

28 février 2018 - Chambre commerciale, financière et économique - 16-18.692

Président : M. Rémerly

Rapporteur : Mme Robert-Nicoud

Avocat général : M. Le Mesle

Avocat : Me Balat - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer

1. FUSION DE SOCIÉTÉS - CAUTIONNEMENT - CAUTIONNEMENT POUR TOUTES SOMMES - DETTES DE LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE

2. FUSION DE SOCIÉTÉS - CAUTIONNEMENT - OBLIGATION D'INFORMATION DU CRÉANCIER (NON)

*1. La transmission universelle du patrimoine qui résulte de la fusion de deux sociétés porte également sur l'ensemble du passif des sociétés absorbées. Les dettes souscrites par les sociétés absorbées antérieurement à la fusion peuvent ainsi constituer, au regard de l'acte de cautionnement conclu entre la société absorbante et la caution omnibus, des dettes garanties.*

*2. La banque n'a pas l'obligation d'informer la caution qui s'est engagée à garantir l'ensemble des engagements d'une société à son égard, des effets qu'emporte la fusion de cette société.*

1. FUSIE VAN VENNOOTSCHAPPEN - BORGTOCHT - BORGTOCHT VOOR ALLE SOMMEN - SCHULDEN VAN DE OVERGENOMEN VENNOOTSCHAP

2. FUSIE VAN VENNOOTSCHAPPEN - BORGTOCHT - INFORMATIEPLICHT VAN DE SCHULDEISER (NEE)

*1. De overdracht onder algemene titel van het vermogen die volgt uit de fusie van twee vennootschappen betreft ook alle passiva van de overgenomen vennootschappen. De schulden van de overgenomen vennootschappen aangegaan vóór de fusie kunnen dus, gelet op de borgtochtakte tussen de overnemende vennootschap en de borg voor alle sommen, gewaarborgde schulden uitmaken.*

*2. De bank heeft geen informatieplicht tegenover de borg die zich ertoe verbonden heeft om een geheel van schulden van een vennootschap ten aanzien van haar te waarborgen, over de gevolgen van de fusie van die vennootschap.*

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 mars 2016), que, le 10 juillet 2009, la Société générale (la banque) a conclu avec la société Réaction graphique une convention, modifiée par avenant du 29 juillet 2009, de compte courant et lui a consenti une ouverture de crédit de 57.000 euros, ainsi qu'une ligne d'escompte dans la limite de 60.000 euros; que Philippe, cogérant de la société Réaction graphique, s'est rendu caution solidaire de l'ensemble des engagements de la société à hauteur de la somme de 74.100 euros pour une durée de 10 ans; qu'en juillet 2012, la société Réaction graphique a absorbé la société B'Com 26, qui bénéficiait de trois crédits consentis par la banque en mars, mai et juillet 2011, et la société Camhi éditions, qui bénéficiait de deux crédits consentis par la banque en mai et juillet 2011; que, par lettre du 16 novembre 2012, la banque s'est prévaluée de l'exigibilité anticipée de ces crédits en raison de la dissolution des sociétés B'Com 26 et Camhi éditions; que, le 3 janvier 2013, la banque a clôturé le compte de la société Réaction graphique, laquelle a été mise en liquidation judiciaire le 13 février 2013; que la banque ayant assigné Philippe en paiement, celui-ci a recherché sa responsabilité pour manquement à son devoir de mise en garde et, contestant être tenu de garantir les concours accordés à d'autres sociétés avant leur absorption par la société débitrice, a demandé que son obligation soit limitée au montant du découvert bancaire;

## Sur le premier moyen

Attendu que Philippe fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la banque la somme de 74.100 euros, avec intérêts au taux légal à compter du 7 mars 2013 et capitalisation des intérêts, alors, selon le moyen, que le cautionnement ne se présume pas et ne peut s'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté; que le cautionnement de dettes futures ne peut valoir que pour des dettes consenties par le débiteur clairement identifié dans l'acte de cautionnement et non pour des dettes consenties par des entités tierces, ultérieurement absorbées par le débiteur identifié au jour de l'engagement de la caution; que dans ses écritures d'appel Philippe faisait valoir qu'il s'était engagé à garantir les dettes de la société Réaction graphique auprès de la banque, ce qu'a du reste expressément constaté la cour d'appel, mais non à garantir les dettes contractées auprès de cette banque par les sociétés B'Com 26 et Cambi éditions, non visées dans l'acte de cautionnement litigieux; qu'en jugeant que Philippe était tenu des dettes contractées par les sociétés B'Com 26 et Cambi éditions auprès de la banque,

*avant leur absorption par la société Réaction graphique, survenue le 24 juillet 2012, au motif que Philippe s'était porté caution "de l'ensemble des engagements de la société Réaction graphique présents ou futurs", de sorte qu'il était "mal fondé à contester les créances de la banque à l'encontre de la société Réaction graphique résultant des crédits octroyés en 2011 aux sociétés B'Com 26 et Cambi éditions", la cour d'appel a étendu le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il avait été contracté et a violé les articles 1129 et 2292 du code civil;*

