jurisprudence se borne apparemment à transposer la solution applicable aux personnes physiques, faut-il aussi interdire toute stipulation contraire en cas de fusion ?

Cette question est d'importance puisque l'ensemble du régime du sort du cautionnement en cas de fusion est en principe supplétif.

A l'évidence une transposition stricte paraît inenvisageable dans la mesure où cette interdiction en matière successorale est fondée sur la prohibition des pactes sur succession future (une telle

²³ M.- L. COQUELET, Thèse *La transmission universelle de patrimoine*, p. 293, n°456

²⁴ Communication Ansa CJ 10-09-2003

transposition stricte serait d'ailleurs d'autant moins opportune que l'extinction de l'obligation de couverture est plus contestable ici que dans d'autres hypothèses, où le régime est supplétif).

6. L'extinction confirmée de l'obligation de couverture en cas de fusion concernant le débiteur. Depuis près de trente ans, la Cour de cassation énonce de façon constante que l'obligation de couverture est éteinte en cas de disparition de la personnalité morale du débiteur principal²⁵. Par conséquent la caution est libérée pour les dettes futures postérieures à la fusion dans le cas d'une fusion-combinaison ou d'une fusion par absorption du débiteur.

Il s'agit là d'une interprétation stricte du cautionnement, justifiée par le fort *intuitus personae* (et en pratique souvent par le risque relatif à la solvabilité du nouveau débiteur) liant la caution et le débiteur principal : s'il y a changement dans la personne de ce débiteur principal, il apparaît alors logique que l'obligation de couverture ne soit pas maintenue.

Dans son deuxième arrêt du 8 novembre 2005, la Cour de cassation réaffirme avec force cette solution (avec d'autant plus de force que nous verrons qu'elle procède à un revirement dans l'hypothèse d'une fusion concernant le créancier).

Cependant, il convient de rappeler que, la date de naissance des obligations à exécution successive (ou du moins des obligations provenant d'un contrat de bail) étant désormais clairement fixée à la date de conclusion du contrat, le résultat pratique est le même, dans ces cas, que si l'obligation de couverture était maintenue, ce qui a globalement été salué par la doctrine, la solution limitant en pratique la protection jusqu'alors très forte de la caution²⁶.

7. Le bouleversement du 8 novembre 2005 : le maintien de l'obligation de couverture en cas de fusion concernant le créancier.

1) une solution antérieure critiquée : le principe de l'interprétation stricte du cautionnement justifiait traditionnellement que la caution soit libérée de son obligation de couverture en cas de fusion de la société créancière, s'il y avait perte de sa personnalité morale.

Cette solution présentait l'avantage de conférer à la jurisprudence une certaine unité en la matière et on ne peut contester qu'à certains égards la personne du créancier n'est pas totalement indifférente à la caution, ne serait-ce que, par exemple, par rapport à la politique de gestion des créances.

²⁵ Cass. Com., 20 janvier 1987, *JCP G* 1987, II, 20844, note M. GERMAIN. – Cass. Com., 23 mars 1999, *JCPE* 1999, p.1012, note A. COURET

²⁶ Cass. Com., 8 novembre 2005, *JCP/La Semaine Juridique -Edition Entreprise et Affaires*, n°1, 5 janvier 2006, p.15, note D. LEGEAIS –*JCP/La semaine Juridique -Edition Générale*, n°49, 7 décembre 2005, p.2264, Note de D. HOUTCIEFF « Le sort du cautionnement garantissant le bail en cas de fusion absorption de la société créancière ou débitrice » – *Gazette du Palais*, 31 décembre 2005, Note de N. MORELLI « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : révolution et évolution du 8 novembre 2005 »

Il n'en reste pas moins que cette position était largement critiquée par la doctrine. On la jugeait excessive quant à l'application de la notion d'*intuitus personae*. De même plus généralement, certains auteurs ont pu soutenir que la distinction entre dettes antérieures et postérieures à la fusion (qui persiste, malgré ces critiques, dans les autres hypothèses de fusion que l'on a pu étudier) n'était pas aisée à mettre en oeuvre²⁷.

En outre on pouvait souligner que le principe de transmission universelle de patrimoine, transmission automatique, intégrale, et consacrée au niveau communautaire ne pouvait tolérer que des dérogations indispensables²⁸.

De plus, le régime étant supplétif, des stipulations contraires pouvaient permettre de maintenir l'obligation de couverture, et en pratique les cautions l'acceptaient, sous peine par exemple de voir les concours financiers accordés au débiteur dénoncés : il y aurait donc là « une vaste tracasserie administrative, engendrant un coût non productif »²⁹.

Enfin et surtout était ici dénoncée une jurisprudence opportuniste et distributive se servant du caractère *intuitu personae* du cautionnement pour accorder une protection exagérée aux cautions³⁰.

Malgré tout, la doctrine avait quelques raisons d'espérer à la suite du nouveau principe posé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 décembre 2004, mettant fin à une divergence de jurisprudence, et énonçant que la vente de l'immeuble donné à bail transmet de plein droit le cautionnement garantissant le paiement des loyers au nouveau propriétaire sauf stipulation contraire. Le cautionnement, accessoire de la créance, n'était alors pas affecté par le changement de bailleur.

Cette solution a finalement pu être transposée au cas d'une fusion de la société créancière.

2) l'arrêt du 8 novembre 2005, un véritable revirement ? Ce premier arrêt du 8 novembre 2005, l'arrêt de cassation n° 1402 Selectibail, énonce au visa de l'article 236-3 du Code de commerce « 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 » et affirme 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

²⁷ Cass. Com., 8 novembre 2005, *JCP/La Semaine Juridique -Edition Entreprise et Affaires*, n°1, 5 janvier 2006, p.15, note D. LEGEAIS

²⁸ A. PRÜM, « Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », *Revue bimestrielle JurisClasseur- Revue de Droit bancaire et Financier*, Janvier-février 2006, p.1

²⁹ Opus précité

³⁰ Cass. Com., 8 novembre 2005, *JCP/La semaine Juridique -Edition Générale*, n°49, 7 décembre 2005, p.2264, Note D. HOUTCIEFF « Le sort du cautionnement garantissant le bail en cas de fusion absorption de la société créancière ou débitrice »

loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Il faut en premier lieu noter que la terminologie utilisée par la Cour prête quelque peu à confusion.

Parler de transmission du cautionnement peut d'abord occulter la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture (même si a priori cela signifie bien que l'obligation de couverture est également transmise), et par conséquent faire douter de l'existence d'un revirement.

Ensuite, ce n'est finalement pas tant que le cautionnement soit transmis ou non qui nous préoccupe, mais plutôt qu'il soit ou non éteint par l'effet de la fusion : il apparaît alors peut-être plus juste de parler de la question du maintien du cautionnement que de celle de sa transmission. En réalité, déterminer s'il y a ou non imprécision terminologique dépend surtout de la question de savoir si l'on considère que la fusion a un effet extinctif auquel cas le cautionnement n'est effectivement pas transmis, ou si l'on pense que la transmission est inopposable à la caution, auquel cas il n'est pas juste d'énoncer que le cautionnement n'est pas transmis.

Certains auteurs ont d'ailleurs en second lieu nier l'existence d'un quelconque revirement, estimant que l'obligation de couverture n'était pas transmise en l'espèce.

Il a en effet pu être soutenu que l'analogie avec l'arrêt du 6 décembre 2004 était contestable.

Les principes mis en œuvre dans les deux situations seraient fondamentalement différents, l'arrêt de 2004 ne s'appliquant qu'à un transfert à titre particulier alors que l'objet de l'article 236-3 du Code de commerce serait de consacrer un principe de transmission universelle de patrimoine en cas de fusion, afin justement d'éviter que cette opération ne soit qu'une suite de transferts à titre particulier³¹.

Si l'on ne peut effectivement que constater que les deux hypothèses relèvent de domaines différents, on ne peut cependant s'empêcher de penser qu'elles présentent aussi d'étonnantes ressemblances. Et il est d'ailleurs à cet égard frappant de constater la similitude dans la rédaction des attendus de principe des deux arrêts respectifs, notamment dans la faculté offerte à la caution de stipuler une clause contraire, ce qui laisse à penser que l'arrêt de 2004 a nécessairement inspiré celui de 2005³².

³¹ Cass. Com., 8 novembre 2005, *JCP/La semaine Juridique –Edition Générale*, n°49, 7 décembre 2005, p.2264, Note de D. HOUTCIEFF « Le sort du cautionnement garantissant le bail en cas de fusion absorption de la société créancière ou débitrice »

³² Cass. Com., 8 novembre 2005, *Gazette du Palais*, 31 décembre 2005, Note de N. MORELLI « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : révolution et évolution du 8 novembre 2005 »

Mais il était surtout soutenu que puisque le deuxième arrêt du 8 novembre 2005 relatif à la fusion du débiteur énonçait que la créance de loyers naissait au moment de la conclusion du contrat de bail, l'obligation de règlement seule suffisait à maintenir intacts les engagements de la caution, et l'obligation de couverture n'était alors pas en cause (il était donc logique qu'il en allât de même s'agissant du premier arrêt, concernant la fusion du créancier).

Cette analyse serait, selon les auteurs la développant, confortée par l'absence de visa de l'article 2015 du Code civil dans l'arrêt relatif à la fusion du créancier, visa qui n'était plus nécessaire dès lors que l'engagement de la caution n'a pas été étendu, mais restait identique après l'opération de fusion³³.

On peut difficilement souscrire à cette analyse : comment peut-on en effet expliquer la différence de motivation des deux arrêts, l'une très générale et ne laissant subsister que la principe de la transmission universelle de patrimoine de l'article 236-3 du Code de commerce, et l'autre reprenant le double visa classique des articles 2015 du Code civil et 236-3 du Code de commerce, et cela d'autant plus que la Cour de cassation a pris le soin d'accoler ces deux arrêts en les rendant le même jour ?

Et en tout état de cause, on ne peut pas non plus se satisfaire de l'analyse qui a été faite de l'absence de l'article 2015 du Code civil dans le premier arrêt relatif au créancier.

En effet cet article dispose que le cautionnement ne peut être étendu « au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». On pouvait traditionnellement en déduire que l'engagement de la caution était fonction des personnes du débiteur et du créancier, un changement dans ces personnes ayant alors très logiquement pour effet l'extinction de l'obligation de couverture de la caution pour l'avenir.

Or, dans l'arrêt *Selectibail*, la Cour décide finalement que l'obligation de couverture doit être maintenue à l'égard de la caution en cas de fusion affectant le créancier car l'*intuitus personae* concerne en réalité davantage le débiteur : l'engagement n'est donc plus, selon la Cour suprême, fonction de la personne du créancier, et un changement relatif à cette personne n'affecte plus l'engagement de la caution. Et c'est pour cette seule raison que l'article 2015 doit disparaître de la motivation de la décision, ne laissant subsister que l'article 236-3 du Code de commerce, démontrant ainsi que prévaut, dans cette hypothèse, la transmission universelle de patrimoine sur le caractère *intuitu personae* de l'engagement de la caution.

³³Cass. Com., 8 novembre 2005, Chronique de droit des sûretés, *Banque & Droit*, n°105, janvier-février 2006, p.52, Note de N. RONTCHEVSKY et F. JACOB ; *JCP/La semaine Juridique –Edition Générale*, n°49, 7 décembre 2005, p.2264, Note de D. HOUTCIEFF « Le sort du cautionnement garantissant le bail en cas de fusion absorption de la société créancière ou débitrice »

En revanche, il est vrai que le maintien de l'obligation de couverture dans l'hypothèse du contrat de bail n'emporte pas de conséquence pratique du fait de l'« extension » du domaine de l'obligation de règlement en la matière. Mais ce ne sera pas nécessairement le cas dans d'autres hypothèses, notamment pour les contrats où l'engagement est réellement indéterminé, et pour lesquels la seule obligation de règlement ne suffira pas à maintenir intact le cautionnement après la fusion, ce qui montre que la nouvelle solution a un enjeu, au-delà du contrat de bail.

En cela tout de même, la nouvelle solution peut apparaître en l'espèce quelque peu inutile.

Mais si le revirement est pour l'instant seulement théorique, il y a tout de même incontestablement revirement.

3) un accueil favorable au revirement : la solution a été saluée comme rendant sa juste place tant à la transmission universelle du patrimoine qu'à la notion d'*intuitus personae*, qui intéresse en principe davantage le débiteur que le créancier : c'est évidemment, dans la plupart des cas, plus du comportement de la société cautionnée que dépend le risque de la caution de devoir s'exécuter, que du comportement du créancier qui accorde son concours financier³⁴.

Il y a là un renforcement de la sécurité juridique pour les créanciers, dont les premiers concernés sont les banques par ailleurs souvent parties à des opérations de restructuration intragroupe .

En somme ce revirement met fin à une solution que la caution vivait la plupart du temps comme une aubaine (d'autant que celle-ci a d'autres moyens de défense comme la stipulation contraire ou plus sûrement la faculté de résiliation unilatérale pour les cautionnements à durée indéterminée).

Notons que pour que le cautionnement perdure, il faudra encore que l'obligation principale ne soit pas modifiée.

Enfin, quant aux modalités du revirement, on peut se demander s'il ne pèserait pas une obligation personnelle d'information de la caution sur la survenance de l'opération de fusion.

L'obligation légale d'information ne le prévoit pas mais cela serait susceptible d'entrer dans le domaine de l'obligation jurisprudentielle.

A priori la réponse semble être négative car la jurisprudence semble ne plus jouer un rôle prépondérant dans l'obligation d'information de la caution depuis l'intervention du législateur, et cela d'autant que dans notre hypothèse il existe déjà des mesures de publicité obligatoires en cas de fusion.

³⁴ A. PRÜM, « Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », *Revue bimestrielle LexisNexis JurisClasseur- Revue de Droit bancaire et Financier*, Janvier-février 2006, p.1 – Cass. Com., 8 novembre 2005, *Recueil Dalloz*, 2005, n°41, p.2876, Observations d'A. LIENHARD - *Gazette du Palais*, 31 décembre 2005, Note de N. MORELLI « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : révolution et évolution du 8 novembre 2005 »

8. Le projet de réforme des sûretés. Les solutions des deux arrêts de principe du 8 novembre 2005 sont très inspirées (ou en tout état de cause très proches) des propositions des rédacteurs du projet de réforme des garanties en la matière.

En effet le groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi affirme dans ce qui pourrait devenir le nouvel article 1844-4-1 alinéa premier du Code civil qu'« en cas de dissolution de la société débitrice par l'effet d'une fusion, d'une scission (...), la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers ; elle ne garantie pas celles nées postérieurement » alors que le second alinéa ajoute qu' « en cas de dissolution de la société créancière pour l'une des causes indiquées à l'alinéa précédent, la caution demeure tenue tant pour les dettes nées antérieurement à l'opération que, sauf clause contraire, pour celles nées postérieurement ».

Ces sont donc exactement les solutions qui viennent d'être édictées par la jurisprudence qui sont ici reprises : l'obligation de couverture est éteinte en cas de fusion de la société débitrice alors qu'elle est maintenue dans l'hypothèse de fusion concernant la société créancière.

Il convient de noter que l'ordonnance reprenant l'avant-projet a bien été adoptée mais qu'en revanche le Parlement n'a pas souhaité se dessaisir de la réforme du droit du cautionnement (probablement trop liée à la question du surendettement), pour laquelle il conviendra donc d'être patient.

