

48 48 68

SU 4111

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Faculté de Droit

C E N T R E   D E   D R O I T   D E S   O B L I G A T I O N S

IXèmes JOURNEES D'ETUDES JURIDIQUES JEAN DABIN

23 - 24 novembre 1978

LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

---

FUSIONS DE SOCIETES

par P. COPPENS

Professeur à l'U.C.L.

et F. 't KINT

Premier Assistant à l'U.C.L.

UNIVERSITE CATHOLIQUE  
LOUVAIN - LA - NEUVE  
FACULTE DE DROIT  
BIBLIOTHEQUE

sur le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les

---

fusions de sociétés.

---

## I. Le transfert des créances.

1. Il est de fait et de droit que la fusion de deux sociétés opère un transfert de créances de la société absorbée à la société absorbante. Mais de nombreuses interrogations se soulèvent.

Ce transfert est-il opposable aux tiers par le seul fait de la fusion (et de la publicité qui l'entoure) ou l'accomplissement des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil est-il requis ?

Un arrêt récent de la Cour de cassation française a tranché la question en décidant que l'article 1690 du Code civil n'est pas applicable dans cette hypothèse (Cass.fr. 7 mars 1972, R.P.S. 1973, p. 40 et obs. t'Kint).

Rendue à propos d'une fusion intervenue avant la modification législative française du 24 juillet 1966, la décision conserve toute sa valeur sous l'empire de la loi nouvelle.

Elle est d'un intérêt pratique évident. Les formalités prévues à l'article 1690 peuvent difficilement être observées quand l'apport comprend un grand nombre de créances. Elles risquent d'être fort coûteuses. Aussi sont-elles fréquemment négligées.

La solution paraît certaine en France. Elle est générale en Belgique où les décisions rendues en la matière se prononcent dans le même sens, à de rares exceptions près. Les décisions les plus récentes se fondent, pour exclure l'application des formalités de l'article 1690, sur le mécanisme même de cette disposition.

2. Il n'est pas contesté que la connaissance acquise par le débiteur cédé ou par un tiers, en dehors des formalités de l'article 1690, de la cession de créance leur rend celle-ci opposable (De Page, IV, 411; R.P.D.B., v° Transport de créances n° 53 et références citées ; Gevers, R.C.J.B., 1961, 249; Laurent, XXIV, 1959, Pas., 1690, I, 1).

La publicité organisée autour de l'opération de fusion suffit à porter celle-ci à la connaissance de tous.

- La publication au Moniteur, légalement requise puisque les sociétés qui fusionnent procèdent à une modification de leurs statuts, est un avertissement officiel et général qui rend inutile l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil conformément au principe même de cet article.

C'est pour cette raison de publicité que les décisions belges les plus récentes écartent l'application de cette disposition en cas de fusion (Anvers, 6 mai 1976, R.P.S., 1976, p. 207 et J.C.B., 1976, I, p. 143 ; Comm. Bruxelles, 15 décembre 1941, R.P.S., 1947, p. 309 et note ; Comm. Gand, 1er mars 1963, R.P.S., 1964, p. 41 et note de Radiguès). La Cour de cassation française avait d'ailleurs déjà retenu cette motivation (Cass. Comm., 26 juin 1961, Gaz. Pal., 1962, I, 62).

La solution est logique et ne peut être réfutée. Elle est conforme à la doctrine (Frédéricq, Traité, v°, p. 1037 et références citées ; Van Rijn, Principes, I, p. 858 et références citées; Van Rijn et Van Omneslaghe, R.C.J.B., 1958, p. 92 et 1967, p. 390; De Weerd, Samenstelling van naamloze vennootschappen, p. 122 et suivantes).

3. L'arrêt de la Cour de cassation française évoqué plus haut trouve aussi un autre fondement pour écarter l'article 1690 du Code civil.

C'est le caractère universel de la fusion qui rend inutile les formalités prescrites par l'article 1690. La solution est la même que dans le cas d'une dévolution successorale où l'unanimité s'est faite aujourd'hui pour exclure l'application de cette disposition, laquelle se limiterait donc aux cessions à titre particulier. En cas de transmission universelle ou à titre universel, la personne du créancier originaire se prolonge et se survit dans la personne du successeur. Il y a continuité malgré le changement du titulaire de la créance.