Mais attendu qu'après avoir relevé que Philippe s'était rendu caution de l'ensemble des engagements, présents ou futurs, de la société Réaction graphique à l'égard de la banque dans la limite de 74.100 euros et pour une durée de 10 ans, l'arrêt retient exactement qu'il est mal fondé à contester être tenu des créances de la banque sur la société Réaction graphique résultant des crédits octroyés en 2011 aux sociétés B'Com 26 et Camhi éditions, qu'elle a absorbées en juillet 2012 et dont la dissolution sans liquidation a entraîné la transmission universelle de leur patrimoine à la société Réaction graphique; que le moyen n'est pas fondé;

## Et sur le second moyen

Attendu que Philippe fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, que la banque a vis-à-vis de la caution une obligation de mise en garde et d'information; qu'en jugeant que la banque n'avait commis aucun manquement à ce titre en n'informant pas la caution des conséquences pour elle de la transmission universelle de patrimoine résultant de l'absorption des sociétés B'Com 26 et Camhi éditions par la société Réaction graphique, débitrice principale, au motif que la banque n'avait "aucune obligation à cet égard", la cour d'appel a méconnu la portée des obligations de la banque et a violé l'article 1147 du code civil;

Mais attendu que l'arrêt énonce exactement que la banque n'a pas l'obligation d'informer la caution, qui s'est engagée à garantir l'ensemble des engagements d'une société à son égard, des conséquences de la transmission universelle des patrimoines d'autres sociétés à la société garantie qui les a absorbées; que le moyen n'est pas fondé;

**Par ces motifs :**

Rejette le pourvoi;

## Note

### Fusion de sociétés et cautionnement

**1. Introduction.** Le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante (ou des sociétés qui fusionnent à la société nouvelle) est énoncé en Belgique à l'article 682, 3° du Code des sociétés. Il constitue une caractéristique essentielle de la fusion<sup>(1)</sup> (2). La transmission universelle conduit à un transfert automatique (de plein droit et sans formalités)<sup>(3)</sup> de tous les éléments d'actif et de passif, à savoir notamment l'ensemble des créances, des dettes, des contrats en cours et de tous les autres éléments du patrimoine (autorisations administratives, avantages fiscaux, etc.) ainsi que les sûretés y attachées<sup>(4)</sup>. Le sort des sûretés personnelles, dont l'exemple classique est la caution, n'est toutefois pas sans poser de difficultés. L'une d'entre elles est illustrée par l'arrêt rendu le 28 février 2018 par la Cour de cassation française. Celui-ci est l'occasion d'examiner en droit belge une question qui demeure, dans certaines hypothèses, controversée<sup>(5)</sup>.

**2. Plan.** Dans un premier temps, nous reviendrons sur l'arrêt du 28 février 2018 rendu par la chambre

1. G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, "Les fusions et scissions de sociétés commerciales", *R.P.S.*, 1993, p. 206; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuld-vorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer*?, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 882; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 128; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge (De Page)*, Tome 2 : *Les obligations*, Vol. III, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1983.
2. Le principe était toutefois déjà consacré en doctrine et en jurisprudence (voy. notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 749). Le législateur européen avait également retenu ce principe (voy. troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g) du Traité et concernant les fusions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, n° L295/36 du 20 octobre 1978; le Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne et la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, n° L310/1 du 25 novembre 2005).
3. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge (De Page)*, Tome 2 : *Les obligations*, Vol. III, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1986.
4. D. PHILIPPE et D.E. PHILIPPE, "Transmission universelle ou à titre universel", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, livre VI.2.3, p. 2; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 130.
5. La sort de la caution en cas de fusion peut être aménagé contractuellement. Cette hypothèse ne sera toutefois pas analysée dans le cadre de la présente contribution.



commerciale de la Cour de cassation française (1). Nous aborderons ensuite, sous le prisme du droit belge, le danger que peut présenter un cautionnement *omnibus* lorsque survient une fusion (2). Enfin, nous examinerons successivement l'influence, sur la caution, de la fusion qui implique la société créancière (3) ainsi que la société débitrice (4), avant de nous pencher sur le cas plus particulier de la fusion qui concerne la société qui s'est engagée à titre de caution (5).

## 1. L'arrêt du 28 février 2018 de la Cour de cassation française

**3. Faits à l'origine du litige.** Dans l'affaire qui donna lieu à l'arrêt annoté de la Cour de cassation française, le gérant de la société R.G. s'était engagé, en qualité de caution solidaire, à garantir à l'égard de la banque l'ensemble des engagements de cette société R.G. à hauteur d'un montant plafonné de 74.100 euros et pour une durée de 10 ans. Quelques années plus tard, la société R.G. décide d'absorber les sociétés B.C. et C.E., lesquelles sont également débitrices de montants à l'égard de ladite banque. Suite à la mise en liquidation judiciaire de la société R.G., la banque assigne la caution et lui réclame la somme de 74.100 euros, à majorer des intérêts.

Le gérant conteste être tenu de garantir les engagements souscrits antérieurement à la fusion par les sociétés absorbées au motif que le cautionnement ne se présume pas. Il met également en cause la responsabilité de la banque en arguant d'un manquement à son devoir de mise en garde.

**4. Arrêt de la cour d'appel de Paris.** Dans son arrêt du 18 mars 2016, la cour d'appel de Paris réfute ces arguments et fait droit à la demande de la banque.

