

Revue des sociétés

Revue des sociétés 2011 p. 404

La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt *Coeur Défense*

Bernard Grelon, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université de Paris Dauphine

L'essentiel

Par un arrêt du 8 mars 2011, la Cour de cassation, tout en approuvant la cour d'appel de Paris d'avoir admis la recevabilité de la tierce opposition du créancier des sociétés HOLD et Dame Luxembourg au motif que ceux-ci disposent, au sens de l'article 583, alinéa 2, du code de procédure civile, des moyens qui lui sont propres, censure celle-ci pour avoir rétracté les jugements ayant ouvert au bénéfice de ces sociétés une procédure de sauvegarde.

Tout en confirmant l'élargissement du droit des créanciers à former tierce opposition, contre le jugement ouvrant une procédure de sauvegarde, la Cour de cassation s'oppose à toute restriction dans l'appréciation des conditions d'ouverture de la procédure par une interprétation téléologique de la loi ou la prise en considération des motifs du débiteur ou de ses associés. Seule doit être retenue l'importance des difficultés rencontrées par le débiteur seul et dans l'état du droit (antérieur à l'ordonnance du 18 décembre 2008) applicable à l'affaire, la menace de cessation des paiements que provoquent ces difficultés.

1. Au coeur de l'arrêt *Heart of La Défense*, se nouent, sous l'auspice incertain des évolutions législatives, les problématiques nouvelles du droit de la sauvegarde, là où se combinent exigences du procès équitable et intérêts financiers contradictoires.

Un montage financier sophistiqué, des enjeux patrimoniaux considérables, une crise financière mondiale ont fourni les ingrédients nécessaires à des décisions judiciaires remarquées, sinon remarquables.

2. La cour d'appel de Paris, soucieuse des risques d'utilisation abusive de la procédure de sauvegarde, avait pris, à l'occasion de son arrêt en date du 25 février 2010, des positions de principe qui avaient suscité l'approbation enthousiaste (1) autant que la critique acerbe (2).

La Cour de cassation, par son arrêt du 8 mars 2011 qui casse, par cinq fois, la décision de la cour d'appel de Paris a su attirer, à son tour, l'attention de tous (3). Arrêt d'espèce (les deux premiers chefs de cassation sont formulés en termes disciplinaires) et arrêt de principe (4) (trois chefs de cassation sont fondés sur la violation de la loi), l'arrêt du 8 mars 2011 déroge à l'économie de moyens dont fait preuve habituellement la Haute Juridiction. C'est montrer que l'enjeu est grave et que se joue dans cette affaire l'essence même de la procédure de sauvegarde.

Et pourtant, les parties semblaient bien avoir tout fait pour y échapper.

3. Au commencement, est un « montage financier » comme juristes, banques d'affaires et fonds d'investissements les aiment, destiné à réaliser une opération immobilière d'envergure : 180 000 m² de bureaux, plus de deux milliards d'euros d'investissement, une *holding* entièrement contrôlée par le groupe Lehman Brothers, au Luxembourg (Dame Luxembourg) créée pour les seuls besoins de l'opération dans un objectif essentiellement fiscal (5), et actionnaire unique d'une SAS de droit français dénommée Heart of la Defense (ou en abrégé HOLD) qui détient elle-même, *via* une SCI, l'ensemble immobilier de bureaux dénommé « Coeur Défense ».

La société HOLD finance l'acquisition en souscrivant deux prêts d'environ 1,6 milliard d'euros, assortis d'engagements stricts - notamment la couverture du risque de variation des taux d'intérêt - (« *covenants* ») auprès d'une société du groupe Lehman Brothers, garantis par une

hypothèque sur l'immeuble et la cession de créances professionnelles « Dailly » des loyers des baux existants ou futurs, ainsi que par le nantissement de la totalité des titres sociaux de HOLD, consenti par la société Dame Luxembourg.

Née de l'imagination et des capacités financières du groupe Lehman Brothers, l'opération va, comme il est usuel, en la matière donner lieu à la mise sur le marché de divers produits financiers. C'est ainsi que les créances sur la société HOLD ont été titrisées et cédées à un fonds (Windermere XII FCT [le FCT]) géré par une société Eurotitrisation dès le mois d'août 2007.

4. Cette complexe et banale mécanique n'a pas résisté à la crise financière de 2008. La défaillance et la dégradation de la notation financière du groupe Lehman Brothers et notamment des sociétés ayant participé à l'opération de couverture du risque de variation de taux d'intérêts ont conduit le cessionnaire de la créance, la société Eurotitrisation, à demander le remplacement de Lehman Brothers par un autre établissement financier.

Les sociétés Dame Luxembourg et HOLD estimant, dans le contexte de crise alors à son apogée, être dans l'impossibilité de souscrire immédiatement un nouveau contrat de couverture, se sont trouvées confrontées à la menace d'exigibilité immédiate de la totalité des prêts, et au risque de voir mis en oeuvre le pacte commissaire permettant au créancier de s'approprier les actions de la société HOLD privant, ainsi, la société Dame Luxembourg de son actif.

5. Etrange illustration des effets dominos de la crise et de montages financiers se retournant contre leurs auteurs : La faillite du groupe, initialement créancier, actionnaire et garant, provoque la difficulté du débiteur ; puis à travers le montage financier mis en place, la défaillance du groupe Lehman Brothers (garant) se reporte sur le groupe Lehman Brothers (actionnaire), menacé de perdre son investissement.

6. Mais c'était sans compter avec la justice française.

Les sociétés HOLD et Dame Luxembourg ont, en effet, chacune saisi, le 28 octobre 2008, le tribunal de commerce de Paris d'une demande de bénéfice de la loi de sauvegarde des entreprises.

Par deux jugements du 3 novembre suivant, le tribunal a ouvert une procédure de sauvegarde distincte au bénéfice de chacune des deux sociétés, sans s'attarder à la localisation de la société mère au Luxembourg (6).

A la suite des tierces oppositions de la société Eurotitrisation, le tribunal, par jugement du 7 octobre 2009 (7), a déclaré recevables ses demandes mais confirmé les jugements du 3 novembre 2008 ayant ouvert la sauvegarde des sociétés HOLD et Dame Luxembourg.

En appel (8), la cour de Paris a rétracté les jugements d'ouverture des procédures de sauvegarde de la société HOLD et de la société Dame Luxembourg, par un arrêt du 25 février 2010 (9).

Sur pourvois formés par HOLD et Dame Luxembourg, la Chambre commerciale de la Cour de cassation prononce une cassation partielle de l'arrêt de la cour d'appel de Paris (10).

D'une part, au plan procédural, la Cour de cassation, poursuivant une évolution commencée avec l'arrêt *Eurotunnel* (11), reconnaît, pour les créanciers, le droit de soumettre ses prétentions au juge et rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel en confirmant la recevabilité de la tierce opposition (I).

D'autre part, au fond, elle casse l'arrêt d'appel qui avait cherché à délimiter restrictivement les conditions d'ouverture de la sauvegarde, renforçant le droit pour le débiteur en difficultés de bénéficier de la procédure de sauvegarde (II).

I. La recevabilité de la tierce opposition : le droit au juge

7. Rendu aux vises des articles L. 661-2 du code de commerce et 583 du code de procédure civile (12), l'arrêt de la Cour de cassation (13), s'il réaffirme le principe selon lequel le créancier est représenté par le débiteur et ne peut normalement pas faire tierce opposition au jugement statuant sur l'ouverture de la procédure collective (A), confirme un sensible élargissement de ces exceptions (B).

A. Un principe réaffirmé

8. Pour déterminer les conditions de recevabilité de la tierce opposition, la jurisprudence s'en tient traditionnellement au droit commun, ne voyant pas dans la spécificité du jugement statuant sur la procédure collective un motif pour écarter les règles posées par l'article 583, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile. Est tiers celui qui n'a été ni partie ni représenté au jugement qu'il attaque.

Et, ainsi qu'en dispose l'article 583, alinéa 2, du code de procédure civile, le créancier, ayant cause à titre particulier du débiteur qui n'a pas plus de droit que lui «est représenté par son débiteur : le dispositif du jugement peut être invoqué contre lui et il est lié par ce qui a été jugé contre son débiteur ». Cette représentation nécessaire est fondée sur une « communauté d'intérêts entre une partie et une personne étrangère à l'instance ».

9. Cette communauté d'intérêts ne paraissait pas artificielle lorsque la faillite était destinée principalement à organiser collectivement le paiement des créanciers (14). En droit, sinon toujours en fait, le débiteur agissait aussi pour le compte de ses créanciers, la procédure étant censée être conçue pour faciliter le règlement ordonné de leurs créances.

Les partisans de la théorie de la représentation continuent à affirmer que les réformes opérées depuis 1967 et notamment en 1985 puis en 2005, n'ont pas fondamentalement modifié cette situation (15). Dans les trois procédures, apparaît l'objectif d'apurement du passif (16), même si celui-ci est relégué en troisième position (17) dans la sauvegarde et le redressement et ne demeure le principal objectif que dans la liquidation.

