

N° Q1911313

Décision attaquée : 27 septembre 2018 de la cour d'appel de Grenoble

la société **NLGR**
C/
la société **HMC-GR**

avocat général référendaire
conseiller

AVIS
de l'avocat général

Audience du 7 avril 2021 -formation restreinte - dossier n°3

1. Des faits et de la procédure rappelés de manière circonstanciée par Mme le conseiller rapporteur, il ne sera retenu que l'essentiel. Les dénominations des sociétés étant proches, leur qualité sera systématiquement précisée afin de faciliter la lecture de cet avis.

Par acte authentique des 26 octobre et 9 novembre 2004, la société **HLGR** (ancien propriétaire du fonds de commerce) a donné en location-gérance à la société (ci-après la société **HMC-GR**, le locataire-gérant) un fonds de commerce d'hôtel-bar-restaurant, la société (ci-après la société **HMC**, la caution) intervenant à l'acte pour se rendre caution de la seconde, « afin de garantir l'exécution du présent contrat, en toutes ses clauses ».

Courant 2005, la société **HLGR** (ancien propriétaire du fonds) a apporté à la société (ci-après **NLGR**, nouveau propriétaire) le fonds de commerce.

Après la résiliation du bail par la société **HMC-GR** (le locataire-gérant) le 28 mai 2010, la société **NLGR** (le nouveau propriétaire) a fait assigner la première, ainsi que la caution, devant le tribunal de commerce de Grenoble en invoquant la mauvaise exécution du contrat. Par un jugement du 9 novembre 2012, le tribunal a notamment condamné solidairement les sociétés **HMC-GR** (le locataire gérant) et **HMC** (la caution) à payer à la société **NLGR** (le nouveau propriétaire) la somme de 1 600 000 euros.

Par un jugement du tribunal de commerce de Bayonne du 25 mars 2013, la société **HMC** (la caution) a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde puis, par un jugement du 13 octobre 2014, d'un plan de sauvegarde. La société **NLGR**

(le nouveau propriétaire) a déclaré sa créance au passif de la procédure collective de la société HMC (la caution).

Par l'arrêt critiqué du 27 septembre 2018, la cour d'appel de Grenoble a infirmé le jugement contesté en ce qu'il condamne la société HMC (la caution) et rejeté l'ensemble des demandes formulées à son égard.

2. Le premier moyen du pourvoi pourra être rejeté par une décision non spécialement motivée, pour les motifs énoncés par Mme le conseiller rapporteur.

Il me semble que le second moyen pris en sa troisième branche pourrait également faire l'objet d'un même rejet. En effet, d'une part, votre cour a déjà eu l'occasion d'affirmer, en application de l'article 1354, devenu 1383, du code civil, que « l'aveu judiciaire n'est admissible que s'il porte sur des points de fait et non sur des points de droit »¹ ; il ne saurait en conséquence porter sur la qualification d'une situation de fait, en l'espèce la qualité de caution de la société HMC (la caution) relativement à la condamnation prononcée à l'égard de la société HMC-GR (le locataire-gérant). D'autre part, à supposer que dans son assignation du 19 décembre 2012 la société HMC (la caution) ait reconnu sa qualité de caution pour la condamnation en question, il me semble qu'il ne s'agirait pas d'un aveu judiciaire car il a été formulé dans le cadre d'une autre instance, celle devant le premier président de la cour d'appel de la cour d'appel de Grenoble, aux fins de suspension de l'exécution provisoire du jugement². Le moyen est ainsi inopérant.

3. Les deux premières branches du second moyen, la deuxième étant formée à titre subsidiaire, sont plus délicates.

4. Une première observation s'impose : il n'est nulle question ici de déterminer si la créance éventuelle de la société I NLGR (nouveau propriétaire) à l'égard de la société HMC (la caution), est une créance contractuelle antérieure ou postérieure à l'ouverture de sa procédure collective : si cette créance est reconnue, elle sera qualifiée de créance contractuelle antérieure même si les dégradations commise par le locataire-gérant étaient toutes postérieures à cette ouverture. En effet, la créance à l'égard de la société HMC (la caution) découle non des faits à l'origine de la

¹ Voir par exemple 1^{re} Civ., 7 juin 1995, pourvoi n° 92-21.961, Bull. n° 233.

² Cette hypothèse précise ne s'est pour l'instant pas présentée en jurisprudence. Néanmoins, il a été jugé par exemple que « l'aveu fait au cours d'une instance précédente et n'opposant pas les mêmes parties n'a pas le caractère d'un aveu judiciaire et n'en produit pas les effets » (1^{re} Civ., 9 mai 2001, pourvoi n° 99-14.073, Bull., I, n° 119).

condamnation principale, mais de l'engagement contractuel de caution conclu les 26 octobre et 9 novembre 2004.