Pour la cour d'appel, le fait que le gérant s'est porté caution de l'ensemble des engagements présents ou futurs de la société R.G. a pour conséquence qu'il est également tenu des engagements souscrits auprès de la banque par les sociétés que le débiteur principal - la société R.G. - a absorbées.

La cour d'appel ajoute que le créancier, en l'espèce la banque, n'avait, dans le cadre de la fusion, aucune obligation de mise en garde et d'information de la caution qui s'engageait à son égard à garantir l'ensemble des engagements du débiteur.

**5. Pourvoi en cassation.** Un pourvoi en cassation est introduit par le gérant à l'encontre de la décision de la cour d'appel de Paris. Le premier moyen est pris de la violation des articles 1129 et 2292 du Code civil. Le demandeur en cassation reproche à la cour d'appel d'avoir étendu le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il avait été contracté. Il considère que seules les dettes visées dans l'acte de cautionnement sont garanties, à l'exclusion de celles contractées par les sociétés B.C. et C.E. avant la fusion.

Le second moyen fait grief à la cour d'appel d'avoir méconnu la portée des obligations de la banque en violation de l'article 1147 du Code civil. Selon le demandeur en cassation, il incombait au créancier (la banque) d'informer la caution des conséquences de la fusion.

**6. Décision de la Cour de cassation.** Par son arrêt du 28 février 2018, la Cour de cassation française rejette le pourvoi.

Pour la Cour, dès lors que la transmission universelle du patrimoine qui résulte de la fusion porte également sur l'ensemble du passif des sociétés absorbées, les dettes souscrites par ces dernières antérieurement à la fusion constituent, au regard de l'acte de cautionnement, des dettes garanties.

Par ailleurs, la Cour avalise la position de la cour d'appel selon laquelle la banque n'a pas l'obligation d'informer la caution, qui s'est engagée à garantir l'ensemble des engagements d'une société, des effets qu'emporte la fusion.

## 2. Les sûretés personnelles<sup>(6)</sup> *omnibus* et les fusions de sociétés : position du problème

**7. Cas particulier de la caution *omnibus*.** En droit belge, on admet depuis plusieurs décennies que le cautionnement peut porter sur une dette future mais également, sur toutes sommes dues par le débiteur principal (cautionnement *omnibus*)<sup>(7)</sup>.

L'arrêt célèbre du 28 mars 1974<sup>(8)</sup> - dénommé arrêt "Mengal" - a ensuite étendu la solution au gage sur fonds de commerce, avant que cet enseignement ne soit élargi à l'ensemble des sûretés conventionnelles<sup>(9)</sup>.

6. Nous aborderons plus particulièrement dans ce commentaire le cas du cautionnement qui constitue l'exemple classique de sûreté personnelle.

7. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 370, n° 744, qui renvoie à Cass., 13 janvier 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 17; Cass., 17 novembre 1954, *Pas.*, 1955, I, p. 244; Cass., 25 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1074; Cass., 27 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1631.

8. Cass., 28 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 776.

9. M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 63.

Selon l'enseignement de la Cour, ces sûretés sont valides, au regard de l'article 1130, alinéa 1er du Code civil, pour autant que les créances futures garanties soient déterminées ou déterminables au moment de la constitution de la sûreté. L'arrêt précité ajoute que "les créances futures ont un caractère suffisamment déterminé ou déterminable si la convention constituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie".

La licéité du cautionnement ne prête ainsi pas à discussion si les dettes sont déterminables. Le cautionnement pour toutes sommes présente donc un certain danger pour la caution dès lors qu'il importe peu que les dettes soient inconnues de la caution lors de son engagement<sup>10</sup>. La menace est d'autant plus grande lorsqu'intervient, au cours du cautionnement, une opération de fusion. La transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante implique en effet un transfert des volets actif et passif de la société, en ce compris les accessoires y attachés.

**8. Obligation de couverture et obligation de règlement.** La doctrine française a développé, en matière de cautionnement de dettes futures, la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement. Comme le souligne F. T'Kint, une ligne de démarcation est opérée entre, d'une part, l'obligation de couverture qui est immédiate et naît avec le cautionnement mais reste théorique et virtuelle et, d'autre part, l'obligation de règlement, qui naît en même temps que l'obligation garantie et revêt un caractère contraignant<sup>11</sup>. Tandis que la seconde est commune à tous les cautionnements, la première ne vise que le cautionnement de dettes futures. Nous verrons que la question de la subsistance de l'obligation de couverture de la caution suite à la fusion de deux sociétés demeure souvent controversée.

**9. Multiplicité des hypothèses.** Derrière la question du sort, en cas de fusion, des sûretés personnelles *omnibus* - et, plus classiquement, de la caution - se cachent en réalité de nombreuses hypothèses.

On peut, tout d'abord, analyser la transmission universelle du patrimoine sous son volet actif et s'intéresser au sort des cautions qui s'attachent aux créances transférées (point 3). Ensuite, sous l'angle passif, se pose la question du sort des cautions qui

garantissent les dettes transférées (point 4). Enfin, la fusion peut encore impliquer la société caution elle-même (point 5).