Les créanciers auraient intérêt à l'ouverture de la sauvegarde ou du redressement judiciaire parce que même si la procédure va suspendre leurs paiements, arrêter le cours des intérêts, les obliger à déclarer leur créance, l'ouverture d'une procédure collective, la plus précoce possible, sert leurs intérêts, puisque du redressement espéré de l'entreprise dépend leur futur paiement. Plus le débiteur anticipe les difficultés, en se mettant sous la protection de la justice, plus il agit dans l'intérêt de son entreprise, contribue à la valorisation de l'actif et donc au possible paiement du passif.

10. Mais cette analyse idyllique est de plus en plus critiquée (18).

Ces critiques insistent au contraire sur la divergence d'intérêts qui rendrait la fiction juridique de la représentation insupportable, conduisant en fait à un véritable déni de justice et portant atteinte au principe du droit à l'accès à un juge équitable.

Dans les dispositifs législatifs mis en place depuis 1967 et surtout depuis 1985 et 2005, à travers la sauvegarde et le redressement judiciaire, les deux principales préoccupations - pérennité de l'entreprise (19) et sauvegarde des emplois - peuvent justifier des solutions les privilégiant au dépens de l'apurement du passif. Les trois intérêts énoncés par l'article L. 620-1 ne sont pas toujours complémentaires, ils peuvent entrer en opposition.

Le terme même d'apurement du passif, au demeurant, montre bien que les solutions envisagées le sont du côté du débiteur (la réduction du passif), plus que du côté de la satisfaction des créanciers. Et la mise en oeuvre de solutions pouvant contraindre certains créanciers à subir contre leur gré des conversions de créances ou des abandons de créances montre bien que l'intérêt des créanciers n'est plus, en droit - et pas seulement en fait - à l'oeuvre dans le traitement des procédures collectives. Le risque de conflit d'intérêts - énoncé par la loi elle-même - interdit de soutenir que le débiteur représente nécessairement les

créanciers.

11. Cette situation est encore plus nette en sauvegarde. La différence avec le redressement judiciaire tient principalement à ce que dans ce dernier, le débiteur a l'*obligation* de déclarer son état de cessation des paiements et donc sa défaillance. Les créanciers, si un tel état est constaté et sauf fraude, ne peuvent donc légitimement contester l'ouverture de la procédure qui constitue un mécanisme obligé.

En revanche, dans la sauvegarde, non seulement le déclenchement de la procédure n'appartient qu'au débiteur mais, en outre, il est facultatif. C'est donc en fonction de la perception qu'il a de son intérêt personnel, que le débiteur décide de solliciter l'ouverture ou non de la procédure. Et depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, les difficultés dont il doit faire état ne sont même pas nécessairement de nature à conduire à la cessation des paiements. Il est donc normal que, dans une telle procédure, le débiteur expose les intérêts à bénéficier d'une procédure qui va imposer de lourdes contraintes à ses créanciers, de son seul point de vue, sans avoir à faire état de l'intérêt des créanciers dont il n'est pas en charge. Ainsi, il est difficile de continuer à postuler par principe une communauté d'intérêts entre débiteur et créanciers (20).

12. L'argument de certains (21), selon lequel les créanciers ne doivent pas pouvoir faire tierce opposition parce que ce serait leur reconnaître un droit de s'opposer à une procédure faite dans l'intérêt exclusif du débiteur, démontre au contraire qu'en sollicitant l'ouverture de la procédure le débiteur ne représente que lui-même et n'a aucune communauté d'intérêts de principe et nécessaire avec les créanciers (même si en fait et au cas par cas l'intérêt des créanciers peut être aussi que la procédure soit ouverte).

De plus, si les créanciers, ne peuvent imposer la procédure de sauvegarde, on ne peut en déduire, *a contrario*, qu'ils n'ont pas le droit d'en contester l'opportunité et le bien fondé. Le débiteur a certes la faculté de demander seul l'ouverture de la procédure de sauvegarde dans son intérêt, mais l'ouverture de la procédure suppose la réunion de conditions soumises à l'appréciation du juge. Interdire aux créanciers, principaux intéressés par l'ouverture de la procédure, de pouvoir exposer les motifs pour lesquels les conditions légales d'ouverture de la procédure ne leur paraissent pas réunies reviendrait à les priver d'un droit essentiel.

13. Faisant observer qu'en de nombreuses autres matières, la jurisprudence écarte l'idée de représentation forcée, des auteurs ont proposé d'étendre cette solution au domaine des procédures collectives (22).

C'est la voie qu'a retenue la Cour de cassation dans l'arrêt *Eurotunnel* en jugeant le 30 juin 2009 que les créanciers domiciliés dans un autre État membre, privés dans leur Etat d'origine de toute possibilité de contester la compétence du tribunal français s'étant déclaré compétent sur le fondement de l'article 3 du règlement CE n° 1346/2000, devaient pouvoir bénéficier d'une voie de recours pour contester la compétence des tribunaux français.

Toutefois, la Cour de cassation, dans l'affaire *Eurotunnel*, avait limité cette exception à l'hypothèse des créanciers étrangers contestant la compétence du tribunal (23). La règle était ainsi étroitement liée aux effets du règlement communautaire insolvabilité n° 1346/2000 et était ouvertement destinée, d'une part, face au risque - qui n'est pas que d'école - d'un *forum* et d'un *law shopping*, d'assurer l'accès au juge des créanciers et, d'autre part, d'éviter une confrontation entre ordre procédural interne et ordre communautaire de nature à inciter les tribunaux étrangers à se déclarer compétents en invoquant la violation par les juridictions françaises du principe d'ordre public du libre accès à un juge équitable (24).

14. En l'espèce, la Cour de cassation, peut-être sensible aux critiques de ceux qui craignent une remise en cause systématique des procédures de sauvegarde, n'a pas souhaité poursuivre ouvertement dans cette voie de remise en cause du principe lui-même de la représentation du créancier par le débiteur. Bien au contraire, elle le réaffirme.

Mais, dans le même temps, elle ouvre beaucoup plus largement les portes de l'exception visée ⁴

par l'article 583, alinéa 2, en élargissant sensiblement la notion de « moyen propre » au créancier et donc étranger au pouvoir de représentation du débiteur.

B. Des exceptions élargies

15. Traditionnellement, il est considéré qu'un tiers dispose de moyens propres dans des situations où « la partie n'avait pas des pouvoirs de représentation suffisants » (25).

À cet égard, la tâche du créancier chirographaire n'est traditionnellement pas aisée : pour lui, la preuve du moyen propre passe par la démonstration d'un intérêt distinct de celui de la collectivité des créanciers, autrement dit, de ce que l'ouverture de la procédure aurait pour lui des conséquences spécifiques (un préjudice propre), que ne subissent pas les autres créanciers chirographaires (26). Or, en règle générale, au stade de l'ouverture de la procédure, les créanciers se trouvent dans des situations identiques. Il est donc exceptionnel qu'un créancier puisse se prévaloir d'un préjudice distinct de celui des autres créanciers au stade de l'ouverture de la procédure et du fait de cette ouverture (27).

Et, en l'espèce, les auteurs du pourvoi faisaient valoir, avec une certaine pertinence, que les arguments invoqués, à savoir la volonté d'empêcher le principal créancier d'exercer ses droits nés du contrat - déchéance du terme, suspension des poursuites et des mesures d'exécution - ne se distinguaient pas des effets légaux de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, et auraient pu être invoqués par n'importe quel autre créancier de la société HOLD. Le tribunal n'avait pas pu les ignorer, même s'il ne les avait pas retenus.

16. Cet argument ne retient toutefois pas la Cour de cassation qui si elle fait encore référence à l'existence d'un moyen distinct de ceux susceptibles d'être invoqués par le débiteur ou par les autres créanciers, se borne à exiger que le créancier tiers opposant allègue un moyen dont il affirme le caractère propre, en ce qu'il se considère comme particulièrement visé par la procédure collective. C'est ainsi que la cour a estimé « que les moyens invoqués par le créancier lui étaient propres » parce que « la société Eurotitrisation alléguait que la procédure de sauvegarde avait pour but exclusif de permettre aux sociétés HOLD et Dame Luxembourg d'échapper, au moins temporairement, à l'exécution de leurs obligations contractuelles envers le seul FCT, qu'elle représentait, ou de la contraindre à négocier leur aménagement ».

17. Ainsi, d'une part, la simple allégation d'un caractère personnel suffit à caractériser l'intérêt propre. Il suffira qu'un créancier prétende être le seul visé, cela suffira à justifier la tierce opposition. Une telle solution est de nature à inciter les praticiens à faire preuve d'une imagination aussi débordante que fantaisiste.

18. D'autre part, plus sérieusement, le caractère propre du moyen peut résulter de considérations purement factuelles ou subjectives. Il n'est plus indispensable, qu'en droit, le moyen invoqué ne puisse être allégué que par certains créanciers, se trouvant objectivement dans une situation différente de la collectivité des créanciers, il suffit que concrètement, en fait, certains créanciers s'estiment particulièrement visés par la procédure de sauvegarde ou, comme en l'espèce, que leurs créances soient à l'origine de la difficulté alléguée.

19. Enfin et surtout, semble pouvoir dorénavant constituer un moyen propre la crainte de subir dans le traitement de sa créance, lors de l'élaboration et de l'adoption du plan un sort qui serait particulièrement préjudiciable au créancier opposant. Car, tel était bien l'analyse que faisait la société Eurotitrisation en soutenant que les sociétés débitrices, en sollicitant l'ouverture de la sauvegarde, avaient pour objectif principal d'imposer une renégociation des seuls contrats de crédit la concernant.