Le renouvellement des solutions de la Cour de cassation et cet avant-projet de loi à propos du sort du cautionnement en cas de fusion ne sauraient toutefois éclipser certains correctifs classiques aux distinctions faites en la matière.

II) Les correctifs à l'application de la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture

Les règles précitées, si elles constituent le droit positif, restent largement à la discrétion des parties qui peuvent au choix maintenir ou éteindre un cautionnement, là où en principe la solution inverse devrait être retenue (A) ; alors qu'en revanche si la fraude est démontrée, la solution sera toujours la même, celle du maintien du cautionnement (B).

A) Le correctif de la volonté des parties

9. La possibilité de stipulations contraires. L'autonomie de la volonté en droit français des obligations postule pour la liberté contractuelle, le contrat est donc source de droit et il appartient aux contractants de définir ce à quoi ils s'obligent.

Par conséquent, les dispositions qui réglementent le contenu des opérations contractuelles sont en principe supplétives et ne sont censées traduire que la volonté tacite des parties.

La question du sort du cautionnement en cas de fusion ne déroge pas à la règle : l'ensemble des règles posées par la Cour de cassation sont supplétives.

1) le rapport de force : le caractère supplétif des règles de droit positif revêt en la matière une importance toute particulière puisque l'on peut affirmer qu'en principe, c'est le créancier qui va dicter sa loi face à la caution, qui le plus souvent n'aura d'autre choix que d'accepter de maintenir son obligation de couverture, sous peine par exemple de voir les crédits accordés au débiteur résiliés.

La caution ne bénéficiera en pratique donc pas de cette possibilité de stipulation contraire.

Cette particularité est prépondérante dans la question de l'incidence des fusions sur le cautionnement, et doit probablement être prise en compte par les tribunaux dans l'élaboration du droit positif.

Elle explique la jurisprudence antérieure favorable aux cautions qui énonçait que l'obligation de couverture était éteinte dans tous les cas de fusion, quelles que soient les parties au rapport de cautionnement concernées.

On peut d'ailleurs préciser que si la nouvelle solution prétorienne relative à la fusion du créancier semble plus conforme à la réalité de l'*intuitus personae* dans le contrat de cautionnement, elle doit cependant être tempérée.

En effet sous la jurisprudence antérieure, le cautionnement n'était pas transmis sauf stipulation contraire, et en pratique il était le plus souvent prévu que le cautionnement serait maintenu, notamment dans l'hypothèse d'une fusion du créancier : l'aubaine était donc résiduelle pour la caution.

En revanche désormais, le cautionnement est maintenu automatiquement en cas de fusion du créancier, et il sera fort rare qu'une stipulation contraire soit prévue.

Sans remettre en cause l'opportunité de la solution nouvelle, on constate que la protection de la caution sous l'égide de la jurisprudence antérieure n'était peut-être pas aussi excessive que certains auteurs avaient pu l'écrire (et cela met en lumière le fait qu'une approche plus réaliste de la question postule pour une adaptation du revirement, notamment par la faculté que l'on pourrait laisser à la caution de prouver que la considération du créancier était importante pour elle).

Notons que l'effet très probable du premier arrêt du 8 novembre 2005 sera un recul de ce correctif des stipulations contractuelles, et par conséquent une réduction non négligeable des coûts et des « tracasseries » occasionnés lors des opérations de fusion.

2) les caractéristiques du consentement : le consentement doit être exprès et spécial.

Il doit être exprès en ce sens que, par exemple, lorsque la caution a eu connaissance du changement dans la personne d'une des parties au rapport de cautionnement (en réalité, seule l'hypothèse du changement dans la personne du débiteur est ici intéressante, puisque pour le cas du créancier le cautionnement est déjà maintenu), il ne lui incombe aucune obligation de réponse, son silence ne saurait valoir consentement³⁵.

Le consentement doit également être spécial, en ce sens cette fois que l'accord vise simplement l'origine de la dette, sa nature et son étendue.

3) les caractéristiques des stipulations : elles concernent l'*instrumentum*, le moment, et le contenu des dérogations conventionnelles.

Concernant d'abord l'*instrumentum* des stipulations, il convient de préciser qu'il s'agit nécessairement de l'acte de cautionnement et pas du traité de fusion.

³⁵ Cass. Com., 28 septembre 2004, *Bulletin Joly Sociétés*, novembre 2004, Note M.-L. COQUELET « Le sort du cautionnement d'une ouverture de crédit en cas de fusion »

Le moment, ensuite, peut en revanche probablement être choisi par les parties. Ces derniers peuvent en effet tout à fait prévoir des stipulations contraires au droit commun au moment de la fusion (et notamment réitérer l'engagement de la caution, réitération pour laquelle il est fréquent de parler d'« accession » du cautionnement, alors qu'il s'agit en réalité d'un nouvel engagement au profit de la structure issue de la fusion³⁶). Mais le contrat étant un instrument de prévision, il peut être envisagé (et les créanciers pouvaient le faire de façon systématique) de prévoir dans l'acte de cautionnement initial le maintien de l'obligation de couverture pour des dettes postérieures à une fusion (ou à toute autre restructuration). Cependant cette dernière possibilité fait encore l'objet de discussion en doctrine quant à sa validité³⁷ (certains la justifiant par le fondement de l'article 1122 du Code civil) et la jurisprudence ne s'est semble-t-il pas encore prononcée.

Quant au contenu de la clause enfin, il est libre, l'ensemble du régime jurisprudentiel posé étant supplétif. On peut par exemple imaginer qu'une stipulation prévoit la suppression du critère de la création d'une personnalité morale nouvelle (hypothèse rare en pratique puisque favorable à la caution).

De même le « sens » de la stipulation est à la discrétion des parties : elle peut être en faveur de la caution (on peut par exemple prévoir que l'obligation de couverture n'est ou ne sera pas transmise en cas de changement de créancier) ou plus sûrement, elle peut favoriser le créancier (en prévoyant notamment le maintien du cautionnement en cas de changement de débiteur).

10. la faculté de résiliation unilatérale. Si l'on ne peut probablement pas affirmer que cette faculté fasse disparaître le rapport de force existant au sein du contrat de cautionnement (ce rapport de force limitant nécessairement l'exercice en toute liberté de cette possibilité de résiliation), on constate tout de même qu'il s'agit là d'un remède, d'une sécurité prépondérante pour la caution, d'autant qu'aujourd'hui la jurisprudence est moins protectrice à son égard.

C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur impose à certains créanciers d'informer chaque année les cautions du droit qui leur est reconnu.

Pour le dirigeant social par exemple, cette faculté est une véritable nécessité lorsqu'il a cautionné les dettes de sa société et que cette dernière fait l'objet d'une restructuration importante, ou qu'il perd sa qualité de dirigeant.

Cependant cette faculté est enfermée dans un domaine d'application restreint, elle a des effets limités et peut faire l'objet d'aménagements conventionnels.

³⁶ *Le crédit et ses garanties*, Editions du Juris-Classeur, p.89, 229, 230

³⁷ G. DAMY, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Droit & Patrimoine*, n°129, septembre 2004, p.46 – A. LIENHARD, D. 2001, p.2415-2416

1) le domaine : les cautionnements à durée indéterminée : tous les cautionnements conclus pour une durée indéterminée (y compris pour un contrat principal de compte courant, malgré jadis quelques hésitations) peuvent être résiliés unilatéralement par la caution, faculté justifiée par la prohibition des engagements perpétuels en droit français.

Au contraire, les cautionnements conclus pour une durée déterminée ne peuvent être résiliés que si cette faculté a été reconnue conventionnellement dans le contrat (on constate ici encore toute l'importance du correctif de la volonté des parties à propos du cautionnement).

La durée du cautionnement peut également être expressément stipulée indéterminée. En l'absence de telles stipulations, il faudra examiner la nature du contrat principal.

En réalité, pour que le cautionnement soit à durée indéterminée, il faut que le contrat principal soit lui-même à durée indéterminée.

On peut par exemple en déduire qu'en principe le cautionnement d'un contrat de bail ou de prêt conclus pour une durée déterminée ne peut être résilié, alors que si ces contrats principaux sont sans limitation de durée, le cautionnement est résiliable.

On a cependant une exception légale pour le cautionnement sans détermination expresse de durée des obligations d'un bail à durée déterminée, qui est présenté comme à durée indéterminée et peut être résilié³⁸.

2) les effets limités de la résiliation : on retrouve là encore la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture, seule la seconde étant éteinte en cas de résiliation unilatérale d'un cautionnement à durée indéterminée, l'obligation de règlement subsistant logiquement.

3) des aménagements conventionnels possibles : il peut s'agir de l'indication des formes dans lesquelles la résiliation peut intervenir ou encore de la stipulation d'un délai de préavis³⁹.

De même, il semble possible que le contrat de cautionnement subordonne l'exercice de la résiliation à de justes motifs, mais dans ce cas la caution pourra probablement encore invoquer la modification dans la personne d'une des parties au rapport de cautionnement du fait de la fusion afin d'être libérée de son obligation de couverture⁴⁰.

11. l'inefficacité des clauses de rétroactivité appliquées au cautionnement

La volonté des parties peut également s'exprimer, dans le cadre d'une fusion, par la stipulation de clauses de rétroactivité de l'opération.

³⁸ D.LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, p.175, n°221

³⁹ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés - La publicité foncière*, PRECIS DALLOZ, p.219, n°255

⁴⁰ M.- L. COQUELET, Thèse *La transmission universelle de patrimoine*, p. 294, n°458

La question qui se pose est celle de savoir si cette clause peut s'appliquer au cautionnement, et le cas échéant permettre à la caution d'échapper à ses obligations, y compris de règlement (ce qui irait donc plus loin que tout autre correctif issu de la volonté des parties).

L'enjeu est important car les clauses de rétroactivité sont fréquemment utilisées dans les opérations de fusion, et l'hypothèse selon laquelle le protocole de fusion stipulerait que l'opération prend effet rétroactivement à une date antérieure à celle de l'acte de caution n'est pas un cas d'école.

Dans deux décisions du 23 mars 1999 et du 29 janvier 2002, la Cour de cassation précise que la rétroactivité prévue par les parties ne peut être invoquée par la caution.

La solution n'était pas évidente car l'article 236-4 du Code de commerce énonce sans équivoque que la fusion prend « effet » à la date choisie par les parties, et cet article ne distingue pas selon les effets comptables, fiscaux ou juridiques de l'opération.

En outre, la jurisprudence permet habituellement aux tiers de se prévaloir d'un contrat pour l'opposer aux parties en tant que fait juridique⁴¹.

Pourtant, la Cour préfère, certainement à raison, la solution d'un effet relatif « renforcé » des clauses de rétroactivité, ce qu'une partie de la doctrine justifie par l'esprit du texte, l'intention du législateur étant certainement de n'offrir qu'un procédé comptable aux parties à la fusion, c'est-à-dire que la clause de rétroactivité ne viserait que la prise de jouissance par la nouvelle structure des biens de la société confondue, et pas la transmission universelle de patrimoine elle-même.

Pour la caution, seule compte la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé la fusion et la volonté n'a ici - une fois n'est pas coutume - pas de prise sur le sort du cautionnement en cas de fusion.

Mais il existe un autre cas où la volonté n'a pas d'effet sur la garantie, et en l'occurrence sur l'obligation de couverture, c'est le cas de la fraude.

⁴¹ G. DAMY, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Droit & Patrimoine*, n°129, septembre 2004

B) le correctif de la fraude

12. Définition et éléments constitutifs. Lorsqu'une simulation est frauduleuse, le droit s'emploie à rendre inefficace le subterfuge en rétablissant l'autorité de la règle tournée, la sanction pouvant être la nullité ou l'inopposabilité. Ainsi en va-t-il en cas de simulation ayant pour but de frauder les droits des créanciers, qui pourront recourir à l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil pour déjouer le stratagème employé.

Appliquée à un cautionnement, la fraude peut consister à opérer une fusion (du débiteur ou de la caution) de façon à ce que l'obligation de couverture soit éteinte.

Cependant si la fraude corrompt tout, elle ne se présume pas, et un certain nombre d'éléments constitutifs doivent être réunis.

Tout d'abord, la transmission universelle de patrimoine doit présenter un caractère volontaire (à défaut les créanciers ne bénéficieront plus que de la tierce opposition, mais le cas ne nous intéresse pas ici puisque la fusion est un acte volontaire).

Ensuite, cette transmission doit être préjudiciable au créancier : l'acte d'appauvrissement est celui qui fait sortir du patrimoine du débiteur un bien ou une valeur sans contrepartie.

Selon la jurisprudence, la transmission de patrimoine porte préjudice aux droits des créanciers lorsque la fusion a eu pour effet d'éteindre par voie de confusion le cautionnement consenti par la société fusionnée en garantie des dettes de la société absorbante⁴².

Notons que la créance n'a pas à être liquide et exigible au moment de l'acte frauduleux, par conséquent même une créance future, si elle est entrée dans les prévisions de l'auteur de l'acte frauduleux, justifie l'ouverture de l'action paulienne, alors rendue possible contre la caution notamment.

Pour les conditions tenant à la caution, il faut caractériser la fraude.

L'institution s'articule autour de trois éléments constitutifs : le contournement d'une règle obligatoire, un moyen efficace de fraude, et une intention frauduleuse.

Concernant l'opération de fusion réalisée en vue d'éteindre le cautionnement pour l'avenir, les deux premières conditions ne présentent guère de difficulté alors que la troisième fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales.

⁴²Cass. Com., 10 juin 1963, *Recueil Dalloz Sirey*, 1968, p.116, Note C. LOMBOIS

13. l'élément constitutif de l'intention frauduleuse, un élément contesté.

Même dans le droit commun de la fraude, cette question fait l'objet de controverses, et du critère classique de l'intention de nuire, la jurisprudence est passée à la condition moins exigeante de la conscience du préjudice causé au créancier.

Pour la question particulière de la fusion réalisée en fraude des droits du créancier, le problème semble s'avérer plus épineux encore à résoudre.

1) utilisation de la technique du faisceau d'indices : il convient de remarquer qu'un des terrains d'élection de la fraude en la matière est celui du dirigeant social cautionnant les dettes de sa société (le plus souvent par un cautionnement omnibus). Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 1995, des opérations de restructuration avaient été effectuées sans pourtant mettre fin aux fonctions du dirigeant, ce qui laissait a priori suspecter la volonté de frauder les droits des créanciers. Mais cet élément n'étant pas suffisant, les magistrats ont alors mis en exergue le fait qu'il y avait également, entre la société absorbée et la société absorbante, une identité d'objet social, d'activité, d'établissements ainsi que d'actionnaires, et cela pour constater la fraude.

Le critère retenu par la Cour diffère quelque peu de celui du droit commun puisque l'intention frauduleuse est caractérisée lorsque la caution a agi « pour des raisons de pure convenance personnelle », et pas avec la conscience du préjudice causé au créancier cautionné.

Cette technique du faisceau d'indices est régulièrement reprise par la jurisprudence, même hors les cas où un dirigeant social est concerné.

Il en est ainsi d'un arrêt du 10 janvier 2001 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

En l'espèce c'est la complexité du montage qui était dénoncée : la société caution avait effectué une opération de fusion-scission tout en permettant à ses actionnaires majoritaires de conserver le contrôle de la nouvelle structure par le truchement de sociétés interposées.

