



UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG

FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION

D.E.A. DE DROIT DES AFFAIRES

**LE PARTICULARISME
DE LA CESSATION DE PAIEMENTS
DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT**

Mémoire soutenu par Daniel VALENTIN

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Luc Vallens

Année 2001-2002

Je remercie M. Vallens pour sa disponibilité, ses conseils avisés, et ses encouragements.

ABREVIATIONS ET MODE DE CITATION

Codes et lois :

al.	alinéa
art.	article,
c.civ	Code Civil.
c.com	Nouveau Code de Commerce
D	Décret.
L	Loi.
N.C.P.C	Nouveau Code de Procédure Civile.

Jurisprudence :

Ass. Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de Cassation.
C.A.	Cour d'Appel.
C.E	Conseil d'Etat
C.C.	Conseil Constitutionnel.
C.E.D.H.	Cour européenne des Droits de l'Homme.
Civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile, Section Civile.
Com.	Cour de Cassation, Chambre Civile, Section Commerciale.
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés Européennes.

Publications citées :

<i>D. Somm.</i>	Dalloz, Sommaires commentés.
<i>D.</i>	Recueil Dalloz.
<i>D. Aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>J. C. P. éd. E.</i>	<i>Jurisclasseur périodique.</i> La semaine juridique, édition entreprise.
<i>J. C. P. éd. G.</i>	<i>Jurisclasseur périodique.</i> La semaine juridique, édition générale.
<i>MTF</i>	Marchés et techniques financières
<i>Petites Affiches</i>	Les Petites Affiches.
<i>RD bancaire et bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse.
<i>RD bancaire et financier</i>	Revue de droit bancaire et financier.
<i>Rev. Proc. Coll.</i>	Revue des procédures collectives.
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	6
TITRE 1 - LE PARTICULARISME DE LA DEFINITION DE LA CESSATION DE PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	10
CHAPITRE 1 - L'ABANDON DE LA DEFINITION COMPTABLE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS ..	12
<i>Section 1 - Si la cessation des paiements n'est pas une notion comptable, la comptabilité peut appréhender la cessation des paiements.</i>	<i>12</i>
<i>Section 2 - La définition comptable de la cessation des paiements est une définition trop statique qui ne tient pas suffisamment compte de la dynamique de l'entreprise.....</i>	<i>17</i>
CHAPITRE 2 - L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE DEFINITION DE LA CESSATION DES PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	19
<i>Section 1 - Les causes de l'émergence d'une définition de la cessation des paiements des établissements de crédit.....</i>	<i>19</i>
<i>Section 2 - L'émergence d'une définition de la cessation de paiements des établissements de crédit.....</i>	<i>31</i>
TITRE 2 - LE PARTICULARISME DE LA CONSTATATION DE LA CESSATION DE PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	36
CHAPITRE 1 - LE PARTICULARISME DE LA FIXATION DE LA DATE DE LA CESSATION DE PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	38
<i>Section 1 - Les solutions possibles.....</i>	<i>38</i>
<i>Section 2 - Le compromis adopté.</i>	<i>41</i>
CHAPITRE 2 - LE PARTICULARISME PROCEDURAL.	47
<i>Section 1 - Des procédures longtemps concurrentes.....</i>	<i>47</i>
<i>Section 2 - Des procédures aujourd'hui complémentaires.....</i>	<i>52</i>
CONCLUSION.....	59
BIBLIOGRAPHIE	64
SOMMAIRE DETAILLE.....	69

INTRODUCTION

Si d'aucuns jouaient les Cassandre en évoquant dès 1978 la banque comme « la sidérurgie de l'an 2000 »¹, elle fut longtemps considérée comme une activité à l'abri des soubresauts de la concurrence. Cette absence de dynamisme a longtemps été justifiée l'appartenance des plus grandes banques au secteur public et par l'édiction de règles spéciales dans les domaines juridiques et économiques.

Pourtant, la loi bancaire du 24 janvier 1984 devait mettre un terme à l'un des grands principes qui structurait le droit de l'épargne et du crédit : la spécialisation bancaire. Cette règle, longtemps considérée comme un moyen d'atténuer la concurrence entre elles et de réduire les risques de défaillances, consistait à obliger les banques et les établissements financiers d'alors à financer les emplois à long terme par des ressources à long terme. Pour ce faire, il était prévu de dissocier les organismes destinataires de fonds reçus du public à court terme, les banques, de ceux accordant des crédits à long terme, les établissements financiers.

La disparition de cette règle et la vague de privatisations qui suivit fit entrer la banque dans un univers en pleine mutation et pleinement concurrentiel : les marchés n'étaient plus segmentés, les banques rivalisaient entre elles pour disposer de ressources supplémentaires et accorder les meilleurs crédits.

Le modèle de la banque universelle apte à recevoir tout type de fonds et à accorder tout type de crédits venait de s'installer en France, à l'instar de ce qui existait en Allemagne et en Suisse depuis longtemps. Cette transformation des structures bancaires, le développement des euromarchés puis l'abolition du contrôle des changes et la promotion d'un espace financier et monétaire européen unique ont contribué à rendre le système plus concurrentiel, plus efficace mais aussi plus fragile.

¹ L'expression est extraite du rapport Nora-Minc sur « l'informatisation de la société ». Bill Gates, le cofondateur de Microsoft a pu dire que « les banques étaient les dinosaures du 20^{ème} siècle ».

Cette mutation de l'environnement économique n'eut pas à court terme en France d'incidence *notable* sur la continuité de l'exploitation bancaire. Les défaillances furent évitées comme pour le Crédit Lyonnais ou peu médiatisées du fait de la taille des établissements concernés. Il n'empêche que les banques ou les établissements de crédit au sens de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier sont des commerçants et susceptibles de faire l'objet d'une procédure collective.

Ce fut le cas de nombreuses banques allemandes en 1929 qui furent incapables de restituer aux banques américaines subissant le krach de Wall Street les dépôts à court terme qu'elles avaient reçus et qu'elles avaient utilisé pour des crédits à long terme, il en fut de même en 1982 pour la banque Herstatt qui spéculait sur le marché des eurodevises.

Cette situation pourtant connue n'eut semble-t-il aucune incidence sur le législateur de 1985 et de 1994 lorsqu'il eut à examiner la loi relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Il n'était fait aucune mention particulière des établissements de crédit qui dès lors étaient justiciables du droit commun des procédures collectives comme tout autre commerçant. L'uniformisation des règles de concurrence avec les autres secteurs de l'économie devait-elle conduire les établissements de crédit à être traités comme les autres commerçants ou le particularisme bancaire tant économique que juridique doit-il justifier l'édiction de règles spéciales mieux appropriées ? Et dans ce cas, quelle est la règle qui doit l'emporter ?

La jurisprudence et la règle de droit sont souvent le reflet d'intérêts économiques et sociaux sous-jacents. La priorité des intérêts est variable selon les époques mais on constate l'emprise croissante et la domination du droit des procédures collectives sur les autres branches du droit. Le particularisme bancaire est-il soluble dans le droit des procédures collectives, ses règles spéciales arriveront-elles à se fondre dans le moule de la loi de 1985 ? Ou le droit des procédures collectives n'est-il qu'un lit de Procuste dans lequel le particularisme bancaire n'est à l'aise que de manière bien fortuite ?