Ainsi, tout en conservant la formule selon laquelle seul un moyen propre permet au créancier de faire tierce opposition, la Cour de cassation transforme cette notion. Ce n'est plus l'existence d'un préjudice propre au créancier du fait de l'ouverture de la procédure, qui constitue ce moyen propre, mais son implication possible dans le déroulement de la procédure. La notion de moyen propre s'apprécie non seulement en fonction des effets réels de l'ouverture de la procédure mais en fonction des effets potentiels des solutions de la

procédure.

La recevabilité de la tierce opposition du créancier devient une question de fait.

20. Cette évolution résulte, à n'en pas douter, pour partie de la confrontation de notre droit avec des acteurs et des praticiens habitués à des droits plus pragmatiques que le nôtre. Elle résulte aussi de l'éclatement de la communauté des créanciers, au stade du traitement de la procédure et de l'élaboration du plan. La différenciation des créanciers au sein des procédures collectives se manifeste de plus en plus ouvertement tant dans la pratique contractuelle que dans la loi. Les organes de la procédure sont confrontés à des situations contractuelles complexes comportant notamment des clauses contractuelles de subordination de plus en plus sophistiquées et enchevêtrées.

Corrélativement, les mécanismes de traitement de la dette imaginés par les praticiens et consacrés par le législateur conduisent à prendre en compte des créanciers en fonction de leur rôle économique notamment à travers les comités de créanciers, ou à permettre de décider des solutions différenciées entre créanciers. Toute cette ingénierie financière et ces mécanismes légaux difficilement compatibles avec le principe d'égalité des créanciers rendent l'affirmation d'une communauté d'intérêts des créanciers très discutable. La « masse » des créanciers, supprimée en droit en 1985, n'existe plus en fait depuis 2005.

Il est dès lors logique que les créanciers puissent faire opposition lorsque ces situations particulières, liées pour une catégorie de créanciers ou un créancier déterminé à la différence de traitement qui risque de lui être appliquée au cours de la procédure et à son issue, n'ont pas été débattues devant le tribunal.

21. Derrière cette évolution de la notion de moyen propre, apparaît aussi, en filigrane, même si cette question n'a, en l'espèce, à aucun moment été formulée l'affirmation implicite du droit au juge et à un procès équitable. Le justiciable français ne peut se voir moins bien traité que le justiciable ressortissant d'un pays tiers. Si dans le premier cas l'applicabilité et la pérennité du règlement insolvabilité ne sont pas en jeu, les principes fondamentaux du droit français tels qu'interprétés ou transformés par la Cour européenne des droits de l'homme impliquent le respect de cette exigence fondamentale⁽²⁸⁾.

22. C'est pourquoi il n'est pas possible de partager l'opinion, assez minoritaire, de ceux qui ne voient dans cet arrêt, au plan de la recevabilité de la tierce opposition qu'un arrêt d'espèce⁽²⁹⁾ comme il n'est pas possible de partager l'opinion de ceux qui, en dépit d'abus manifestes⁽³⁰⁾, estiment que l'ouverture trop large de la tierce opposition est de nature à compromettre l'efficacité de la procédure de sauvegarde ou de « malmener l'esprit de communauté d'intérêts entre les créanciers⁽³¹⁾ ». La communauté d'intérêts entre créanciers, posée comme postulat, est sans doute tout aussi illusoire que celle entre débiteur et créanciers. Dans les deux cas, des communautés d'intérêts peuvent en fonction des circonstances se manifester. En déduire un principe relève en revanche de l'artifice et du parti pris dogmatique⁽³²⁾ de nature à compromettre la loyauté du débat.

Cette exigence de loyauté s'impose d'autant plus que la Cour de cassation se montre soucieuse au fond de faciliter, pour le débiteur, l'ouverture de la procédure de sauvegarde en limitant au maximum la portée des contraintes légales⁽³³⁾.

II. Les conditions d'ouverture de la sauvegarde : le droit du débiteur

23. Alors que l'appréciation des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde pouvait sembler relever sinon de l'appréciation souveraine des juges du fond⁽³⁴⁾, tout au plus d'un contrôle léger⁽³⁵⁾, la Cour de cassation, en cassant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris du 25 février 2010, a manifesté son souci d'imposer un contrôle étroit qui la conduit à s'intéresser de près à des éléments qu'*a priori* on aurait pu considérer comme purement factuels, tant l'opposition entre les deux juridictions est complète.

Elle l'est d'abord dans la compréhension même des prétentions des parties, ce qui fonde les deux premiers chefs de cassation, pour méconnaissance de l'objet du litige et défaut de

réponse aux conclusions.

24. Cette divergence entre les deux cours, est aussi radicale à propos de l'interprétation de l'article L. 620-1 du code de commerce. Peu d'appréciations portées par la cour d'appel échappent à la critique et à la censure de la Cour de cassation.

Les trois derniers chefs de cassation visent ainsi directement la violation de la loi. La cour d'appel aurait méconnu le sens de l'article L. 620-1 du code de commerce (36) en subordonnant son application à des restrictions injustifiées (37).

25. A travers ces différents moyens, la Cour de cassation s'est attachée à montrer que l'existence de « difficultés que le débiteur ne peut surmonter » constitue une condition nécessaire (38) d'ouverture de la procédure de sauvegarde, dont elle entend contrôler l'application (A). Elle affirme avec fermeté que l'existence de ces difficultés en est aussi une condition suffisante (39) (B).

A. Des difficultés que le débiteur ne peut surmonter : une condition nécessaire

26. Si nul ne doute que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde nécessite la constatation de difficultés que le débiteur ne peut surmonter, la divergence, profonde, qui oppose la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation porte sur ce qu'il faut entendre sous ces termes. Pour la Cour de cassation le caractère non surmontable doit s'apprécier en lui-même (1), et doit s'apprécier au regard des seules possibilités du débiteur de résoudre par lui-même la difficulté (2).

1. Des difficultés non surmontables

27. La cour de Paris, pour rétracter les décisions du premier juge, faisait valoir que « la société HOLD n'a pas prétendu éprouver des difficultés à poursuivre son activité elle-même de bailleuse de bureaux », et que les difficultés alléguées avaient simplement rendu « plus onéreuse l'exécution de son obligation de couverture du risque de variation des taux d'intérêt, imposée par les contrats de prêt ayant originellement financé son acquisition [...] ».

La demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde n'avait, dès lors, pour la cour d'appel, d'autre objet que de réaménager ses obligations contractuelles en fonction d'événements imprévus (40), dont le droit français des contrats refuse de tenir compte.

Pour la Cour de cassation, ce motif encourt deux critiques, l'une de circonstance, liée à la gravité de la difficulté (1^{er} chef de cassation), l'autre de principe, liée à la prise en compte de ses effets (3^e chef de cassation).

a. La gravité des difficultés

28. L'appréciation portée par la cour d'appel de Paris et par la Cour de cassation sur la gravité de la situation à laquelle étaient confrontées les deux sociétés est tout à fait opposée. Alors que la cour d'appel prétendait que « la société HOLD n'a pas allégué que la souscription de nouveaux contrats de couverture du risque de variation des taux d'intérêts lui était impossible, » la Cour de cassation affirme que « la société HOLD soutenait qu'il était impossible de trouver, en octobre 2008, une nouvelle contrepartie pour des contrats de couverture [...] ».

La contradiction est manifeste et c'est d'abord cette appréciation opposée d'une situation de fait et des prétentions des parties que sanctionne la Cour de cassation.

La cour d'appel aurait négligé le fait que la recherche d'une solution conforme aux exigences contractuelles « était, non seulement insurmontable, mais purement théorique en l'absence de tout marché à ce moment ».

29. A lire par arrêts interposés cet échange d'arguments, l'on éprouve la sensation de s'être

trompé de débat et d'assister à une discussion sur l'imprévision et la force majeure.

Pour la cour d'appel la difficulté alléguée relevait de l'imprévision et ne pouvait affecter légitimement le contrat, la demande de sauvegarde n'étant qu'un moyen détourné de contourner le refus du droit français d'admettre l'imprévision. Pour la cour d'appel les difficultés rencontrées, compte tenu de la disproportion existant entre le coût supplémentaire à supporter pour obtenir des garanties conformes aux stipulations contractuelles étaient dérisoires par rapport au montant des opérations en jeu et ne constituaient donc en rien des difficultés insurmontables pour la société (41). Par voie de conséquence, une telle situation ne pouvait justifier une procédure de sauvegarde qui n'avait pas d'autre objet que de réaliser ce que le droit des contrats ne permet pas.

Pour la Cour de cassation au contraire le non-respect du contrat de couverture ne tenait pas à une décision de la société HOLD refusant de prendre à sa charge un surcoût imprévu mais trouvait son origine dans un événement irrésistible et auquel elle était étrangère.

La difficulté rencontrée relevait, en définitive, de la force majeure.

Au vu de cette analyse, on est tenté de penser que le débat, tel qu'il a été engagé, est en définitive assez éloigné du droit de la sauvegarde et l'on se prend à penser que le recours à la procédure de sauvegarde pour paralyser l'exécution d'un contrat dans une situation relevant de la force majeure manque singulièrement au principe de proportionnalité qui dans d'autres domaines envahit le droit positif.