5. La question en l'espèce est de savoir si l'engagement de caution s'applique à la dette dont est tenue la société NLGR elle-même (le nouveau propriétaire).

6. Pour répondre à cette question, il convient d'examiner la portée de l'engagement de caution en cas de fusion-absorption. Selon la première branche du second moyen du pourvoi, votre jurisprudence doit s'analyser comme impliquant nécessairement le transfert des contrats de cautionnement en cas de fusion-absorption de la société bénéficiaire du cautionnement.

Il est exact que vous avez jugé, le 8 novembre 2005, qu'en application de l'article L. 236-3 du code de commerce « 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 ». Vous en avez déduit « qu'en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante »³. Cet arrêt se voulait une application d'une décision d'assemblée plénière du 6 décembre 2004 remettant en cause votre jurisprudence antérieure⁴.

7. Certes, nous ne sommes pas exactement dans la même hypothèse en ce sens qu'est en cause ici un contrat de location-gérance, et non de location. Néanmoins, il est difficile d'appréhender une différence telle entre les deux situations qu'elle justifierait une solution différente.

8. Le mémoire ampliatif a cependant raison de souligner que votre jurisprudence est « délicate à synthétiser ». En effet, si le rapport de la cour de cassation pour l'année 2005 laissait supposer l'existence d'une application large de cette jurisprudence, vous l'avez aussitôt cantonnée.

9. Ce rapport synthétisait ainsi l'arrêt du 8 novembre 2005 : « dans le cas de la fusion-absorption, conclu entre le propriétaire et la caution, le cautionnement, tout en étant l'accessoire du contrat principal, figure en tant que tel dans le patrimoine du propriétaire et se trouve donc transmis de plein droit par l'opération de fusion-absorption ».

³ Com., 8 novembre 2005, pourvoi n° 01-12.896, Bull. n° 218.

⁴ Ass. plén., 6 décembre 2004, pourvoi n° 03-10.713, Bull. n° 14.

10. Néanmoins, vous avez ensuite jugé qu'un cautionnement ne pouvait couvrir un prêt souscrit postérieurement à la fusion-absorption⁵. Puis vous avez approuvé une cour d'appel ayant retenu la date de la publicité légale comme date à prendre en considération pour déterminer si l'engagement de caution concerne une dette née postérieurement ou non à la date de la fusion, pour déduire que le prêt souscrit avant cette mesure était couvert par le cautionnement⁶.

11. Un arrêt du 16 septembre 2014 est encore plus explicite. Vous avez jugé que la fusion-absorption du créancier bénéficiaire d'un engagement de caution, qui entraîne sa disparition, a pour conséquence de limiter l'engagement de caution de la banque aux sommes dues par le débiteur à la date de cette fusion-absorption⁷. Il s'agissait d'un cautionnement *omnibus*, concernant donc toutes les dettes d'un débiteur à l'égard d'un créancier.

12. Cette jurisprudence a depuis été maintenue. Ainsi par votre arrêt du 17 mai 2017 vous avez rappelé « qu'en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée à garantir les dettes de la société absorbée n'est maintenue, pour la garantie des dettes de la société absorbante nées postérieurement à la fusion, que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager à garantir de telles dettes »⁸. Il s'agissait là encore d'un engagement à garantir toutes les dettes du débiteur à l'égard d'un créancier, la banque.

13. En tentant de synthétiser votre jurisprudence, on semble a priori aboutir à une contradiction :

- en 2005, le cautionnement se trouve transmis via l'opération de fusion-absorption,
- en 2014, le cautionnement disparaît du fait de l'opération de fusion-absorption.

14. Cette contradiction n'est en réalité qu'apparente.

⁵ Com., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-15.367.

⁶ Com., 4 juin 2013, pourvoi n° 12-16.611. M. le premier avocat général Laurent Le Mesle indiquait à cette occasion : « Il n'est pas discuté que le changement de bénéficiaire n'est opposable à la caution que si elle y a donné son accord. En cas de fusion-absorption de la banque au bénéfice de laquelle avait été consenti le cautionnement, il est donc essentiel de déterminer précisément la date de l'une et la date de l'autre ».

⁷ Com., 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-17.779, Bull. 2014, IV, n° 117.

⁸ Com., 17 mai 2017, pourvoi n° 15-15.745.

15. De manière très pragmatique, on observe tout d'abord entre les deux arrêts une différence s'agissant de la dette cautionnée : dans le premier cas, il s'agissait d'un cautionnement portant sur un contrat de bail, dans le second d'un cautionnement pour n'importe quelle dette du débiteur à l'égard d'un créancier. Mme le conseiller Hélène Guillou, rapporteur de l'arrêt du 16 septembre 2014, observait en outre que l'arrêt de 2005 concernait le cas particulier d'un contrat à exécution successive.