Par ailleurs, les sociétés absorbée et absorbante avaient le même siège social et la même activité, alors que leurs dirigeants étaient aussi des « employés » de la société caution.

En réalité dans ces deux exemples, si les deux conditions du contournement d'une règle obligatoire et d'un moyen efficace de fraude sont bien remplies, la preuve de l'intention frauduleuse pose davantage de problèmes.

2) les contestations relatives à la condition de l'intention frauduleuse : le droit commun énonce que la fraude consiste, en théorie, dans la conscience du dommage causé au créancier.

Bien que ce critère soit assoupli pour la question de la fraude de la caution par une opération de restructuration, la preuve reste difficile à apporter et la jurisprudence considère que la fraude

paulienne est avant tout un état d'esprit, qui n'implique pas nécessairement une intention de nuire. Elle présume ainsi le plus souvent l'intention frauduleuse en présence d'un faisceau d'indices suffisamment révélateur de la fraude.

Si une telle position a pu être saluée par le passé dans un contexte jurisprudentiel largement favorable aux cautions, parce que l'exception de fraude rééquilibrait les solutions⁴³, il n'est pas certain qu'elle soit exempte de critiques, tout particulièrement aujourd'hui où la tendance de la Cour suprême semble être de privilégier un peu plus les intérêts des créanciers.

En effet, une telle position objective, c'est-à-dire présumant l'élément intentionnel, revient à énoncer que pour un dirigeant social, il y a fraude à partir du moment où celui-ci reste dirigeant voire simplement intéressé dans la nouvelle structure, sans avoir expressément dénoncé ses engagements. Il y aurait donc une obligation positive de résiliation unilatérale à sa charge, alors qu'il ne s'agit en principe que d'une faculté.

On peut certes affirmer que l'absence de réaction de cette caution dirigeante peut s'analyser en un moyen de s'exonérer de ses engagements tout en laissant penser qu'il y aurait maintien du cautionnement pour l'avenir, mais c'est occulter le fait que la fusion peut être avant tout gouvernée par une stratégie industrielle ou financière (c'est pourquoi la fraude doit être prouvée). Et c'est en outre, par l'application de cette conception objective, faire preuve d'une grande bienveillance à l'égard du créancier qui pouvait par exemple cesser tout nouveau crédit, ou surtout subordonner - dans le doute - leur poursuite à une réitération de l'engagement de la caution⁴⁴.

Même s'il est tout à fait probable qu'en ne résiliant pas ses engagements, la caution dirigeante souhaitait laisser à penser qu'un recours contre elle restait possible, il semble préférable que les tribunaux demandent que la preuve en soit rapportée.

Il ne faut pas instaurer une suspicion systématique lorsque l'opération de restructuration implique une caution-dirigeant⁴⁵.

Et plus généralement, à l'instar des Professeurs A. Couret et P. Le Cannu, on peut affirmer que le risque d'une approche trop objective en la matière reviendrait à une reconnaissance de la fraude dans tous les cas de « fusions intervenues au sein du même groupe, éventuellement en la limitant aux fusions de sociétés contrôlées par la caution elle-même ».

⁴³ Cass. Com., 10 octobre 1995, *Bulletin Joly Sociétés*, décembre 1995, Note M.-L. COQUELET, « Fraude de la caution et inopposabilité de la fusion »

⁴⁴ Cass. Com., 10 janvier 2001, *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2001, Note N. MORELLI « Cautionnement et scission du débiteur »

⁴⁵ N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions », *Bulletin Joly Sociétés*, Juillet 2004, p.933

En somme l'approche de l'exception de fraude doit se faire au cas par cas, sans automatisme, *in concreto*, un peu à l'image de l'ensemble de la question du sort du cautionnement en cas de fusion.

14. La sanction de la fraude. Si la preuve des éléments constitutifs de la fraude est rapportée, la fusion sera inopposable au créancier. L'effet extinctif de l'opération sur l'obligation de couverture sera paralysé, tout en laissant subsister la validité de la fusion.

En d'autres termes, contrairement à la nullité qui, une fois prononcée, produit ses effets erga omnes, l'inopposabilité ne prive d'efficacité l'acte frauduleux qu'à l'encontre du demandeur.

En l'occurrence, la fusion sera inopposable dans les rapports créancier-caution, mais produira tous ses effets entre les parties à la fusion.

Notons que si la nullité a pu un temps être admise en la matière, cette solution a par la suite logiquement été abandonnée car elle n'était pas compatible avec la nature même de l'action paulienne, et ne saurait par ailleurs s'appliquer en dehors de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », qui vise à contester la validité d'un acte et pas son caractère préjudiciable⁴⁶.

15. Un correctif proche de celui de la fraude, le correctif de l'abus de droit. Le refus de consentir à la transmission du contrat, même dans l'hypothèse où c'est le débiteur qui fait l'objet d'une fusion, ne se justifie pas toujours à l'aune d'une application rigoureuse de la notion d'*intuitus personae*.

En effet, pour ne citer que quelques exemples (que l'on reverra), on peut soutenir que les restructurations intragroupe n'emportent en général pas de réelles altérations de l'*intuitus personae* existant dans le contrat de cautionnement.

De même, lorsque c'est une caution professionnelle qui refuse la transmission de son engagement, on peut considérer qu'il y a abus de droit si la solvabilité du nouveau débiteur n'a pas été modifiée par l'opération de fusion, solvabilité qui était pour ce type de caution la principale manifestation de son *intuitus personae* envers la personne du débiteur.

Dans ces deux exemples, ce qui compte, c'est que les qualités qui étaient celles du débiteur avant la fusion se retrouvent ensuite dans la nouvelle structure.

Il faut encore, pour que le correctif puisse être efficace, que les éléments constitutifs de l'abus de droit soient réunis.

On peut tout d'abord noter que la tendance jurisprudentielle est d'appliquer la théorie de l'abus de droit aux difficultés posées par l'exercice d'une action en justice, mais on ne voit cependant pas pourquoi elle ne pourrait être utilisée dans d'autres situations.

⁴⁶ M.- L. COQUELET, Thèse *La transmission universelle de patrimoine*, p. 255, n°392

Mais ce qui pose le plus problème ici, c'est que traditionnellement l'abus de droit n'est caractérisé qu'en présence d'une intention de nuire. Cependant, comme pour la fraude, la jurisprudence a assoupli ces critères, estimant que la seule mauvaise foi ou l'absence de motif légitime pouvait suffire, ce qui rend alors possible l'application de la théorie au cas de la caution qui refuserait le maintien de son engagement à la suite d'une fusion concernant le débiteur.

La jurisprudence a d'ailleurs déjà laissé entrevoir, dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 janvier 2002 relatif à la cession par un syndic de son fonds, qu'il serait possible d'invoquer l'abus de droit pour s'opposer au refus de cette cession alors que les changements intervenus dans le capital et dans les organes de gestion n'avaient pas porté atteinte à la structure de la société.

Cependant, contrairement à la fraude, ce mécanisme ne semble pas être utilisé fréquemment par les tribunaux, et reste avant tout une proposition.

Même si elle est, semble-t-il, encore peu invoquée, cette théorie de l'abus de droit pourrait s'avérer très utile pour rectifier les solutions aujourd'hui encore assez manichéennes du droit positif.

Ce correctif de l'abus de droit de refuser le maintien du cautionnement trouve son domaine d'application éventuel très amoindri avec la nouvelle jurisprudence de 2005, puisque l'on peut considérer qu'il y avait souvent abus dans le refus de maintenir le cautionnement en cas de fusion intéressant le créancier, celui-ci n'étant le plus souvent pas le vecteur prépondérant de l'*intuitus personae* dans le cautionnement.

Si l'abus de droit perd donc une bonne partie de son intérêt, le correctif de la fraude ne devrait pas voir son application (qui elle est fréquente en jurisprudence) diminuer de façon substantielle.

Par définition, la fraude ne peut venir que de la fusion de la personne de la caution ou de la personne du débiteur (instiguée par ou en collusion avec la caution, dans ce dernier cas), aussi la jurisprudence des arrêts du 8 novembre 2005 - qui concerne surtout la fusion du créancier - n'aura qu'une incidence limitée sur l'utilisation de ce correctif de l'exception de fraude.

Seul le deuxième arrêt qui aménage les conditions de la fusion du débiteur en faveur du créancier pourrait provoquer un léger recul de ce correctif de la fraude, à l'instar de celui de la volonté des parties.

Mais on garde alors toujours le sentiment que la jurisprudence force la notion de fraude (notamment par la vision très libérale précitée de l'intention frauduleuse) pour corriger les

imperfections des règles relatives à l'incidence de la fusion sur le cautionnement, alors même que par nature la fraude ne doit pouvoir être qu'un correctif exceptionnel au droit commun (le raisonnement s'appliquant, comme on a pu le constater, pareillement au cas de l'abus de droit, qui donne également l'impression de ne pouvoir être utilisé que pour palier à un manque patent de précision de la jurisprudence).

C'est bien ici la preuve que si le droit commun connaît en la matière une nette avancée, certaines clarifications et adaptations demeurent nécessaires.

Deuxième partie : un droit positif à préciser

Le droit positif du sort du cautionnement en cas de fusion - on l'a vu - vit aujourd'hui une évolution sensible. C'est pourquoi des éclaircissements sont nécessaires pour mieux cerner la portée de ces changements. En outre, si l'évolution précitée traduit sans aucun doute une avancée de notre droit, il n'en reste pas moins que certaines améliorations sont encore possibles.

Le droit positif doit par conséquent faire l'objet de clarifications (I), ainsi que d'adaptations (II).

I) La nécessité d'une clarification du droit positif

Les incertitudes quant à la portée du droit positif s'appliquent tant aux aménagements du maintien de l'obligation de règlement qu'aux bouleversements relatifs à l'extinction nouvelle et restreinte de l'obligation de couverture.

Si dans le premier cas une clarification serait plus qu'utile (A), des éclaircissements s'avèrent en revanche véritablement indispensables dans le second (B).

A) L'utilité d'une clarification des aménagements relatifs à l'obligation de règlement

16. L'étendue de l'obligation de règlement, une difficulté ancienne. Lorsque l'on est en présence d'un contrat à exécution instantanée, il est bien évident que la dette entre dans le champ de l'obligation de règlement et est transmise en cas de fusion, quelle qu'elle soit.

La question est plus délicate pour les contrats qui s'exécutent de façon échelonnée ou successive. Ainsi en est-il du contrat de prêt, qui comprend des échéances de remboursement étalées dans le temps.

Faut-il pour le contrat précité considérer que la créance de remboursement est née dès la conclusion du contrat ou à chaque échéance du prêt ?

Sur ce point, la jurisprudence a été plus qu'hésitante mais semble aujourd'hui clairement fixée (malgré des confusions persistantes chez certains juges du fond) : la créance naît au jour de la conclusion du contrat de prêt et entre donc dans le domaine de l'obligation de règlement.

En effet, les arrêts de la Haute juridiction du 25 mars 1997, du 12 janvier 1999, du 17 juillet 2001, du 21 janvier 2003 ou encore plus récemment du 5 mai 2004 ont unanimement pu considérer que le remboursement d'un prêt constitue une obligation à terme, souscrite dès la conclusion de l'emprunt (retenir la solution inverse reviendrait à confondre existence et exigibilité de la créance).

La dette émanant du prêt est donc légitimement considérée comme présente dès la conclusion du contrat, contrat dont la durée et le montant sont connus dès le départ et dont seule l'exécution est reportée à plus tard.

17. Une difficulté partiellement résolue dans le deuxième arrêt du 8 novembre 2005. La problématique était exactement la même dans le deuxième arrêt du 8 novembre 2005 (arrêt SCI du 75 Champs Elysées), qui apporte un élément de réponse supplémentaire à la question de la datation des créances.

La solution relative aux échéances de remboursement du prêt est fort logiquement étendue aux échéances de loyers : la dette est née avant la fusion, à la conclusion du contrat de bail, peu important que son exigibilité soit elle étalée dans le temps.

La solution est logique et ne semble pas même traduire d'évolution particulière tant la situation est comparable à celle du prêt.

Il convient en effet de souligner qu'il s'agissait en l'espèce d'un bail à durée déterminée : tout comme dans l'hypothèse d'un prêt, tant la durée que les montants de la dette sont connus dès le départ, et seule l'exigibilité est reportée dans le temps.

On serait tenté de penser qu'il ne s'agit là que d'une transposition de la jurisprudence désormais constante relative au contrat de prêt et limitée à l'hypothèse particulière du contrat de bail à durée déterminée.

Pourtant, on ne peut s'empêcher de souligner qu'il s'agit tout de même de la première fois que la Cour de cassation prend nettement position sur le caractère de dette présente des loyers issus d'un contrat de bail, ce qui montre d'une part que l'incertitude est grande dans ce domaine de la datation des créances concernant les contrats à exécution successive, et traduit peut-être d'autre part une tendance plus lourde d'une volonté d'élargir encore dans le futur le domaine des dettes considérées comme présentes.

L'expectative se trouve renforcée par la formule relativement large qu'emploie la Cour dans son arrêt de 2005 : « 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 ».

Certes les termes de l'attendu sont limités au contrat de bail, mais aucune distinction n'est faite entre contrat de bail à durée déterminée et contrat de bail à durée indéterminée.

Or, la différence est fondamentale car élargir la portée de l'arrêt au bail à durée indéterminée ouvrirait une brèche considérable dans la définition des dettes présentes, dans la mesure où la caution pourrait continuer à être tenue des loyers sans limitation de durée après la fusion, par le seul jeu du maintien de l'obligation de règlement.

En outre la formule de l'arrêt elle-même peut laisser à penser qu'un critère plus large est ici instauré, à savoir la souscription du contrat avant la dissolution de la société par fusion.

Il convient donc de se demander quelle peut être la portée possible de la décision précitée, dans ce cadre complexe de la datation des créances issues des contrats à exécution successive.

18. La difficulté théorique de la datation des créances issues de contrats à exécution successive. Au-delà de ces réponses jurisprudentielles encore parcellaires, la question de la date de naissance des créances reste controversée. Il existe depuis fort longtemps déjà deux thèses opposées en la matière⁴⁷.

⁴⁷ E. PUTMAN, « Rapport Introductif », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.3

D'une part la thèse volontariste estime que la créance naît à la date de conclusion de la convention : dans ces contrats à exécution successive, la créance est déjà un principe certain, elle est d'ores et déjà fondée dans son principe. Et pour appliquer cette thèse à notre question, le cautionnement n'est pas un cautionnement de dettes futures, mais bien de dettes présentes.

D'autre part la thèse normativiste de Pascal Ancel expose que si les parties sont liées contractuellement dès la formation du contrat, elles ne deviennent créancières l'une de l'autre qu'au fur et à mesure de l'exécution. Autrement dit, il faudrait ici distinguer entre force obligatoire du contrat et naissance des obligations qui s'y rattachent. Pascal Ancel affirme d'ailleurs que même dans les contrats à durée déterminée peut exister une succession de créances, ce qui semble aller à l'encontre du droit positif.

A cette difficulté de trancher entre ces deux thèses s'ajoute celle de définir avec exactitude ce qu'est et ce que recouvre un contrat à exécution successive.

La définition traditionnelle du contrat successif est plutôt large puisque le contrat est dit à exécution successive lorsqu'il comporte l'exécution d'obligations s'échelonnant dans le temps⁴⁸. Cependant cette définition est tantôt contestée tantôt précisée.