### 3. Le sort de la caution *omnibus* en cas de fusion de la société créancière

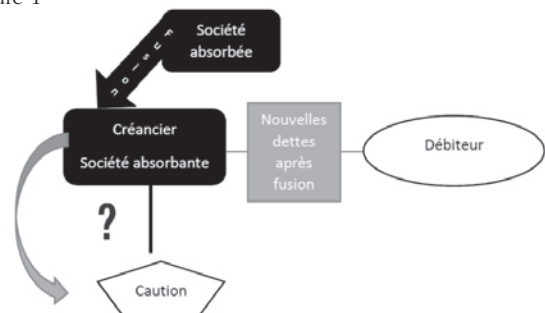
**10. Contextualisation.** Notre regard se pose, dans un premier temps, sur le sort de la caution qui s'est engagée à garantir les dettes d'un tiers débiteur à l'égard d'une société impliquée dans la fusion.

Le rôle du créancier de l'obligation garantie par une caution *omnibus* peut très bien être endossé soit par la société absorbante, soit par la société absorbée.

Tandis que la première hypothèse ne pose guère de difficulté, la seconde demeure plus délicate.

**11. Première hypothèse : la société absorbante, bénéficiaire de la caution (figure 1).** Lorsque c'est la société absorbante qui est bénéficiaire de la caution *omnibus*, le maintien de la caution en cas de fusion ne prête pas à discussion. La société absorbante n'est pas affectée dans son existence et conserve sa personnalité. La caution pour toutes sommes reste donc tenue de garantir, malgré la survenance de la fusion, toutes les dettes du tiers débiteur principal tant antérieures que postérieures à la fusion. On relèvera aussi que la fusion de la société bénéficiaire de la caution n'implique aucune modification du patrimoine du débiteur ni des obligations cautionnées.

Figure 1



**12. Seconde hypothèse : la société absorbée, bénéficiaire de la caution (figure 2).** Quid lorsque la caution *omnibus* a été constituée au bénéfice, initialement, non plus de la société absorbante, mais de la société absorbée<sup>12</sup> ? La société absorbante peut-

10. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 371, n° 745.

11. *Ibidem*, p. 371, n° 746.

12. T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 288; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, p. 347-348; D. PHILIPPE et D.E. PHILIPPE, "Transmission universelle ou à titre universel", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, livre VI.2.3., p. 4.



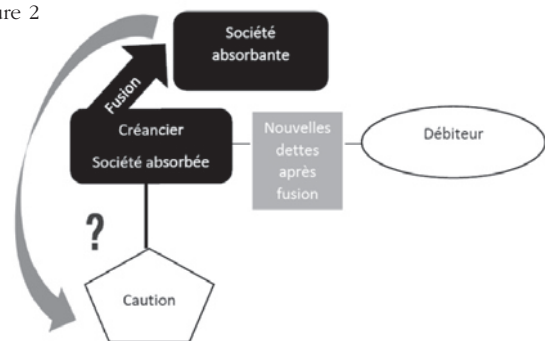
elle en invoquer le bénéfice ? On enseigne que la société absorbante hérite de la créance garantie par la caution, tandis que la caution demeure tenue<sup>(13)</sup>. Conformément à l'article 1692 du Code civil<sup>(14)</sup>, les accessoires de la créance sont transmis à la société absorbante<sup>(15)</sup>, qui pourra, dès lors, faire appel aux sûretés réelles et personnelles qui garantissent la créance.

Le principe est-il transposable aux cautionnements *omnibus* ou, au contraire, doit-on considérer que la caution sera déchargée à l'égard de la société absorbante pour les dettes contractées par le débiteur après fusion ? En d'autres termes, même si l'obligation de règlement subsiste, l'obligation de couverture est-elle maintenue ou prend-elle fin ?

En Belgique, on considère que tant l'obligation de règlement que l'obligation de couverture subsistent<sup>(16)</sup>. Les sûretés personnelles qui garantissent les créances de la société absorbée sont transmises à la société absorbante à titre d'accessoires<sup>(17)</sup>. Il reste toutefois possible, pour la caution engagée pour toutes sommes et à durée indéterminée, de résilier la convention de cautionnement<sup>(18)</sup>.

En France, la solution diffère sensiblement. Vu la disparition de la société créancière suite à la fusion, la caution est déchargée des dettes nées postérieurement à la fusion<sup>(19)</sup>. Seule l'obligation de règlement subsiste. Malgré certaines hésitations nées de l'arrêt *Selectibail* du 8 novembre 2005<sup>(20)</sup>, la Cour de cassation a réaffirmé le principe à maintes reprises : l'obligation de la caution n'est maintenue pour les dettes postérieures qu'en cas de manifestation expresse de la caution de s'engager<sup>(21)</sup>. La disparition de la personne morale est assimilée au décès du créancier personne physique<sup>(22)</sup>.