La solution est certaine en cas de transmission de droits successifs (Cass. fr., 16 avril 1889, D. 1890, I, 260; Cass., 31 octobre 1901, Pas. 1902, I, 27; De Page, IV, 450, 4°; R.P.D.B., v° Transport de créances n° 56; Planiol et Ripert, VII, 1124). Elle fut même évoquée à propos de la cession d'un fonds de commerce (Paris, 15 octobre 1920, Sirey, 1921, 2, 123 ; P.Coppens, note sous Bruxelles, 31 mai 1947, J.T., 1947, p. 465) quoique, dans cette hypothèse, les formalités de l'article 1690 soient en principe requises (De Page, IV, 389 bis ; Planiol et Ripert, VII, 1124 ; Lauwers et Vercruysse, Le fonds de commerce, I, 210 ; Cohen, Le fonds de commerce, I, 834). Aussi bien, le concept d'universalité de droit ou de fait appliqué à un fonds de commerce est-il lui-même des plus contestables.

La concentration de deux ou plusieurs sociétés n'équivaut pas à la dissolution des sociétés absorbées. Elle est plus proche d'une transformation qui respecte la continuité de celles-ci (Y.Cheminade, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, Rev.trim.droit comm., 1970, p. 15).

Les associés de la société absorbée, en votant la fusion, n'ont entendu ni mettre fin à l'activité sociale, ni répartir l'actif entre eux, après paiement des créanciers. Leur volonté de collaboration active en vue d'un but commun persiste. Elle prend une dimension nouvelle, un cadre plus large.

La société absorbée conserve bien ses éléments constitutifs essentiels. Elle a changé son nom, son objet, peut-être sa forme, mais ces modifications n'entraînent pas sa disparition. Elle se retrouve avec tous ses biens et tous ses membres, au sein de la société absorbante.

Cette persistance de la société absorbée n'est plus guère discutée, comme nous le verrons, lorsqu'il s'agit du règlement de son passif. L'intérêt est ici de protéger les créanciers. Il est constant que la société absorbante prend en charge les dettes de la société absorbée.

La survie passive de la société dissoute, pour les besoins de sa liquidation, ne peut expliquer à elle seule cette persistance. Ainsi, comment justifier que la société absorbante soit tenue de désintéresser les créanciers de la société absorbée au-delà de l'actif de celle-ci ?

En réalité, la fusion est un phénomène propre qui opère transfert de tout le patrimoine de la société absorbée, laquelle se survit au sein de la société absorbante.

La disparition de sa personnalité morale ne supprime pas son existence. La notion de personnalité morale n'est d'ailleurs qu'une abstraction qui permet de réaliser l'activité sociale propre au regard des tiers et de tolérer la séparation du patrimoine social à côté des patrimoines de chacun des associés.

4. Une jurisprudence belge assez ancienne avait relevé ces principes, maladroitement parfois, pour exclure l'application de l'article 1690 en cas de fusion (Civ. Bruxelles, 23 mai 1907, Pand.pér., 1907, 988, à propos des formalités prévues à l'article 5 de la loi hypothécaire; Civ. Bruxelles, 29 novembre 1911, Pand. pér., 1912, p. 436; Liège, 15 juin 1921, Jur. Liège, 1921, p. 264; Com. Verviers, 30 octobre 1923, Jur. Liège 1923, p. 317, où il est question, improprement, de "subrogation générale"; Com. Bruxelles, 6 décembre 1935, R.P.S., 1936, p. 20 ; Liège, 31 mars 1939, R.P.S., p. 294 et note).

Dès l'instant où il fut acquis que la publicité de la fusion suffisait à informer les tiers et excluait de façon certaine l'application de l'article 1690, une telle motivation devenait surabondante et nos juridictions n'éprouvèrent plus le besoin d'y recourir.