Pour répondre à cette question, il existe deux méthodes : la première est exhaustive mais aussi fastidieuse. La seconde est sélective et je l'espère plus éclairante. La loi de 1999 sur l'épargne et la sécurité financière énonce dans son article 65 (qui modifie l'article 52 de la loi bancaire) une nouvelle définition de la cessation des paiements applicable aux établissements de crédit i.e. « les personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque » (article L.511-1 du Code monétaire et financier).

Par opération de banque, il faut entendre « *les activités caractéristiques des établissements de crédit et sur lesquelles ceux-ci se sont vus reconnaître, sous réserve d'exceptions, un monopole.*

Elles sont au nombre de trois : la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion des moyens de paiement »².

La cessation des paiements d'un établissement de crédit est perçue comme le moment où il « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* ».

Cette définition tranche avec celle applicable « *à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé* »³, « *qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »⁴.

Un tel changement ne peut être anodin : il s'agit d'une notion étudiée par la doctrine et appliquée fréquemment par les juges du fond comme par la Cour de cassation. La cessation des paiements est l'un des moments les plus cruciaux de la procédure collective : c'est elle qui fixe notamment le moment à partir duquel la procédure de redressement judiciaire doit être ouverte. C'est la cessation des paiements au sens matériel du terme. Mais d'après la doctrine⁵, elle est également une notion fonctionnelle qui a « *pour objet de concourir à la réalisation de l'objectif premier de la loi [de 1985], la sauvegarde de l'entreprise* ».

Il convient donc de s'interroger sur les raisons d'une telle disposition dérogatoire au droit commun : la définition traditionnelle présente des particularités dont certaines ont été critiquées. C'est pourquoi, il ne semble pas inutile dans un premier temps d'analyser certaines des caractéristiques de l'ancienne définition et d'en montrer les limites. Mais l'émergence d'une nouvelle définition s'explique encore bien mieux si l'on tient compte des spécificités de l'activité bancaire dans ses composantes juridiques, économiques et comptables.

Le législateur de 1999 ne s'y est pas trompé puisqu'il a inclus la définition de la cessation des paiements des établissements de crédit dans la loi bancaire de 1984 modifiée et non dans la loi de 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. Enfin, la nouvelle définition est énoncée dans une loi sur l'épargne et la sécurité financière, qui laisse suggérer le rôle imparti à cette nouvelle définition de la cessation des paiements, une fonction que l'on s'efforcera de préciser.

² Bonneau T., Droit bancaire, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2001, p. 36.

³ Art. L811-2 du nouveau Code de commerce.

⁴ Art. L811-3 du nouveau Code de commerce.

⁵ *RTD com.* 2002, La cessation de paiement, une notion fonctionnelle.

Le particularisme de la cessation des paiements des établissements de crédit est notable et peut se justifier sous deux angles différents mais complémentaires : la cessation des paiements des établissements de crédit est particulière dans sa définition (1^{ère} partie) mais aussi dans son appréciation (2^{ème} partie).

**TITRE 1 - LE PARTICULARISME DE LA
DEFINITION DE LA CESSATION DE
PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE
CREDIT.**

La cessation des paiements a parfois été assimilée à une cessation d'activité : l'ordonnance royale de 1673 faisait déjà référence à la cessation des paiements et en énumérait les faits distinctifs : retraite du commerçant, clôture de ses magasins, actes constatant les refus d'acquitter ou de payer ses engagements commerciaux.

Depuis, la jurisprudence puis la loi ont défini avec plus de clarté ce qu'était la cessation des paiements : il en existe aujourd'hui deux définitions légales : la première figure à l'article L.621-1 du nouveau Code de commerce : c'est « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ». La seconde dispose à l'article L613-26 du Code monétaire et financier⁶ comme le moment où l'établissement de crédits « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* ».

On essaiera d'étudier dans une première sous-partie certains aspects de la première définition et dans une deuxième sous-partie de décrire l'émergence d'une nouvelle définition applicable aux établissements de crédit.

⁶ Article 52 modifié de la loi bancaire de la loi de 1984.

CHAPITRE 1 - L'ABANDON DE LA DEFINITION COMPTABLE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

Section 1 - Si la cessation des paiements n'est pas une notion comptable, la comptabilité peut appréhender la cessation des paiements.

Les entreprises ont l'obligation d'avoir une comptabilité : or cette comptabilité n'est pas une comptabilité de caisse qui enregistre les dépenses et les recettes, mais une comptabilité d'engagement (les publicistes parlent de comptabilité de droits constatés).

Or la cessation de paiements est une notion de trésorerie que la comptabilité n'appréhende pas de manière satisfaisante : la comptabilité établit des états financiers comme le compte de résultat, le bilan (l'annexe présente ici un caractère accessoire) mais ni compte de résultat, ni le bilan apporte une solution précise, fiable et qui peut être obtenu dans des délais raisonnables. .

§ 1 - Le compte de résultat n'est pas une solution suffisamment précise et fiable pour appréhender la cessation des paiements.

La comptabilité recense les charges et les produits au cours d'un exercice dans un document appelé un compte de résultat ; le solde du compte de résultat va modifier le patrimoine de l'entreprise qui est récapitulé dans un document appelé le bilan.

Les charges et les produits se distinguent nettement des dépenses et des recettes à plusieurs égards.

La plupart des charges sont génératrices de dépenses et la plupart des produits sont à l'origine de recettes, mais il y a des exceptions qui sont extrêmement importantes dans la pratique comptable et financière. Il existe des charges enregistrées dans le compte de résultat qui sont sans influence sur la trésorerie : on les appelle des charges calculées qui s'opposent aux charges constatées. Ces charges sont dites calculées car elles proviennent essentiellement des dotations aux amortissements

et aux provisions qui font l'objet d'une évaluation forfaitaire et globale, i.e. d'un calcul souvent influencé par des règles fiscales trop générales. Il existe aussi des produits enregistrés dans le compte de résultat qui sont sans influence sur la trésorerie : il s'agit principalement de reprises d'amortissements et de provisions.

C'est la 1^{ère} différence entre les charges et les dépenses, les produits et les recettes.

Ensuite, si la comptabilisation des recettes et des dépenses ne prête pas à contestation, il s'agit d'un fait objectif, incontestable, valable erga omnes, il n'en est pas de même pour la comptabilisation des charges et des produits. En effet, les comptables sont obligés de respecter certains principes dans l'élaboration de leurs comptes et notamment le principe de prudence. De nombreuses opérations comportent des incertitudes et le comptable ne doit comptabiliser un gain, un produit que lorsqu'il est devenu certain alors qu'une charge doit être prise en compte dès lors que son existence est probable. Une telle tâche est bien sûr subjective, contestable...

C'est la 2^{ème} différence entre les charges et les dépenses, les produits et les recettes.

Enfin, il existe des opérations qui modifient le solde de la trésorerie sans affecter le montant des charges et des produits. Les opérations d'investissement qui sont des acquisitions de biens durables et nécessaires à l'exploitation de l'entreprise diminuent le solde de trésorerie, sans être une charge pour l'entreprise. En effet, cet investissement ne constitue qu'une modification des composantes du patrimoine qui est alors constatée par une variation des postes au bilan qui représente le patrimoine en comptabilité. A l'inverse, les opérations de financement comme un emprunt à long terme ou un apport en numéraire augmentent la trésorerie sans être un produit pour l'entreprise.