A cet égard, votre arrêt du 20 avril 2017 est intéressant⁹. Vous avez précisé « qu'en cas d'absorption de la société créancière, la caution demeure, au titre de l'obligation de règlement, tenue de garantir les dettes nées antérieurement à la fusion, peu important qu'elles ne soient pas exigibles à cette date, et qu'il en est ainsi de la créance relative aux intérêts, pénalités et frais afférents à un prêt, qui prennent naissance le jour où ce prêt a été contracté ».

16. Dès lors, votre jurisprudence pourrait se résumer ainsi. En cas de fusion-absorption de la société créancière, le cautionnement est bien transmis à la société absorbante, mais uniquement pour la garantie des dettes nées antérieurement à la mesure de publicité légale de la fusion-absorption.

17. Encore faut-il bien comprendre ce qu'on entend par dette née antérieurement. Cette notion ne saurait me semble-t-il s'analyser de la même façon qu'en procédure collective. L'arrêt d'assemblée plénière de 2004¹⁰ et votre arrêt de 2005 ont du reste exclu de manière implicite cette analogie dès lors qu'une créance de loyers peut dans le cadre d'une procédure collective être postérieure à l'ouverture de celle-ci.

18. Ce qu'il convient de prendre en compte je crois ici, c'est l'origine de la dette pour laquelle la garantie de la caution est recherchée. Lorsque cette dette résulte d'un contrat visé de manière spécifique par le cautionnement, sa date de naissance est celle de ce contrat spécifique, qui coïncide souvent avec la date du cautionnement ; lorsque le cautionnement vise les dettes du débiteur envers le créancier d'une façon générale, il faudra rechercher la date de conclusion du contrat pour lequel la garantie de la caution est sollicitée.

Autrement dit, lorsque le cautionnement vise un contrat particulier (location, location-gérance, prêt, etc...), la dette de la caution naît de ce contrat particulier, de sorte que c'est également la date de ce contrat qu'il convient de prendre en compte, peu importe la date de son exécution. Il en résulte en cas de fusion-absorption que, dans la plupart des cas, la caution restera engagée par le cautionnement. Lorsque le cautionnement ne vise pas une dette en particulier, ce qui importe c'est la date de conclusion du

⁹ Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-19.851.

¹⁰ Ass. plén., 6 décembre 2004, pourvoi n° 03-10.713, Bull. n° 14, *op.cit.*

contrat pour lequel la garantie de la caution est recherchée, si bien qu'il est fort possible dans ce cas que la garantie de la caution ne puisse pas être mise en oeuvre en cas de fusion-absorption.

19. De manière moins pragmatique mais plus rigoureuse, s'applique en réalité la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement.

L'obligation de couverture disparaît avec la fusion-absorption, mais pas l'obligation de règlement. Et ainsi que l'observe le professeur Simler, « certains de ses commentateurs ont vu une amorce d'un [...] changement dans un arrêt du 8 novembre 2005 ». « Mais cet arrêt, qui juge, conformément au principe formulé ci-dessus, que le crédit-bail devait produire ses effets envers la société qui avait absorbé la société crédit-bailleresse, ne paraît pas pouvoir être interprété en ce sens, la dette du crédit-preneur étant née au jour de la signature du contrat »¹¹.

20. Ainsi, le présent avis pourrait-il se borner à énoncer que l'obligation de règlement est maintenue en cas de fusion-absorption de la société créancière, de sorte que dans le cadre d'une location-gérance bénéficiant d'un cautionnement, la caution est tenue de garantir toutes les dettes nées de ce cautionnement, même après la fusion absorption.

21. Il résulte de ce qui précède que si le second moyen pris en sa première branche doit être rejeté, son postulat étant trop général, la deuxième branche implique de déterminer si la dette à l'égard la société NLGR est née avant ou après la mesure de publicité de la fusion-absorption. A cette fin, il convient de rappeler que la dette en question est une dette liée à la bonne exécution du contrat de location-gérance des 26 octobre et 9 novembre 2004, qui inclut l'engagement de cautionnement. Il s'en déduit que la caution est tenue de garantir la dette résultant de ce contrat. C'est donc à tort que la cour d'appel a jugé que la caution n'était pas tenue de garantir cette dette.

22. C'est pourquoi j'incline à la cassation de l'arrêt attaqué, sur le fondement de la deuxième branche du second moyen.

Avis de cassation

¹¹ Philippe Simler, JurisClasseur Civil Code - Art. 2288 à 2320 - Fasc. 60 : CAUTIONNEMENT. – Extinction par voie accessoire.