Par exemple pour Georges Brière de l'Isle, seul le contrat à durée indéterminée est un vrai contrat successif, car dans le contrat à durée déterminée, toutes les obligations sont créées instantanément au jour de la conclusion du contrat, seule leur exigibilité étant suspendue dans la temps.

De même, on peut préciser qu'il doit être distingué entre contrat à exécution successive et convention-cadre, cette dernière ne fixant que le moule général des relations contractuelles à venir dans lequel viendront ensuite s'insérer une série de contrats qui donneront naissance à autant de créances distinctes.

On peut encore considérer qu'outre le fait que les créances à exécution successive doivent trouver leur source dans un contrat unique, il faudrait également que leur existence (voire leur montant) soit définie dès la conclusion du contrat, ce qui exclurait par exemple les ouvertures de crédit de la définition des contrats successifs.

On constate par conséquent que la datation des créances issues de contrats successifs est d'autant plus ardue que la définition même de ces contrats ne fait pas l'objet d'un consensus.

Si l'on s'en tient alors à la définition classiquement large des contrats à exécution successive, on constate à tout le moins que la notion n'est pas homogène et que des distinctions doivent probablement être faites à l'intérieur de cette catégorie de contrats pour déterminer la date de naissance des créances.

⁴⁸ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil Les obligations*, Précis Dalloz, 2003

Autrement dit, à chaque « type » différent de contrat successif pourrait correspondre une date de naissance de la créance différente.

Il convient donc de se demander quelles distinctions pourraient être envisageables au sein même de la catégorie des contrats à exécution successive.

19. Les distinctions envisageables au sein de la catégorie des contrats successifs quant à la détermination de la date de naissance des créances. Il ne saurait s'agir ici d'établir une liste exhaustive des différentes formes de contrats successifs, mais il importe simplement de définir les grandes distinctions que la jurisprudence serait susceptible de faire entre ceux de ces contrats pour lesquels la créance naît dès la conclusion de la convention et ceux pour lesquelles la créance naît progressivement.

1) une approche *in concreto* de la datation des créances en fonction de la branche du droit concernée ? Une telle approche *in concreto* postulerait pour apporter une solution différente à ce problème de la détermination de la date de naissance des créances, non plus seulement en fonction du type de contrat en cause, mais aussi en fonction de la branche du droit concernée.

Le terrain d'élection d'une telle approche serait celui du droit des procédures collectives où il existe un régime de faveur pour les contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure, et où il est par conséquent intéressant de retenir la solution de créances qui naîtraient progressivement dans le temps, et cela afin d'encourager les créanciers à continuer à commercer avec l'entreprise sujette à la procédure collective.

Autrement dit, le droit des procédures collectives pourrait mettre en évidence des faits générateurs successifs de créances⁴⁹.

Une telle approche *in concreto* pourrait en réalité également trouver à s'appliquer pour la question du sort du cautionnement en cas de fusion.

Cette question est en grande partie régie par la notion d'*intuitus personae*.

Or il serait tentant d'appliquer cette notion à la question de la datation des créances.

La créance naîtrait dès la conclusion du contrat (et donc serait transmise par le seul jeu du maintien de l'obligation de règlement) lorsque cette créance serait parfaitement définie et plus susceptible d'une quelconque modification par la nouvelle société issue de la fusion (par exemple pour un contrat de bail à durée déterminée, le fait qu'il y ait fusion ne pourrait rien

⁴⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.11

changer à la durée ou à l'étendue de l'engagement, et il serait conforme à l'*intuitus personae* que cet engagement soit transmis).

La créance naîtrait en revanche au fur et à mesure de l'exécution (et ne serait transmise par le seul jeu de l'obligation de règlement qu'à hauteur de ce qui a déjà été exécuté) lorsque celle-ci serait d'une manière ou d'une autre encore à la discrétion de la nouvelle structure issue de la fusion (par exemple pour une ouverture de crédit, qui est parfois peu limitée dans le temps ou dans son montant, et qui par conséquent est à la discrétion du débiteur, il y aurait une grave entorse à l'*intuitus personae* de considérer que l'obligation de règlement comprendrait le contrat d'ouverture de crédit conclu antérieurement à la fusion intéressant le débiteur).

Cette approche présenterait l'insigne avantage d'être conforme à une certaine équité et de prendre en compte la réalité économique de chaque problème de droit, dans sa spécificité.

Mais aussi séduisante qu'elle soit, cette approche traduit un raisonnement quelque peu spécieux. S'il apparaît en effet légitime d'apprécier *in concreto* si le maintien du cautionnement en cas de fusion heurte le fort *intuitus personae* propre à cette garantie, il semble en revanche extravagant d'appliquer cette notion au problème de la datation des créances, qui relève d'une problématique plus large et qui ne saurait être à géométrie variable (c'est-à-dire dépendant de la règle à appliquer).

A ce propos, L. AYNES a pu souligner que « la naissance d'une créance, comme celle d'un être humain, ou d'une planète, est un évènement unique, qui s'inscrit instantanément dans le temps, et s'impose à tous ; à un certain moment, les éléments formateurs sont réunis et ils le sont à l'égard de tous ⁵⁰».

Il doit donc y avoir une seule notion de naissance de la créance, et pas une date différente selon que l'on se trouve en matière de procédure collective, de régime matrimonial ou de droit des sociétés.

Une disparité de solutions n'irait d'ailleurs pas dans le sens de la volonté jurisprudentielle actuelle d'une plus grande cohérence dans ce domaine, depuis l'arrêt du 22 novembre 2002 relatif au droit des procédures collectives et justement rendu en chambre mixte pour mettre fin à des divergences, dont la solution a été reprise par le deuxième arrêt du 8 novembre 2005, dans le domaine très différent de l'incidence d'une fusion sur un contrat de cautionnement.

Il convient par conséquent de définir des critères communs à toute branche du droit envisageables de détermination de la date de naissance des créances en fonction du contrat à exécution successive en cause.

⁵⁰ L. AYNES, « Rapport de synthèse », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.61

2) les différents contrats successifs pouvant donner lieu à des dates de naissance de créances différentes : il s'agit là de critères auxquels la jurisprudence ne fait pas clairement référence mais qui dictent probablement en partie au moins les décisions qu'elle rend en la matière.

Une première distinction que la jurisprudence pourrait consacrer pour clarifier le problème de la datation des créances relative aux contrats à exécution successive est celle entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée.

Pour les contrats à durée déterminée, malgré la thèse normativiste, la jurisprudence semble confirmer, notamment avec le deuxième arrêt du 8 novembre 2005, vouloir privilégier la fixation de la date de la créance à la conclusion du contrat, ce qui semble être une solution raisonnable dans la mesure où les parties ont initialement voulu s'engager pour toute la durée du contrat⁵¹.

Au contraire pour les contrats à durée indéterminée, la jurisprudence pourrait considérer que les créances naissent au fur et à mesure de l'écoulement du temps (soit au moment de l'exécution de la contreprestation soit comme le propose M. BEHAR-TOUCHAIS à chaque période où la volonté se renouvelle par l'absence de résiliation).

Mais dans ce dernier cas, la jurisprudence est nettement plus obscure, c'est pourquoi d'autres critères pourraient compléter son analyse.

On pourrait envisager de différencier les contrats en fonction de l'étendue de l'engagement : si le contrat successif prévoit dès le départ les montants en jeu, la date de naissance de la créance pourrait être la date de conclusion du contrat, et si en revanche les montants définitifs ne sont connus qu'ultérieurement (voire même que la créance n'est qu'éventuelle à la conclusion du contrat), on pourrait considérer que la créance correspondant à ces montants non encore déterminés n'est pas encore née à la formation du contrat et qu'elle naîtra une fois ces sommes connues (on pense évidemment ici aux comptes courants ou aux ouvertures de crédit, qui selon cette analyse comprendraient des dettes futures).

En réalité plus que la question de savoir à quand dater une créance, c'est celle de déterminer combien il y a de créances qui pose véritablement problème⁵², problème qui même présenté sous cet angle n'apporte pas d'élément de réponse supplémentaire.

L'ensemble de ces critères apparaît cependant en filigrane en jurisprudence, qui a dû rendre des décisions sur le sujet.

Mais à défaut de critères généraux préalablement posés, il est difficile d'interpréter la portée de l'« extension » de la notion de dette présente du second arrêt du 8 novembre 2005.

⁵¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.41

⁵² L. AYNES, « Rapport de synthèse », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.61

Il est certain que pouvoir poser de tels critères serait la solution la plus satisfaisante.

Cependant si l'on ne peut pas recourir à une approche *in concreto* de la question de la datation des créances selon la branche du droit concernée, on peut sans nul doute souscrire à une telle analyse au cas par cas en fonction du contrat successif en cause, tant la notion semble hétérogène.

En tout état de cause, c'est à l'aune de ces différentes distinctions conjuguées entre contrats successifs que l'on peut tenter de dégager la portée probable (mais qu'il conviendrait de préciser) de l'arrêt *SCI du 75 Champs Elysées* du 8 novembre 2005.

20. La portée probable de l'arrêt *SCI du 75 Champs Elysées* du 8 novembre 2005.

La solution nouvelle apportée par cet arrêt est souvent soulignée, mais il est plus rare que les auteurs s'intéressent au problème de sa portée qui, on l'a vu, suscite tout de même certains doutes, et dont l'enjeu est fondamental pour la question de l'incidence de la fusion sur le cautionnement.

1) l'enjeu primordial de l'arrêt du 8 novembre 2005 : la plupart des auteurs, à la suite des arrêts de 2005, ont beaucoup commenté la première décision qui étendait le maintien de l'obligation de couverture en cas de fusion du créancier, remarquant cependant que pour le contrat de bail (à durée déterminée), le résultat pratique était le même en cas de la fusion du débiteur car l'obligation de règlement comprenait les loyers.

Or il s'agissait là d'une extension du champ d'application de l'obligation de règlement, laissant à penser que cet accroissement du domaine ne s'arrêterait peut-être pas là.

Il s'agit, avant même de s'interroger sur la transmission ou non de l'obligation de couverture, de se demander où s'arrête le domaine de l'obligation de règlement, qui par définition est toujours transmise.

On peut en effet se poser la question de savoir, après le second arrêt du 8 novembre 2005, s'il y a encore des créances qui n'entrent pas dans le domaine de l'obligation de règlement puisque même les loyers du contrat à exécution successive qu'est le bail sont désormais considérés comme des dettes présentes.

En d'autres termes, si l'extension de l'obligation de règlement se poursuit, c'est l'intérêt même de la distinction entre obligation de couverture et de règlement qui est menacée, et les solutions en apparence différenciées selon que c'est le débiteur ou le créancier qui est absorbé seront en réalité identiques, alors même que l'*intuitus personae* n'a en principe pas la même force selon qu'il s'agit de l'une ou l'autre de ces personnes.

Cet enjeu rend les doutes sur certaines extensions du domaine de l'obligation de règlement assez relatifs, alors que d'autres accroissements de son champ d'application suscitent de réelles incertitudes.

2) la question de l'extension de la solution aux contrats successifs à durée indéterminée : de réelles incertitudes. Si l'on s'en tient aux critères envisageables que l'on a pu identifier, la solution de considérer que la créance issue d'un contrat successif à durée indéterminée naît dès la conclusion du contrat est discutable. Si on l'applique au cas de la fusion et du cautionnement, elle paraît même inopportune dans la mesure où on laisse à la discrétion de la nouvelle société issue de la fusion (que la caution n'a pas choisie), la possibilité de continuer le contrat aussi longtemps qu'elle le voudra (sous réserve des correctifs que l'on a déjà pu étudier).

Cependant, comme il a pu être précisé, la datation des créances ne devrait pas s'apprécier *in concreto* et puisque la solution s'inscrit alors dans une problématique plus générale, la solution n'est pas absolument certaine.

La jurisprudence a néanmoins déjà apprécié la date de naissance des créances selon une telle approche *in concreto*, et il n'est donc pas exclu qu'elle récidive.

Pour ce qui a trait à la question plus précise des baux à durée indéterminée, l'incertitude se fait plus grande encore.

En effet, la lettre de l'attendu de l'arrêt de 2005 vise le contrat de bail sans distinguer selon sa durée (les commentateurs de la décision n'ayant même pour la plupart pas précisé que l'on se trouvait ici dans l'hypothèse d'un bail à durée déterminée, c'est dire le flou qui entoure le domaine des dettes présentes en droit positif), et en outre le cautionnement sans détermination expresse de durée des obligations d'un bail à durée déterminée est par dérogation considéré comme étant à durée indéterminée, ce qui ajoute encore à la confusion et aux doutes relatifs à ce contrat, ainsi qu'à la portée de la décision de 2005 le concernant.

3) la question de l'extension de la solution aux contrats bancaires dont l'étendue de l'engagement est indéterminée : des doutes plus limités. Il s'agit par exemple ici des conventions de comptes courants, des ouvertures de crédits ou des crédits *revolving* non utilisés totalement pour lesquels existe un contentieux assez important, à propos surtout du maintien de l'obligation de couverture. Il convient de ne pas confondre ces hypothèses avec celle d'un prêt. L'ouverture de crédit est par exemple considérée comme une promesse de prêt (pour laquelle le crédit est certes déterminé dans un temps en général convenu), et où la dette n'est donc qu'éventuelle jusqu'à l'utilisation des fonds.

Dans ces divers contrats, le montant de la créance est indéterminé (ou alors il peut s'agir d'un crédit déterminé avec cependant une autorisation très haute qui n'avait pas vocation à être atteinte par le débiteur initial, ce qui revient un peu au même) ou la créance n'est qu'éventuelle.

On ne peut pas formellement affirmer que ces dettes ne seront pas un jour qualifiées de dettes présentes car certains auteurs n'y semblent pas totalement défavorables en présence d'une transmission universelle de patrimoine⁵³, et énoncent que cela présenterait l'avantage de la simplicité (la date de naissance de la créance étant alors toujours celle de la conclusion du contrat), et en outre que la formule de l'arrêt de 2005 laisse entendre que le critère faisant que la caution reste tenue est que le contrat a été conclu avant la fusion, en l'appliquant certes au contrat de bail mais sans plus de précision (par exemple sur sa durée), ce qui laisse ouverte la possibilité d'une interprétation large.

Cependant, aux vues des distinctions que l'on a énoncées précédemment (ainsi que de l'enjeu en cause), il semble difficilement envisageable d'étendre le domaine des dettes présentes à tous les contrats à exécution successive, y compris ceux pour lequel l'engagement serait indéterminé ou même seulement éventuel, et pour lesquels la créance ne serait alors pas véritablement née, comme la jurisprudence antérieure l'a le plus souvent énoncé.

Certains auteurs ne semblent d'ailleurs pas envisager une remise en cause d'une telle ampleur⁵⁴.

On peut raisonner a fortiori pour l'hypothèse particulière du cautionnement omnibus.

Il ne saurait a priori être transmis en cas de fusion du seul fait du maintien de l'obligation de règlement car, dans ce cadre, la caution garantit l'ensemble des engagements du débiteur principal et il peut donc s'agir de contrats à naître : on voit mal, même dans une conception large, comment l'obligation de règlement pourrait comprendre des contrats principaux qui ne sont pas encore nés.

L'obligation de règlement dans le cadre des contrats omnibus devrait donc très logiquement se limiter aux contrats déjà conclus, dans les limites probables que nous avons vues.

