

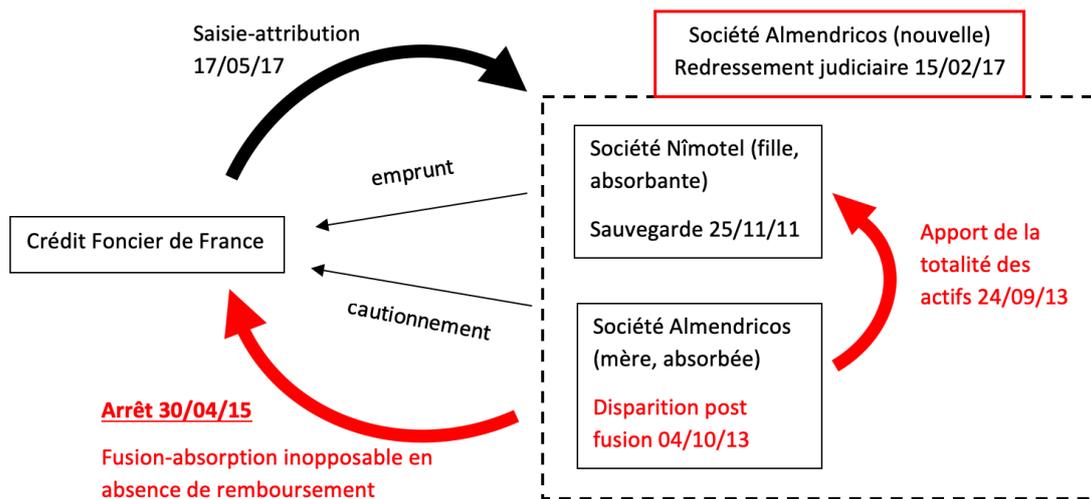


L'ACTU DU DJCE

NOVEMBRE 2020

CASS. COM., 7 OCTOBRE 2020, N° 19-14755

Dans un arrêt du 7 octobre 2020, rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation, il est énoncé pour la première fois qu'en cas de fusion-absorption, un créancier titulaire sur la société absorbée d'une créance antérieure à cette opération et qui bénéficie d'une décision exécutoire lui déclarant la fusion inopposable, conserve le droit de recouvrer sa créance sur le patrimoine de la société absorbée dissoute. La Cour en déduit que ce créancier ne peut se voir opposer l'arrêt ou l'interdiction des procédures d'exécution de l'article L. 622-21 du Code de commerce, résultant de l'ouverture de la procédure collective de la société absorbante.



Derrière ces faits complexes se trouve une solution qui mérite tout notre intérêt. Afin de mieux appréhender les enjeux en cause nous vous proposons un bref rappel sur l'effet réel de l'interdiction des poursuites et la fusion-absorption. Ensuite nous vous présenterons la tension entre la théorie du patrimoine et le droit à l'exécution des obligations. Nous démontrerons également que cette solution est justifiée au regard du risque de fraude lié à une fusion-absorption. Enfin, nous nous interrogerons sur les suites théoriques et pratiques que cette jurisprudence appelle.

L'effet réel de l'interdiction des poursuites et la fusion-absorption

Selon l'article L. 622-21 du Code de Commerce, dès la date du jugement d'ouverture de la procédure collective à l'encontre du débiteur malheureux, toutes les poursuites à son encontre par des créanciers antérieurs sont interrompues. Aucun créancier antérieur ne peut exercer d'action en justice afin de voir sa créance réglée. Ainsi, de par ce régime, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, le créancier n'aurait en principe pas pu demander le paiement de sa créance à la société absorbée.

Le créancier se voit donc reconnaître une véritable dérogation au principe de l'arrêt ou de l'interdiction des voies d'exécution de l'article L. 622-21 du Code de Commerce. Pour fonder son raisonnement, la Cour de cassation s'appuie sur l'article L. 236-14, al.3, du Code de Commerce, qui énonce que « à défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier. »

En l'espèce la société absorbée s'était portée caution d'un crédit de sa société fille, qui a absorbé sa société mère. Du fait de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société fille, le Crédit Foncier de France a voulu se tourner vers la société mère. Il résultait de l'article L. 236-14, al.3 que le créancier antérieur, à qui la fusion avait été déclarée inopposable, pouvait se retourner contre la société caution, malgré sa dissolution consécutive à son absorption et le transfert de son patrimoine à la filiale placée en redressement judiciaire.

Ainsi, le créancier se voit donc octroyer un droit de recouvrer de sa créance sur la caution de son débiteur, malgré sa disparation via la fusion-absorption.

La théorie du patrimoine et le droit à l'exécution des obligations

La théorie du patrimoine française développée par AUBRY et RAU emporte trois grandes incidences, notamment le fait qu'une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine.