Elle n'en est pas moins plus fondamentale et plus conforme aux solutions apportées par les droits positifs contemporains, même si elle n'est pas à l'abri de discussions (Renauld, Etude comparative de la réglementation des fusions de sociétés en droit belge et dans certaines législations étrangères, R.P.S., 1955, p. I).

Ainsi, la loi française du 24 juillet 1966 (article 371) et son décret d'application du 23 mars 1967 (articles 263 et 265), la loi allemande du 6 septembre 1965 (article 339 et suivants) et le Code civil italien (articles 2501 à 2504) ont construit la fusion sur le schéma de la transmission universelle et n'exigent pas la liquidation de la société absorbée préalablement au transfert de son patrimoine à la société absorbante.

Il en va de même du projet de troisième directive présenté par la Commission des Communautés européennes au Conseil des ministres le 16 juin 1970 (supplément au bulletin 5 - 1970 des Communautés européennes), récemment modifié, qui définit la fusion comme étant un transfert de patrimoine.

L'avant-projet de réforme belge consacre le même principe en précisant que "par l'effet de la fusion, tous les droits, biens et obligations de la société absorbée sont, de plein droit, transférés à la société absorbante" (article 150 du texte relatif aux sociétés anonymes).

Le schéma de la transmission universelle explique de façon cohérente et pratique le mécanisme de la fusion. Il éclaire d'un jour nouveau les solutions jurisprudentielles apportées aux problèmes particuliers que pose celle-ci et, notamment, celui de la transmission de l'actif. "Du point de vue de sa nature juridique,

la fusion est un contrat entre sociétés ayant pour objet, le transfert universel du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante" : Henard, Terré, Mabilat, Sociétés t.III, 1978, p. 596.

## II. Le transfert de dettes.

5. La société absorbante est tenue du passif de la société absorbée, même au-delà de l'actif qu'elle recueille. La règle est acquise et ne souffre guère de contestation (Liège, 5 janvier 1959, R.P.S., 1959, p. 228). Mais il est admis aussi que la société absorbée n'est pas déchargée, par l'absorption, de ses dettes (Civ. Charleroi, 30 avril 1953, J.T., 1955, p. 167). Les créanciers ont donc un débiteur supplémentaire : la société absorbante.

Comment justifier la solution ? La théorie classique rejoint l'explication issue de la délégation de dette. La délégation est "l'acte par lequel une personne prie une autre personne ou ordonne à une autre personne de s'engager envers une troisième, qui accepte, relativement à une chose déterminée".

(De Page, t. III, p. 574). La société absorbante s'oblige à apurer les dettes de la société absorbée. L'engagement procède généralement du traité de fusion, mais en l'absence de toute stipulation expresse, il résulterait en tout cas de la nature de l'opération. La délégation de dette suppose l'acceptation du créancier. Celle-ci peut être tacite et ne pose guère de problème : le créancier a tout intérêt à accepter un débiteur supplémentaire. Sa situation est renforcée et sa créance confortée. Ce faisant, le créancier ne renonce pas à exiger paiement du débiteur originaire, c'est-à-dire de la société absorbée. La délégation de dette proprement dite (appelée parfois délégation imparfaite) n'est pas une substitution de débiteurs mais seulement l'adjonction d'un second débiteur au premier, acceptée par le créancier. Il n'y a pas novation.

Il n'en irait autrement que si le créancier acceptait expressément de décharger le débiteur originaire, c'est-à-dire la société absorbée, conformément à l'article 1275 du Code civil.

Du fait que la délégation n'entraîne pas novation, sauf accord exprès du créancier, résulte cette conséquence que la société absorbante est tenue dans les mêmes conditions que la société absorbée. Si la délégation engendre une nouvelle obligation à charge d'un nouveau débiteur, celle-ci a le même objet et se juxtapose simplement à la première. Les termes de paiement ne sont pas modifiés. Les garanties subsistent, de même que le privilège éventuel dont bénéficie la dette originaire.