On peut conclure qu'il serait logique que la jurisprudence n'aille pas plus loin dans l'« extension » de l'obligation de règlement qu'a connue le droit positif à la suite de l'arrêt de 2005, qui serait alors seulement la transposition au bail à durée déterminée de la solution préexistante relative au prêt.

Cependant, qu'elles soient relatives ou bien réelles, les incertitudes du droit positif méritent une clarification jurisprudentielle, sinon légale dans la mesure où la question de la datation des créances s'inscrit dans une problématique générale touchant l'ensemble des branches du droit.

⁵³ H. LE NABASQUE, *Mélanges AEDBF-France*, Fusion de banques et garanties, 1 juillet 2001, p.233

⁵⁴ V. Lamy sociétés commerciales 2006, à jour des arrêts de 2005, qui maintient les solutions antérieures en matière de compte courant et d'ouverture de crédit.

Si, comme on le pense, le domaine de l'obligation de règlement n'est pas exagérément étendu à l'avenir, l'étude du maintien ou non de l'obligation de couverture en cas de restructuration s'avère d'autant plus intéressante.

B) Le besoin d'une clarification des bouleversements relatifs à l'obligation de couverture

21. Le véritable besoin d'une clarification. Le premier arrêt du 8 novembre 2005 est celui qui a le plus retenu l'attention des commentateurs car il constitue une solution nouvelle.

Cependant la décision suscite certaines incertitudes puisqu'il a même pu être contesté qu'il s'agissait là d'un revirement : si l'on s'oppose sur ce point, la portée de l'arrêt est alors a fortiori discutable, et doit être précisée.

En outre l'enjeu est là encore important : la question du sort du cautionnement en cas de fusion engendre un contentieux important, et se pose dans tous les cas de fusion.

Aussi, une solution aussi novatrice que celle de 2005 doit être définie.

Enfin cette clarification s'avère d'autant plus nécessaire que la marge et la liberté d'interprétation sont ici plus grandes que pour la question de la datation des créances, par hypothèse plus balisée par le fait qu'elle touche l'ensemble des branches du droit et s'inscrit donc dans une problématique beaucoup plus large.

La portée envisageable de l'arrêt Selectibail est alors plus vaste, et par conséquent plus incertaine, rendant indispensable des éclaircissements.

22. La portée du premier arrêt du 8 novembre 2005. La solution a été rendue en matière de fusion-absorption du créancier concernant un contrat principal de crédit-bail.

S'il est certain que la solution ne touche que la fusion concernant le créancier (c'est tout l'intérêt du revirement, alors que la solution contraire reste maintenue pour le débiteur, même si indirectement la solution pourrait inciter à des évolutions relatives à la fusion de la caution), on peut en revanche se demander si la solution peut être étendue à tout contrat principal et à toute opération de restructuration emportant transmission universelle de patrimoine.

1) une extension à tout contrat principal ? Certains arguments postulent pour une portée limitée de l'arrêt de 2005 qui maintient l'obligation de couverture en cas de fusion-absorption du créancier au rapport de cautionnement. En effet à suivre la lettre de la décision, celle-ci ne concerne que la société « propriétaire d'un immeuble donné à bail » pour un cautionnement « garantissant le paiement des loyers ». La solution nouvelle pourrait alors ne concerner que le contrat de bail (et de crédit-bail), ce qui irait dans le sens de la reconnaissance d'un régime particulier à ce contrat suite à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004 se prononçant pour la transmission du cautionnement en cas de vente de l'immeuble donné à bail. Cette position se justifierait par le fait que le changement de bailleur n'est pas de nature à augmenter le risque financier pour la caution⁵⁵.

Cependant il semble que les fondements utilisés dans l'arrêt signifient que sa portée serait plus large que le seul contrat de bail.

En effet la décision est rendue au seul visa de l'article 236-3 du Code de commerce, et non plus également sous celui de l'article 2015 du Code civil, c'est-à-dire que seule la transmission universelle de patrimoine est visée. L'omission est d'importance, surtout lorsque l'on sait que l'autre arrêt du même jour conserve lui les deux fondements pour un contrat de bail. La décision pourrait alors s'appliquer à tout type de contrat principal, ce qui correspondrait en outre à ce que prévoit l'avant-projet de réforme du droit des sûretés à ce propos.

Il semble qu'il faille faire prévaloir cette interprétation large : contrairement à ce qu'on a pu voir pour l'obligation de règlement, la nature du contrat importe ici assez peu, et ce qui motive le revirement, c'est le fait que la notion d'*intuitus personae* commande en principe que l'obligation de couverture du cautionnement soit maintenue lorsque le créancier est absorbé, et éteinte lorsque c'est le débiteur qui fait l'objet de la fusion.

Tout au plus, la jurisprudence pourrait prévoir la réserve que les engagements de la caution ne soient pas augmentés pour appliquer cette solution.

2) une extension à toute restructuration impliquant une transmission universelle de patrimoine ? La décision de 2005 s'applique à une fusion-absorption de la personne du créancier (qui est donc la société absorbée). Cependant la solution se justifie (et est fondée sur) le mécanisme de la transmission universelle de patrimoine, c'est pourquoi il serait logique que l'arrêt soit étendu, par analogie, aux cas de scission et d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions qui traduisent également ce mécanisme de transmission universelle, d'autant que la

⁵⁵ Cass. Com., 8 novembre 2005, *JCP/La Semaine Juridique -Edition Entreprise et Affaires*, n°1, 5 janvier 2006, p.15, note D. LEGEAIS

jurisprudence a toujours été identique à celle jouant pour la fusion dans ces deux dernières hypothèses (on ne voit donc pas ce qui justifierait une solution différente). De même, la portée de l'arrêt Selectibail devrait s'étendre à la fusion-combinaison impliquant le créancier (mais certainement pas, en l'état actuel de la jurisprudence, à l'hypothèse du créancier absorbant puisqu'il n'y aurait alors pas perte de sa personnalité juridique).

23. L'incidence du premier arrêt du 8 novembre 2005. L'incidence de la décision est plus incertaine mais on peut se demander si, plus indirectement, elle ne constituerait pas la première étape de la tendance plus lourde de moins favoriser les cautions, ou du moins de limiter leur protection aux hypothèses qui le méritent véritablement.

Certes on ne peut par exemple pas déduire de l'arrêt que l'obligation de couverture serait maintenue en cas de fusion touchant la société caution elle-même, d'autant qu'on a pu voir que les intérêts en cause ne sont pas tout à fait les mêmes (il s'agit plus d'une transposition des solutions applicables aux personnes physiques ici) mais on ne peut s'empêcher de penser qu'il reste une part d'opportunisme dans la jurisprudence de la Cour de cassation et une volonté d'en finir avec l'aubaine que pouvait parfois représenter la fusion pour la caution.

De façon plus générale, la jurisprudence pourrait s'orienter vers des solutions moins systématiques, plus proches des réalités économiques.

Si l'on peut souhaiter une telle incidence de la décision de 2005, elle nécessitera sans doute une véritable adaptation du droit positif, dont l'arrêt précité ne peut être que l'origine.

24. Le cautionnement réel et les arrêts du 8 novembre 2005. Puisqu'il s'agit d'étudier le sort du cautionnement en cas de fusion, il convient de se demander si le droit positif que l'on a exposé s'applique aussi à ce cautionnement original qu'est le cautionnement réel.

La question présente une acuité particulière puisque le cautionnement réel a lui aussi connu une actualité importante durant la fin de l'année 2005, la Cour de cassation ayant décidé par un arrêt rendu en chambre mixte le 2 décembre 2005 qu'il avait finalement une nature réelle, et non plus personnelle.

On pourrait alors être tenté de considérer que comme toute garantie réelle, le cautionnement réel devrait être transmis sans distinction à la société absorbante ou nouvelle à la suite d'une fusion.

Cependant, la nouvelle jurisprudence a beau affirmer le caractère exclusivement réel du cautionnement réel, ce contrat n'en reste pas moins une garantie consentie pour la dette d'autrui.

Le revirement du 2 décembre 2005 semble donc surtout signifier que jamais le créancier ne pourra saisir un autre bien que le bien affecté en garantie, et que le cautionnement est alors véritablement défini (la nature du cautionnement ayant tout de même une influence sur

l'application du droit positif de l'incidence de la fusion sur le cautionnement), mais il n'en reste pas moins que le cautionnement réel a été conclu *intuitu personae*, et qu'à ce titre le droit positif du sort du cautionnement en cas de fusion trouve à s'appliquer.

Le droit positif, s'il est en évolution, manque de certitude, mais aussi parfois d'une certaine cohérence. S'il nécessite des clarifications, il mériterait alors certainement aussi des adaptations.

II) L'opportunité d'une adaptation du droit positif

S'il serait opportun d'adapter les solutions trop manichéennes du droit positif dans le sens d'un « recentrage » sur la notion d'*intuitus personae* (A), encore faudrait-il envisager des alternatives permettant d'aboutir à un tel résultat (B).

A) L'opportunité d'un « recentrage » du droit positif sur la notion d'*intuitus personae*

25. L'*intuitus personae*, fondement du droit positif du sort du cautionnement en cas de fusion. Si la doctrine et la jurisprudence ont pu mettre en lumière certaines explications à la solution particulière réservée au cautionnement en cas de transmission universelle de patrimoine, c'est à n'en pas douter le fondement de l'*intuitus personae* qui doit être retenu.

1) les différents fondements du droit positif envisageables :

Le premier fondement avancé est celui de l'effet relatif des contrats de l'article 1165 du Code civil, l'argument étant que les parties contractantes ne sont plus les mêmes après la fusion, opération qui ne serait alors pas opposable à la caution. Cependant, on peut faire valoir que c'est aussi la loi (loi spéciale qui plus est, et qui donc devrait prévaloir sur le droit commun des obligations) qui consacre le principe de transmission universelle de patrimoine, jouant sur l'ensemble des droits et créances y étant attachés, et pour lesquels l'article 1165 est resté impuissant. Ce principe trop général de l'effet relatif, si on l'appliquait, ferait totalement échec à la transmission universelle et ne peut donc justifier une solution particulière au contrat de cautionnement.

Le deuxième fondement invoqué provient lui du droit spécial du cautionnement et pourrait donc permettre de passer outre le principe de la transmission universelle de patrimoine : il s'agit de l'article 2015 du Code civil, qui énonce que le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquels il a été contracté, et qui postulerait alors pour une limitation des modifications pouvant intervenir dans la personne des parties au rapport de cautionnement.

On peut penser qu'utiliser ici un tel fondement serait donner à l'article précité une portée et un sens qu'il n'avait pas dans l'esprit du législateur. En effet, la disposition semble proscrire des modifications quant à l'objet du cautionnement, c'est-à-dire des changements dans la nature des dettes garanties et dans leur quantum. On peut tout au plus estimer qu'elle interdit que la caution garantisse un autre créancier ou un autre débiteur en plus de ceux initialement prévus, mais certainement pas qu'elle prohibe une substitution dans ces personnes, surtout s'il s'agit d'une fusion où la transmission universelle est consacrée légalement et au niveau communautaire⁵⁶.

C'est par conséquent le fondement de la commune intention des parties, dont on peut déduire l'*intuitus personae* entre les différentes parties au rapport de cautionnement (même si certains auteurs dissocient les deux fondements⁵⁷), qui doit être retenu.

2) définition du seul fondement retenu, la notion d'*intuitus personae* :

La définition de l'*intuitus personae* ne figure pas dans la loi, c'est pourquoi l'article 1110 alinéa 2 du Code civil relatif à l'erreur sur la personne a souvent été utilisé comme passerelle vers cette notion. Il n'est cependant pas contesté que cette dernière traduit l'influence de la considération de la personne, et que les contrats conclus *intuitu personae* sont ceux, selon l'expression de B. PETIT, que l'on ne passe pas avec n'importe qui.

Il est certain que le contrat de cautionnement est teinté d'un fort *intuitus personae*, notamment en principe entre la caution et le tiers intéressé qu'est le débiteur principal, relation d'*intuitus personae* que l'on peut considérer comme étant entrée dans le champ contractuel.

L'*intuitus personae* constitue alors un véritable baromètre, un instrument de prévisibilité à la fois quantitatif et temporel de l'étendue du montant du passif à couvrir pour l'avenir lorsque l'on est en présence d'un cautionnement de dettes futures.

C'est ce qui explique que l'élément extérieur que constitue une fusion soit considéré comme étant susceptible de compromettre cette prévisibilité, et que le cautionnement puisse alors devenir caduc, l'obligation de couverture se trouvant par conséquent éteinte.

Appliquée au droit des sociétés, on parle souvent d'*intuitus firmae*, qui correspondrait davantage à la considération d'un groupe de personnes et de biens ayant un but commun, ou encore d'*intuitus societatis* lorsque la motivation résiderait surtout dans des qualités spécifiquement sociétaires.

Ces différentes déclinaisons ne se démarquent pas fondamentalement de la notion d'*intuitus personae*.

⁵⁶ G. DAMY, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Droit & Patrimoine*, n°129, septembre 2004, p.46

⁵⁷ H. LE NABASQUE, *Mélanges AEDBF-France*, Fusion de banques et garanties, 1juillet 2001, p.233

En toute hypothèse, cette notion d'*intuitus personae* est le seul fondement, la seule justification au particularisme de la position jurisprudentielle relative au sort du cautionnement en cas de fusion, et il est logique qu'elle sous-tende de façon constante les solutions en la matière : la notion doit rester le prisme des décisions rendues par les tribunaux s'ils souhaitent qu'elles soient lisibles et plus encore, qu'elles soient cohérentes.

Or, le concept de l'*intuitus personae* a une vocation large, il prend en compte toutes les expressions imaginables de la considération d'une personne pour la conclusion d'un contrat, allant de l'amitié à la confiance. Il est par conséquent intrinsèquement variable et relatif.

Ainsi que JOSSERAND a pu le souligner, « l'*intuitus personae* n'est pas d'une précision mathématique, il laisse place à l'appréciation du juge et c'est bien ainsi ».

Pour opérer un « recentrage » aujourd'hui nécessaire sur la notion d'*intuitus personae*, on constate alors que ce concept doit être appréhendé sous toutes ses formes, selon les événements et les personnes en cause.

C'est pourquoi seule une approche au cas par cas permettra, du fait de sa nature par essence variable, un véritable rétablissement de la notion d'*intuitus personae* dans le contrat de cautionnement.

26. L'approche *in concreto*, seule alternative pour un véritable « recentrage » sur la notion d'*intuitus personae*. Si l'on se fonde sur une telle approche, appliquée de façon rigoureuse, on peut s'apercevoir que le droit positif, bien qu'en net progrès, reste très largement perfectible.

1) les préalables nécessaires d'une identification de l'*intuitus personae* et du constat de sa remise en cause : l'approche *in concreto* étant l'unique façon d'appréhender sérieusement la notion d'*intuitus personae*, il faut, à la suite d'A. VIANDIER, se poser les questions suivantes : le bouleversement d'une restructuration entraine-t-il dans les prévisions des parties, rompt-il l'équilibre contractuel et met-il en cause les intérêts légitimes du cocontractant ?

A notre sens, le raisonnement semble en réalité devoir se décomposer en deux étapes successives, mais se compensant l'une avec l'autre.

Il faut en premier lieu identifier dans quelle mesure le cautionnement est teinté d'*intuitus personae*, et en second lieu évaluer dans quelle proportion l'évènement affectant une des parties au rapport de cautionnement heurte le caractère *intuitu personae* du contrat, puis enfin mettre en perspective ces deux éléments pour savoir si l'obligation de couverture doit ou non être maintenue.

