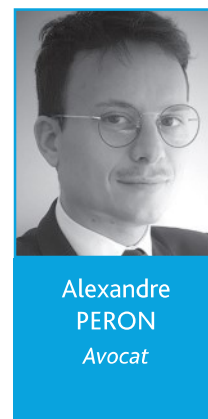


Jurisprudence commentée

RLDA 7188

Société absorbée : le sort du nantissement de parts sociales opéré par la banque en garantie de l'octroi d'un prêt



Les parts sociales sont des biens meubles « incorporels », ainsi sauf disposition contraire, leur nantissement relève du régime du gage des meubles corporels⁽¹⁾ et peut être constitué par les associés soit pour garantir leurs propres dettes, soit pour garantir la dette de la société vis à vis d'un tiers⁽²⁾, dont notamment à l'égard de la banque ayant consentie un prêt.

Cass, com., 23 sept. 2020, n° 19-13.378, P+B+I

Toute société, que ce soit au moment de sa constitution qu'au cours de sa vie, peut être amenée à recourir à un prêt bancaire pour se financer. Les banques, si elles accordent volontiers des lignes de crédit aux personnes morales, ne le font que rarement sans prise de garanties. Ainsi, la banque devenant créancier peut demander que soit nantie des parts sociales de la société et ce afin de s'assurer de recouvrer les sommes prêtées en cas de non-remboursement des échéances. La banque peut également demander que l'opération soit cautionnée et ce en complément du nantissement.

Le ou les associés qui représentent la société et qui sont amenés à nantir des parts sociales au profit d'un créancier bancaire, se voient dès lors dépossédé d'une partie de la propriété des parts. Si le débiteur ne rembourse pas sa dette auprès du créancier dans les délais convenus, ce dernier va alors récupérer la propriété des parts sociales nanties.

Toutefois, le nantissement de parts sociales permet-il avec certitude de garantir à l'établissement de crédit la possibilité de recouvrer la somme prêtée sans avoir à actionner la caution ?

La question n'est pas nouvelle notamment dans le cadre des fusions absorption où très régulièrement des crédits sont consenties par les banques afin de permettre la réalisation d'un projet. Une telle opération n'est pas sans conséquence et notamment pour la société absorbée qui voit disparaître sa personnalité morale. C'est notamment un sujet qui avait été abordé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt de 2014⁽³⁾.

Dans le cadre de cette affaire, les juges du fond avaient constaté qu'à la suite de la fusion-absorption, une opération consistant en une augmentation de capital avait eu lieu entraînant l'émission de nouvelles actions distribuées aux actionnaires de la société absorbée en rémunération de leurs apports, puis que la société avait annulé les actions qu'elle détenait en procédant à une

(1) C. civ., art. 2355, al. 5.

(2) C. civ., art. 2334.

(3) CA Paris, 16 oct. 2014, n° 13/23050.

réduction du capital annulant dès lors les actions constituant l'assiette du nantissement.

Ainsi les juges avaient considéré que le nantissement, qui était inscrit sur les actions de la société absorbante, n'avait pu être transféré sur les actions nouvelles et que l'opération de fusion-absorption était opposable aux créanciers qui n'avaient pas formé opposition. Leur position avait été confirmée en appel, ceci semblant alors représenter qu'un simple arrêt d'espèce du fait de la spécificité de l'espèce qui était de surcroît circonscrite à un nantissement sans cautionnement complémentaire.

Dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 septembre 2020 et qui nous intéresse ici, la problématique est semblable, bien que légèrement plus complexe car le nantissement s'accompagne en sus de deux cautions solidaires. Ainsi, la Haute cour va plus loin et livre des explications qui appellent à une réflexion toute particulière, permettant ainsi de considérer dans une certaine mesure, qu'elle semble consacrer un nouveau principe d'application constante.

Dans cette espèce, un établissement de crédit avait consenti un prêt à un débiteur afin de se porter acquéreur de parts d'une autre société, prêt garanti par un nantissement sur ces parts sociales et deux cautionnements solidaires.

Dans un second temps, la société dont les parts ont été nanties a fait l'objet d'une opération de fusion-absorption, la société absorbante ayant été peu de temps après placée en redressement judiciaire, converti en liquidation judiciaire.