La délégation de dette est la seule explication plausible. Le recours à la notion de stipulation pour autrui n'est guère satisfaisant. Sans doute, le stipulant (c'est-à-dire la société absorbée) demeure-t-il tenu à l'égard du créancier et celui-ci dispose-t-il d'une action directe contre le promettant (la société absorbante). Mais il y a une différence fondamentale : la dette du promettant est une dette nouvelle, distincte de la dette originaire du stipulant. Ainsi par exemple, les sûretés qui garantissent le paiement de cette dette ne peuvent-elles être invoquées contre le promettant (De Page, t. III, p. 360).

6. L'explication ne va pas sans inconvénient. Est-il raisonnable d'affirmer que les créanciers sont toujours en droit d'exiger paiement de la société absorbée ? La société absorbée n'a plus d'existence réelle. Elle n'a plus de biens. Le recours de ses créanciers n'a plus d'assiette. Sans doute, objectera-t-on que, dissoute en vue de son absorption, elle subsiste cependant pour les besoins de sa liquidation (J. Renaud, in *Rev.dr.int.comp.*, 1961, p. 83; P. Demeur, in *R.P.S.*, 1959, p. 228, n° 11). Mais cette survie fictive, voulue par l'article 178 des lois coordonnées, a-t-elle encore quelque consistance dans pareilles circonstances ? Quelles difficultés pratiques ne rencontreront pas les créanciers qui voudront exécuter leurs droits ? La société absorbée ne serait plus, en tout cas, qu'un réceptacle creux.

Dira-t-on que son patrimoine ne s'est pas appauvri à la suite de la fusion puisqu'il contient, en contrepartie de l'apport, les actions émises par la société absorbante ? Mais ces actions sont remises par la société absorbante aux actionnaires de la société absorbée et n'entrent pas dans l'actif de celle-ci. Les créanciers insatisfaits, pourraient alors rechercher la responsabilité des liquidateurs de la société absorbée. Mais quels sont-ils ?

Dans la plupart des cas, il n'y en a pas : la fusion s'est opérée directement sans que soient mis en place les organes d'une liquidation jugée inutile.

Est-ce alors la société absorbante qui a la qualité de liquidateur et qui pourrait être mise en cause ? Peut-être, mais on en revient au point de départ du raisonnement : les créanciers n'ont d'action que contre la société absorbante et tout recours contre la société absorbée est vouée à l'échec.

7. La règle de la délégation se heurte à d'autres obstacles : la dette du délégué, c'est-à-dire la dette de la société absorbante, a le même objet que la dette originaire du délégataire, c'est-à-dire de la société absorbée. Il n'y a pas, à proprement parler, cession de dette car le premier débiteur n'est pas libéré. Mais quel sera, par exemple, le sort du privilège du vendeur sur le bien vendu ? On sait que ce privilège n'est conservé que dans la mesure où le bien vendu est toujours en possession du débiteur, c'est-à-dire de l'acheteur. Or, par suite de la fusion, ce bien a changé de main et est en possession de la société absorbante. Le privilège est-il maintenu ? S'il s'agit d'un privilège conservé par la publicité imposée par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire, cette publicité tombe à faux puisqu'elle informe les tiers du nom de l'acheteur originaire, c'est-à-dire la société absorbante. Si la société absorbante a son siège dans son arrondissement judiciaire autre que celui de la société absorbée, l'information est pratiquement sans effet et la protection des tiers n'est pas assurée. Il faut donc admettre que le privilège ne peut être maintenu, dans ces conditions.
8. On le voit, la théorie de la délégation de dette n'explique pas de façon cohérente le mécanisme de la fusion. La règle de la transmission universelle remédie à cette carence. Nous savons qu'elle est admise aujourd'hui sans difficulté lorsqu'il s'agit du transfert des créances de la société absorbée à la société absorbante.

La société absorbante est considérée comme l'ayant cause universel de la société absorbée. La fusion implique un transfert d'ensemble du patrimoine. La situation est comparable à une transmission successorale. La solution est plus audacieuse en matière de transfert de dettes qu'en matière de transfert de créances car notre droit ignore la cession de dette, à tout le moins sans le consentement du créancier, et si le créancier marque son accord, il y a alors novation : la dette ancienne disparaît et une nouvelle dette prend naissance.