Pour ce qui a trait à l'identification de l'*intuitus personae*, l'approche *in concreto* précitée s'avère indispensable pour constater que son intensité peut en réalité être très variable : tandis

que la considération de la personne du débiteur est bien entendu primordiale lorsque l'on est en présence d'un cautionnement omnibus consenti par un dirigeant en faveur de sa société, il apparaît que s'il s'agit au contraire d'un cautionnement à titre onéreux provenant d'un établissement financier, la considération de la personne du débiteur se limitera le plus souvent à sa seule situation financière.

Dans le même ordre d'idée, il faut également examiner quelles parties au rapport de cautionnement sont touchées par la notion d'*intuitus personae* : la caution contracte le plus souvent en considération de la personne du débiteur principal mais il convient également de vérifier si la personne du créancier n'a pas aussi joué un rôle dans la conclusion du cautionnement.

Pour ce qui concerne ensuite l'évènement pouvant affecter l'*intuitus personae*, il faut l'apprécier largement comme incluant toute modification, même interne, dans la personne des parties au rapport de cautionnement, et enfin vérifier si en l'espèce le changement dans le contexte du cautionnement méconnaît l'*intuitus personae* tel qu'il existait à la conclusion du contrat, et justifie l'extinction de l'obligation de couverture pour l'avenir.

L'application rigoureuse de cette approche au cas par cas conduit inmanquablement à constater des imperfections dans le droit positif du sort du cautionnement en cas de restructuration.

2) les failles d'un droit positif encore trop superficiel : la solution antérieure posait pour principe qu'en cas de restructuration entraînant une transmission universelle de patrimoine, et en outre seulement dans les cas où il y avait perte de sa personnalité juridique par la partie au rapport de cautionnement, ce cautionnement était éteint.

Ainsi, la jurisprudence appliquait aveuglément la notion pourtant éminemment factuelle de l'*intuitus personae* aux restructurations impliquant aussi bien le débiteur que le créancier, notion dont l'existence relevait alors véritablement de la pétition de principe.

L'*intuitus personae* s'apparentait alors à un simple habillage juridique sans grande signification.

Le premier arrêt du 8 novembre 2005 constitue à ce propos une avancée certaine puisqu'il se « recentre » sur la notion d'*intuitus personae*, estimant que le cautionnement devrait être maintenu en cas de fusion touchant le créancier dans la mesure où dans la majeure partie des cas sa personne n'intéresse pas particulièrement la caution.

Si cette décision a pu permettre de substituer l'*intuitus personae* à l'opportunité, la notion reste appliquée de manière relativement grossière.

Il est indispensable, d'une manière ou d'une autre, de faire en sorte que l'*intuitus personae* redevienne le prisme de l'ensemble des solutions jurisprudentielles pour le cas d'évènements de tout type affectant la personne des parties au rapport de cautionnement.

Et dire qu'il faut rendre à la notion d'*intuitus personae* sa véritable place dans les décisions des tribunaux ne signifie absolument pas qu'il faille privilégier les intérêts de la caution plutôt que ceux du créancier. Bien au contraire, si aucun *intuitu personae* ne peut être mis en évidence par une étude du cas d'espèce ou si l'évènement en question ne bouleverse pas les prévisions et les intérêts des parties, l'approche *in concreto* précitée postulera pour le maintien du cautionnement pour l'avenir.

En d'autres termes, il faut appliquer l'*intuitus personae*, tout l'*intuitus personae*, mais rien que l'*intuitus personae*.

A cette aune, il est difficile de dresser une liste exhaustive des situations méritant un traitement particulier, mais on ne peut que constater que le droit positif, même s'il connaît une avancée non négligeable, n'est pas encore allé jusqu'au bout de la logique du « recentrage » autour de la notion d'*intuitus personae*.

L'approche *in concreto* met en effet en lumière des failles plus ou moins flagrantes de la jurisprudence : tantôt elle semble véritablement dans l'erreur, tantôt elle reste encore un peu trop manichéenne, tantôt elle mériterait une analyse simplement plus approfondie.

27. La nécessité de l'abandon du critère de la perte de personnalité juridique.

1) définition : un critère inadapté. La jurisprudence estime que le cautionnement n'est susceptible d'être éteint (entre autres critères) que si la personnalité morale de la société partie au rapport de cautionnement et à la restructuration ne subsiste pas à la suite de l'opération.

La Cour de cassation estime certainement qu'il ne peut y avoir de véritable changement dans la société partie au rapport de cautionnement si sa personnalité juridique survit à la restructuration . Cependant ce critère procède d'une confusion : si la fusion (et plus généralement la restructuration) entraîne effectivement dissolution de la société absorbée ou fusionnée, cette dissolution n'est pas ici suivie d'une liquidation.

La création d'une personnalité morale nouvelle n'est donc pas un critère pertinent puisque la vie sociale peut continuer après l'opération : si l'on s'en tient à la réalité économique, la restructuration ne constitue qu'un outil technique destiné à rompre le lien qui unit la société absorbée ou fusionnée au patrimoine qu'elle entend transmettre.

L'activité de la société dissoute se poursuit en la personne de la société bénéficiaire.

Cette confusion amène en pratique à une double incohérence : il est des cas où l'*intuitus personae* n'est pas affecté alors même que la personnalité morale de la société concernée a disparu, et à l'opposé il existe des hypothèses pour lesquelles, bien que la personnalité juridique de la société en question perdure, l'*intuitus personae* est tout de même touché.

2) les cas où l'*intuitus personae* n'est pas affecté malgré la disparition de la personnalité morale de la société : il existe au cas par cas un certain nombre d'hypothèses concernées dont on ne donnera que quelques exemples.

On peut en premier lieu citer le cas des fusions intragroupe, qui représente une partie importante des hypothèses de fusions en pratique. Dans pareille situation, une fusion s'apparente souvent à une simple restructuration interne sans véritable changement dans la personne ayant le contrôle de la société confondue, surtout si la détention de la société-mère dans la filiale était importante avant la restructuration, auquel cas il est difficile pour la caution de soutenir qu'il y a eu dans la société confondue un changement tel que le caractère *intuitu personae* du cautionnement en serait affecté.

On pense ensuite à la pratique également courante des « fusions-absorptions à l'envers » (qui présentent notamment certains avantages fiscaux puisqu'elles permettent de conserver les déficits). Dans ce cas, c'est la société absorbée qui est la plus importante, et on constate alors que bien que sa personnalité juridique disparaisse, c'est bien elle qui continue économiquement.

De la même façon dans des « fusions-absorptions à l'endroit » cette fois, certains auteurs ont pu faire valoir qu'il était possible d'imaginer que ce ne soit pas le partenaire le plus modeste de taille qui soit le moins dynamique, auquel cas le critère de la perte de la personnalité morale s'avèrerait là encore économiquement trompeur⁵⁸.

Et si l'on s'attache à l'hypothèse de la fusion-combinaison, une approche *in concreto* peut également conduire à constater que la nouvelle société est en réalité la continuation de la société partie au rapport de cautionnement (soit parce qu'elle était la plus importante soit parce qu'elle était la plus dynamique), et que le fait qu'une personnalité juridique nouvelle soit créée n'affecte en rien le caractère *intuitu personae* du cautionnement.

Enfin en cas de scission, l'approche *in concreto* s'avère d'autant plus indispensable que la diversité de situations rencontrées paraît encore plus importante : on peut très bien imaginer une société qui se scinde pour former deux sociétés comprenant exactement les mêmes associés (mais qui voulait par exemple séparer des activités), et où l'*intuitus personae* n'est en rien heurté, alors même qu'il y a pu y avoir création d'une personnalité morale nouvelle.

Une approche au cas par cas montre également l'incohérence de ce critère lorsque la personnalité morale de la partie au rapport de cautionnement concernée par l'opération y survit.

3) les cas où l'*intuitus personae* est affecté malgré la persistance de la personnalité juridique de la société. Les hypothèses sont ici très nombreuses, et montrent peut-être plus encore que

⁵⁸ Cass. Com., 20 janvier 1987, *La Semaine Juridique*, Ed. G, 1987, n°39,II, n°20844, Note M. GERMAIN

précédemment combien le critère de la perte de la personnalité juridique est économiquement inadapté et loin de correspondre économiquement à tous les cas où un évènement est susceptible de remettre en cause l'*intuitus personae* dans un contrat de cautionnement.

On peut tout d'abord citer les situations énoncées précédemment a contrario : par exemple si l'absorbante est la société la moins importante, sa personnalité morale survit mais il y a un véritable changement interne du fait de la fusion avec la société absorbée.

Un autre exemple représentatif du caractère artificiel du critère est celui de la prise de contrôle, surtout si elle porte sur la totalité des parts ou des actions.

Dans cette hypothèse en effet la personnalité juridique de l'entreprise reste inchangée et la jurisprudence décide alors que le cautionnement est maintenu.

Pourtant il est bien évident que l'*intuitus personae* sera largement entaché par la cession des actions puisque c'est en pratique une personne toute différente qui aura le contrôle de la société concernée, d'autant que l'opération peut entraîner un changement radical d'activité, de dénomination ou encore de siège social.

Le raisonnement est transposable à la cession de fonds.

De la même façon, la seule transformation de société ne suffit pas à éteindre le cautionnement. Cette solution est une fois encore contestable si c'est une SNC qui se transforme en SARL car à la suite du changement de forme sociale, la caution solvens ne pourra plus se retourner personnellement contre les associés de la SARL.

Finalement, si l'on s'en tient à cette approche *in concreto*, il serait logique d'examiner tout évènement affectant d'une manière ou d'une autre l'*intuitus personae* existant en l'espèce dans le cautionnement.

Ainsi certains auteurs proposent que le dirigeant-caution qui perd sa qualité soit libéré de son obligation de couverture pour l'avenir⁵⁹, ce à quoi la jurisprudence s'est toujours refusée.

Mais au-delà de la nécessaire suppression du critère de la perte de personnalité morale, le droit positif doit aussi à un moindre degré être adapté.

28. L'utilité d'adapter un droit positif encore trop manichéen sur la question de la considération de la personne du créancier par la caution. Classiquement la jurisprudence décidait qu'en cas de fusion concernant la personne du créancier, la caution était libérée de son obligation de couverture.

Devant les nombreuses critiques doctrinales énonçant que la substitution de créancier n'aurait qu'une faible incidence sur l'engagement de la caution (P. SIMLER estimant même que « dans

⁵⁹ Cass. Com., 29 juin 1982, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p.360, Note de C. MOULY

les rapports caution-créancier, l'argument tenant à l'*intuitus personae* tombe »⁶⁰), la jurisprudence a reviré le 8 novembre 2005.

La solution est désormais inverse : la caution reste tenue en cas de restructuration concernant le créancier. Cette nouvelle jurisprudence, si elle est plus conforme à la réalité du contrat de cautionnement, semble cependant en l'état actuel trop systématique, l'*intuitus personae* n'excluant pas, théoriquement d'abord et pratiquement ensuite, la considération du créancier.

1) L'*intuitus personae* n'exclut pas en théorie la considération du créancier par la caution :

certain auteurs distinguent la considération du créancier de l'*intuitus personae* proprement dit estimant que la notion « est la considération particulière des qualités du débiteur : si au sein d'un contrat l'*intuitus personae* peut être bilatéral, au sein d'une obligation il est nécessairement à sens unique⁶¹ ».

Cependant on sera d'avis que le domaine de l'*intuitus personae* est très large, et que s'il se manifeste effectivement différemment selon qu'il concerne le débiteur ou le créancier, rien ne s'oppose à ce qu'il touche, pour un même contrat de cautionnement, soit ce débiteur ou ce créancier, soit même les deux à la fois.

Il paraît donc tout à fait envisageable en théorie qu'une caution contracte, en tout ou partie, en fonction de la personne du créancier.

Encore faut-il qu'il existe des illustrations pratiques de cette possibilité.

2) L'*intuitus personae* n'exclut pas en pratique la considération du créancier par la caution :

il existe un certain nombre de situations, certes moins fréquentes que pour le débiteur, où la personne du créancier importe à la caution.

L'honorabilité du créancier, sa politique plus ou moins stricte de gestion des créances, et plus généralement sa réputation, la taille de son réseau ou sa dimension internationale peuvent avoir une influence déterminante sur la décision de la caution.

Même si elle est certainement résiduelle aujourd'hui, l'hypothèse d'une caution qui s'engage par amitié pour rendre service à un créancier n'est pas à exclure totalement, d'autant qu'elle est à rapprocher d'un engagement par intérêt dans le cadre d'un groupe de sociétés.

On peut d'ailleurs imaginer, dans le cadre du raisonnement en deux étapes que l'on a pu établir dans l'approche *in concreto*, que si l'*intuitus personae* était assez faible initialement pour la personne du créancier, la restructuration (mise en perspective avec cet *intuitus personae*) le

⁶⁰ Cass. Com., 22 janvier 1985, *JCP*, Ed.G, 1986, II, n°20591, Note P. SIMLER

⁶¹ Thèse C. MOULY, *L'extinction du cautionnement*, Lib.techn.1979, n°325

concernant peut tout de même l'écorner si c'est par exemple un concurrent de la caution qui absorbe ce créancier.

Par ailleurs il peut apparaître légitime aujourd'hui qu'une caution non avertie attache une importance capitale à la qualité de professionnel du créancier⁶².

En effet la caution pourra alors bénéficier de l'obligation d'information légale et prétorienne mise à la charge du banquier. De plus, le Code de la consommation pose un principe de proportionnalité et un formalisme *ad validitatem* qui doivent être respectés par le créancier professionnel pour les cautionnements souscrits par une personne physique.

Ce sont là autant d'éléments appréciables et sécurisants pour une caution personne physique sans lesquels elle pourrait ne pas avoir contracté, ou à tout le moins qui ont pu participer à son engagement.

Enfin il a pu être considéré que dans l'hypothèse d'un cautionnement ne faisant référence à l'obligation principale qu'en nommant les parties, le créancier comme le débiteur seraient des éléments de détermination de l'objet du cautionnement, et une fusion devrait alors éteindre l'obligation de couverture⁶³.

Il serait bon que la jurisprudence, d'une façon ou d'une autre, prenne en compte ces situations particulières, de même qu'il serait profitable qu'elle affine son analyse *in concreto* en fonction des cautionnements et des restructurations en cause.

29. L'opportunité d'affiner l'analyse jurisprudentielle en fonction du cautionnement ou de la restructuration en cause. Au-delà des deux hypothèses que l'on vient d'étudier et pour lesquelles il existe un besoin plus ou moins important de modifier le droit positif, il apparaît plus généralement opportun de détailler l'analyse jurisprudentielle de telle façon que les solutions jurisprudentielles respectent au mieux la notion d'*intuitus personae*, qui mérite du fait de sa nature variable une approche relativement subtile.

On a peut ici donner quelques illustrations de distinctions que l'on ne trouve pas en jurisprudence et qui pourtant traduisent des situations assez différentes du point de vue de l'*intuitus personae*.

On pourrait apporter des solutions différenciées pour un cautionnement omnibus ou délimité, à titre onéreux ou à titre gratuit, et pour des cautions personnes physiques ou professionnelles, dirigeantes ou non dirigeantes.