30. Il n'en demeure pas moins que ce déplacement du débat vers des questions classiques de droit civil fait ressortir les difficultés pour le juge d'apprécier les difficultés « non surmontables » et plus encore celles qu'il peut y avoir à instaurer un contrôle par la Cour de cassation de cette appréciation, difficultés aujourd'hui aggravées par la suppression à toute référence à la menace d'un prochain état de cessation des paiements.

Ainsi, pour la Cour de cassation, à s'en tenir à la lettre du texte (dans sa rédaction actuelle, qui n'exige plus la constatation d'une menace de cessation des paiements), une difficulté isolée insurmontable, parce que constitutive de force majeure mais ne compromettant pas l'activité ou la solvabilité de l'entreprise, suffirait à justifier le recours à la sauvegarde.

31. Or, cette proposition n'est pas pleinement convaincante (42). Et, à l'opposé de ce que semble indiquer la Cour de cassation, l'on serait même tenté d'affirmer qu'une telle situation rendant impossible l'exécution du contrat, ne devrait pas justifier l'ouverture d'une sauvegarde, si l'événement, en cause, serait-il provoqué par la force majeure, n'affecte pas sérieusement l'activité de l'entreprise ou sa pérennité.

Là est en réalité la divergence de principe entre la cour d'appel et la Cour de cassation. Pour celle-ci, il suffit que la difficulté soit insurmontable. Ses effets n'entrent pas en ligne de compte.

b. Les effets des difficultés

32. La Cour de cassation ne reproche pas simplement à la cour d'appel d'avoir mal pris la mesure de la gravité des difficultés invoquées par le débiteur. Elle lui reproche essentiellement - là réside la violation de l'article L. 620-1, d'avoir confondu condition d'ouverture et finalité de la procédure (43). Selon la Cour de cassation, en effet, « si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité ».

33. Certes, l'article L. 620-1 du code de commerce ne pose pas deux conditions d'ouverture de la procédure distinctes. Le simple fait que cet article, dans une rédaction qui aurait pu être plus heureuse, traite dans le même paragraphe, des conditions d'ouverture de la procédure et de son objectif et de sa légitimité, ne suffit pas pour que les deux dispositions soient traitées

toutes les deux comme des conditions d'ouverture. Dans le premier cas, la loi pose une condition dont l'existence détermine la possibilité d'ouvrir la procédure. Dans le second terme, la loi définit l'objectif que doit poursuivre le juge et les organes de la procédure tout au long de son déroulement (44).

34. Mais, il n'est pas certain que la cour d'appel ait commis la confusion que semble lui reprocher la Cour de cassation. Car en affirmant que la procédure de sauvegarde « est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » l'article L. 620-1 du code de commerce fait ressortir en creux, que cette procédure n'a pas de raison d'être si une « réorganisation de l'entreprise » n'est pas indispensable pour maintenir l'activité et l'emploi.

Et la cour d'appel de Paris ne faisait pas de l'affectation de l'activité économique une condition distincte d'ouverture de la procédure, mais elle interprétait le caractère « surmontable » ou non des difficultés au regard des fondements et des objectifs de la procédure définis par la loi (45). C'est ainsi qu'elle considérait que les difficultés rencontrées ne présentaient pas de caractère insurmontable, parce que « la société HOLD n'a pas prétendu éprouver des difficultés à poursuivre son activité elle-même de bailleresse de bureaux mais fait seulement état de circonstances imprévues lui rendant plus onéreuse l'exécution de l'obligation contractuelle de couverture du risque de variation des taux d'intérêts, imposée par les contrats de prêt ayant originellement financé son acquisition » et parce que la société Dame Luxembourg n'avait pas « réellement invoqué l'existence de difficultés ayant pu antérieurement affecter son activité de gestion de son portefeuille de titres de ses filiales ».

Pour la cour d'appel, des difficultés, même si elles portaient sur la structure de financement des sociétés en cause et si elles étaient susceptibles d'avoir des effets sur les actionnaires susceptibles de perdre leur investissement, dès lors qu'elles pouvaient être résolues selon le droit des contrats sans compromettre la pérennité de l'activité de l'entreprise, ne relevaient pas de la procédure de sauvegarde.

La référence à l'incidence sur l'activité de l'entreprise (46) constituait la mesure de la gravité des difficultés, au regard des objectifs définis par la loi, non l'affirmation d'une condition spécifique.

35. Certes, cette exigence n'est pas expressément exprimée dans la loi et elle était formulée par la cour d'appel sans doute de manière trop limitative et trop imprécise. Il ne fait, ainsi, guère de doute que des difficultés d'ordre financier sont susceptibles de justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dès lors au moins qu'elles sont de nature à compromettre la solvabilité de l'entreprise, même si elles ne compromettent pas directement l'exploitation. Les affaires *Eurotunnel* (47) ou *Technicolor* (48) en témoignent tout autant que les dispositions récentes introduites par la loi du 22 octobre 2010, relatives à la procédure de sauvegarde financière accélérée (49).

36. Mais, en revanche, il paraît légitime d'exiger que les difficultés « que le débiteur ne peut surmonter » soient des difficultés qui sont de nature à mettre en cause, à terme, l'équilibre ou la pérennité de l'entreprise.

Dès lors, en se livrant à une interprétation téléologique de la condition d'ouverture de la procédure de sauvegarde et en décidant « pour rétracter les jugements ayant ouvert les procédures de sauvegarde des sociétés HOLD et Dame Luxembourg [...] que la première n'invoque pas l'existence de difficultés pouvant affecter son activité de bailleresse et que la seconde n'a pas prétendu éprouver de difficultés à poursuivre son activité de gestion de son portefeuille de titres », la cour d'appel n'ajoutait pas « à la loi une condition qu'elle ne comporte pas » comme l'affirme la Cour de cassation. Elle cherchait à donner un sens raisonnable à la condition posée, en évitant que de pures difficultés ponctuelles ne soient le prétexte à des demandes d'ouverture de la procédure de sauvegarde.

Au-delà des considérations factuelles qui ont conduit la cour d'appel à nier cette affectation possible de l'activité, on peut penser que la préoccupation manifestée par la cour d'appel

d'apprécier les incidences des difficultés réelles provoquées par la crise de la dette de ces sociétés, est plus raisonnable que la rigueur littérale de la Cour de cassation.

37. Le moins qu'on puisse dire est que, même si elle n'était sans doute pas parfaitement exprimée, la thèse de la cour d'appel ne pouvait pas être traitée avec le mépris que lui témoigne la Cour de cassation.

La proposition formulée était loin d'être si critiquable, surtout au vu de la réforme de 2008 écartant la nécessité de constater un risque inéluctable de cessation des paiements, lors de l'ouverture de la procédure et que l'on chercherait en vain du côté de la formule « qu'il ne peut surmonter » une limite juridique  (50) à une utilisation abusive de la sauvegarde par les dirigeants ou associés de la société débitrice.

2. ... Par le débiteur, seul

38. La Cour de cassation ne se contente pas de s'opposer à une interprétation finaliste de la condition d'ouverture de la procédure, elle s'interdit, en relevant un défaut de réponse à conclusions auquel se serait livrée la cour d'appel, de mesurer la gravité des difficultés à l'aune du groupe  (51) auquel appartient le débiteur.

Pour la Cour de cassation, la cour d'appel, en considérant que « [la société Dame Luxembourg] n'aurait à faire face à aucune autre dette après son exécution, la dette délictuelle invoquée par les obligataires du FCT n'étant pas fondée et le prêt de 249 000 000 € envers ses actionnaires n'étant pas prouvé ni exigible, les actionnaires soutenant la demande de sauvegarde » n'aurait pas répondu aux conclusions qui soutenaient « qu'elle serait privée de son seul actif par la défaillance de sa filiale, tandis qu'elle se trouverait exposée au risque de devoir rembourser le prêt, figurant à son bilan, de 249 000 000 € consenti par ses propres actionnaires, ce qui était de nature à la conduire à la cessation des paiements au sens du premier des textes susvisés ».

Or, en affirmant que la société Dame Luxembourg se bornait à « invoquer le prêt de ses propres actionnaires, à hauteur globale de 249 M €, sans rapporter la preuve de son existence [...] », la cour d'appel apportait bien une réponse à l'argument selon lequel la société luxembourgeoise se trouvait « exposée au risque de devoir rembourser le prêt, figurant à son bilan, de 249 000 000 € consenti par ses propres actionnaires, ce qui était de nature à la conduire à la cessation des paiements ». Si l'existence du prêt n'est pas établie, le risque d'avoir à le rembourser ne l'est pas non plus et le risque de difficultés (de nature à conduire à la cessation des paiements) n'est nullement démontré.

39. Il faut donc, sans doute, chercher ailleurs que dans un simple défaut de réponse le motif de censure de la cour d'appel.

A l'évidence, la Cour de cassation ne semble pas convaincue que l'existence du prêt n'était pas démontrée et il faut bien reconnaître que la cour d'appel elle-même n'en semble pas persuadée. L'affirmation de ce que la preuve « des conditions réelles de son amortissement » ne sont pas démontrées et que les actionnaires de Dame Luxembourg en soutenant la demande de sauvegarde « n'estimaient pas que leur créance éventuelle était de nature à devenir immédiatement exigible », laisse penser que la cour d'appel ne doutait pas vraiment de la réalité de ce prêt.