La seule exception concerne la transmission d'un passif successoral. Mais il n'y a pas de raison d'écarter la règle générale et toutes ses conséquences, aux motifs que celle-ci a été dégagée par une application particulière, en matière de transfert de créances. Si l'on admet que la fusion est le transfert d'un patrimoine et que la société absorbante est la continuation, sans césure, de la société absorbée, lorsqu'il s'agit de recouvrer des créances, on ne peut écarter la règle pour apprécier les conséquences de la fusion à l'égard des créanciers.

La règle apporte, par ailleurs, une explication intellectuellement satisfaisante. Elle résout les problèmes pratiques qu'engendre la théorie, boiteuse lorsqu'on veut l'appliquer à notre matière, de la délégation de dette.

Si la fusion est un transfert de patrimoine, les dettes de la société absorbée ne disparaissent pas. Elles sont simplement transférées. Sans doute, le débiteur originaire est-il remplacé par un nouveau débiteur. Mais l'opération s'inscrit dans le cadre du transfert d'une universalité et n'implique donc pas novation. C'est bien la même dette au paiement de laquelle s'oblige la société absorbante. Toutes les caractéristiques subsistent. Elle conserve ses garanties et son privilège éventuel. En réalité, il n'y a pas novation car la société absorbante continue la société absorbée. Le changement est en réalité formel.

9. Le paiement des dettes d'impôts de la société absorbée a été l'objet d'une attention particulière de la jurisprudence. C'est dans cette matière que la règle de la transmission passive universelle a été le mieux mise en lumière. Malgré son autonomie, le droit fiscal est aux prises avec le phénomène économique de la concentration des entreprises. La règle de la continuité y est aisément admise. Ainsi, les amortissements se prolongent au sein de la société absorbante et font suite au tableau de la société absorbée et la chronologie des différentes couches d'apport du capital de la société absorbée se poursuit au sein de la société absorbante, lorsqu'il s'agit d'en déterminer la péréquation. La même continuité affecte le régime des moins-values, réserves et provisions (art. 124, § 3, du Code des impôts sur les revenus et Bruxelles, 4 juin 1973, J.P.D.F., 1973, p. 156).

La conception fiscale de l'absorption et de la fusion repose sur l'idée d'une continuation de la société absorbée par la société absorbante (voyez L. Van Beirs Le nouveau régime fiscal des fusions de sociétés, R.P.S., 1959, p. 244).

De nombreuses décisions manquent cependant de rigueur dans la définition des termes et semblent distinguer de façon assez confuse, deux notions qui, pour nous, recouvrent une même réalité : la transmission universelle et la "continuation de la personne" (Voyez Cass., 25 janvier 1949, Pas. 1949, I, p. 73 ; Bruxelles, 27 octobre 1964, Journ. Prat. Dr. fiscal et financier, 1964, p. 365; Rev. fisc., 1966, p. 221; Bruxelles, 12 février 1965, R.P.S., 1968, p. 244).

Nous nous bornons ici à résumer succinctement deux arrêts prononcés par la Cour de cassation. Le 30 avril 1970, la Cour décide qu'une cotisation enrôlée à charge de la société absorbée ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur les biens de la société absorbante sans qu'un nouvel enrôlement intervienne à charge de cette dernière (Cass., 30 avril 1970, Pas. 1970, I, p. 749, R.W., 1970-1971, col. 606 et obs., R.P.S. 1971, p. 616; voyez la critique de cet arrêt : J. Van Rijn et P. Van Ommeslaghe, in R.C.J.B., 1973, p. 548).

Il semble que l'obligation de la société absorbante à la dette d'impôt n'ait pas été contestée. La Cour de cassation motive la solution en estimant que,

si la société absorbante est l'ayant cause à titre universel de la société absorbée, "il ne s'ensuit pas qu'elle puisse être considérée, à l'instar de l'héritier du défunt, comme la continuatrice de la personnalité de la société absorbée".