C'est la 3^{ème} différence entre les charges et les dépenses, les produits et les recettes.

En raison de toutes ces différences et comme les dépenses et les recettes affectent tantôt le compte de résultat, tantôt le bilan, le compte de résultat ne peut donc être un bon moyen pour connaître le solde de trésorerie de l'entreprise. C'est d'ailleurs pourquoi la jurisprudence puis la loi ont renoncé à appréhender la cessation des paiements à partir du compte de résultat.

Mais le bilan représente-t-il pour autant une solution aussi évidente ?

§ 2 - Le bilan ne permet pas d'appréhender dans des délais raisonnables la cessation des paiements.

Le bilan est un document comptable qui recense les éléments du patrimoine du débiteur dans ses composantes actif i.e. les biens et les créances du débiteur et passif i.e. les dettes du débiteur. Le bilan permet de récapituler l'ensemble de l'actif et du passif alors que le compte de résultat n'appréciait que des variations. C'est pourquoi, le bilan a été choisi par le législateur pour définir la cessation des paiements : elle est constatée lorsque le débiteur est dans « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ».

L'actif disponible et le passif exigible sont deux composantes du bilan.

A. L'actif disponible.

L'actif disponible est formé tout d'abord par les liquidités que possède l'entreprise : il s'agit des sommes en caisse, des effets de commerce à vue et des soldes débiteurs des comptes bancaires. Ensuite il faut tenir compte des valeurs immédiatement réalisables, c'est-à-dire dont il est possible d'obtenir une contrepartie liquide à très court terme, le tribunal ayant une certaine marge d'appréciation quant au caractère immédiatement réalisable de l'actif.

Si certains auteurs comme le Professeur Soinne excluent que puissent figurer dans l'actif disponible les immobilisations car leur vente prend du temps, d'autres auteurs prônent une position plus pragmatique et pensent qu'il faut tenir compte des cas d'espèces car certains actifs incorporels immobilisés comme par exemple les brevets ou les marques peuvent rapidement trouver preneur.

La jurisprudence ne considère pas, généralement, que les stocks soient des actifs disponibles car ils peuvent être grevés de sûretés ou de réserve de propriété, ou ne sont parfois pas vendables comme les stocks d'en-cours de production.

Pour déterminer l'actif disponible, il faut aussi tenir compte des réserves de crédit qui sont les sommes dont le débiteur peut immédiatement disposer grâce aux ouvertures de crédit et même grâce à des garanties de paiements fournies par des tiers aux créanciers. Cette solution fondée sur l'idée qu'on doit tenir compte de toutes les formes de crédit pour apprécier l'état de l'actif disponible, y compris celui constitué par le paiement par un tiers d'une dette. Pourtant quelques décisions ont refusé, notamment un arrêt de la Chambre commerciale du 26 juin 1990, que cette

forme de crédit puisse avoir une influence à cause du caractère artificiel de celui-ci. On craint en effet qu'il ne camoufle une situation déjà obérée, on relève dans ces décisions la volonté d'assurer davantage le redressement.

B. Le passif exigible.

Le passif exigible comprend les dettes liquides, exigibles et certaines.

Les dettes doivent être liquides ce qui signifie qu'elles doivent être échues et leur montant doit être précis. Ainsi ne sont pas prises en compte dans les dettes liquides les provisions quand la dette qui motive la provision n'est pas échue (par exemple une provision pour risques dans le cas d'un litige pendant devant les tribunaux où la condamnation a été prononcée mais le montant de dommages et intérêts pas encore prononcé). De même, les dettes fiscales ou sociales dont le montant n'est pas mis en recouvrement au moment de la saisine du tribunal par le débiteur ⁷(Cass. 12/11/97).

Les dettes doivent être exigibles, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas être affectées d'un terme suspensif. Il existe un débat intense depuis quelques années pour savoir si les dettes doivent avoir été réclamées par le créancier pour être prises en compte dans le passif, et ainsi ne prendre en compte que le passif exigible et exigé. Les discussions doctrinales sont nombreuses car il arrive souvent que le créancier néglige pour différentes raisons de réclamer sa dette. Si on ne devait pas tenir compte du comportement du créancier, la procédure collective serait ouverte plus rapidement ; par contre, la solution selon laquelle le passif doit être exigible et avoir été exigé s'appuie sur le crédit que le créancier fait au débiteur par une sorte de prorogation de terme.

Pour le professeur Perrochon, la position de la Cour de cassation est la suivante : il est tenu compte du passif exigible et effectivement exigé, le second étant présumé coïncider avec le premier, et c'est au débiteur qui allègue que le passif exigé est moindre d'établir qu'il bénéficie d'un moratoire de la part de ses créanciers.

Enfin, les dettes doivent être certaines : elles doivent avoir une existence actuelle et incontestable ce qui exclu du passif exigible les dettes simplement éventuelles ou litigieuses, sauf en cas de contestation purement dilatoire de la part du débiteur.

⁷ Cass. Com., 12 novembre 1997, *Rev. Proc. Coll.*1998, p. 39, observations Calendini.

La nature des dettes ainsi que leur nombre et leur montant n'a en revanche que peu d'importance: en application de la théorie de l'unité du patrimoine, toutes les dettes, qu'elles soient civiles ou commerciales, contractuelles ou délictuelles sont prises en compte.

C. L'impossibilité de faire face.

Cette impossibilité de faire face n'a pas fait l'objet de développements particuliers en jurisprudence. On met en relation le montant de l'actif et du passif et si le second est supérieur au premier, l'entreprise est en cessation des paiements. Même une différence minime peut y conduire, mais par contre, il importe peu qu'il n'existe pas encore de poursuites de la part des créanciers ou même d'incidents de paiements.

Il est pourtant difficile d'obtenir sans délais d'un débiteur le montant de l'actif disponible et celui du passif exigible car l'élaboration d'un bilan prend beaucoup de temps : il est nécessaire d'enregistrer toutes les opérations qui ont eu lieu jusqu'au jour de la clôture et ensuite d'enregistrer des opérations dites d'inventaire qui permettent notamment de rattacher les créances et les dettes de l'exercice et d'en exclure les autres, d'appréhender les charges calculées...

La trésorerie n'est donc appréhendée qu'avec un retard considérable dans la pratique. Pour un exercice clos le 31 décembre, l'entreprise dispose de 3 à 5 mois pour établir un arrêté au 31/12 des comptes de bilan, du compte de résultat et l'annexe. C'est dire le décalage entre la définition comptable de la cessation de paiements et son application concrète par les différentes personnes concernées.

Or, il a rarement procédé à un inventaire détaillé qui permettrait à partir d'un nouvel arrêté des comptes et donc d'un nouveau bilan d'établir avec une certitude scientifique l'existence ou non de la cessation des paiements. C'est pourquoi, la cessation des paiements n'est pas une notion comptable stricto sensu, elle devrait être avérée par un arrêté des comptes et l'établissement d'un bilan ; elle est plutôt une notion juridique comme l'ont rappelé Robert Badinter lors des débats parlementaires de la loi de 1985, les Professeurs Soinne et Chaput...Mais certains auteurs ne partagent pas cet avis : Corinne Saint-Alary-Hoin a pu ainsi écrire : « *c'est une notion comptable qui est retenue et qu'avait dégagé la jurisprudence* ». L'utilisation de termes comptables n'est pas incidences sur l'appréciation que peut faire le juge de la situation.