40. Mais, au-delà du débat sur la réalité ou l'exigibilité du prêt, il apparaît que pour la cour d'appel, il n'était pas concevable qu'un débiteur sollicite une procédure de sauvegarde parce que son actionnaire (majoritaire) pourrait autrement provoquer son dépôt de bilan alors même que la société n'aurait pas d'autre passif. La situation lui paraissait d'autant plus inadmissible que ledit actionnaire était venu personnellement soutenir la demande de sauvegarde.

Pour la cour d'appel, implicitement, l'actionnaire ne peut être totalement schizophrène. Tenu d'agir dans l'intérêt social, il ne peut se prévaloir de l'exigibilité d'une créance résultant d'un

prêt fait en sa qualité d'associé pour provoquer le dépôt de bilan de la société, qui n'a aucun autre passif.

41. C'est cette thèse, qu'au-delà du grief de défaut de réponse à conclusions, que rejette tout aussi implicitement la Cour de cassation. Le créancier, actionnaire, aurait-il soutenu la procédure de sauvegarde, ne s'interdit pas de se prévaloir de l'exigibilité de sa créance et conserve de droit de provoquer la cessation des paiements de la société qu'il contrôle. L'actionnaire créancier lorsqu'il agit en sa qualité de créancier, est un créancier ordinaire. Dès lors, rien n'interdit de solliciter une sauvegarde et c'est, dans le cadre du plan qui sera éventuellement adopté, qu'il appartient au tribunal de veiller à ce que le créancier actionnaire majoritaire ne profite pas indûment du plan.

42. Du strict point de vue du droit positif, la Cour de cassation a certainement raison. Les créances que détient l'actionnaire ne sont pas affectées par sa qualité et ne deviennent pas subordonnées du seul fait de la qualité d'actionnaire de leur titulaire.

De même que l'actionnaire n'a pas l'obligation de soutenir sa filiale en difficulté en lui fournissant des moyens de trésorerie nouveaux, de même, il n'a pas à la soutenir en consentant des sacrifices et notamment en renonçant à sa créance (52). L'arrêt de la Cour de cassation *Coeur Défense* complète et prolonge l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2007 (53). Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation affirmait que la sauvegarde peut être ouverte lorsque le débiteur ne pourrait surmonter ses difficultés qu'avec le soutien de sa mère parce que les difficultés affectant une filiale doivent être surmontables par la société avec ses moyens propres, la société mère n'ayant aucune obligation de soutenir ou de financer sa filiale en difficulté. Dans le présent arrêt, elle affirme que la menace d'exigibilité d'un prêt ou d'une avance fournie par la société mère constitue aussi une difficulté de nature à justifier l'ouverture de la procédure de sauvegarde parce que rien n'interdit à la société mère de ne pas se prévaloir de cette exigibilité.

43. Bien qu'au plan du périmètre de la sauvegarde, les juridictions du fond n'hésitent pas, lors de l'ouverture de la procédure, comme en l'espèce, à faire bénéficier de la procédure de sauvegarde l'ensemble des sociétés d'un groupe (54), appliquant avec souplesse les principes posés par la CJUE, la Cour de cassation réaffirme ainsi de manière récurrente que l'existence du groupe n'impose pas et ne justifie pas un traitement particulier. L'autonomie juridique des sociétés demeure la règle et la Cour de cassation entend y veiller, en dépit des pratiques de contournement que les juges du fond n'hésitent pas toujours à tolérer (55). En l'espèce, il sera cependant observé que les sociétés HOLD et Dame Luxembourg ont en définitive bénéficié du laxisme des premiers, lorsqu'il s'est agi de les faire bénéficier de la procédure (56), pour bénéficier au contraire d'une appréciation stricte de l'autonomie juridique, par cette dernière, lorsqu'il s'est agi de déterminer les devoirs vis-à-vis des filiales au sein d'un groupe et les moyens de surmonter les difficultés de la société débitrice.

B. La gravité des difficultés : une condition suffisante

44. L'appartenance à un groupe ou la qualité d'actionnaire majoritaire ne créant nul devoir particulier, la Cour de cassation en tire la conséquence que sauf fraude, les motifs poursuivis par le débiteur ou son actionnaire sont indifférents pour l'ouverture de la sauvegarde.

1. Les motifs du débiteur

45. A l'opposé de la cour d'appel, la Cour de cassation estime que les motifs du débiteur sont, en principe, indifférents pour apprécier la demande d'ouverture de la procédure. Deux chefs de cassation sont retenus à ce titre pour censurer l'arrêt d'appel.

D'une part, « [...] l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

D'autre part, « si la société débitrice justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à la conduire à la cessation des paiements, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peut lui être refusée au motif que ses associés ne seraient pas fondés à éviter, par ce moyen, d'en perdre le contrôle, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

46. Il ne peut être dit plus clairement que la motivation des débiteurs ou de leurs actionnaires est en principe indifférente. La condition d'ouverture de la procédure est purement « objective », elle résulte du constat de l'existence de difficultés insurmontables.

Pour la Cour de cassation, de même, qu'il n'y a pas de place pour une interprétation téléologique de la loi, il n'y a pas de place non plus pour une prise en compte de la cause subjective et semble-t-il, pas de place dès lors pour l'abus de droit. Lorsque les conditions formelles de l'article L. 620-1 sont réunies, l'ouverture de la procédure de la sauvegarde est un droit du débiteur. Les juges du fond qui n'ont pas à apprécier objectivement les effets de la procédure sur l'activité de l'entreprise, n'ont pas non plus à apprécier subjectivement, les motifs du débiteur.

Seul compte le point de savoir si la société connaît des difficultés insurmontables (et en outre en l'état du droit applicable à l'arrêt, de nature à conduire à la cessation des paiements). Si tel est bien le cas, l'ouverture de la procédure est de droit, sans que la juridiction saisie ne puisse s'abriter derrière l'intention du débiteur ou de ses actionnaires pour refuser l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

47. Au soutien de la position de la Cour de cassation (57), on peut faire valoir que toute procédure de sauvegarde a pour effet et aussi pour objet de suspendre le paiement des dettes d'un débiteur et donc de ne pas exécuter ses obligations contractuelles. Et la procédure de sauvegarde, ne nécessitant pas la constatation d'un état de cessation des paiements et donc d'une impossibilité d'exécution, elle suppose toujours une décision délibérée. L'instrumentalisation de la procédure, dénoncée par certains (58), est inhérente à celle-ci.

Le critère subjectif, appliqué par la cour d'appel était donc difficile à manier et remettait en cause indirectement la problématique même de la sauvegarde : permettre au débiteur, confronté à des difficultés graves, de bénéficier, à sa seule initiative, de l'assistance et de la protection du tribunal pour restructurer son passif.

Derrière l'appréciation subjective mise en avant par la cour d'appel et la prise en compte des motifs pour apprécier la légitimité de leur demande, transparissait de manière manifeste la conviction que les débiteurs et leurs actionnaires détournaient la procédure de ses fins (59).

48. Mais, encore faudrait-il s'accorder sur ces fins ?

Dans ce débat, la cour d'appel avait le souci de rappeler que les procédures collectives ne sauraient favoriser le débiteur et les actionnaires aux dépens des créanciers. En confrontant les finalités qui lui paraissaient être celles de la loi, et les motifs du débiteur et ses actionnaires, la cour d'appel décelait une méconnaissance de la *ratio legis* qui devrait guider l'interprète.

Toutefois, la cour d'appel s'était en quelque sorte arrêtée à mi-chemin, entre l'interprétation téléologique de la loi et la dénonciation moralisatrice d'une instrumentalisation de la procédure sans caractériser en quoi, cette instrumentalisation était, en droit, de nature à justifier un rejet de la demande.

49. C'est cet entre-deux, que sanctionne la Cour de cassation, en manifestant son hostilité à toute interprétation téléologique de la loi aussi bien qu'à toute interprétation psychologique des actes du débiteur. Elle n'en a pas moins conscience des possibilités de dérives dont certaines affaires montrent qu'elles ne sont pas de pures hypothèses d'écoles, lorsque le cynisme d'un débiteur se conjugue avec la passivité du juge.

C'est pourquoi, tout en censurant la cour d'appel, la Cour de cassation réserve l'hypothèse de la fraude.

2. La fraude

50. En cassant l'arrêt de la cour d'appel, la Cour de cassation prend soin de réserver l'hypothèse de la fraude. Et, en écartant en l'espèce cette qualification - nonobstant le fait que la volonté de ne pas exécuter ses obligations, et la volonté de ne pas perdre le contrôle de la société détenue étaient établis chez les débiteurs et leur actionnaire ⁽⁶⁰⁾, la Cour de cassation indique, en creux, ce qu'elle n'est pas.

Car la fraude n'implique pas seulement l'exploitation d'un « effet d'aubaine », qui n'est que le jeu normal des mécanismes créés par le législateur.

51. Positivement, la fraude implique que l'effet recherché, et résultant de l'application de la loi, ait été provoqué en se plaçant artificiellement dans une situation permettant d'invoquer le bénéfice de la loi.