Dans l'espèce soumise à notre étude, le Crédit Foncier de France se voyait opposer cette théorie de l'unicité du patrimoine par la société issue de la fusion-absorption. En effet, celle-ci arguait que le patrimoine de la société absorbée ayant été transféré intégralement à l'absorbante, celle-ci ne détenait qu'un seul et unique patrimoine et que, par suite, la saisie-attribution ne pouvait pas être réalisée sur le patrimoine de la société absorbée puisqu'il était désormais confondu avec celui-ci de la société absorbante. Or, l'absorbante étant soumise à une procédure collective, son patrimoine ne pouvait faire l'objet d'une saisie-attribution en raison d'une dette antérieure à son ouverture.

Le raisonnement de la société Almendricos peut sembler logique mais il omet un détail d'une importance capitale : le droit d'opposition des créanciers. Pour comprendre ce droit, il faut remonter au lien d'obligation originaire entre la

société absorbée et le Crédit Foncier de France. Dès lors que cette société s'est engagée, elle est devenue débitrice du Crédit Foncier de France. Ainsi, elle était tenue de s'exécuter. Le Code civil prévoit même expressément cette obligation à l'article 1341 : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi ».

C'est précisément ce droit à l'exécution de l'obligation qui fonde le droit d'opposition du créancier.

Dans le cas de la fusion-absorption, l'article L. 236-14 du Code de commerce dispose que : « Les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. ». L'article poursuit en donnant une sanction à cette opposition : « Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes.

A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier. ».

Ainsi, l'opposition d'un créancier n'empêche pas la réalisation de la fusion mais celle-ci reste inopposable au créancier opposant en l'absence de remboursement de sa créance ou de fourniture de garanties de paiement par la société absorbante. Cette sanction est très particulière et mérite d'être bien comprise. Il ne s'agit pas d'une sanction plus légère que la nullité mais d'une sanction plus adaptée. A vrai dire, elle n'a pas pour but de sanctionner le débiteur en l'empêchant de réaliser les opérations souhaitées mais plutôt de protéger le créancier qui verrait son droit de gage affecté : « Il est inutile de frapper un acte de plus qu'il n'est nécessaire pour que soit atteint le but visé par le législateur »¹. La société qui espérerait nuire à son créancier par une fusion, non seulement n'atteindrait pas son objectif, mais devrait de surcroît supporter les conséquences de l'opération de fusion ce qui pourrait être une sanction indirecte.

Cependant, la société Almendricos arguait du fait que le créancier ne démontrait pas l'origine des fonds saisis. En effet, le Crédit Foncier de France s'est saisi des comptes de la société absorbante, sans déterminer si les comptes bancaires étaient constitués des actifs transmis par la société absorbée. C'est un point que la Cour de Cassation écarte en estimant que le créancier peut se saisir des fonds dans la limite de la créance constatée par son titre exécutoire, au motif que « dans le cas d'une saisie-attribution pratiquée sur les comptes bancaires dont est devenue titulaire une société absorbante par un créancier à qui l'opération de fusion-absorption a été déclarée inopposable en application de l'article L. 236-14 du Code de commerce, l'effet attributif de la saisie s'étend à la totalité des soldes créditeurs de ces comptes, sauf pour le débiteur saisi, avisé de la saisie dans les conditions prévues par l'article R. 211-3 du code de procédures civiles d'exécution, à établir que ces soldes sont constitués, en tout ou en partie, de fonds ne provenant pas de la société absorbée ».

Ainsi, et ce sans inverser la charge de la preuve, eu égard à la fongibilité des comptes objet de la saisie-attribution, le créancier peut agir en recouvrement de sa créance contre la société absorbante sans avoir à établir l'origine des fonds saisis.

Il résulte donc de ces développements qu'en cas de fusion-absorption d'une société en procédure collective, un créancier antérieur à la procédure et la fusion-absorption se voit la possibilité de déroger à la règle de l'article L. 622-21 du Code de Commerce, dès lors qu'il est titulaire d'une décision exécutoire lui reconnaissant l'inopposabilité de la fusion-absorption.

¹J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, th. Toulouse, 1957, p. 208

La prévention d'une fraude

Cette solution qui donne son plein effet à l'inopposabilité d'une fusion a également le mérite de prévenir les risques de fraude.

La Cour ne s'en cache d'ailleurs pas dans son arrêt, elle souhaite ainsi éviter que la société caution ne soit absorbée par la société débitrice principale afin de jouir de la protection de la procédure collective octroyée à cette dernière : « reviendrait à priver de toute voie d'exécution sur les actifs transmis à la société absorbante le créancier auquel la fusion a été déclarée inopposable, en rendant possible l'utilisation de la procédure de fusion-absorption pour faire disparaître la société caution absorbée et faire obstacle à l'action du créancier sur les actifs ainsi transmis. » (Point 9)

La fraude se définit communément comme « un acte de mauvaise foi, une tromperie, un acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter »². Il est même considéré qu'elle « consiste dans une subtile manipulation des conditions d'application des règles de droit, pour conduire à un résultat en partie double : la désactivation de la règle de droit normalement applicable ; son remplacement par une autre règle mieux acceptable dans ses effets »³.