Section 2 - La définition comptable de la cessation des paiements est une définition trop statique qui ne tient pas suffisamment compte de la dynamique de l'entreprise.

La comptabilité donne une image rétrospective d'une entreprise : seules les opérations passées sont prises en compte pour connaître la situation d'une entreprise : son patrimoine, son enrichissement ou son appauvrissement et le niveau de sa trésorerie. Or la valeur d'une entreprise, l'augmentation ou la diminution de celle-ci est aussi ne dépend pas seulement de ses actions passées, de son actif ou de son passif mais aussi de ses forces et de ses faiblesses. Autant d'éléments incorporels qui ne sont pas pris en compte comme la création d'une marque, d'une réputation par la comptabilité sauf dans des cas très particuliers. De surcroît, la situation d'une entreprise dépend du secteur d'activité dans lequel elle exerce ; il présente différents types d'opportunités et de menaces.

Tous ces éléments contribuent à susciter des anticipations chez les agents économiques parfois fort éloignées des estimations comptables d'une entreprise. La valorisation d'une entreprise ne s'effectue pas qu'en fonction des données comptables d'une entreprise, même lorsque l'actif net est réévalué pour tenir compte de certaines plus ou moins values latentes. Elle se fonde aussi sur sa capacité à générer dans l'avenir des profits.

Ces considérations très générales ne sont pas aussi éloignées de notre sujet sur la cessation des paiements car les anticipations que font les agents économiques sur une entreprise rejaillit sur la capacité d'une entreprise à éviter la cessation des paiements. Une entreprise peut être foncièrement déficitaire et ne jamais être en cessation des paiements parce que les agents économiques anticipent des profits futurs élevés. Ces anticipations se traduiront par des soutiens bancaires, des lignes de réserve de crédit qu'évoque parfois la jurisprudence.

L'exemple n'est pas anecdotique et a trouvé à s'appliquer lors du développement de la net économie. Les entreprises dans ce secteur n'ont presque jamais été bénéficiaires, elles ont même cumulé des pertes abyssales.

L'exemple d'Amazon.com est symptomatique de cette frénésie financière puisque cette entreprise a cumulé à elle seule plus de 10 milliards de dollars de pertes. Pourtant, cette entreprise n'est pas en cessation des paiements car dans un premier temps les investisseurs lui prédisaient un avenir radieux.

Mais beaucoup d'autres entreprises de la net économie ont fait faillite non parce qu'elles étaient plus déficitaires qu'avant mais parce les anticipations les concernant sont devenues plus pessimistes. Ce qui est à l'origine de leur perte n'a pas été une situation comptable dégradée, elle l'était déjà depuis le début. C'est un renversement des anticipations qui permet d'expliquer la cessation des paiements de ces entreprises. Certes, le juge n'en tient pas compte puisqu'il est obligé d'appliquer les textes mais les données qu'il contrôle, l'actif disponible, le passif exigible, l'impossibilité de faire face sont influencées par les anticipations des autres agents économiques. D'où la nécessaire subjectivité et relativité d'une notion apparemment objective.

La cessation des paiements est une définition subjective : elle est appréciée par le juge du fond qui, s'il respecte le critère légal, ne pourra voir sa décision contestée. Mais celle-ci tient nécessairement compte de la situation de l'entreprise. C'est la même règle de droit qui s'applique pour tous mais les considérations de fait ne sont toujours identiques.

La définition comptable de la cessation des paiements est une définition qui suggère une définition objective alors qu'elle est subjective et relative

Les critiques faites à l'actuelle définition de la cessation des paiements et les propositions pour la remplacer justifient en partie l'émergence d'une nouvelle définition de la cessation des paiements pour les établissements de crédit. Mais il existe également des raisons liées au particularisme bancaire qui justifient l'émergence d'une nouvelle définition

CHAPITRE 2 - L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE DEFINITION DE LA CESSATION DES PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.

La définition de la cessation de paiements des établissements de crédit est originale parce que l'activité bancaire est singulière : elle se distingue des autres secteurs d'activité par ses particularités juridiques, économiques et comptables.

Section 1 - Les causes de l'émergence d'une définition de la cessation des paiements des établissements de crédit.

§ 1 - Le particularisme juridique de l'activité bancaire.

Evoquer le particularisme juridique de l'activité bancaire, c'est rappeler les singularités de son environnement réglementaire et législatif, la nature des opérations de banque et l'incidence de chacune sur une définition pertinente de la cessation de paiements d'un établissement de crédits.

L'activité bancaire est strictement réglementée : seuls les organismes dotés du statut d'établissement de crédits peuvent réaliser des opérations de banque à titre habituel : ils disposent en effet d'un monopole légal confirmé par la loi bancaire de 1984 et inscrit dans le Code monétaire et financier à l'article L.511-5 qui dispose : « *Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel* ». Il est ainsi de leur compétence exclusive de recevoir des fonds du public, de réaliser des opérations de crédits et de mettre à disposition de leur clientèle ou de gérer des moyens de paiement.

D'autre part, tous les commerçants ne peuvent exercer en toute liberté et sans autorisation préalable la profession de banquier et réaliser des opérations de banque : ils doivent faire l'objet d'un agrément qui définit par ailleurs le champ de leur compétence : ils peuvent être « *agréés en qualité de banque, de banque mutualiste ou coopérative, de caisse de crédit municipal, de société financière ou d'institution financière spécialisée* ». L'agrément est accordé par le Comité des

établissements de crédit et des entreprises d'investissement, le CECEI : il s'agit d'une décision administrative prise par une autorité administrative.

Enfin, seules les personnes morales peuvent exercer des opérations de banque en vertu de l'article L511-1 du Code monétaire et financier⁸.

Toutes ces particularités ne sont pas sans incidences sur une définition pertinente de la cessation de paiements d'un établissement de crédits. Si cette dernière fait référence de manière explicite à l'une des activités qui relève du monopole bancaire, celle-ci ne pourra être étendue aux autres débiteurs visés par la loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire.

Or tel est le cas : un établissement de crédits est en cessation de paiements lorsqu'il « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* » dispose la loi 1999 sur l'épargne et la sécurité financière dans son article 65. La définition de la cessation de paiements d'un établissement de crédits ne peut donc s'appliquer ou être étendue à des débiteurs qui n'ont pas le droit de recevoir à titre habituel des fonds du public:

La nouvelle définition de la cessation de paiements d'un établissement de crédits voit son champ d'action aisément circonscrit : elle concerne les établissements de crédit et ce de manière exclusive en raison de leur monopole des opérations de banque.

La première de ces opérations de banque est la réception de fonds du public. Il s'agit d'une notion fondamentale qui est au cœur de l'activité bancaire. C'est elle qui permettait de distinguer sous l'empire de l'ancienne loi bancaire de 1941 les banques des établissements financiers, ces derniers n'y ayant pas droit.

C'est cette notion qui a donné naissance à un contrat spécial : le dépôts de fonds en banque.

La nature juridique de ce contrat est encore discutée : en effet, il s'agit d'un contrat par lequel une personne remet une certaine somme d'argent à l'établissement de crédit qui s'engage à la lui restituer sur sa demande ou à en faire ce que le client lui a demandé d'en faire.