La fraude ne pourra donc, *a priori*, être retenue, que si le débiteur a artificiellement provoqué, de manière délibérée, les difficultés qu'il ne peut surmonter. L'hypothèse ne peut être écartée mais il est possible de penser, si telle est bien l'interprétation qu'il faut retenir, que les cas où cette fraude pourra être démontrée seront exceptionnels ⁽⁶¹⁾.

52. En décidant délibérément de s'abstraire de toute prise en considération des finalités de la loi et des motivations des débiteurs, la Cour de cassation prend implicitement parti dans le débat de fond qui traverse aujourd'hui le droit des procédures collectives.

Car, ce retour à l'exégèse, dont fait preuve la Cour de cassation en s'en tenant au plus près de la lettre de la loi, témoigne aussi d'une politique juridique.

Concrètement, l'arrêt *Coeur Défense* renforce les prérogatives du débiteur et son pouvoir de négociation face à ses créanciers. Il s'inscrit dans la cohérence d'une volonté législative clairement énoncée lors de la réforme de 2008 : élargir les conditions de la sauvegarde.

Mais les oppositions apparues dans cette affaire *Coeur Défense* sont aussi celles plus ou moins explicites qui traversent les différentes couches de réformes législatives à l'oeuvre depuis 2005.

La Cour de cassation n'a pas souhaité tempérer une analyse que certains rattachent à la tradition française ⁽⁶²⁾ du droit des procédures collectives. Pour ses partisans ⁽⁶³⁾, le droit des procédures collectives doit associer le débiteur à la procédure en l'incitant à avoir recours aux procédures de prévention, de sauvegarde et à anticiper ses difficultés en ayant recours au juge en amont de la cessation des paiements pour assurer la pérennité de son entreprise, ce qui implique sa coopération et sa confiance dans la capacité de ces procédures à l'aider à trouver des solutions compatibles avec la conservation de ses intérêts dans ladite entreprise.

53. Cette conception, qui ne reflète sans doute que très partiellement l'évolution actuelle du droit positif, est loin d'être unanimement partagée. Elle rencontre l'opposition de ceux pour qui ⁽⁶⁴⁾, au contraire, les procédures collectives sont essentiellement des mécanismes qui doivent tirer les conséquences de la défaillance du débiteur à ne pas être en mesure de payer ses dettes et qui doivent tendre à assurer en premier lieu la satisfaction des créanciers.

Pour ces auteurs, qui s'inspirent fortement des mécanismes développés aux Etats-Unis, le droit des procédures collectives doit permettre aux créanciers, qui n'ont pas perçu leur dû, de s'approprier l'entreprise qui constitue leur gage général. La procédure collective doit alors être construite de manière à préserver, dans l'intérêt des créanciers, la valeur d'entreprise afin d'éviter la dévalorisation de leur gage. Les intérêts des dirigeants et des actionnaires ne sauraient leur être préférés. Invoquant souvent les techniques que l'utilitarisme anglo-américain a développé, pour rendre les créanciers impayés maîtres de l'entreprise en

difficulté, ces auteurs se voient parfois accusés (65) de vouloir exproprier les actionnaires et détenteurs de l'entreprise et de privilégier la valeur financière aux dépens de la valeur travail.

54. Mais, notre droit des procédures collectives est-il vraiment en mesure de nous permettre de donner des leçons de morale ou d'humanité ?

Mots clés :

SAUVEGARDE DES ENTREPRISES * Procédure * Ouverture * Tierce opposition * Créancier * Recevabilité * Condition * Difficulté de l'entreprise * Débiteur seul

(1) Dammann et Podeur, *Affaire Coeur Défense* : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde, D. 2010. AJ. 579 ; A. Besse et N. Morelli, *Le prepackaged plan à la française* : . - pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde, JCP E n° 25, 18 juin 2009, 1628.

(2) M. Menjucq, *Affaire Heart of La Défense* : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. proc. coll. n° 3, mai 2010, étude 11.

(3) Com. 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *S^{té} HOLD et dame Luxembourg*, Juris-Data n° 2011-002852 ; JCP E 2011. 1215, note A. Couret et B. Dondero ; Ph. Roussel Galle, Conditions d'ouverture de la sauvegarde : les textes, rien que les textes, Dictionnaire permanent difficultés des entreprises n° 324 ; M. Menjucq, *Affaire Coeur Défense* : la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde, Rev. proc. coll. 2011, repère 2 ; B. Saintourens, Conditions d'ouverture de la sauvegarde : la Cour de cassation fait le maximum, Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n° 7, avr. 2011, repère 106 ; L. Arcelin Lécuyer, Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé (à propos de l'affaire "*Coeur Défense*"), D. 2011. 1441 ; Ph. Pétel, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, JCP G n° 21, 23 mai 2011, 627.

(4) L'arrêt est, en outre, destiné à figurer dans le rapport de la Cour de cassation.

(5) Dans le microcosme financier, il est usuel de qualifier ce montage de SPV (*Special Purpose Vehicle*). Sur la technique employée, V. par ex. : S. Praicheux, Répertoire de droit des sociétés, v° Sûretés financières, n° 42. Sur cette question, V. aussi N. Morelli, *La sauvegarde du SPV (Special purpose vehicule)*.

(6) Cet arrêt fournit un nouvel exemple de l'utilisation extensive du centre des intérêts principaux (COMI) dans les procédures d'insolvabilité européennes, les tribunaux des Etats membres exploitant pleinement, en faisant assez peu de cas des principes posés par le Cour de justice sur la détermination du COMI, le principe de reconnaissance mutuelle qui interdit aux Etats tiers de se reconnaître compétents pour ouvrir une procédure principale lorsque celle-ci a été ouverte dans un autre Etat. V., P. Nabet, *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit des faillites internationales*, Lexis/Nexis, collection, Bibliothèque de l'Entreprise, Préface, A. Martin-Serf ; comp. R. Bonhomme, concl. sur Com. 30 juin 2009, Rev. proc. coll. n°4, juill. 2009, étude 16.

(7) T. com. Paris, 7 oct. 2009, RG n° 2008/089778 : F.-X. Lucas, *Coeur Défense* : recevabilité de la tierce opposition contre le jugement d'ouverture, LEDEN, 20 sept. 2010, n° 8, p. 1.

(8) Un contentieux s'est développé par ailleurs sur l'opposabilité à la procédure de sauvegarde de la cession des créances de loyers (V. sur cet aspect du litige F.-J. Crédot et Th. Samin, *Coeur Défense*, un dossier emblématique d'application de la loi Dailly, Rev. Banque janv. 2010, n° 720, p. 81 ; A. Cerles, note sous Paris, 25 févr. 2010, RD banc. fin. 2010, comm. n° 94). Les loyers et charges à venir faisaient ainsi l'objet d'un séquestre, ordonné en référé, avant qu'un jugement au fond en date du 19 oct. 2009 n'ordonne la mainlevée de cette mesure ainsi que le versement des sommes séquestrées entre les mains de la société

Eurotitrisation, celle-ci s'engageant à reverser les sommes nécessaires aux dépenses d'entretien de l'ensemble immobilier. Ce jugement était confirmé en appel (arrêt RG n° 09/21184 de la cour d'appel de Paris en date du 25 févr. 2010).

(9) Paris, 25 févr. 2010, n° 09/22756, D. 2010. AJ. 579, obs. R. Dammann  ; Rev. proc. coll. 2010, comm. n° 152, note B. Saintourens ; JCP E 2010. 1475, note B. Saintourens ; LPA 9 mars 2010, p. 12, note G. Teboul. V. également M. Menjucq, *Affaire Heart of La Défense* : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. proc. coll. 2010, étude n° 11 ; O. Puech et G. Saint Marc, *L'affaire Coeur Défense*, quelles leçons pour la finance structurée en France ?, Rev. Banque, n° 723, avr. 2010, p. 4 ; H. Kensicher, *Avant et après la sauvegarde Coeur Défense*, Décideurs : stratégie finance droit avr. 2010, p. 70.

(10) Cette cassation entraîne par voie de conséquence celle de deux autres arrêts rendus dans la même affaire, dont celui relatif au séquestre des loyers et charges à venir.

(11) Com. 30 juin 2009, Rev. proc. coll. n° 4, juill. 2009, étude 16, concl. Bonhomme.

(12) L'art. L. 661-2 C. com. dans sa rédaction, alors applicable, dispose que « Les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure sont susceptibles de *tierce opposition* ». Et l'art. 583, al. 2, C. pr. civ. précise que « Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent toutefois former *tierce opposition* au jugement rendu en fraude de leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres [...] ».

(13) La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif suivant : « Mais attendu qu'il résulte des articles L. 661-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, et 583, alinéa 2, du code de procédure civile, que la tierce opposition est ouverte à l'encontre du jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde à tout créancier invoquant des moyens qui lui sont propres ; qu'ayant retenu que la société Eurotitrisation alléguait que la procédure de sauvegarde avait pour but exclusif de permettre aux sociétés HOLD et Dame Luxembourg d'échapper, au moins temporairement, à l'exécution de leurs obligations contractuelles envers le seul FCT, qu'elle représentait, ou de la contraindre à négocier leur aménagement, de sorte que les moyens invoqués par le créancier lui étaient propres ».