Figure 2



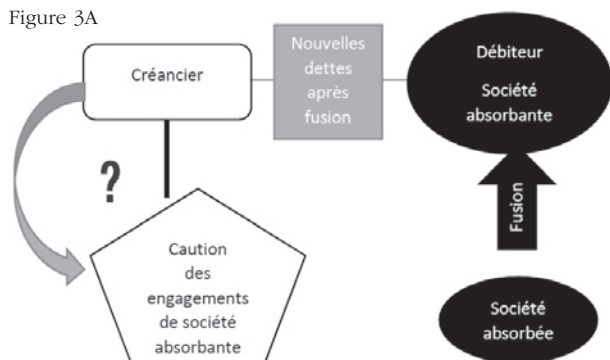
13. F. T'KINT et I. CORBISIER, "La transmission des contrats et la protection des créanciers", *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 210.
14. L'article 1692 dispose : "La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque". Voy., sur cet article, A. CHRISTIAENS, "Art. 1692 B.W.", in X. *Bijzondere overeenkomsten, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, p. 11. L'auteur revient notamment sur la controverse relative à l'obligation, pour le cessionnaire, d'avertir la sûreté personnelle de la cession conformément à l'article 1690. La question fait en effet débat en doctrine.
15. T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 287.
16. T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 288; F. T'KINT et I. CORBISIER, "La transmission des contrats et la protection des créanciers", *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 211-212; E. DIRIX, "Fusies en zekerheden", *T. Not.*, 1998, p. 362; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, p. 347; D. PHILIPPE et D.E. PHILIPPE, "Transmission universelle ou à titre universel", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, livre VI.2.3, p. 5; F. PARREIN, "De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden", note sous Gand, 10 avril 2006, *TRV*, 2007, p. 67-68; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht, een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 339. Voy. contra, P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 446-447.
17. G.-A. DAL et M. VAN DEN ABBEELE, "Les fusions et scissions de sociétés commerciales", *R.P.S.*, 1993, p. 243; A. LIMPENS, "Le cautionnement de dettes futures donnera-t-il naissance en droit belge à une obligation de couverture ?", note sous Mons, 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, p. 161; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht, een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 339-340. Voy. aussi Gand, 25 janvier 2001, *TRV*, 2014, p. 244, note M. WAUTERS (apport d'universalité). Voy., pour un exemple de cas où il fut, par contre, jugé qu'une sûreté pour toutes sommes ne garantissait pas la créance du repreneur suite à la fusion, Gand, 10 avril 2006, *TRV*, 2006, p. 235.
18. D. PHILIPPE et D.E. PHILIPPE, "Transmission universelle ou à titre universel", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, livre VI.2.3, p. 5.
19. F. COLONNA D'ISTRIA, "La vulnérabilité du cautionnement face à la fusion-absorption de la société créancière", *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 563.
20. Cass. fr. com., 8 novembre 2005, *Selectibail*, *Bull. civ.* IV, n° 218, p. 234. À l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation décide, en présence d'une fusion-absorption du créancier d'une dette de loyers résultant d'un crédit-bail, que cette fusion ne libère pas la caution de ses engagements. Ce prétendu revirement fut toutefois critiqué au motif que la caution portait non sur une dette future mais sur une dette présente. La distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement n'avait dès lors pas lieu d'être faute de cautionnement de dettes futures (voy. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, Paris, IRJS, 2010, n° 99 avec les références citées).
21. Voy. Cass. fr. com., 20 janvier 1987, n° 85-14035, *Bull. civ.*, IV, n° 20, *JCP G*, 1987.II.20844 note M. GERMAIN; Cass. fr. com., 25 mars 1997, n° 95-12018, inédit, *D.*, 1998 somm., p. 183, obs. J.-C. HALLOUIN, *Dr. sociétés*, 1997, comm. n° 91, note T. BONNEAU; Cass. fr. com., 17 juillet 2001, n° 98-15382, *Bull. civ.*, IV, n° 139; Cass. fr. com., 21 janvier 2003, n° 97-13027, *Bull. civ.*, IV, n° 9; Cass. fr. civ., 28 septembre 2004 n° 03-10810, *Bull. civ.*, I, n° 214; Cass. fr. com., 30 juin 2009, n° 0810719, inédit, *D.*, 2009.2163, obs. A. LIENHARD; Cass. fr. com., 26 mai 2010, n° 09-15367, inédit, *Rev. sociétés*, 2010.302, obs. A. LIENHARD et Cass. fr. com., 16 septembre 2014, n° 13-17779, *D.*, 2014.1873 cités par P.-E. AUDIT, *La "naissance" des créances*, Paris, Dalloz, 2015, p. 396-398. Voy. encore Cass. fr. com., 13 sept. 2011, n° 10-21.370, *BRDA*, 2011, n° 18, inf. 1, *RLDA*, 2011/65, n° 3695, *Rev. sociétés*, 2012, p. 500, note J.-F. BARBIÈRE; Cass. fr. com., 19 févr. 2013, n° 11-27.666, *JCP E*, 2013, 1175, *LPA*, 2013, n° 128, p. 7, note N. MORELLI; Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-17.779, *JCP G*, 2014, 1045, *D.*, 2014, p. 1873, *Rev. sociétés*, 2015, p. 231, note F. TEFFO, *RTD civ.* 2014, p. 892, obs. H. BARBIER, *RTD com.*, 2014, p. 841, obs. D. LEGEAIS cités par LE LAMY, *Sociétés commerciales*, Paris, Kluwer, 2017, n° 1947, point B.
22. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, p. 347, n° 658.