Certains ont estimé qu'il s'agit d'un prêt à la consommation, d'autres d'un dépôt irrégulier i.e. d'un dépôt dans lequel le dépositaire acquiert la propriété des choses déposées et n'est tenu qu'à

⁸ Alinéa premier de l'article 1 de la loi bancaire de 1984

restituer des choses de même qualité et quantité. Si tel est le point de vue du déposant, il n'en peut être ainsi pour le dépositaire.

Le Doyen Hamel faisait remarquer que le dépôt, qu'il soit régulier ou irrégulier, comporte une obligation de garde. Or cette obligation de garde se traduit par l'obligation imposée au dépositaire de toujours conserver dans ses caisses un montant égal à celui des sommes déposées. Elle est sanctionnée des peines de l'abus de confiance en cas de non-restitution car le dépôt est l'un des contrats qui entre dans le champ d'application de cette infraction pénale.

Or, une telle obligation ne peut être imposée au banquier qui doit être en mesure de disposer librement pour ses crédits de toutes les sommes déposées et qui, s'il n'est pas en mesure d'effectuer le remboursement des sommes déposées, ne peut être exposé à subir les peines de l'abus de confiance. Mais l'emploi par l'établissement de crédit des fonds déposés crée un danger : il peut ne pas disposer des fonds nécessaires pour assurer les remboursements qui lui seraient demandés. Le risque de la cessation de paiements d'un établissement de crédits est donc la contrepartie de la liberté accordée à l'organisme de disposer des fonds reçus du public comme bon il lui semble. La cessation de paiement serait la sanction professionnelle d'un établissement de crédits qui ne pourrait faire l'objet d'une sanction pénale, l'abus de confiance, en raison des particularités du contrat de dépôt d'argent.

Cette substitution de sanction va bien dans le sens d'une dépénalisation du droit des affaires et permet de mettre en évidence les effets économiques d'une telle disposition : laisser l'usage des fonds reçus du public à l'établissement de crédit, c'est lui accorder la possibilité d'utiliser des dépôts à vue pour accorder des crédits à long terme, activité plus connue sous le nom de transformation. Assurer une telle fonction n'est pas sans dangers, a fortiori pour des organismes bancaires qui ne sont plus soumis au principe de la spécialisation bancaire qui limitait la prise de risques.

C'est donc l'abolition du principe de spécialisation bancaire et les particularités du contrat de dépôt d'argent du public qui peuvent partiellement expliquer la nécessité de dispositions envisageant la cessation de paiements d'un établissement de crédit.

Les autres opérations de banque ne sont pas évoquées dans la définition sur la cessation de paiements des établissements de crédit. Cette exclusion peut paraître surprenante mais elle n'est pas illogique : pour être en mesure de réaliser durablement des opérations de crédit, i.e. de mettre à disposition des fonds de manière immédiate, durable ou éventuelle et de mettre à la disposition de

la clientèle des moyens de paiement , il est nécessaire de disposer de fonds suffisants ou d'être en mesure de susciter la confiance pour se voir accorder les fonds nécessaires.

Ceci devient bien vite impossible dès lors que l'établissement de crédit « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* ».

La transformation bancaire et la confiance des épargnants suggèrent le particularisme économique de l'activité bancaire.

§ 2 - Le particularisme économique de l'activité bancaire.

L'activité bancaire ou la banque ne peut être assimilée à une entreprise industrielle : elle n'achète pas des matières premières qu'elle transforme en produits finis ou manufacturés. Il existe pourtant des analogies : on évoque bien la notion de transformation bancaire lorsque les dépôts à vue sont utilisés pour les opérations de crédits à long terme. Mais il n'y a aucune transformation physique ; les fonds sont reçus du public pour être ensuite mis à la disposition du public, ce sont les mêmes fonds qui sont employés en amont et en aval de l'activité bancaire. C'est pourquoi, on les compare parfois à des entreprises qui achèteraient pour revendre en l'état des biens.

Une telle activité se rapproche de l'activité bancaire : certains auteurs ont écrit que « *le banquier est un commerçant qui spéculé sur l'argent et le crédit*⁹ ». Mais il n'y a pas de contrat de vente qui serait passé par la banque soit en tant qu'acheteur, soit en tant que vendeur. Quant au bien revendu, Il y a si l'on peut dire une transformation juridique : les établissements de crédit reçoivent des dépôts d'argent et accordent des crédits, ils réalisent en amont et en aval des opérations juridiques différentes même si la substance de l'argent n'est pas modifiée.

L'activité bancaire pourrait-elle se réduire à une activité de prestation de services ?

Certes, les opérations de banque sont des prestations de services au sens économique du terme mais elles sont aussi plus que cela. Les établissements de crédit n'effectuent pas que des opérations de banque ; ils ont aussi une fonction économique, celle de transformer les dépôts à vue en crédits à

⁹ G. Ripert & R. Roblot, P. Delebecque & M. Germain, *Traité de droit commercial*, tome 2, L.G.D.J. 16^{ème} édition 2000, p. 279.

long terme. Cette transformation bancaire n'est possible qu'à la condition que les déposants ne retirent qu'une fraction des dépôts pour les besoins de leur activité domestique ou professionnelle. Cette opération est essentielle et conditionne la rentabilité et donc la survie des banques : les profits de celles-ci proviennent pour l'essentiel de la différence entre les taux d'intérêt facturés pour les crédits accordés à long terme et les taux d'intérêt versés aux déposants pour les rémunérer. Comme en général, les taux à long terme sont plus élevés que les taux à court terme, la transformation est une activité lucrative, d'autant plus rentable que la différence entre les échéances à court et à long terme est importante et que la banque ne détienne dans ses coffres-forts qu'une faible partie des dépôts initiaux.

Les établissements de crédit ne pouvant guère avoir d'influence sur le niveau des taux d'intérêt, ceux-ci dépendant de l'offre et de la demande de fonds prêtables, ils seront poussés à réduire au maximum la part des encaisses disponibles.

C'est la spécificité de la transformation bancaire qui ne permet pas d'appliquer aux banques la définition de la cessation de paiements définie par la loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire.

Le passif exigible d'un établissement de crédits correspond au moins à l'ensemble des dépôts à vue effectués par les clients de celui-ci. Or les établissements de crédit ne conservent en moyenne que 10 % des dépôts à vue sous forme d'encaisses. Si la définition de la cessation de paiements de la loi de 1985 était appliquée, l'ensemble des établissements de crédit serait et de manière permanente en état de cessation de paiements. Mais il y a une différence importante dans le domaine bancaire entre le passif exigible et le passif exigé.

Cette nuance est connue : la Cour de cassation a fait référence à cette notion dans un seul arrêt¹⁰ et une fraction minoritaire de la doctrine a proposé son extension. Une telle idée fut repoussée car elle retardait l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Mais l'application d'une telle notion pour les établissements de crédit ne poserait pas les mêmes problèmes : la différence entre le passif exigible et le passif exigé est inhérente à l'activité bancaire et ne retarderait en rien le déclenchement de la procédure collective. Mais force est de constater que le législateur a souhaité ne pas employer cette notion jurisprudentielle et lui donner valeur

¹⁰ La cour de cassation avait admis que « le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation de paiements est le passif exigible et **exigé**, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur ». Com. 28 avril 1998, *D. Aff.* 24 septembre 1998, p 1487.

législative en matière bancaire. Il a même prévu la possibilité d'ouvrir la procédure de manière anticipée en envisageant l'impossibilité pour un établissement de crédits de restituer « *à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* », expression vague et subjective qui laisse une plus grande marge d'appréciation et le pouvoir de déclencher la procédure bien avant la constatation d'un passif exigé supérieur à l'actif disponible.