Par un arrêt du 18 septembre 1975, (Cass., 18 septembre 1975, R.P.S., 1975, p. 211 et obs. A. Bailleux), la Cour décide que l'article 109, 1°, du Code des impôts sur les revenus interdit à la société absorbante de déduire, comme charge professionnelle, l'impôt enrôlé à charge de la société absorbée qu'elle a elle-même payé. La motivation de l'arrêt est critiquée par l'annotateur. La Cour applique cependant correctement la notion de continuité entre la société absorbée et la société absorbante (Voyez, en revanche, Déc. Enr., 10 mai 1976, R.P.S. 1976, p. 175 et observations P. Coppens : \* la continuité est brisée lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 129 du Code des droits d'enregistrement ; la décision n'est pas conforme à l'enseignement de la Cour de cassation).

10. Mais la règle de la transmission universelle n'est pas sans danger pour les créanciers de la société absorbée. Ils doivent subir le concours des créanciers de la société absorbante. Lorsque l'actif de celle-ci est obéré, leur gage se trouve relativement moins fourni. Pourraient-ils intenter une action en déchéance du terme, fondée sur l'article 1188 du Code civil ? Nous ne le croyons pas. Cette disposition ne s'applique pas à la diminution du gage général que constitue le patrimoine du débiteur mais à la diminution de sûreté particulière (Voyez De Page, t.I, p. 208; Van Rijn, t. II, n° 1099).

Dans la logique du système, les créanciers devraient pouvoir demander la séparation des patrimoines. Mais la solution se heurte à une difficulté importante. Si l'actif successoral peut être réservé aux héritiers du de cujus, on imagine mal que les biens d'exploitation d'une société en activité soient ainsi gelés. Les matières seront consommées et transformées. Les stocks seront vendus. Le produit de l'activité sera réinvesti. Même les actifs immobilisés seront peut-être intégrés dans l'immobilisé de la société absorbante, si la fusion est suivie d'une restructuration, comme c'est généralement le cas.

La règle ne se concevrait que dans la perspective d'une exécution immédiate par les créanciers de la société absorbée. Mais cette initiative supposerait une situation totalement obérée et l'absorption serait sans doute une fraude aux droits des créanciers de la société absorbée.

Précisément, les créanciers pourraient en effet obtenir l'annulation de l'absorption si celle-ci a été décidée en fraude de leurs droits.

La fraude paulienne peut être invoquée (Voyez Liège, 17 juin 1965, R.P.S., 1966, p. 34 et le jugement a quo Civ. Dinant, 9 janvier 1964, R.P.S., 1964, p. 169 et s. et obs. P. Coppens ; Cass. fr., 28 juin 1971, R.P.S., 1972, p. 234). Elle suppose il est vrai une collusion entre la société absorbante et la société absorbée. Mais les créanciers peuvent obtenir l'annulation de l'absorption sur une autre base. On sait que le caractère définitif qu'on attribue à la clôture de la liquidation ne peut empêcher que les créanciers obtiennent l'annulation du vote de clôture, lorsque celle-ci a été décidée en fraude de leurs droits. Il en est ainsi lorsque, de mauvaise foi, les actionnaires tiennent la liquidation comme terminée alors que le passif n'est pas totalement apuré. La clôture n'est régulière que si les associés "constatent" plutôt qu'ils ne "décident" que les créanciers sont payés. Certaines clôtures sont frauduleusement abrégées en vue d'amorcer au plus vite le délai quinquennal de recours des créanciers (Voyez Cass., 26 avril 1972, R.P.S. 1973, p. 269 ; Liège, 11 octobre 1972, R.P.S., 1974, p. 135).

La clôture de la liquidation ne suppose pas que tous les créanciers soient payés mais que tout l'actif ait été réservé à leur paiement. En cas d'absorption, on doit admettre, avons-nous dit, que la liquidation est clôturée.

— Les créanciers n'ont pas reçu paiement mais se trouvent en présence d'un nouveau débiteur qui a recueilli le patrimoine de leur débiteur original et qui s'est obligé à les désintéresser. La nature particulière de l'opération et la nécessité de lui trouver un cadre juridique adéquat permettent de considérer qu'il s'agit là d'un type de clôture. Les créanciers ne sont pas remplis de leurs droits mais ils ont l'assurance qu'ils le seront.