#### 4. Le sort de la caution *omnibus* en cas de fusion de la société débitrice

**13. Contextualisation.** Lorsque c'est la société débitrice qui fusionne, la question se pose dans des termes identiques. La caution *omnibus* consentie pour garantir les dettes de la société absorbée ou absorbante au profit de ses créanciers subsiste-t-elle malgré la fusion ? Doit-on tracer une ligne de démarcation entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture ? On distingue généralement selon que le débiteur de l'obligation garantie est la société absorbante ou la société absorbée<sup>(23)</sup>.

**14. Première hypothèse : société absorbante, débitrice de l'obligation garantie (figures 3A et 3B).** Si c'est la société absorbante qui est débitrice de l'obligation garantie, elle conserve, malgré la fusion, son existence. Son patrimoine est donc intact, tandis que celui de la société absorbée lui est transmis. On considère dès lors que la sûreté personnelle pour toutes sommes n'est pas libérée de ses obligations<sup>(24)</sup>. Elle sera tenue de garantir les nouvelles dettes de la société absorbante à l'égard du créancier (figure 3A).

Figure 3A



La Cour de cassation est toutefois venue récemment nuancer ce principe. À l'occasion de son arrêt du 19 mai 2016<sup>(25)</sup>, la Cour censure l'arrêt de la cour d'ap-

pel d'Anvers du 20 avril 2015<sup>(26)</sup>, qui avait décidé, en présence d'une société absorbante débitrice de l'obligation garantie par une caution pour toutes sommes, que "De borgtocht voor actuele en toekomstige schulden blijft dan ook zowel de bestaande als de toekomstige schulden waarborgen, tenzij de borg zijn borgstelling voor de toekomst opzegt" et "De latere fusie van de hoofdschuldenaar, door opsorping van andere vennootschappen, heeft niet voor gevolg dat de borgtocht onbepaalbaar wordt". La Cour suprême se fonde sur l'article 2015 du Code civil, qui prévoit que le cautionnement doit être exprès et ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Partant, "le cautionnement doit être interprété de manière restrictive en ce sens que la caution ne peut être considérée comme voulant s'engager qu'en vue de garantir les engagements qu'elle peut raisonnablement prévoir lors de la conclusion du cautionnement". Le critère de déterminabilité<sup>(27)</sup> des créances est au centre des débats. La Cour casse ainsi l'arrêt attaqué au motif que "les juges d'appel, qui ont considéré que le cautionnement (...) s'étendait à l'ensemble des dettes du débiteur principal à l'égard de la défenderesse, que ces dettes soient nées avant ou après la fusion du débiteur principal par absorption d'autres sociétés, sans examiner si le demandeur pouvait raisonnablement prévoir ce passif lors de la conclusion du contrat de cautionnement, ont violé l'article 2015 du Code civil". La Cour souligne ici toute l'importance d'une appréciation de la situation concrète de la caution sans nécessairement, selon la doctrine, édicter de nouvelles règles absolues<sup>(28)</sup>. On retrouve dans cet arrêt les critères objectif et subjectif dégagés par la doctrine et la jurisprudence relativement à la condition de déterminabilité<sup>(29)</sup> : d'une part, "la convention instituant la sûreté doit permettre de définir les créances à garantir sans qu'un nouvel accord de volontés soit nécessaire" et, d'autre part, "il convient de rechercher s'il résulte des éléments de la cause que ces créances sont effectivement de celles que les parties avaient

23. H. DE WULF, "Borgtocht en fusie : enkele opmerkingen", note sous Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 550; M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling ?", note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 400.
24. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, p. 350; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht, een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 342; F. PARREIN, "De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden", note sous Gand, 10 avril 2006, *TRV*, 2007, p. 68.
25. Cass., 19 mai 2016, *Pas.*, 2016, p. 1134, *R.D.C.*, 2017, p. 394, note M. SERVAIS. Voy., pour un commentaire de cet arrêt, M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling ?", note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 396-406.
26. Anvers, 20 avril 2015, *T.B.O.*, 2015, p. 271.
27. Voy., sur ce critère, M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling ?", note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 398 et s. En jurisprudence, Civ. Bruxelles, 24 janvier 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 84; Cass., 27 octobre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1667, *R.W.*, 2001-2002, p. 24; Liège, 4 octobre 2012, *R.G.D.C.*, 2015, p. 164, note.
28. H. DE WULF, "Borgtocht en fusie : enkele opmerkingen", note sous Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 550.
29. M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling ?", note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 400; H. DE WULF, "Borgtocht en fusie : enkele opmerkingen", note sous Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 550; P. JOISTEN, "Hypothèque pour toutes créances : entre déterminabilité, caducité et nullité", *R.G.D.C.*, 2018, p. 196.