Une telle définition permet le déclenchement de la procédure de manière anticipée et va dans le sens des propositions faites par une partie de la doctrine et les suggestions du droit comparé.

La notion de passif exigé est d'ailleurs une notion bien trop fluctuante pour être employée : elle dépend en fait de la confiance qu'ont les déposants dans la capacité des établissements de crédit à restituer les fonds qui ont été déposés chez eux. La confiance joue ici un rôle majeur. Si elle est présente et nécessaire dans toutes les relations économiques, elle est indispensable au bon fonctionnement des banques.

Un commerçant qui n'inspire pas confiance pourra toujours être livré et continuer son exploitation s'il est capable de payer comptant.

Un établissement de crédit qui n'inspire pas confiance ne pourra plus continuer son activité et sera bien vite mis en cessation de paiements : La défiance des déposants les pousse à retirer leur argent et prive l'établissement de crédits de matière première, i.e. d'argent. Faute d'argent, il ne peut plus effectuer les autres opérations de banque comme l'octroi de crédits ou la gestion de moyens de paiement.

Il y a une certaine analogie entre la cessation de paiements et la cessation d'activité : un établissement de crédits en cessation de paiement ne peut plus assurer son activité si la confiance vient à lui manquer.

Mais le déclenchement prématuré de la procédure pour les établissements de crédit peut aussi se justifier par le rôle des établissements de crédit au sein de l'économie. En effet, l'activité bancaire est essentielle dans le domaine monétaire, pour favoriser l'épargne et octroyer des crédits.

C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la banque est une activité réglementée, dont l'organisation et le fonctionnement sont contrôlés par l'Etat, le législateur et divers organismes administratifs qui s'assurent du respect de la réglementation bancaire.

Les établissements de crédit disposent d'un pouvoir quasi-régalien : ils peuvent créer de la monnaie scripturale par un simple jeu d'écriture comptable ; ils transforment en monnaie une simple créance bancaire. Or la monnaie est un formidable instrument qui favorise les échanges. Elle est un moyen de paiement, c'est sa fonction libératoire, une commune mesure de valeurs, c'est sa fonction d'étalon, et c'est un réservoir de valeur, c'est sa fonction de thésaurisation.

Constater la cessation de paiements d'un établissement de crédit, c'est empêcher une partie de la monnaie scripturale d'assurer ses trois fonctions économiques essentielles à l'activité d'un pays ; c'est passer également en partie d'une économie monétaire à une économie de troc.

La cessation de paiement d'un établissement de crédits a donc des conséquences sur l'économie bien supérieure à la cessation de paiements d'un débiteur « classique » qui relève de la loi de 1985. La doctrine considérait que la cessation de paiements de la loi de 1985 n'était pas qu'une notion matérielle, « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible » mais aussi une notion fonctionnelle destinée à sauvegarder l'entreprise. On peut considérer que la cessation de paiements de la loi de 1999 est également une notion fonctionnelle dont l'un des buts est d'assurer la sécurité financière si l'on se réfère à l'intitulé même de la loi de 1999.

En outre, même si les établissements de crédit ne créent pas de monnaie divisionnaire ou fiduciaire, ils participent à la création monétaire et influent sur le niveau de la masse monétaire. Or la quantité de monnaie en circulation peut avoir une influence sur l'activité économique: c'est l'avis de nombreux économistes, avec des nuances encore aujourd'hui très discutées. Mais la majorité des économistes contemporains pourrait encore se retrouver dans la pensée de David Hume lorsqu'il écrit :

*« bien que le haut prix des marchandises soit une conséquence nécessaire de l'augmentation des quantités d'or et d'argent, cependant, il ne suit pas immédiatement cette augmentation ; il faut un certain temps pour que l'argent circule dans tout l'Etat et fasse sentir ses effets dans tous les rangs de la population. Au début, on n'aperçoit aucun changement ; les prix montent par degrés, d'abord sur une marchandise, puis sur une autre, jusqu'à ce qu'ils atteignent enfin une juste proportion avec la nouvelle quantité d'espèces qui se trouve dans le royaume ».*¹¹

Les établissements de crédit disposent donc d'un pouvoir économique qui va bien au-delà de la production de richesses mais qui participe de la circulation des richesses dans le pays.

¹¹ Essai III, de la monnaie extrait de « discours politiques », 1752.

Ce rôle joué par les établissements de crédit dans la circulation de richesses est encore plus visible lorsqu'ils collectent de l'épargne et octroient des crédits.

La collecte de fonds du public par les établissements de crédit est l'une de leur mission essentielle : sans épargne, il n'y a pas d'investissement et de vision à long terme dans une économie. Les établissements de crédit permettent de mettre en relation l'épargne des agents économiques et la volonté d'entreprendre des entrepreneurs. Si cette activité d'intermédiation bancaire est aujourd'hui partiellement concurrencée par les marchés financiers, elle demeure essentielle. Si l'argent n'était pas collecté, il serait thésaurisé i.e. conservé par les agents économiques sans être réinjecté dans le circuit économique. Pour pousser les agents économiques à déposer leur argent plutôt qu'à le thésauriser, il fallait susciter la confiance.

L'un des premiers en France à avoir compris les profits que l'on peut retirer d'une telle métamorphose est Henri Germain. C'est ce que rappelle Szramkiewicz dans son livre sur l'histoire du droit des affaires :

« Il faut lutter contre le handicap de l'anonymat des grands établissements de dépôts et de crédits. Le système bancaire traditionnel du 19^{ème} siècle était fondé sur la responsabilité personnelle. Par exemple, pour la banque Rothschild, c'était la fortune personnelle de la famille Rothschild qui était garante de la solvabilité de la banque aux yeux de ses clients. Les banques portaient les noms de familles célèbres dont on connaissait la fortune. Elles étaient généralement constituées sous forme de sociétés en nom collectif, avec responsabilité solidaire et indéfinie des associés. C'était donc un crédit personnel qui faisait le crédit de la banque. Envers le grand établissement de dépôt qui ne porte plus qu'une enseigne sociale, le particulier n'a plus la même confiance.

Ce genre de banque est une société anonyme au sens étymologique du terme, et la loi de 1867 est encore fort douce sur la responsabilité des administrateurs, malgré l'institution des actions de garantie qui n'allait pas très loin. Il faut tenir compte, dit Henri Germain, de cette habitude des Français de vouloir une responsabilité personnelle en face de soi pour son argent.

Il faut donc adopter une autre attitude.

D'abord mettre dans le conseil d'administration de la banque, des gens très connus, soit d'autres banquiers d'une grande réputation, soit des noms de l'aristocratie ou de la haute bourgeoisie, des gens célèbres, voire des hommes politiques. L'honorabilité de ces personnes rejaillira sur l'institution. Ensuite montrer son argent, sa solidité. Il faudra construire des sièges sociaux magnifiques, ne pas négliger le prestige des succursales, étaler sa solidité par un luxe visible et

néanmoins de bon aloi, rassurer par l'existence d'un patrimoine immobilier. D'où les monuments d'architecture que sont les sièges sociaux de Crédit Lyonnais, 17 boulevard des Italiens, imitation d'un château de la Loire et classé monument historique, de la Société générale, 24 boulevard Haussmann à l'admirable coupole de vitrail, de la BNP, 9 rue Bergère à Paris.

