

## I/ Droit des sociétés

### 1. La société absorbante acquiert de plein droit la qualité de parties aux instances antérieurement engagées par la société absorbée à la date d'effet de la fusion (Cass Com 21 octobre 2008)

La fusion entraîne transmission universelle du patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante. Les condamnations judiciaires (et plus généralement les actions judiciaires) en faveur de la société absorbée sont-elles transférées de plein droit à l'absorbante ?

C'est à cette question que la Cour de Cassation a répondu dans son arrêt en date du 21 octobre 2008.

En l'espèce, une société a pratiqué une saisie attribution à l'encontre d'une société qui venait d'absorber une autre société. L'absorbante demande l'annulation de la saisie attribution en soutenant que la créance du saisissant était éteinte par compensation avec la créance que l'absorbée détenait à son encontre au titre d'un jugement.

La Cour de cassation a décidé qu' « *en sa qualité d'ayant cause universel de la société absorbée, la société absorbante acquiert de plein droit, à la date d'effet de la fusion, la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci.* »

### 2. La cessation des fonctions de gérant de la société cautionnée n'emporte pas à elle seule la libération de la caution (Cass Com 14 octobre 2008)

En présence d'une caution solidaire, le créancier est libre de poursuivre d'abord le débiteur ou seulement la caution ou les deux à la fois. **Qu'en est-il dans le cas où la caution, gérant de société, cesse ses fonctions ?**

En l'espèce, le gérant d'une société a quitté ses fonctions de dirigeant quelques mois après avoir consenti une caution solidaire du solde débiteur d'un compte client. Après la liquidation judiciaire de la société, le créancier bénéficiaire de la caution a assigné l'ancien gérant en sa qualité de caution.

Dans un arrêt en date du 14 octobre 2008, la Cour de Cassation considère que « *la cessation des fonctions de gérant de la société cautionnée n'emporte pas à elle seule la libération de la caution sauf si celle-ci a fait de ces fonctions la condition déterminante de son engagement et qu'il résultait de l'acte de cautionnement que celui-ci ne comportait pas une telle stipulation.* ».

**Cet arrêt rappelle l'importance de la rédaction de l'acte de caution, surtout lorsque le dirigeant consentant une caution entend donner cette garantie uniquement en cette qualité.**

## II/ Droit des affaires/Droit commercial

### 1. Sort de la clause de garantie en cas de revente des titres de la société cédée (Cass Com 11 mars 2008)

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation confirme sa jurisprudence sur le critère de distinction entre la clause de garantie de passif et la clause de révision de prix.

En l'espèce, la totalité des actions d'une société a été cédée avec une clause de garantie de passif. Le cessionnaire est condamné à payer au cédant un complément de prix, entraînant la saisie et la vente des actions. Entre temps, L'administration fiscale avait notifié à la société cédée un redressement en raison du non paiement de certains impôts. Le cessionnaire agit contre le cédant pour obtenir le remboursement des sommes versées au titre du redressement.

**La question était de savoir la qualification juridique de la clause de garantie, d'où découlait son sort du fait de la revente des actions de la société cédée (irrecevabilité ou non de l'action en garantie).**

La Cour qualifie la clause litigieuse de révision de prix considérant qu'« *en l'absence de stipulation pour autrui consentie au profit de la société cédée, une garantie de reprise de passif conclue entre le cédant et le cessionnaire désigné comme bénéficiaire de la garantie est une convention de garantie de prix profitant à ce dernier indépendamment de la cession de titres* ».

**La qualification juridique dépend de la personne à qui profite financièrement la garantie.** Si la clause profite à la société, il s'agit d'une garantie de passif. En revanche, si elle profite au cessionnaire, il s'agit d'une clause de révision de prix qu'il peut mettre en jeu même en cas de cession ultérieure des actions.

Lefèvre, Société d'Avocats

### 2. Précisions sur la détermination du délai de préavis pour rompre les relations commerciales (Cass Com 2 décembre 2008)

La durée de préavis pour rompre des relations commerciales établies a donné lieu à une abondante jurisprudence car c'est de la durée du préavis que dépend le caractère brutal et abusif de cette rupture.

**Une partie peut-elle se voir reprocher une rupture brutale des relations en ayant respecté le délai de préavis fixé par un accord interprofessionnel ?**

En l'espèce, une société fournissait à une grande enseigne depuis plus de trente ans des outils de pose de carrelage. Cette dernière informe son fournisseur qu'elle cessera de commercialiser ses produits dans le délai fixé par l'accord interprofessionnel.

Le fournisseur assigne son distributeur en rupture brutale et abusive des relations commerciales établies.

Dans un arrêt en date du 2 décembre 2008, la Cour de Cassation censure la décision des juges du fond considérant que « le délai de préavis fixé par un accord interprofessionnel pour rompre une relation commerciale ne permettait pas d'ôter son pouvoir d'appréciation quant à la durée du préavis. Ce délai étant uniquement un délai minimum, les circonstances particulières peuvent justifier que ce délai soit augmenté ou diminué ».

Il en résulte donc que quand bien même un accord interprofessionnel prévoit un délai de préavis, il faut prendre en compte la durée de la relation commerciale pour adapter la durée du préavis.

### III/ Droit bancaire et financier

#### 1/ Les obligations à la charge des PSI dans les services de bourse en ligne (Cass Com 4 novembre 2008)

De nombreuses dispositions régissent les obligations des prestataires de services d'investissement dans les services de bourse en ligne, notamment l'article L. 533-4 du code monétaire et financier et l'article 321-62 du Règlement Général de l'AMF.