Ainsi, au moment de déclarer sa créance, la banque a été admise à titre chirographaire uniquement, car l'absorption a eu pour conséquence de faire disparaître la société absorbée et, par conséquent, le nantissement. La banque s'est alors retournée contre la caution, qui n'a pas donné suite à ses injonctions en invoquant les dispositions de l'article 2314 du code civil et en insistant sur le fait que la banque en sa qualité de créancier n'avait pas formé opposition au projet de fusion.

En première instance, la caution s'est vu débouté, mais a interjeté appel et obtenu gain de cause. La juridiction d'appel avait en effet considéré que le créancier avait commis une faute en ne formant pas opposition au projet de fusion-absorption régulièrement publié, afin que le solde du prêt soit réglé ou que de nouvelles garanties soient constituées⁽⁴⁾.

L'établissement de crédit s'est alors pourvu en cassation mais a vu son pourvoi rejeté au motif que « *la banque aurait pu protéger ses intérêts en mettant en œuvre le droit d'opposition (...) si elle avait été plus vigilante* ». La Cour

de cassation a donc conclu que la faute était exclusive au créancier et était établie par la caution sans que les juges d'appel n'aient inversé la charge de la preuve au détriment de la banque en exigeant de celle-ci qu'elle caractérise l'absence de préjudice de la caution.

Dès lors, il ressort deux points clefs de l'analyse faite par la Haute juridiction. D'une part, l'absence d'opposition au projet de fusion-absorption semble être qualifiable de faute exclusive du créancier, ne lui permettant pas de se retourner contre la caution. D'autre part, si la banque n'est pas en mesure de rapporter la preuve contraire du préjudice dont se prévaut la caution, cette dernière semble alors fondée à invoquer le bénéfice de subrogation conformément aux dispositions de l'article 2314 du code civil.

I. – La recherche d'une faute exclusive du créancier

L'opération de fusion-absorption entraîne automatiquement la disparition du nantissement de parts sociales. Le créancier doit ainsi se montrer vigilant et suivre de près la vie des sociétés sur lesquelles il détient des garanties, afin notamment de ne pas perdre le bénéfice de celles-ci en raison d'une faute caractérisée par son silence.

A. – Les effets de l'opération de fusion-absorption sur le nantissement

Le problème originel que révèle cette espèce réside dans la perte du nantissement de parts sociales mis en place pour garantir le remboursement d'un prêt accordé par la banque, ici créancier, et la société, ici débiteur.

En effet, le principe même du nantissement veut que celui-ci doit reposer sur une assiette existante, ce qui était le cas en l'espèce puisqu'il s'agissait d'un nantissement de parts sociales. Or, la société débitrice ayant disparu par l'effet d'une fusion-absorption, ladite assiette n'existait donc plus, car l'opération de fusion-absorption a pour conséquence d'opérer la transmission universelle du patrimoine de la société étant absorbée au profit de la société absorbante, la société absorbée disparaissant purement et simplement⁽⁵⁾.

Par conséquent, la société absorbée ayant disparu, ses parts sociales n'existent plus et se confondent dans le patrimoine de la société absorbante. Certes, cette dernière devient le nouveau débiteur de l'ensemble des créanciers, dont la banque en l'espèce, mais le nantissement ne saurait perdurer dans la mesure où son assiette a disparu.

Cette conséquence, qui se veut logique par principe, constitue en réalité une spécificité du nantissement de

(4) CA Rennes, 8 janv. 2019, n° RG : 16/03073.

(5) M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés, LexisNexis, 33^e éd., 2020, n° 2068.

parts sociales dans la mesure ou une sûreté réelle suit, normalement, la créance qu'elle garantit et ce en toute circonstance. C'est notamment en raison de ce point précis que le créancier aurait dû se montrer particulièrement vigilant en l'espèce car c'est spécifiquement l'objet de la sûreté qui était en lui-même dangereux de par sa spécificité.

Néanmoins, la pratique révèle régulièrement que les sûretés et garanties prises par les banques ne font pas toujours l'objet d'un suivi par ces dernières, comme il serait important que cela soit le cas. De plus, nous pouvons nous interroger sur le fait de savoir si le fait de devoir former opposition à l'opération de fusion-absorption représente un devoir impératif pour le créancier ou une simple possibilité ?