Enfin, faire ses affaires au grand jour ou du moins le faire croire que l'on fait tout au grand jour : publier dans la presse des comptes rendus des activités de la banque, tenir avec éclat les assemblées générales d'actionnaires, imprimer des rapports annuels, les diffuser largement, entretenir une publicité constante auprès des actionnaires et auprès des déposants, rester en permanence avec eux. »¹²

Le développement de l'épargne disponible a permis aux établissements de crédit de développer une autre de leur mission fondamentale : l'octroi de crédits i.e. la mise à disposition de fonds.

La mentalité des agents économiques a aussi évolué : les établissements de crédit ont su tirer profit voire susciter cette métamorphose des esprits : ils ont d'abord développé leurs crédits en direction des industriels et des commerçants, en raison des garanties qu'ils pouvaient consentir, souvent pour de courtes périodes pour éviter une trop forte transformation.

Ils ont ensuite envahi le marché du crédit à long terme : le crédit d'équipement s'est ajouté au crédit d'exploitation du fait des besoins en capitaux des entreprises modernes mais aussi du changement de comportement des chefs d'entreprise :

« le temps où l'industriel mettait son point d'honneur à ne pas emprunter à sa banque est révolu »¹³.

Les crédits s'adressent aujourd'hui aux entreprises comme aux particuliers, ce qui n'est pas sans conséquences : les établissements de crédit sont des entreprises qui ont une multitude de clients, donc de créanciers et de débiteurs : la cessation de paiements d'un établissement de crédits a donc un impact bien différent d'un autre débiteur, quelle que soit sa taille.

C'est cette relation avec une multitude de clients qui sont à la fois des fournisseurs (de matière première, d'argent) qui montre l'ambiguïté d'une cessation de paiements d'un établissement de

¹² Szramkiewicz R., Histoire du droit des affaires, Montchrestien, 1989, p. 232.

¹³ Michel Vasseur, Droit et économie bancaires, Les cours du droit.

crédit : elle peut être à l'origine d'un véritable désastre social, mettant en péril la liquidité d'autres agents économiques susceptibles d'être mis à leur tour en redressement judiciaire, ; mais elle peut être aussi victime d'une panique irrationnelle des déposants qui perdent confiance sans raison et qui causent la catastrophe qu'ils avaient voulu éviter.

Cette ruée sur les guichets, ce « *bank run* » comme disent les anglo-saxons, peut être la conséquence mais aussi la cause d'une cessation de paiements.

Cette situation tout à fait singulière ne pouvait ne pas être pris en compte par le législateur lorsqu'il a proposé une définition de la cessation de paiements des établissements de crédit. Elle devait prendre en compte la subjectivité des divers intervenants : sur la base d'un constat objectif, la situation de l'établissement de crédits qui « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* ». Cette subjectivité a comme fondement les anticipations que font les agents économiques sur la situation de l'établissement.

Les anticipations peuvent être irrationnelles, fondées sur des rumeurs infondées et causer la faillite de la banque. Les exemples historiques ne manquent pas : ils sont souvent évoqués dans la littérature économique anglo-saxonne et notamment par un professeur d'économie célèbre, Kindleberger, dans deux de ses ouvrages, « *Histoire financière de l'Europe occidentale* »¹⁴ et plus particulièrement dans « *Manias, Panics and Crashes : a history of financial crisis* »¹⁵.

Les débuts de la banque de dépôts en France à la fin de la Troisième République furent eux aussi parfois chaotiques : c'est ce que rappelle Szramkiewicz dans son livre sur l'histoire du droit des affaires :

« Le Crédit Lyonnais recherchait surtout les dépôts à vue de petits épargnants, qui étaient pour la plupart des dépôts à vue. Ces petits épargnants sensibles à la conjoncture politique, facilement alarmés, pour un oui ou un non viennent rechercher leur argent et demandent qu'il leur soit restitué de préférence en pièces d'or ou d'argent, non en billets. Or, avec ses dépôts à vue, le Crédit Lyonnais au début, s'est permis de faire assez souvent des crédits à moyen ou long terme, d'investir dans des affaires industrielles, d'acquérir pour lui-même des actions de portefeuille. A certains moments (en particulier au moment du krach de l'Union générale, où les épargnants ont

¹⁴ Aux éditions Economica, 1990.

¹⁵ New York : Basic books, 1978.

eu fort peur), il y eut des retraits massifs par les déposants du Crédit Lyonnais et ce dernier frôla la faillite »¹⁶.

C'est de cette expérience malheureuse qu'Henri Germain en déduit la nécessité de limiter la transformation bancaire, règle de gestion qui devint coutumière dans la profession.

Un comportement rationnel des agents économiques peut lui aussi être à l'origine d'une cessation de paiements d'un établissement de crédit : chaque déposant retire son argent car il pense que les autres le feront aussi. Bien sûr, si personne ne retire son argent, l'établissement de crédits peut continuer son exploitation. Mais devant l'incertitude des autres agents économiques et la défiance générale, la ruée sur les guichets se produit : le raisonnement individuel de chacun conduit à une situation irrationnelle d'un point de vue collectif, un schéma très connu des économistes. Thomas Schelling a étudié ce phénomène dans un livre : « *Micro motives, macro behavior* »¹⁷, fort bien traduit en français sous le titre évocateur « *La tyrannie des petites décisions* »¹⁸.

La notion d'anticipation est donc une notion essentielle pour comprendre la cessation de paiements : ce sont les anticipations que font les agents économiques sur la situation financière de l'entreprise qui vont permettre de déclarer le débiteur en cessation de paiements : il importe peu qu'une entreprise soit déficitaire ou bénéficiaire aujourd'hui, ce qui est essentiel est sa situation future et sa capacité future à être bénéficiaire. Or les anticipations jouent pour les établissements de crédit un rôle encore plus important que pour les autres entreprises car ils disposent d'une multitude de clients et de fournisseurs qui vont, non pas essayer d'anticiper la situation future de l'établissement de crédits mais imaginer ce que les autres agents économiques pensent de l'évolution prévisible de l'établissements de crédit.

Un tel raisonnement est lui aussi très connu des économistes et résumé par Keynes dans sa théorie générale.

Les économistes s'accordent ainsi pour reconnaître aux établissements de crédit une certaine particularité, les comptables aussi.

¹⁶ Szramkiewicz R., Histoire du droit des affaires, Montchrestien, 1989, p. 233.

¹⁷ Chez Norton & Co, New York 1978.

¹⁸ Aux éditions PUF 1980.

§ 3 : Le particularisme comptable de l'activité bancaire

La comptabilité retrace en effet l'origine et la destination des flux d'une entreprise : en général, les flux physiques ont comme contrepartie des flux monétaires, qu'ils soient entrants ou sortants : un établissement de crédits n'enregistre que peu de flux physiques entrants ou sortants : seules les prestations de service consommées ou rendues sont considérées comme des flux physiques d'entrée ou de sortie, ce qui exprime l'idée que les établissements de crédit enregistrent des entrées et sorties d'argent sans commune mesure avec l'argent réellement gagné.

En fait, la richesse créée par l'établissement de crédit n'est issue que des intérêts et des commissions qu'il facture déduction faite des intérêts et commissions dont il est débiteur. Un tel solde ne constitue pas un chiffre d'affaires mais reflète comme ce dernier qui n'existe pas pour les établissements de crédit l'activité dégagée, la valeur ajoutée.