Le PSI engage-t-il sa responsabilité dans le cas où le client passe des ordres via internet dépassant la provision de son compte bancaire ? En l'espèce, des époux titulaires de comptes titres avaient conclu avec leur banque une convention pour bénéficier d'un accès direct sur le marché par l'intermédiaire du service de bourse en ligne. L'époux avait effectué diverses opérations d'achat et de vente portant sur le même titre mais n'avait pu livrer les titres vendus puisque leur nombre était supérieur à celui des titres acquis.

A la suite de ces opérations, les comptes des époux ont présenté un compte débiteur dont la banque a demandé le paiement. Les juges du fond ont fait droit à la demande de la banque considérant qu'elle n'avait pas d'obligation de vérification vis-à-vis des emprunteurs dans la passation d'ordres par Internet.

Dans un arrêt en date du 4 novembre 2008, la Cour censure l'arrêt de la Cour d'appel, considérant que quelque soit **le moyen de passation des ordres**, le PSI a l'obligation de vérifier que la provision du compte de son client est suffisante pour couvrir les ordres passés. Il appartient donc au PSI de s'assurer que le système par Internet permet de respecter cette règle.

#### 2. L'obligation d'information et de conseil de la banque à l'égard des emprunteurs (Cass 2° Civ 2 octobre 2008)

L'obligation d'information due aux emprunteurs par le banquier alimente régulièrement la jurisprudence. Tel est encore le cas avec les deux arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation.

Dans les espèces, l'emprunteur, un retraité de 61 ans, se voit remettre une notice retraite à l'occasion d'un prêt à une assurance souscrite par le prêteur auprès de son assureur. Après son décès et le refus de l'assureur de régler les sommes, les ayants droits s'acquittent de la somme et assignent l'assureur et la banque aux fins d'en obtenir le remboursement.

Les juges du fond déboutent étant donné que *« l'emprunteur était parfaitement informé des conditions de mise en œuvre des garanties par la notice »*.

Dans un arrêt en date du 2 octobre 2008, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel considérant que *« le banquier qui propose à son client d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir l'exécution de tout ou partie de ses engagements est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation. »*

Cet arrêt confirme la position prise par la 2<sup>ème</sup> chambre civile (Cass.2<sup>ème</sup> civ 20 mars 2008) qui avait décidé que le banquier, qui accorde un prêt avec souscription d'une assurance de groupe, ne peut se contenter de remettre la notice de l'assurance sans autre information.

## IV/ Divers

### Acte anormal de gestion et exécution d'un engagement de caution des associés (CE, 30 juin 2008)

Par un arrêt en date du 30 juin 2008, le Conseil d'Etat revient sur sa jurisprudence antérieure particulièrement rigoureuse (CE 22 avril 1985) dans lequel il avait jugé que la prise en charge par une société mère des dettes de sa filiale constituait un avantage anormal lorsqu'un associé s'était porté personnellement caution des dettes de la filiale.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat considère que « *le fait pour une société mère d'exécuter au lieu et place de ses associés des engagements personnels de caution souscrits au bénéfice d'une filiale ne relève pas d'une gestion commerciale anormale (...)* ».

Ainsi, la prise en charge par une société mère des dettes de sa filiale, se substituant ainsi à la caution donnée par un associé, ne constitue pas un acte anormal de gestion si les **trois conditions suivantes** sont réunies :

(i) l'engagement de caution a été donné sur demande expresse du créancier,

(ii) la société mère a pris l'engagement, au moment même de la souscription de ces engagements, de couvrir ses associés des conséquences éventuelles de cette souscription,

(iii) la société mère a intérêt à cette souscription en vue de permettre le fonctionnement normal de sa filiale.

Le Conseil d'Etat admet donc qu'il est de l'intérêt d'une société mère d'acquitter les dettes bancaires de sa filiale en difficulté, sans avoir à rechercher au préalable si les associés ont été appelés à s'exécuter.

La décision témoigne en l'espèce de la volonté du Conseil d'Etat d'analyser globalement l'opération d'un point de vue économique, c'est-à-dire en partant de l'obligation faite à l'associé de la filiale de se porter caution à la place de la société mère jusqu'à la prise en charge par celle-ci des dettes de sa filiale.

Compte tenu de la généralité des termes de l'arrêt, cette solution apparaît transposable à toutes les situations dans lesquelles une caution personnelle des associés est exigée par les banques en garantie des engagements de la société, à condition que celle-ci ou sa mère se soit formellement engagée à se substituer aux associés en cas de mise en jeu de leur engagement de caution.

#### Avertissement

Le contenu de ce document n'est fourni qu'à titre informatif et ne constitue pas un avis juridique. Vous ne devez et ne pouvez pas vous fonder sur une quelconque information citée dans ce document sans demander l'avis d'un avocat. Le cabinet Lefèvre, Société d'Avocats n'assume aucune responsabilité quant à l'usage des informations contenues dans ce document.

Pour plus d'information sur toute question en Droit des Affaires et/ou en Droit bancaire, veuillez contacter :

Guillaume Lefèvre ou Laurent Simonneau, avocats associés

20, rue Euler – 75008 Paris

Tel: 33 (0) 1 56 62 31 31 – Fax : 33 (0) 1 40 67 76 17

[glefevre@lefevreassociés.com](mailto:glefevre@lefevreassociés.com) ou [lsimonneau@lefevreassociés.com](mailto:lsimonneau@lefevreassociés.com)