⁶² Cass. Com., 21 janvier 2003, *Petites Affiches*, 23 septembre 2004, n°191, p.8, Note D. POHE « La distinction obligation de règlement/obligation de couverture et la fusion-absorption

⁶³ D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* : Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier/mars 2003, p.3

De même, on pourrait peut-être, *in concreto*, réserver un sort particulier aux fusions intragroupe ou réalisées dans le milieu bancaire⁶⁴.

Si l'opportunité du « recentrage » des solutions de droit positif sur la notion d'*intuitus personae* apparaît aujourd'hui assez évidente, encore faut-il lui trouver une concrétisation réaliste et compatible avec une jurisprudence déjà en pleine évolution.

B) Les instruments d'un « recentrage » du droit positif sur la la notion d'*intuitus personae*

Dans l'absolu, c'est à n'en pas douter l'approche *in concreto* qui traduirait le mieux la notion d'*intuitus personae* (1). Cependant, il n'est pas certain que cet idéal soit atteignable, et il semble préférable d'étudier également d'autres alternatives moins radicales et plus proches du droit positif (2).

1) une remise en cause du droit positif en faveur d'une approche *in concreto* « généralisée » :

30. L'enjeu d'un droit positif plus équilibré. Si chaque situation était abordée au cas par cas par les tribunaux selon le prisme de l'*intuitus personae*, toute décision maintenant ou éteignant le cautionnement serait parfaitement justifiée. Cela présenterait l'insigne avantage de rendre le droit cohérent en la matière.

De plus, le déficit actuel en jurisprudence dans l'application de l'approche *in concreto* amène à une utilisation trop fréquente des correctifs tels que la fraude (voire de l'abus de droit et des stipulations contraires).

Or ces correctifs ne doivent par essence trouver application que dans des hypothèses exceptionnelles, lorsque - pour le cas de la fraude par exemple - on a réussi à trouver un moyen ingénieux de contourner la règle.

Le fait que ces correctifs aient une place si importante en jurisprudence est un indice supplémentaire que notre droit n'est pas suffisamment équilibré.

⁶⁴ H. LE NABASQUE, *Mélanges AEDBF-France*, Fusion de banques et garanties, 1 juillet 2001, p.233

Seule une approche plus *in concreto* permettra de le rendre moins superficiel et de le « recentrer » sur la notion d'*intuitus personae*.

31. L'étendue de la remise en cause du droit positif proposée. Dans le cadre de cette alternative, l'approche *in concreto* est alors maximale : il s'agirait non seulement de supprimer le critère de la perte de la personnalité morale précitée, d'adapter le droit positif sur la considération du créancier par la caution de façon à ce que l'*intuitus personae* y soit pris en compte à sa juste mesure, mais aussi de détailler toute l'analyse jurisprudentielle pour qu'à chaque situation particulière corresponde une solution appropriée.

En d'autres termes, soit il existe en l'espèce un certain *intuitus personae* dans le cautionnement et l'évènement affectant la société le remet en cause, et dans cette hypothèse l'obligation de couverture est éteinte, soit ce n'est pas le cas et le cautionnement perdure.

32. Le domaine de la remise en cause du droit positif proposée. Quant au champ d'application de cette alternative, il n'est pas certain qu'elle puisse comprendre en son sein l'hypothèse de la fusion concernant la caution.

En effet, même si la question est complexe, il s'agit moins ici de « recentrer » les solutions sur la notion d'*intuitus personae* que de savoir si la position jurisprudentielle relative aux personnes physiques est transposable aux fusions de sociétés.

Ce qui justifie, en matière successorale, l'extinction de l'obligation de couverture pour les héritiers, c'est le fait qu'ils pouvaient ignorer le cautionnement. Or on a pu voir que ce n'est pas le cas d'une société absorbante (par exemple) qui savait qu'elle fusionnait avec une société caution et qui connaissait l'étendue de l'engagement. Il semble alors dans ce cas que la nouvelle structure ait pris sa décision (car ici c'est bien sa décision, et pas celle du créancier ou du débiteur) en toute connaissance de cause, et que par conséquent elle ne puisse se prévaloir du caractère *intuitu personae* du cautionnement.

De plus, du point de vue de la société caution, les conditions de l'engagement n'ont pas changé (le créancier et le débiteur sont restés les mêmes), donc la caution ne pourrait pas se prévaloir d'une remise en cause de l'*intuitus personae* qu'elle pouvait avoir vis-à-vis du débiteur ou du créancier.

Or, on l'a dit, la nouvelle structure a volontairement et en toute connaissance de cause repris les engagements de la caution, donc elle ne pourrait se prévaloir que d'une telle remise en cause de l'*intuitus personae*, et pas du fait que le contrat est lui-même conclu *intuitu personae* car seule la méconnaissance de l'*intuitus personae* constitue un terme extinctif, et pas la transmission du cautionnement elle-même.

Et si l'on considère de manière générale que la fusion n'est jamais un terme extinctif du cautionnement, mais que l'opération n'est simplement pas opposable à la caution, le raisonnement est le même : c'est parce qu'il y a atteinte à l'*intuitus personae* que la transmission universelle du patrimoine n'est pas opposable à la caution, et à défaut d'une telle atteinte la transmission du cautionnement est bien opposable à la caution.

Cette analyse du terme extinctif du cautionnement ou de l'opposabilité de la fusion à la caution nous paraît cohérente car elle seule permet de mettre l'atteinte à l'*intuitus personae* initialement présent dans le contrat en cause au centre de la question de l'extinction ou non de l'obligation de couverture.

Pour ce qui concerne alors le changement dans la personne de la caution, seul le créancier pourrait à la limite le faire valoir pour s'opposer à la fusion (et encore faudrait-il pour cela que les conditions de son droit d'opposition soient réunies et considérer que l'*intuitus personae* du contrat est bilatéral, éléments qui ne sont pas si évidents), mais il n'y a en revanche pas de raison pour que la société absorbante de la société caution puisse se prévaloir de l'*intuitus personae* que le créancier pouvait avoir pour la caution absorbée.

Si, on le voit, la question est épineuse de façon générale, elle est peut-être plus délicate encore s'agissant du dirigeant caution qui perd sa qualité de dirigeant.

On se trouve bien en effet ici dans l'hypothèse d'un évènement affectant la caution (évènement qui dans une approche *in concreto* doit être appréhendé au même titre qu'une restructuration).

Si l'on s'en tient à notre analyse, il n'a aucune modification au sens strict dans la personne du débiteur ou du créancier, et donc il serait a priori logique que le cautionnement soit maintenu.

Cependant, il semble que l'approche au cas par cas doive être maintenue dans la mesure où la perte de fonction change tout de même fondamentalement la perception que la caution peut avoir de la société débitrice, qui n'est plus vraiment la même si la caution n'en est plus le dirigeant.

Cela postule alors, dans une approche véritablement *in concreto*, pour une extinction de l'obligation de couverture.

33. L'opportunité contestable d'une approche *in concreto* « généralisée ». Cette approche *in concreto*, parce qu'elle appréhende tout type de situations, apparaît sans faille. Et après tout, elle est assez répandue en droit français.

Cependant, elle n'est probablement pas la panacée pour résoudre le problème du cautionnement en cas de fusion, et cela pour deux raisons surtout pratiques.

D'abord, cette approche *in concreto* s'apparente avant tout à un idéal qu'il est probablement difficile d'atteindre en jurisprudence en raison de l'enjeu de la question, nécessitant une certaine prévisibilité juridique.

On peut penser qu'il est plus commode pour les tribunaux de suivre des « lignes directrices », même si à notre avis cet argument n'est pas décisif.

Ensuite et surtout, la jurisprudence est aujourd'hui en pleine évolution et vient de rendre un arrêt qui incontestablement définit ces grandes « lignes directrices », reprises par le projet de réforme du droit des sûretés qui sera bientôt discuté au Parlement s'agissant du cautionnement, et qui leur donne une force supplémentaire.

L'approche *in concreto* s'accommode donc mal des tendances actuelles, et il apparaît plus réaliste de proposer des alternatives moins radicales, mais permettant tout de même le nécessaire « recentrage » sur la notion d'*intuitus personae*.

2) une adaptation du droit positif par le biais de solutions de compromis :

34. Définition. Un certain nombre de propositions doctrinales existent déjà pour adapter le droit positif. Ainsi, il a par exemple pu être proposé que celui qui invoque l'*intuitus personae* doive le prouver⁶⁵. Cette solution paraît trop déséquilibrée car elle désavantage la caution dont on peut penser qu'elle a au moins contracté en considération de la personne du débiteur.

Aussi, si l'on doit se référer aux solutions du droit positif au détriment d'une approche véritablement *in concreto*, il convient de faire en sorte que la notion d'*intuitus personae* reste à tout le moins la boussole des alternatives proposées.

On peut en premier lieu transformer les règles de droit positif en présomptions simples, ce qui pourrait s'avérer être une possibilité satisfaisante bien qu'encore assez éloignée des règles prétoriennes ayant cours.

En second lieu, il est imaginable d'instaurer des « exceptions d'*intuitus personae* » sur le modèle de l'exception de fraude, qui ne trouveraient à jouer qu'exceptionnellement, ce qui serait compatible avec le droit positif mais en constituerait cependant une adaptation assez faible.

35. La possibilité de transformer les règles de droit positif en présomptions simples. Il s'agit de redonner tout son sens à l'*intuitus personae* en permettant aux parties d'apporter la preuve contraire vis-à-vis des solutions trop manichéennes posées par la Cour de cassation, mais aussi de rétablir la cohérence dans cette notion en faisant en sorte que les présomptions soient renversables à la fois pour la fusion du créancier et celle du débiteur.

⁶⁵ N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions », *Bulletin Joly Sociétés*, Juillet 2004, p.933

1) une alternative qui rétablit le sens de l'*intuitus personae* : cette alternative est basée sur les solutions en partie nouvelles posées par la Cour suprême le 8 novembre 2005.

La Cour distingue entre la fusion concernant le créancier et celle touchant le débiteur : dans le premier cas, l'obligation de couverture est maintenue alors que dans le second elle est éteinte.

Certains auteurs ont d'ores et déjà pu évoquer certaines adaptations de ces règles.

Il s'agirait de laisser la possibilité à la caution de prouver que le changement dans la personne du créancier a eu une incidence pour elle, en somme qu'il existait envers le créancier un *intuitus personae*, remis en cause par l'évènement⁶⁶.

La règle selon laquelle l'obligation de couverture serait maintenue en cas de changement dans la personne du créancier serait une présomption, non plus irréfragable, mais simple.

La caution pourrait par exemple prouver que le fait que le créancier ait une politique de gestion des créances souple était un facteur décisif de la conclusion du cautionnement.

Mais cette proposition, si elle redonne du sens à la notion d'*intuitus personae*, n'est pas à elle seule suffisante pour rétablir la cohérence du droit positif.

2) une alternative qui rétablit la cohérence de l'*intuitus personae* : il convient de rétablir la confiance dans la notion d'*intuitus personae*, et pour cela il faut non seulement que la caution puisse, comme on l'a vu, apporter la preuve contraire lorsque c'est le créancier qui fait l'objet d'une fusion, mais aussi que le créancier ait la possibilité de démontrer que l'*intuitus personae* vis-à-vis de la caution n'a pas été affecté par la restructuration qui concernait le débiteur.

Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra considérer que la Cour de cassation a construit un véritable système jurisprudentiel et rétablit la cohérence dans ses solutions.

Les hypothèses de renversement de la présomption sont certes plus rares dans le cas d'une fusion concernant le débiteur mais elles existent.

Si on applique le raisonnement en deux temps qu'on a pu mettre en évidence précédemment dans le cadre d'une bonne appréciation *in concreto* des situations, on constate que s'il est très rare que la caution n'ait pas contracté en considération de la personne du débiteur, il existe en revanche en pratique un certain nombre d'hypothèses où la restructuration n'affectera pas cet *intuitus personae* et où le cautionnement devrait être maintenu.

On pense notamment aux fusions intragroupe. Si une société absorbante détenait au préalable une part importante du capital de la société absorbée, on peut penser que malgré le principe

⁶⁶ J-C HALLOUIN, *Dalloz* 1997, sommaire.p.183 ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* : Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier/mars 2003, p.3

(juridique mais pas économique) d'indépendance de chaque société, l'*intuitus personae* que pouvait avoir la caution envers la filiale ne pouvait en quelque sorte qu'être aussi, en partie au moins, orienté vers la société-mère, ou du moins la fusion ne pouvait pas altérer beaucoup l'*intuitus personae* que celle-ci pouvait avoir vis-à-vis de l'absorbée, qui économiquement était déjà sous le contrôle de l'absorbante avant la fusion.

Dans ces circonstances, le créancier pourrait obtenir que l'obligation de couverture soit maintenue.

Notons que dans l'hypothèse d'une filiale à 100% débitrice principale dans le cadre d'un cautionnement et absorbée par sa société-mère, il existe déjà un régime légal simplifié auquel il serait facile d'ajouter que l'obligation de couverture doit par exception être maintenue après la fusion.

De même, lorsque l'on est en présence d'une caution professionnelle qui se fait rémunérer ses services, l'*intuitus personae* envers le débiteur se résume souvent à sa situation financière.

Le créancier pourrait alors prouver que l'absorbant du débiteur est tout aussi solvable que l'absorbée, et que l'*intuitus personae* n'a en rien été perturbé par la fusion.

Là encore, le cautionnement devrait perdurer.

Enfin si la fusion impliquant le débiteur n'apporte pas de changement majeur dans sa personne parce que c'est de loin la société la plus importante et la plus dynamique, le créancier pourra demander devant les tribunaux que le cautionnement continue.

Permettre le renversement des présomptions dans les deux sens rapproche cette alternative de l'approche *in concreto* « généralisée », bien qu'édicter des présomptions simples n'est pas neutre, surtout lorsque l'on connaît le risque de la preuve en la matière.

Notons qu'il sera également possible dans ce système, et cela que la fusion concerne le débiteur ou le créancier, de prouver que le critère de la perte de la personnalité morale n'était pas pertinent.

Il faudra alors par exemple démontrer qu'une transformation de société, bien que ne mettant pas en cause la personnalité juridique de la société concernée, méconnaît l'*intuitus personae* initialement entré dans le champ contractuel.

36. La possibilité d'instaurer des « exceptions d'*intuitus personae* ». Cette alternative est tout à fait compatible avec le droit positif, et présente donc l'avantage de pouvoir être adoptée par la jurisprudence sans modification des solutions de principe actuellement en vigueur.

En effet, les positions du droit positif précitées seraient maintenues au rang de règles (et pas de simples présomptions), mais simplement pour les cas les plus graves (qui restent cependant à

déterminer), les tribunaux pourraient s'écarter des deux solutions applicables à la fusion du débiteur ou du créancier, et appliquer le remède inverse.

De telles « exceptions d'*intuitus personae* » fonctionneraient sur le modèle de l'exception de fraude et ne nécessiteraient aucune adaptation du droit positif (ainsi que du projet de réforme qui retient les mêmes solutions) : il s'agit là un correctif et par conséquent les tribunaux pourraient en user ponctuellement pour moduler les règles de principe lorsqu'elles s'adaptent mal aux situations en cause.

Notons que là encore cette alternative doit être cohérente et jouer dans les deux sens, quelles que soient les parties à la fusion, donc aux « exceptions d'*intuitus personae* » doivent s'ajouter des « exceptions d'absence d'*intuitus personae* » lorsque l'on conteste que le changement dans la personne du débiteur ait eu une quelconque influence pour la caution (on pense ici aux filiales à 100% absorbées par la société-mère).