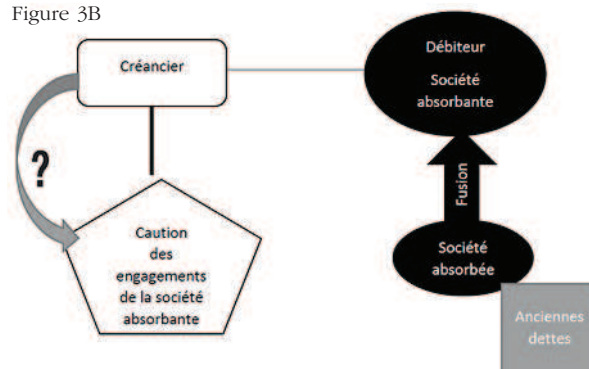


entendu assortir de garantie<sup>(30)</sup>. Le second critère se rattache à l'idée de prévisibilité : il incombe au juge de vérifier si "la créance dont le recouvrement est recherché est bien une de celles que les parties pouvaient raisonnablement envisager comme devant être garanties par la sûreté"<sup>(31) (32)</sup>.

Dans l'arrêt commenté, l'hypothèse envisagée par la Haute juridiction française s'écarte toutefois de celle précitée (**figure 3B**)<sup>(33)</sup>. Les dettes pour lesquelles l'intervention de la caution est sollicitée étaient, en France, celles des sociétés absorbées. La caution invoquait ne pas être tenue des dettes contractées par les sociétés absorbées antérieurement à la fusion auprès du créancier. La Cour balaye cet argument et refuse de censurer l'arrêt qui considère que, en présence d'un cautionnement de l'ensemble des engagements, présents ou futurs, de la société absorbante à l'égard du créancier, la caution est tenue de garantir les engagements souscrits par les sociétés absorbées à l'égard du créancier, lesquels engagements ont été transmis universellement à la société absorbante. La particularité de cette affaire tient au fait que, la personnalité juridique de la société absorbante n'étant pas affectée du fait de la fusion, il n'existait aucune cause d'extinction de l'obligation de couverture. Les dettes antérieures à la fusion contractées par les sociétés absorbées à l'égard du créancier sont donc nées pendant la période de couverture. Elles sont ainsi transmises et garanties par la caution.

La solution aurait vraisemblablement été différente si l'on avait appliqué le critère de déterminabilité - et, plus spécifiquement, l'exigence de prévisibilité - retenu par la Cour de cassation belge sur la base de l'article 2015 du Code civil.

Figure 3B



**15. Seconde hypothèse : société absorbée, débitrice de l'obligation garantie (figure 4).** Dans cette seconde hypothèse, la caution *omnibus*<sup>(34)</sup> garantit les dettes de la société absorbée. Suite à la fusion, cette dernière est dissoute<sup>(35)</sup>. La question de sa libération se pose donc avec plus d'acuité.

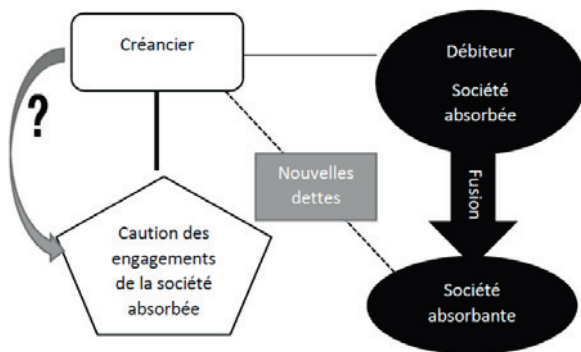
La doctrine belge est divisée sur la question. D'un côté<sup>(36)</sup>, d'aucuns plaident pour la libération de la caution de son obligation de couverture. Cette solution répond au besoin de protection des cautions et nous paraît, dans cette mesure, pouvoir être approuvée. De l'autre<sup>(37)</sup>, on préconise le maintien de la caution dès lors que le patrimoine de la société absorbée n'est pas modifié substantiellement.

La question fut récemment soumise à l'appréciation de la cour d'appel de Bruxelles. Dans son arrêt du 21 juin 2016<sup>(38)</sup>, la cour semble se rallier à la thèse défendue par le premier courant. Elle ancre toutefois sa décision dans les articles 2011, 2013 et 2015 du Code civil. Pour la cour, la caution n'est pas tenue des dettes d'une personne autre que le débiteur pour lequel elle s'est portée caution. La cour décide dès