(14) L'affirmation selon laquelle le créancier ne peut être représenté lors de l'ouverture de la procédure parce qu'il n'est représenté qu'après l'ouverture de la procédure hier par le syndic, puis par le représentant des créanciers et aujourd'hui par le mandataire judiciaire ne nous paraît pas pertinente. L'ouverture de la procédure a pour effet de priver par l'effet du dessaisissement le débiteur de tout ou partie de ses prérogatives. Il n'est donc pas incohérent de soutenir qu'il représente les créanciers tant qu'il n'est pas soumis à la procédure et qu'à la date de l'ouverture de la procédure, ce pouvoir de représentation lui est ôté pour être transféré à un mandataire de justice.

(15) E. Scholastique, *L'irrecevabilité des tierces oppositions de créanciers dans la procédure de sauvegarde « Eurotunnel »*. - Paris, 3^e ch. B, 29 nov. 2007, JCP G n° 6, 6 févr. 2008, I -113.

(16) L'internationalisation des procédures collectives, en lien avec la crise de 2008, en faisant entrer en force les préoccupations de créanciers financiers de droit étranger sur le marché des entreprises en difficulté est aujourd'hui contesté avec vigueur par un certain nombre d'auteurs qui rappellent que l'actif des entreprises est le gage des créanciers et que les dirigeants et associés n'ont aucun droit à conserver, à travers leurs titres et leurs fonctions, une part du patrimoine de la société en difficulté et du pouvoir qui en résulte lorsque les créanciers sont contraints de ne pas recevoir intégralement leur dû (A. Pietrancosta et S. Vermeille, *Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit. Perspectives d'avenir ?*, RTDF n° 2010 p 4 / Revue de jurisprudence commerciale, mars-avr. 2010, n° 2 ; S. Vermeille, *Peut-on prêter pour posséder (loan to own) en droit français ?*, JCP E 9 juill. 2009).

(17) Selon l'art. L. 620-1 C. com., la réorganisation de l'entreprise, objet de la sauvegarde et

du redressement, a pour but « la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

(18) V. notamment M. Menjucq qui compare la communauté d'intérêts entre créanciers et débiteur à « la communauté d'intérêts entre le loup et l'agneau », Rev. proc. coll. n° 3, mai 2010, étude 11 précitée ; du même auteur, Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Eurotunnel*, Rev. proc. coll. n° 1, janv. 2008, étude 1.

(19) M. Menjucq, Affaire *Heart of La Défense* : Incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. proc. coll. n° 3, mai 2010, étude 11 : « Il n'en demeure pas moins qu'il ne paraît pas possible de souscrire à cette position de la cour d'appel de Paris. La personnalité de celui qui exerce l'activité importe et qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, elle dispose du droit d'utiliser les moyens légaux appropriés, y compris en demandant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, pour se maintenir à la tête de son activité. Il en est de même pour les associés qui ont le droit de chercher les moyens juridiques leur évitant de perdre le contrôle de leur société ».

(20) Cette observation conduit à se demander si une distinction concernant la recevabilité de la tierce opposition ne devrait pas être opérée le redressement judiciaire et la sauvegarde. En faveur d'une distinction pourrait être mise en avant l'idée que la sauvegarde l'ouverture de la sauvegarde résulte d'une initiative du débiteur qui dans certains cas au moins, relève d'une épreuve de force entre le débiteur et certains créanciers alors que le redressement judiciaire, en ce qu'il implique un état de cessation des paiements, fait moins apparaître la contradiction d'intérêts entre débiteur et créanciers. Une appréciation plus stricte du « moyen propre » peut donc se concevoir. Reste à déterminer si cette gradation possible doit faire l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation ou n'est pas plutôt une simple question de fait.

(21) N. Fricero, Tierce opposition et procédures collectives, LPA 25 nov. 2008, p. 26.

(22) P.-M. Le Corre, Dalloz action, n° 233-54. - R. Martin et A. Lecourt, J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 742, v° Tierce opposition - Effets - Redressement et liquidation judiciaires, n° 62.

(23) C. Nourissat, Tierce opposition des créanciers, règlement « Insolvabilité » et CEDH, Procédures n° 10, oct. 2009, comm. 317.

(24) P. Nabet, thèse préc.

(25) J. Héron, chron. in *Justices*, Rev. gén. de droit processuel, Dalloz, 1995, p. 248.

(26) P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 233.54.

(27) En ce sens, E. Scholastique, art. préc.

(28) A cet égard la formule retenue par la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 6 oct. 2010 (JCP E n° 47, nov. 2010, 2026, note S. Reifegerste) ; selon laquelle : « le droit effectif au juge implique que l'associé d'une société civile, poursuivi en paiement des dettes sociales, dont il répond indéfiniment à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la décision condamnant la société au paiement, dès lors que cet associé invoque des moyens que la société n'a pas soutenus » est sans doute préférable à celle de la chambre commerciale ; dans le même sens comp. Com. 19 déc. 2006, n° 05-14.816, Bull. civ. IV, n° 254 ; D. 2007. 1321, obs. A. Lienhard , note I. Orsini  ; Rev. sociétés 2007. 401, note T. Bonneau  ; JCP E 2007. 1186, note D. Cholet ; Bull. Joly 2007, § 122, p. 466, note P. Cagnoli et J. Vallansan ; Dr. sociétés 2007, comm. 24, obs. F.-X. Lucas ; H. Lecuyer, Dr. sociétés 2007, comm. 22.

(29) M. Menjucq, Affaire *Coeur Défense*, la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris, préc.

(30) Dont les jugements très critiqués, du tribunal de commerce de Beaune du 16 juill. 2008 (M. Menjuq, Une jurisprudence en forme de tâche d'huile... frelatée, note sous T. com. Beaune, 16 juill. 2008, 8 jugements, Rev. sociétés 2008. 891  ; R Dammann et G. Podeur, Procédures d'insolvabilité : interprétation jurisprudentielle souple du règlement insolvabilité, D. 2008. 2738 ) et du 24 oct. 2008 (n° 2008/001673), offrent une saisissante illustration.

(31) A. Couret, et B. Dondero, art. préc.

(32) Un moyen simple au demeurant d'éviter des tierces oppositions intempestives est pour le tribunal d'exercer son pouvoir d'audition des créanciers dont on peut craindre la contestation. Et dans l'affaire *Coeur Défense*, on peut s'étonner que le tribunal n'ait pas jugé opportune cette initiative, alors qu'il avait entendu les actionnaires et que, de manière affichée, l'ouverture de la procédure avait pour objet de s'opposer à l'application des clauses des contrats de financement de l'opération.

(33) Certains esprits chagrins verront dans ce souci d'ouvrir largement le recours des créanciers une forme d'hypocrisie judiciaire. L'accès au juge est d'autant plus facilité, que ce dernier entend, sur le fond ne pas y faire droit.

(34) En faveur de cette solution M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, n° 242 : « Les difficultés à prendre en compte seront appréciées souverainement par les juges du fond, la Cour de cassation ne devant procéder qu'au contrôle de l'existence et de la cohérence des motifs ».

(35) Ph. Roussel Galle, L'ouverture des procédures, D. 2009. 644  ; Com. 26 juin 2007, n° 06-17.821 et 06-20.820, Bull. civ. IV, n° 176 et 177 ; D. 2007. 1864 , obs. A. Lienhard  ; *ibid.* 2764, chron. M.-L. Béval, I. Orsini et R. Salomon  ; *ibid.* 2008. 570, obs. F.-X. Lucas et P.-M. Le Corre  ; Dict. perm. Diff. entr., Bull. n° 284, juill. 2007. 4561 ; JCP G 2007. II. 10147, et Act. proc. coll. 13/2007, n° 145, note J. Vallansan ; Bull. Joly 2007, § 315, p. 1167, note C. Regnaut-Moutier ; Dr. sociétés 2007, comm. 177, obs. J.-P. Legros ; Rev. proc. coll. 2007. 222, obs. B. Saintourens ; Gaz. proc. coll. 26-27 oct. 2007. 20, obs. C. Lebel ; RJ com. 2007. 365, note P. Roussel Galle.

(36) En l'état du droit applicable à la décision commentée, l'art. L. 620-1, al. 1^{er}, C. com., disposait que « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». La nouvelle rédaction de ce texte, issue de l'ord. du 18 déc. 2008, n'oblige plus le débiteur à justifier d'une menace de cessation des paiements. Selon la nouvelle rédaction de l'art. L. 620-1 : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Mais, ainsi qu'on le verra, si cette nouvelle rédaction est de nature à élargir encore les possibilités de solliciter une sauvegarde, elle ne remet en rien en cause les solutions dégagées par la Cour de cassation, en pleine connaissance de ces dispositions, non applicables à l'affaire soumise à sa censure, mais déjà en vigueur depuis plus de deux ans.

(37) La Cour de cassation considère d'abord que « si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité ». Ensuite, elle énonce que « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements ». Enfin, il est reproché à l'arrêt d'appel d'avoir retenu « que l'activité de location immobilière de la première [*la société HOLD*] pourrait se poursuivre normalement quelle que soit la composition de son actionnariat [...] alors que, si la société débitrice justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à la conduire à la cessation des paiements,

l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peut lui être refusée au motif que ses associés ne seraient pas fondés à éviter, par ce moyen, d'en perdre le contrôle ».