Il en irait autrement si le recouvrement de leurs créances était mis en péril, s'ils avaient troqué un débiteur solvable contre un débiteur insolvable. Tout est question de fait. Nous croyons que la décision de l'assemblée générale de la société absorbée, prononçant la dissolution de celle-ci et son absorption, peut être annulée si elle risque de léser les droits de recours des créanciers.

La protection des créanciers de la société absorbante, qui subissent le concours des créanciers de la société absorbée, n'est pas à négliger non plus. Ils pourraient aussi, assurément, invoquer la fraude paulienne pour éviter les conséquences dommageables de l'absorption.

### III. Le transfert de contrats.

11. Le transfert de contrats en cours et notamment des contrats à prestations successives, a suscité diverses controverses (J. Renauld, in Rev. int. Droit Comp., 1961, p. 86). Le principe de la transmission universelle apporte une solution : les contrats - et les obligations réciproques qu'ils engendrent - sont transférés par le seul fait de l'absorption. La règle se déduit logiquement des conclusions que nous avons développées, relatives au transfert des créances et des dettes. Elle est conforme à la pratique. Dans la plupart des cas, le traité de fusion précise que la société absorbante s'oblige à poursuivre l'exécution des contrats conclus par la société absorbée. Sans doute, la société absorbante pourrait-elle se trouver contrainte de mettre fin à certains contrats que la restructuration, née de l'absorption, rend inutiles ou onéreux. Elle pourra le faire dans les conditions où la société absorbée elle-même eût pu le faire avant l'absorption, à charge par elle de respecter les indemnités ou préavis contractuels. Mais cette conséquence est l'application correcte de la règle du transfert.

Quant aux contractants, leur accord n'est pas requis. La cession leur est opposable par le seul fait de l'absorption. La société absorbante continue en effet, nous l'avons dit, la personne de la société absorbée.

La règle a été reçue sans difficulté depuis longtemps en matière de contrats d'emploi et de travail. Ceux-ci sont conclus en considération de l'entreprise, unité humaine et technique d'exploitation, bien plus que de l'être juridique formel sous lequel elle s'abrite : la continuité de l'activité sociale est aisément admise (Cour Trav. Bruxelles, 18 décembre 1974, J.T.T., 1975, p. 297).

Une réserve importante doit toutefois être faite. Les contrats conclus intuitu personae ne sont pas cédés. L'accord du contractant est en tout cas requis pour qu'ils soient repris par la société absorbante. La difficulté est de savoir quels sont les contrats conclus intuitu personae. Les éléments les plus divers peuvent être retenus comme critères.

Selon qu'il s'agit de tel ou tel contrat, la part de marché, l'identité des banquiers ou des fournisseurs, la clientèle, la renommée commerciale, la solvabilité ... peuvent entrer en ligne de compte.

L'intuitus personae ne s'apprécie pas, dans les relations industrielles et commerciales, de la même manière qu'en droit civil. Son champ d'application est plus large. Ainsi a-t-on vu un juge de paix considérer - mais n'était-ce pas seulement pour venir en aide au débiteur malheureux d'une prime en souffrance ? - que la fusion de deux compagnies d'assurance ne pouvait entraîner la cession des contrats, ceux-ci étant conclus intuitu personae (J.P. Wellin, 10 juin 1948, R.P.S., 1950, p. 165 et note). Il est vrai que cette question a fait l'objet depuis d'une intervention législative.

Plus sérieuse, la Cour d'Anvers a admis la cession des contrats d'exclusivité conclus par une firme pétrolière absorbée par une autre (Anvers, 6 mai 1975, R.P.S., 1976, p. 206, J.C.B., 1976, I, p. 43).

Le même arrêt décide que la clause contractuelle qui donnait compétence aux juridictions du siège de la société absorbée est attributive de compétence, du fait de l'absorption, aux juridictions du siège de la société absorbante. Il y a quelques années, la Cour d'appel de Bruxelles avait admis le transfert d'un contrat à prestations successives conclu avec la SNCB par un charbonnage, absorbé par un autre charbonnage.