30. P. JOISTEN, "Hypothèque pour toutes créances : entre déterminabilité, caducité et nullité", *R.G.D.C.*, 2018, p. 196. Voy. aussi M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 62-63 avec la référence citée à la note 137.
31. *Ibidem*, p. 196. Voy. aussi M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?", note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 400.
32. Notons que la Cour de cassation fonde cette condition de déterminabilité sur l'article 2015 du Code civil et non sur les articles 1129 et 1130 du même Code.
33. Voy., sur l'arrêt, P. CROCQ, "Cautionnement omnibus et fusion de sociétés", *RTD civ.*, 2018, p. 458.
34. Le maintien de la sûreté personnelle qui garantit une dette déterminée n'est guère problématique. Elle survit à la fusion. Plus délicate se révèle la question du maintien d'une telle sûreté lorsqu'elle revêt un caractère général (M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?", note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 401).
35. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, p. 351.
36. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 248-249, n° 381; F. PARREIN, "De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden", note sous Gand, 10 avril 2006, *TRV*, 2007, p. 68-69; P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 847. Voy., pour une analyse des solutions en droit comparé, E. DIRIX, "Fusies en zekerheden", *T. Not.*, 1998, p. 361 et s.
37. I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht, een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 344. Voy. l'opinion de T. TILQUIN, qui n'exclut toutefois pas la caducité de l'engagement de couverture de la caution pour l'avenir en cas de bouleversement de l'organisation de l'entreprise à l'occasion d'une fusion (*Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, n° 446, p. 304 et n° 514, p. 345-346). Ce point de vue est reproduit par M. Van Quickenborne (*Borgtocht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, p. 352-353), qui concède toutefois qu'il n'est guère satisfaisant pour la pratique dès lors qu'il crée une insécurité juridique. Voy., de manière moins explicite, A. LIMPENS, "Le cautionnement de dettes futures donnera-t-il naissance en droit belge à une obligation de couverture?", note sous Mons, 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, p. 162.
38. Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 544, note H. DE WULF. L'annotateur de l'arrêt considère que la cour d'appel n'a pas entendu formuler de règle absolue. Un examen concret des faits doit permettre de déterminer si les dettes garanties étaient raisonnablement "voorzienbaar" et si le cautionnement est bien un cautionnement pour toutes sommes.

lors que le cautionnement ne s'étend pas, en l'espèce, aux dettes nouvelles de la société absorbante.

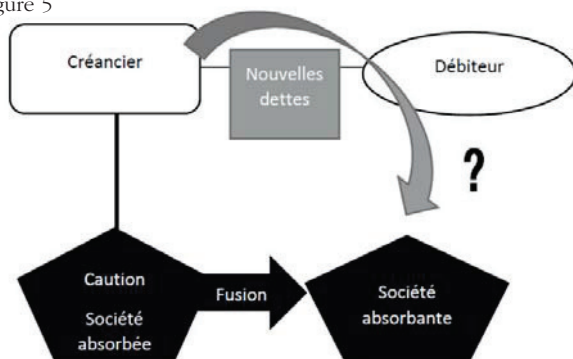
Figure 4



## 5. La fusion de la société-caution

**16. Fusion de la caution, société absorbée (figure 5).** Une autre hypothèse mérite encore l'attention. Il s'agit de celle où la société absorbée n'est plus débitrice des engagements cautionnés, mais cautionne elle-même la dette d'un tiers. Dans ce cas de figure, l'obligation de caution passe à la société absorbante<sup>(39)</sup>. Un consensus se dégage aisément sur la question.

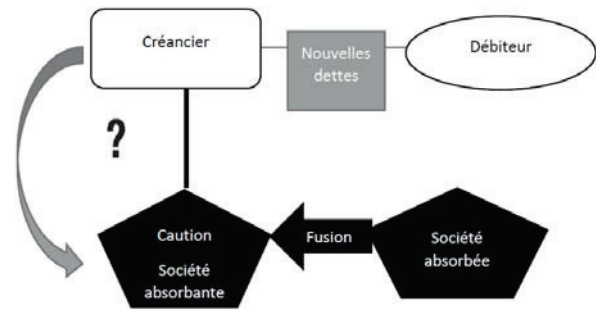
Figure 5



**17. Fusion de la caution, société absorbante (figure 6).** Le sort d'une caution qui absorbe une autre société dans le cadre d'une fusion n'appelle pas de grands développements. La caution, en tant que société absorbante, ne voit pas sa personnalité affectée.

Elle reste tenue, à l'égard du créancier, des dettes du débiteur, que celles-ci soient antérieures ou postérieures à la fusion<sup>(40)</sup>.

Figure 6



**18. Conclusions.** Trancher le sort de la caution *omnibus* en cas de fusion se révèle, en réalité, beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. Un examen plus poussé du sort de la caution met en lumière les nombreuses distinctions qu'il convient d'opérer. Le praticien sera tout d'abord confronté à la finesse de chacun de ces *distinguos*. Ensuite, au sein même de chacune des hypothèses épinglées, le sort de la caution n'appellera pas toujours de réponse univoque. Le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée vers la société absorbante avec les accessoires qui s'y attachent se heurte, en effet, à l'exigence de déterminabilité des créances garanties ainsi qu'au caractère exprès du cautionnement. Les nuances apportées par les décisions récentes des cours et tribunaux belges le démontrent à suffisance. La décision que nous livre la Cour de cassation française ajoute une nouvelle pierre à l'édifice. La question dont fut saisie la Cour s'écarte en effet des hypothèses traditionnelles - déjà multiples - débattues en doctrine et en jurisprudence belges. Les enseignements de cet arrêt sont donc limités. Leur transposition en droit belge reste par ailleurs incertaine. On constate en effet une disparité des approches et solutions retenues dans les deux pays voisins.

Florence George<sup>(41)</sup>

39. T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 306, n° 448; F. T'KINT et I. CORBISIER, "La transmission des contrats et la protection des créanciers", *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 212, n° 47; E. DIRIX, "Fusies en zekerheden", *T. Not.*, 1998, p. 3612; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, p. 339; F. PARREIN, "De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden", note sous Gand, 10 avril 2006, *TRV*, 2007, p. 69; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht, een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 338.

40. T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 306, n° 448.

41. Chargée de cours à l'UNamur, Avocate.