(38) Sous l'empire du droit applicable à l'arrêt, ces difficultés devaient aussi être de nature à conduire à la cessation des paiements. Même si certains chefs de cassation reprochent à l'arrêt d'appel de ne pas avoir retenu des moyens qui faisaient valoir l'existence de ce risque, il ne semble pas nécessaire de s'attarder sur cette condition d'ouverture aujourd'hui disparue.

(39) Pour une approbation vigoureuse des solutions posées par cet arrêt : M. Menjucq, *Affaire Coeur Défense* : la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde, préc. et de manière plus modérée, Ph. Roussel Galle, préc.

(40) A. Couret, B. Dondero, L'arrêt *Coeur Défense*, ou la sauvegarde de la sauvegarde, JCP E n° 11, 17 mars 2011, 1215.

(41) Les auteurs hostiles à cet arrêt se métamorphosant en financiers avertis et forts de ce savoir n'ont pas manqué d'ironiser sur cette appréciation, (M. Menjucq, *Affaire Heart of La Défense* : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. proc. coll. n° 3, mai 2010, étude 11, qui écrit « Il faut avouer que l'on reste stupéfait par un tel raisonnement et l'on ne peut éviter de se demander si l'importance des montants en jeu n'a pas quelque peu perturbé le raisonnement des juges ») en se faisant volontiers donneurs de leçons financières (M. Menjucq, art. préc. qui expose par exemple : « la cour d'appel raisonne comme si le débiteur avait disposé à cette époque d'un actif disponible de 1,6 milliard d'euros qui lui aurait permis de faire face à un surcoût non envisagé lors de la conclusion de l'opération. Tel n'était bien sûr pas le cas, puisque le prêt de 1,6 milliard d'euros avait été investi en totalité dans l'acquisition de l'ensemble immobilier »).

(42) Le simple fait que la Cour de cassation ait insisté sur le fait qu'en l'espèce, le débiteur rencontrait une impossibilité absolue à trouver une contrepartie montre que la Cour de cassation a jugé nécessaire d'insister sur cette particulière gravité.

(43) Selon la Cour de cassation, en effet, « si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité ».

(44) Comp. Ph. Pétel, art. préc.

(45) En faveur de cette solution, Ph. Pétel, article précité qui estime notamment qu'« on ne peut pas lire la première phrase de l'article L. 620-1, qui définit le critère d'ouverture de la sauvegarde, en faisant abstraction de sa deuxième phrase ; or celle-ci assigne pour objectif à la procédure « la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». Il est donc permis d'en déduire que les difficultés alléguées doivent nécessairement constituer une menace sur la poursuite d'exploitation ».

(46) On notera qu'en l'espèce, la question de savoir si une société Holding dont le seul actif réside dans les actions de la filiale qu'elle détient constitue une « entreprise » au sens de l'art. L. 620-1 C. com. n'a pas été posée (Comp. pour une SCI ne détenant que des immeubles : Com. 19 déc. 2000, *Société Hôtelière Miramar, SCI Les Vagues et SCI Des Vagues c/ Comité d'Entreprise de l'Hôtel Miramar* et Com. 14 mars 2000, *SCI Val Pré c/ M.G et a.*, RTD com. 2003. 259 ). La possibilité pour des simples Holdings, sans personnel et sans autre activité que la détention de titres en vue du montage d'une opération spécifique, autrefois contestée, semble aujourd'hui admise (J. Henrot, *Financement LBO et Entreprises en difficulté*, RD banc. fin. n° 3, mai 2008, dossier 20).

(47) T. com. Paris, 2 août 2006, n° 2006047554, D. 2006. 2329 , note R. Dammann et G. Podeur  ; Bull. Joly 2007, § 3, p. 37, note F. Jault-Seseke, D. Robine.

(48) Versailles, 18 nov. 2010, n° 10/01433, D. 2010. 2767, obs. A. Lienhard  ; Rev. sociétés 2011. 239, note B. Grelon .

(49) Notre article, La loi de sauvegarde revisitée par la loi de régulation bancaire et financière, Rev. sociétés 2011. 7 .

(50) On peut évidemment penser que la lourdeur de la procédure et son coût seront de nature à limiter le recours à des procédures inutiles ou n'ayant d'autre but que d'exercer une pression sur des co-contractants. Mais il peut s'agir d'un pari risqué, l'affaire *Coeur Défense* le démontre.

(51) V. R. Dammann et G. Podeur, Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité, RLDA mai 2007, n° 975, p. 65.

(52) Cette double proposition ne signifie pas pour autant que l'attitude de l'actionnaire, notamment lorsqu'il est majoritaire et dirigeant, ne pourra pas lui être reprochée dans le cadre d'éventuelles actions en responsabilité. Mais, il s'agit d'un autre débat et la Cour de cassation veille à ce que sauf engagements particuliers ou comportements fautifs, la dette de la filiale ne remonte pas mécaniquement sur la *holding* (Com. 19 avr. 2005, Bull. civ. IV, n° 92). *Adde* B. Grelon et C. Dessus-Larrivé, La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, Rev. sociétés 2006. 281 .

(53) Com. 26 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 177 ; D. 2007, AJ, p. 1864, obs. A. Lienhard  ; D. 2008. pan. 570, obs. F.-X. Lucas  ; JCP E 2007. 2120, note J. Vallansan ; JCP E 2008. 1207, § 2, obs. Ph. Pétel.

(54) V. également, JCP E 2007. 2309, note P. Nabet.

(55) C'est ainsi que la confusion des patrimoines a pu être utilisée aux seules fins de faciliter un traitement homogène du groupe en procédure collective, pratique condamnée par la Cour de cassation dans les arrêts *Metaleurop* et *Air Lib*. V. B. Grelon et C. Dessus-Larrivé, La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, préc.

(56) L'utilisation du Centre des intérêts principaux (COMI) pour attirer devant la juridiction choisie par le débiteur l'ensemble des sociétés d'un groupe comprenant des filiales disséminées au sein de l'Union européenne, en dépit des principes posés par la Cour de justice de l'Union, en est un exemple à l'oeuvre dans la présente espèce. Il est remarquable que le tribunal ait considéré que la société Holding luxembourgeoise créée pour les besoins de l'opération *Coeur Défense* ait pu bénéficier de la sauvegarde en revendiquant le fait qu'elle n'avait ni dirigeant ni personnel, l'ensemble des décisions étant prises au siège de la société Hold, et en se prévalant du caractère artificiel de ce véhicule créé à des fins principalement fiscales. Cette question posée au tribunal et à la cour a disparu devant la Cour de cassation, la cour d'appel ayant d'ailleurs choisi de ne pas la traiter (M. Menjucq, *Affaire Heart of La Défense* : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, préc.).

(57) Pour l'approbation de cette solution, V. par ex., Ph. Petel, art. préc. ; Ph. Roussel Galle, art. préc.

(58) R. Dammann et G. Podeur, *Affaire Coeur Défense* : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde, art. préc.

(59) M. Quéré, La recherche d'une protection des créanciers contre les sauvegardes hostiles, RD banc. fin. n° 4, juill. 2010, prat n° 4.

(60) La Cour de cassation affirme en effet « que, si la société débitrice justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à la conduire à la cessation des paiements, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peut lui être refusée au motif que ses associés ne seraient pas fondés à éviter, par ce moyen, d'en perdre le contrôle, la

cour d'appel a violé le texte susvisé ».

(61) Toulouse, 8 mars 2011, n° 10/0351, Rev. sociétés 2011. 384, obs. P. Roussel Galle . La cour considère que « la seule circonstance que l'ouverture d'une sauvegarde est intervenue en cours d'instance en référé et avant l'introduction d'une instance au fond ne constitue pas une fraude aux droits du créancier ».

(62) Ces ardents défenseurs du débiteur malheureux (V. notamment G. Teboul, La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise, JCP E n° 50, 10 déc. 2009, 2171) semblent oublier que cette pseudo tradition française date tout au plus de la fin des années 1960 et que le droit français antérieur à la loi du 13 juill. 1967 concevait, au moins dans ses principes, les procédures collectives dans la seule considération des créanciers, la faillite exposant le débiteur à la ruine, au déshonneur et à la prison.

(63) M. Menjucq, Affaire *Heart of La Défense* : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2010, étude 11, pour qui si « la procédure de *sauvegarde* n'a pas pour finalité première la protection des associés, mais, « la réorganisation de l'entreprise pour permettre la poursuite de l'activité économique »... contrairement au redressement judiciaire, [...] la *sauvegarde* ne cherche pas à permettre cette réorganisation au détriment des associés et pas non plus au détriment des dirigeants depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008. La réorganisation de l'entreprise doit donc se faire avec eux et non contre eux, ce qui démontre que leur personnalité n'est pas indifférente dans le cadre de la procédure de *sauvegarde* ». Dans le même sens, G. Teboul, La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise, préc.

(64) R. Damman, G. Podeur, Affaire *Coeur Défense* : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde, note sous Paris 25 févr. 2010, préc. ; S. Vermeille, art. préc. ; Pietrancoste et Vermeille, art. préc.

(65) G. Teboul, art. préc.