De manière classique, tout projet de fusion-absorption doit faire l'objet d'une publication afin d'en informer tous tiers dont les créanciers non obligataires disposant d'une créance née antérieurement à l'opération de fusion-absorption et à sa publicité. Ces derniers disposent donc a priori d'une simple possibilité de former opposition au projet, leur permettant ainsi d'obtenir le complet remboursement de leurs créances et ce de manière immédiate ou encore de constituer de nouvelles garanties auprès de la société absorbante si cette dernière le permet⁽⁶⁾. Dès lors, après avoir défini le processus à suivre, il apparaît que l'opposition pouvant être formée par le créancier relève plus d'une obligation non assortie de sanctions en cas de non-respect mais de conséquences fâcheuses comme cela fût le cas en l'espèce.

Or, lorsque le prêt garanti par un nantissement de parts sociales prévoit également un cautionnement, comme cela était le cas en l'espèce, alors l'obligation faite au créancier de former opposition au projet de fusion-absorption se transforme *de facto* en devoir impératif⁽⁷⁾ car les conséquences de sa décision auront des effets à son égard mais également à l'égard de la caution. Dès lors, le non-respect de cette exigence peut se révéler être constitutive d'une faute.

B. – Le silence du créancier, responsabilité unique

À la lecture de l'arrêt rendu par la chambre commerciale, nous constatons qu'elle considère que l'absence d'opposition est constitutive d'une faute exclusive du créancier, opérant ainsi un revirement dans la mesure où en 2012, cette dernière avait rendu une décision dans le cadre d'une affaire semblable, décision dans laquelle elle avait

(6) C. com., art. L. 236-14, al. 2.

(7) V. D. Nemtchenko, Le droit des sûretés au prisme de la faute - Contribution à l'analyse de la notion de sûreté, thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Centre Pierre Kayser », 2020, spéc. n° 533.

considéré que le créancier n'était pas fautif en ne formant pas opposition au projet de fusion-absorption⁽⁸⁾.

Néanmoins, dans cette nouvelle espèce, la Haute cour a dû prendre en considération la demande de la caution qui se prévalait des dispositions de l'article 2134 du code civil afin de ne pas être obligé de palier la perte du nantissement et ce en raison d'une faute du créancier. Mais le juge pouvait-il agir sans manifestation du créancier ?

Certes, il incombe uniquement au juge saisi de l'opposition d'ordonner le règlement du solde de la créance ou la constitution de nouvelles garanties. Toutefois, la décision du juge ne peut être rendue qu'en raison de l'initiative du créancier ayant formé opposition au préalable. Effectivement, aucun juge ne peut, sans saisine préalable, ordonner le règlement du solde d'une créance ou la constitution de nouvelles garanties. Le juge agit qu'en raison de l'action du créancier et se prononce sur l'absence de réaction du créancier et non pas sur la perte du nantissement en lui-même.

Ainsi en l'espèce, la caution n'avait nul besoin d'établir un quelconque pronostic sur les chances de réussite de l'opposition que le créancier aurait dû former pour se dégager de son obligation née au titre du cautionnement. En ce sens, la position de la cour d'appel, reprise par la Cour de cassation, est donc fondée car l'absence d'opposition formée par le créancier, constitue une faute exclusive et la caution pouvait donc se prévaloir du bénéfice de subrogation. Toutefois, en pareille hypothèse, il convient encore de déterminer qui du créancier de la caution doit supporter la charge de la preuve de l'absence de préjudice subie par la caution.

II. – La charge de la preuve : obligation du créancier

Si la caution est en droit de démontrer la faute commise par le créancier entraînant dès lors la perte d'un avantage certain, le créancier doit être en mesure de démontrer que malgré la faute commise, cela n'a entraîné aucun préjudice pour la caution.

A. – La perte d'un avantage spécifique : le nantissement

À la lecture de l'arrêt, il ressort avec clarté que la preuve de l'absence de préjudice subi par la caution doit être apportée par le créancier et non par la caution elle-même.

Il convient de rappeler que le principe de subrogation telle que posée par l'article 2134 du code civil constitue un sérieux moyen de défense pour la caution et ce lorsqu'il est établi que le créancier a commis une négligence en

(8) Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23.703.

ne prenant pas en considération un avantage spécifique à sa disposition pour lui permettre de recouvrer sa créance.

En l'espèce, la négligence commise par le créancier réside dans le fait de ne pas avoir formé opposition au projet de fusion-absorption alors pourtant qu'il en avait la possibilité et surtout l'obligation comme nous l'avons expliqué *supra*. En conséquence de cette fusion-absorption, le nantissement tombe et fait naître un préjudice pour la caution, car elle se trouve *de facto* privée des effets du nantissement, représentant un avantage certain dont elle aurait dû et pu bénéficier du fait du principe de subrogation. Dès lors, la chambre commerciale met en exergue l'existence d'une faute commise par le créancier, une faute par omission en ce sens qu'il n'a pas formé opposition au projet de fusion-absorption, perdant ainsi le bénéfice du nantissement⁽⁹⁾.