Dans cette espèce, opposer l'arrêt des poursuites aux créanciers privilégiés de la société absorbée antérieurs à l'ouverture de la procédure collective et à la fusion reviendrait à priver de toute voie d'exécution sur les actifs transmis à la société absorbante le créancier auquel la fusion a été déclarée inopposable, en rendant possible l'utilisation de la procédure de fusion-absorption pour faire disparaître la société caution absorbée et faire obstacle à l'action du créancier sur les actifs ainsi transmis. Un tel montage serait bien constitutif d'une fraude. Or, en vertu de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », « le droit ne saurait tolérer que des institutions juridiques soient détournées de leur finalité et que la lettre des institutions soit utilisée au détriment de leur esprit »⁴.

La Cour de cassation a déjà utilisé l'argument de la fraude dans une autre affaire aux faits proches mais non identiques. En effet, dans l'arrêt rendu le 10 juin 1963 par la chambre commerciale (publication n°285), une banque est créancière d'une société dont l'engagement est garanti par une autre société caution solidaire. La caution apporte ensuite, à titre de fusion, son actif immobilier à la société débitrice. La Cour a fait droit à la demande de la banque et déclare nul l'acte d'apport car il constitue une fraude portant atteinte à ses droits. En effet, une personne ne peut être caution d'elle-même, ainsi l'entrée de cet actif immobilier dans le patrimoine de la débitrice annule le cautionnement pour cet apport. Il est alors soumis, comme tous les autres éléments de son patrimoine, au gage général de l'ensemble de ses créanciers ce qui est extrêmement défavorable à la banque si les créanciers sont nombreux.

On peut en conclure que l'arrêt commenté va donc plus loin mais qu'il s'inscrit dans l'idée de cette jurisprudence déjà ancienne. De plus, la sanction de l'inopposabilité peut se révéler plus adéquate que celle de la nullité.

² G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit., v° « Fraude ».

³ R. LIBCHABER, note sous Cass. 3ème civ., 21 janvier 2009 : Defrénois 2009, p. 1934

⁴ J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, 4^{ème} éd., Dalloz, 2003

Pour aller plus loin

L'interdiction des poursuites est un principe qui s'impose au créancier. Corrélativement, l'interdiction des paiements, prévu par l'article L. 622-7 du Code de commerce, s'impose au débiteur et lui interdit de payer ses créanciers antérieurs au jugement d'ouverture soumis à l'interdiction des poursuites (sauf pour les exceptions prévues par les textes). Ainsi, dans la même trajectoire que notre arrêt, il conviendrait d'autoriser le débiteur à payer ses créanciers et ce dans des conditions particulières afin de voir une symétrie entre le débiteur et le créancier. Si ce dernier est en mesure de passer outre l'interdiction des poursuites, dès lors qu'il est en possession d'une décision exécutoire et ce dans le cas particulier d'une fusion-absorption, il paraîtrait logique de permettre au débiteur de payer le créancier, dans le même contexte et les mêmes conditions.

Se pose alors la question de savoir si l'on peut aller plus loin en reconnaissant à la société absorbante placée en procédure collective de prendre l'initiative du paiement pour éviter la saisie-acquisition.

Bibliographie :

- Thèse « Le cautionnement donné à une société », Monsieur WENCESLAS ELLA ANDOUME, Nancy, 07 janvier 2010, paragraphes 545, 546, 548, 549 et 552
- Alain SÉRIAUX, Répertoire de droit civil, Dalloz, V. Patrimoine – Juin 2016, pages 1 à 18
- Dalloz, fiche d'orientation, Actions ouvertes aux créanciers, 15 juin 2020
- Lexis 360 - Fasc. 2355 : SAUVEGARDE, REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES. – Situation des créanciers. – Arrêt des poursuites individuelle, Jocelyne Vallansan - Professeur de droit privé - Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation, 15 mars 2020
- Navis, Les fonds d'une société absorbante en procédure collective saisis par un créancier de l'absorbée
- Cass. com. 7-10-2020 n° 19-14.755 FS-PB, Sté Almendricos c/ Sté Crédit foncier de France
- L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté - Inopposabilité d'une fusion et arrêt des poursuites individuelles - Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14755, ECLI:FR:CCASS:2020:CO00609, PB ; BRDA 21/20, n° 1, p. 3