Pratiquement, on peut par exemple estimer que le critère de la personnalité morale pourrait être tempéré dans les cas les plus flagrants, notamment lorsque sans que cette personnalité juridique disparaisse, les modifications dans la société concernée sont si radicales qu'elles provoquent un changement de la nature même de la personnalité juridique (par exemple par transformation d'une société en association).

Il est difficile de se prononcer entre les deux alternatives précitées : la première est plus satisfaisante quant à la solution apportée au problème du sort du cautionnement en cas de fusion, mais la seconde est plus réaliste et pourrait être tolérée par la jurisprudence en tant que correctif exceptionnel aux règles en vigueur.

CONCLUSION

La question du sort du cautionnement en cas de fusion a beaucoup préoccupé la doctrine ces dernières années et connaît un regain d'intérêt avec la jurisprudence des arrêts du 8 novembre 2005 et les propositions du groupe d'étude présidé par le Professeur Grimaldi.

Pourtant, à bien y regarder, l'opération de fusion n'a finalement qu'une prise assez limitée sur le contrat de cautionnement : l'extinction de l'obligation de couverture à la charge de la caution ne concerne que certaines fusions (fusion par perte de la personnalité morale de la partie au rapport de cautionnement), que certaines dettes (les dettes futures et indéterminées) et que certaines parties (la caution et le débiteur principal, mais plus le créancier).

L'interférence finalement restreinte entre fusion et cautionnement n'enlève toutefois rien à l'intérêt de son étude, tant il est fréquent en pratique qu'une partie à la fusion soit intéressée à un contrat de cautionnement, qu'elle le soit comme créancier, caution ou débiteur principal.

L'enjeu reste donc important et explique que le problème fasse autant débat.

Surtout, la question s'inscrit dans une problématique plus large qui est celle du grand mouvement de concentration des entreprises qui caractérise l'époque actuelle.

Ainsi, malgré les différences juridiques entre les nombreuses formes de restructuration ou de prise de contrôle, il s'agit de savoir si le droit français est disposé à retenir une vision plus économique, et pour tout dire, plus réaliste de la question, permettant de mettre en perspective ces divers mécanismes et de rendre des solutions cohérentes en la matière.

A cette aune, il semble que seule une approche *in concreto* permette de ne pas favoriser une restructuration plutôt qu'une autre, ou encore une partie au rapport de cautionnement plutôt qu'une autre.

Les domaines respectifs du principe que reste la transmission universelle de patrimoine, et de l'exception que constitue *l'intuitus personae* dans le contrat de cautionnement, doivent alors être définis au cas par cas, par une juste appréciation de cet *intuitus personae* et de sa remise en cause.

En décidant que la fusion du créancier n'a pas d'effet sur le cautionnement, la Cour de cassation amorce incontestablement, sur le modèle du projet de réforme du droit des sûretés, ce « recentrage » du droit positif sur la notion d'*intuitus personae*. Il reste à espérer que la tendance se poursuive.

INDEX

	N^{os} paragraphes
Abus de droit	15
Approche <i>in concreto</i>	25 à 36
Cautionnement à durée indéterminée	10
Cautionnement à titre onéreux	35
Cautionnement omnibus	20, 29
Cautionnement réel	24
Clause de rétroactivité	11
Critère de la perte de personnalité morale	4, 27, 36
Confusion des patrimoines	Intro. 2 b
Contrat à exécution successive	18 à 20
Contrat de bail	3, 6, 7, 17, 18
Contrat de prêt	2, 16
Datation des créances	2, 16 à 20
Décès de la personne physique et cautionnement	Intro. 1 a
Dirigeant de société	13, 29, 32
Fraude	12, 13,14
Fusion de la caution	5, 32
Fusion du créancier	7, 28
Fusion du débiteur	6
Fusion intragroupe	35
<i>Intuitus personae</i>	Intro. 1 b, 25 à 36
Obligation de couverture	4, 5, 6, 7, 21, 22, 23,24
Obligation de règlement	1, 2, 3, 16, 17, 18, 19,20
Projet de réforme du droit des sûretés	8
Résiliation unilatérale	10
Stipulation des parties	9
Transmission universelle de patrimoine	Intro. 1 b

PLAN DETAILLE

INTRODUCTION

1) la difficulté du problème : la confrontation entre le principe de la transmission universelle de patrimoine et la notion d'*intuitus personae*

- a) une difficulté déjà rencontrée dans le cadre du décès d'une personne physique
- b) une difficulté particulière dans le cas d'une fusion entre personnes morales

2) la multiplicité du problème : une véritable profusion de cas situations de fusions mettant en jeu un cautionnement

- a) les nombreuses facettes du problème
- b) les facettes du problème qui suscitent peu de contentieux : les hypothèses de confusion

PREMIERE PARTIE : UN DROIT POSITIF EN EVOLUTION

I) L'articulation du droit positif : la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture

A) Les aménagements relatifs à l'obligation de règlement

1. Définition et maintien de l'obligation de règlement en cas de fusion.
2. Domaine d'application de l'obligation de règlement.
3. Date de naissance des créances : les aménagements jurisprudentiels.

B) Les bouleversements relatifs à l'obligation de couverture

4. Définition et domaine.
5. L'extinction controversée de l'obligation de couverture en cas de fusion concernant la caution.
6. L'extinction confirmée de l'obligation de couverture en cas de fusion concernant le débiteur.

7. Le bouleversement du 8 novembre 2005 : le maintien de l'obligation de couverture en cas de fusion concernant le créancier.

- 1) une solution antérieure critiquée
- 2) l'arrêt du 8 novembre 2005, un véritable revirement ?
- 3) un accueil favorable au revirement

8. Le projet de réforme des sûretés.

II) Les correctifs à l'application de la distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture

A) Le correctif de la volonté des parties

9. La possibilité de stipulations contraires.

- 1) le rapport de force
- 2) les caractéristiques du consentement
- 3) les caractéristiques des stipulations

10. La faculté de résiliation unilatérale.

- 1) le domaine : les cautionnements à durée indéterminée
- 2) les effets limités de la résiliation :
- 3) des aménagements conventionnels possibles

11. l'inefficacité des clauses de rétroactivité appliquées au cautionnement

B) Le correctif de la fraude

12. Définition et éléments constitutifs

13. L'élément constitutif de l'intention frauduleuse, un élément contesté.

- 1) utilisation de la technique du faisceau d'indices
- 2) les contestations relatives à la condition de l'intention frauduleuse

14. La sanction de la fraude.

15. Un correctif proche de celui de la fraude, le correctif de l'abus de droit

DEUXIEME PARTIE : UN DROIT POSITIF A PRECISER

I) La nécessité d'une clarification du droit positif

A) L'utilité d'une clarification des aménagements relatifs à l'obligation de règlement

16. L'étendue de l'obligation de règlement, une difficulté ancienne

17. Une difficulté partiellement résolue dans le deuxième arrêt du 8 novembre 2005.

18. La difficulté théorique de la datation des créances issues de contrats à exécution successive.

19. Les distinctions envisageables au sein de la catégorie des contrats successifs quant à la détermination de la date de naissance des créances.

1) une approche *in concreto* de la datation des créances en fonction de la branche du droit concernée ?

2) les différents contrats successifs pouvant donner lieu à des dates de naissance de créances différentes

20. La portée probable de l'arrêt *SCI du 75 Champs Elysées* du 8 novembre 2005.

1) l'enjeu primordial de l'arrêt du 8 novembre 2005

2) la question de l'extension de la solution aux contrats successifs à durée indéterminées : de réelles incertitudes.

3) la question de l'extension de la solution aux contrats bancaires dont l'étendue de l'engagement est indéterminée : des doutes plus limités

B) Le besoin d'une clarification des bouleversements relatifs à l'obligation de couverture

21. Le véritable besoin d'une clarification.

22. La portée du premier arrêt du 8 novembre 2005

1) une extension à tout contrat principal ?

2) une extension à toute restructuration impliquant une transmission universelle de patrimoine ?

23. L'incidence du premier arrêt du 8 novembre 2005

24. Le cautionnement réel et les arrêts du 8 novembre 2005

II) L'opportunité d'une adaptation du droit positif

A) L'opportunité d'un « recentrage » du droit positif sur la notion d'*intuitus personae*

25. L'*intuitus personae*, fondement du droit positif du sort du cautionnement en cas de fusion.

- 1) les différents fondements du droit positif envisageables :
- 2) définition du seul fondement retenu, la notion d'*intuitus personae* :

26. L'approche *in concreto*, seule alternative pour un véritable « recentrage » sur la notion d'*intuitus personae*

- 1) les préalables nécessaires d'une identification de l'*intuitus personae* et du constat de sa remise en cause
- 2) les failles d'un droit positif encore trop superficiel

27. La nécessité de l'abandon du critère de la perte de personnalité juridique.

- 1) définition : un critère inadapté
- 2) les cas où l'*intuitus personae* n'est pas affecté malgré la disparition de la personnalité morale de la société
- 3) les cas où l'*intuitus personae* est affecté malgré la persistance de la personnalité juridique de la société.

28. L'utilité d'adapter un droit positif encore trop manichéen sur la question de la considération de la personne du créancier par la caution.

- 1) l'*intuitus personae* n'exclut pas en théorie la considération du créancier par la caution
- 2) l'*intuitus personae* n'exclut pas en pratique la considération du créancier par la caution

29. L'opportunité d'affiner l'analyse jurisprudentielle en fonction du cautionnement ou de la restructuration en cause.

B) Les instruments d'un « recentrage » du droit positif sur la notion d'*intuitus personae*

1- une remise en cause du droit positif en faveur d'une approche *in concreto* « généralisée »

30. L'enjeu d'un droit positif plus équilibré.

31. L'étendue de la remise en cause du droit positif proposée

32. Le domaine de la remise en cause du droit positif proposée

33. L'opportunité contestable d'une approche *in concreto* « généralisée ».

2- une adaptation du droit positif par le biais de solutions de compromis

34. Définition

35. La possibilité de transformer les règles de droit positif en présomptions simples

1) une alternative qui rétablit le sens de l'*intuitus personae*

2) une alternative qui rétablit la cohérence de l'*intuitus personae*

36. La possibilité d'instaurer des « exceptions d'*intuitus personae* ».

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- A.CHARVERIAT, A. COURET, *Sociétés Commerciales*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2006, p.1254, § 26844, p.1262, § 26916
- J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé », *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 56-57
- *Le crédit et ses garanties*, Editions du Juris-Classeur, p.89, 229, 230
- D.LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, p.175, n°221
- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés - La publicité foncière*, PRECIS DALLOZ, p.219, n°255
- F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil Les obligations*, Précis Dalloz, 2003
- *Lamy sociétés commerciales*, Editions Lamy, 2006
- H. LE NABASQUE, *Mélanges AEDBF-France*, Fusion de banques et garanties, 1^{er} juillet 2001, p.233

THESES

- M.- L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine* p. 293, n°456, p. 294, n°458
- C. MOULY, *L'extinction du cautionnement*, Lib.techn.1979, n°325-
- L. AYNES, *La cession de contrat*, Economica, 1984, n°216

JURISPRUDENCE

- Cass. Com., 10 juin 1963, *Recueil Dalloz Sirey*, 1968, p.116, Note C. LOMBOIS
- Cass. Com., 7 novembre 1966, *Bulletin civil IV*, n° 421
- Cass. Com., 29 juin 1982, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p.360, Note de C. MOULY ; *Bulletin Civil IV*, n°258, *Dalloz*, 1983, p.360, Note C. MOULY
- Cass. Com., 22 janvier 1985, *JCP*, Ed.G, 1986, II, n°20591, Note P. SIMLER
- Cass. Com., 20 janvier 1987, *Revue des Sociétés*, 1987, p.397, Note O. BARRET ; *JCP G* 1987, II, 20844, note M. GERMAIN
- Cass. Com., 10 octobre 1995, *Bulletin Joly Sociétés*, décembre 1995, Note M.-L. COQUELET, « Fraude de la caution et inopposabilité de la fusion »
- Cass. Com., 4 février 1997, *Bulletin Joly Sociétés*, 1997, p.448, § 183, note M.-L. COQUELET

- Cass. Com., 15 mars 1997, *Bulletin Joly Sociétés*, juillet 1997, Note M.-L. COQUELET, « L'incidence de la fusion sur l'étendue de l'obligation de garantie d'un cautionnement de dettes présentes »
- Cass. Com., 23 mars 1999, *JCPE 1999*, p.1012, note A. COURET
- Cass. Com., 10 janvier 2001, *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2001, Note N. MORELLI « Cautionnement et scission du débiteur »
- Cass.com., 19 novembre 2002, *Bulletin civil IV*, n° 175, D. 2002, Act. p.3344 ; *JCP G 2003*, 1, 134, n° 2, observations CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; *Banque et dr. 2002*, n° 87, p.45, observation M. STORCK
- Cass. Com., 21 janvier 2003, *Petites Affiches*, 17 septembre 2004, n°187, p.8, Note O. TAFANELLI, « Maintien du cautionnement souscrit par le dirigeant d'une société absorbée : confirmation d'une jurisprudence ambiguë » ; *Petites Affiches*, 23 septembre 2004, n°191, p.8, Note D. POHE « La distinction obligation de règlement/obligation de couverture et la fusion-absorption
- Cass. Com., 28 septembre 2004, *Bulletin Joly Sociétés*, novembre 2004, Note M.-L. COQUELET « Le sort du cautionnement d'une ouverture de crédit en cas de fusion »
- Cass.com., 8 novembre 2005, *JCP/La semaine Juridique –Edition Générale*, n°49, 7 décembre 2005, p.2264, Note de D. HOUTCIEFF « Le sort du cautionnement garantissant le bail en cas de fusion absorption de la société créancière ou débitrice » ; *Gazette du Palais*, 31 décembre 2005, Note de N. MORELLI « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : révolution et évolution du 8 novembre 2005 » ; *Recueil Dalloz*, 2005, n°41, p.2876, Observations d'A. LIENHARD ; *JCP/La Semaine Juridique -Edition Entreprise et Affaires*, n°1, 5 janvier 2006, p.15, note D. LEGEAIS ; Chronique de droit des sûretés, *Banque § Droit*, n°105, janvier-février 2006, p.52, Note de N. RONTCHEVSKY et F. JACOB ; *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2006 n°3, p.345, note de P. LE CANU, « Cautions et fusions : l'aubaine se fait plus rare » ;

ARTICLES

- N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusions », *Bulletin Joly Sociétés*, Juillet 2004, p.933, p.933
- G. DAMY, « Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine », *Droit & Patrimoine*, n°129, Septembre 2004, p.46
- X. JASPAR, N. METAIS, « Les limites à la transmission du patrimoine : les contras *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 mai 1998 n°5, p.447

- L. AYNES et P. DUPICHOT, « 2005 : les sûretés entre droits positif et prospectif », *Droit § Patrimoine*, n°145, février 2006, p.122
- D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* : Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier/mars 2003, p.3
- A. PRÜM, « Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », *Revue bimestrielle LexisNexis JurisClasseur- Revue de Droit bancaire et Financier*, Janvier-février 2006, p.1
- E. PUTMAN, « Rapport Introductif », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.3
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.11
- L. AYNES, « Rapport de synthèse », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.61
- M. BEHAT-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *Petites Affiches*, 9 novembre 2004, n°224, p.41