En ce sens, la libération de la caution doit être réalisée proportionnellement à la valeur du bien nanti, sauf à ce qu'il soit démontré que la caution ne subit en réalité aucun préjudice dans l'hypothèse où la valeur du bien nanti serait inférieure au montant de l'engagement de cette dernière.

Ainsi, il faut souligner que le préjudice constitué par la perte du nantissement et du bénéfice de subrogation, ne doit pas être apprécié au moment où la liquidation de la société absorbée est prononcée mais en amont de la réalisation de la fusion-absorption.

B. – *Quid de l'hypothèse de l'absence de préjudice de la caution ?*

Il est naturel d'envisager cette éventualité dans la mesure où si la caution établie de manière caractérisée la faute commise par le créancier, ce dernier peut chercher à s'exonérer de sa responsabilité et ce en démontrant que malgré la commission de la faute, la caution n'en a subi aucun préjudice.

Cette éventualité est donc une possibilité dont jouit le créancier, en démontrant notamment qu'une action menée par ses soins n'aurait de toute façon pas permis de changer le résultat final. Il peut ainsi tenter de rapporter la preuve du caractère inefficace de l'avantage potentiel qui aurait pu résulter de cette action, ou encore tenter de démontrer que l'objet du nantissement n'avait en réalité aucune valeur.

C'est d'ailleurs dans cette continuité de raisonnement, que nous comprenons pourquoi le bénéfice de subroga-

tion puisse être invoqué par la caution mais par voie d'exception, car permettre à cette dernière d'agir afin d'être déchargé de son engagement n'aurait aucune utilité si l'exécution même de cet engagement est incertaine.

En l'espèce, la banque ne démontre pas que la société absorbante n'était pas en mesure de solder le prêt lors de l'opération de fusion-absorption. Elle ne prouve pas non plus que cette même société était en mesure de constituer de nouvelles garanties en son nom. L'inertie de la banque sur ces deux points est fâcheuse dans la mesure où cela aurait pu lui permettre de palier les conséquences de son inaction.

Dès lors, la position de la chambre commerciale se veut logique car elle explique que la caution a prouvé la faute de la banque, et qu'ainsi c'est à la banque en sa qualité de créancier de démontrer que sa faute n'a en réalité pas eu de conséquence, et sur ce point la jurisprudence se veut constante⁽¹⁰⁾. Autrement dit, si la caution doit certes apporter les éléments permettant de démontrer l'avantage qu'elle a effectivement perdu, comme cela est constamment retenu par la jurisprudence⁽¹¹⁾, le créancier doit donc être en mesure de démontrer que la caution ne subit en fait aucun préjudice et en expliquer les raisons.

Même si la prochaine réforme du droit des sûretés devait s'appuyer sur les travaux initiés par l'Association Capitant, cela n'aurait pas d'impact sur la teneur de la position actuelle de la Cour de cassation et seule une légère modification de régime du mécanisme de subrogation serait alors opérée.

En effet, en l'espèce, les faits démontrent que la sûreté n'était pas de nature légale. La principale particularité à retenir réside dans la façon dont le créancier peut décider d'actionner sa sûreté une fois cette dernière devenue exigible. Le processus de réalisation d'une sûreté concernant uniquement son régime et non son existence ou sa validité. Et en l'espèce, le fait que la banque n'ait pas agité en laissant perdre le bénéfice du nantissement ne constitue effectivement pas un mode de réalisation de cette sûreté.

La décision rendue par la Cour de cassation se veut donc conforme au droit positif en matière de subrogation, et cette solution semble être tout à fait en phase avec le droit à venir si nous tenons compte notamment des dispositions de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés sur ce sujet⁽¹²⁾. ■

(9) V. Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, collection « Précis », 7^e éd., n° 273.

(10) Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-22.969, Bull. civ., n° 62.

(11) Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-19.851.

(12) La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE) habilite le Gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance d'ici mai 2021. Le ministère de la justice consulte les professionnels du droit, les acteurs économiques et les universitaires sur un avant-projet d'ordonnance jusqu'au 31 janvier 2021.