Il n'empêche que les concepts comptables restent les mêmes, les modes de raisonnement aussi. Dans un cas comme dans l'autre, ce sont les règles de la comptabilité d'engagement qui prévalent : le comptable a l'obligation « *d'établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe : ils forment un tout indissociable .*

Le bilan décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise, et fait apparaître, de façon distincte, les capitaux propres.

Le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. »¹⁹

Ces obligations comptables concernent tous les commerçants, les établissements de crédit également. Ils sont astreints à respecter les grands principes d'élaboration des comptes et notamment de tenir une comptabilité d'engagement et non une comptabilité de caisse²⁰.

Le particularisme économique rejaillit sur le particularisme comptable qui s'adapte à son tour. Le plan comptable bancaire est distinct du plan comptable général qui s'applique aux autres commerçants. L'intitulé des comptes est différent, la présentation des états financiers et notamment celle du bilan est fort différente : les actifs et les passifs bancaires sont classés du plus liquide au

¹⁹ L.123-12 et 13 du Nouveau Code de commerce.

²⁰ Cozian, Les grands principes de la fiscalité des entreprises, Litec, 2^{ème} édition, 1986, document 7 : la méthode de la comptabilité d'engagement.

moins liquide alors que la présentation est inverse dans le plan comptable général de 1982, ce qui montre à loisir la place échue à la liquidité bancaire.

La liquidité bancaire se compose des encaisses, du solde créditeur à la banque centrale, des comptes courants créditeurs et des dépôts à vue auprès d'autres banques. Telle est la composition des liquidités de premier rang auxquelles peuvent s'ajouter les liquidités de second rang : les prêts au jour le jour, les effets réescomptables à la banque centrale et les bons du Trésor et les fonds d'Etat.

Une telle définition se distingue quelque peu de la liquidité d'une entreprise ordinaire par ses composantes mais aussi par ses caractéristiques : une partie importante des liquidités bancaires, les encaisses, dépend du bon vouloir de déposants et de leur confiance. Cette particularité n'existe pas chez les autres entreprises : si la trésorerie des entreprises est soumise à des imprévus (créances impayées, dettes subites...), elles ne sont pas soumises à une telle part d'aléa semblable à celle que connaissent les établissements de crédit. Une telle situation est appréciée d'une seule et même manière par la comptabilité.

S'il s'agit d'apprécier une situation passée, l'appréciation comptable et l'évaluation du montant des liquidités sera identique ; mais l'appréciation à un moment donné de la liquidité d'un établissement de crédits pourra varier si l'on tient compte de la différence entre les montants dus par la banque à ses déposants et les montants réellement demandés par ceux-ci. La comptabilité ne distingue pas entre le passif exigible et le passif exigé, une telle approche serait contraire au principe de prudence et au principe de l'image fidèle, principes fondamentaux qui s'appliquent en dépit du particularisme de l'activité bancaire.

Une telle spécificité ne peut qu'influencer la définition de la cessation de paiements des établissements de crédit. Mais quelle influence, juridique, économique ou comptable sera la plus marquante ? Tel est l'objet de la sous-partie suivante.

Section 2 - L'émergence d'une définition de la cessation de paiements des établissements de crédit.

L'analyse de la définition de la cessation de paiements définie par la loi de 1985 ont pu mettre en évidence deux caractéristiques : une apparente objectivité de la définition et une appréciation

subjective et relative de celle-ci. Il est probable que la définition de la cessation de paiements des établissements de crédit présente les mêmes caractéristiques.

Il y a donc lieu d'exclure les solutions du droit comparé et qui proposent une définition qui ne laisserait aucune marge d'appréciation, dans le respect de la définition donnée, au juge ou à l'autorité administrative (qui aurait compétence liée et non un pouvoir discrétionnaire). C'est par exemple le cas de la loi libanaise du 16 janvier 1967²¹ qui dispose dans son article 2 qu'une banque est en cessation de paiements si l'une des conditions suivantes est remplie :

- Si elle se proclame en cessation de paiements
- Si elle ne s'acquitte pas à l'échéance d'une dette contractée auprès de la banque du Liban
- Si elle émet un chèque sur la banque du Liban sans provision suffisante
- Si elle n'assure pas la provision nécessaire pour couvrir un solde débiteur résultant des opérations de la chambre de compensation.

Une telle approche a pu selon certains manquer de souplesse et incarner ce que l'on appelle la notion matérielle de la cessation de paiements. Or celle-ci n'est pas retenue en France. La doctrine s'est encore exprimée pour soutenir l'idée que la cessation de paiements est bien une notion fonctionnelle.

La définition de la cessation de paiements des établissements de crédit peut être influencée d'abord par le particularisme économique de l'activité bancaire et la logique économique.

Les économistes depuis Adam Smith et Jeremy Bentham ont l'habitude de justifier le comportement humain en expliquant rationnellement chacune de nos décisions : « l'homo economicus » compare les avantages et les inconvénients des choix possibles et prend la décision la plus avantageuse.

C'est sur la base d'un tel raisonnement que les Etats-Unis ont défini les conditions de réalisation d'une cessation de paiements : c'est lorsque la valeur marchande des actifs, après avoir déduit le coût de la faillite et de la liquidation est inférieur à la valeur des engagements totaux dus aux clients.

Cette définition prend en compte l'avantage de la non-interruption du service bancaire et le coût total de l'opération de renflouement ou de liquidation.

²¹ Safa R., Les procédures applicables aux banques en difficulté, Thèse de doctorat, 1991.

Force est de constater que cette définition, assez proche de la notion d'insolvabilité n'a pas été retenue en France. Elle présentait l'avantage de prendre en compte le particularisme économique de l'activité bancaire et notamment le coût particulier de la faillite et d'une liquidation bancaire.

D'autres propositions ont été faites sur la base des particularités comptables de l'activité bancaire et des obligations comptables particulières qui pèsent sur les établissements de crédit.

La transformation bancaire qui consiste à emprunter à court terme pour prêter à long terme est une opération souvent rentable mais risquée. On se souvient des risques encourus par le Crédit lyonnais d'Henri Germain à la fin du 19^{ème} siècle et le choix qu'il fit de limiter la transformation. Un tel choix peut s'avérer judicieux si toutes les autres banques font pareil et peu rentable voire ruineux si les autres banques prennent davantage de risques. Pour empêcher une telle fuite en avant et le risque de défaillances bancaires en chaîne, une réglementation s'imposait.

C'est pourquoi les établissements de crédit sont tenus dans les conditions fixées par le Comité de réglementation bancaire et financière de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité, ainsi que l'équilibre de leur structure financière.

Il est en effet reconnu depuis longtemps qu'une analyse approfondie des états financiers d'une entreprise permet statistiquement d'évaluer le risque de défaillance de celle-ci. Une telle méthode est déjà appliquée, de manière non contraignante, par la centrale des bilans de la banque de France qui évalue la situation des entreprises par secteur d'activité. Elle collecte diverses informations issues des états financiers et cherche à établir une corrélation entre le niveau de certains ratios et la défaillance des entreprises. Elle en déduit ainsi une équation économétrique qui lui permet d'anticiper les entreprises qui seront en difficulté dans les deux années qui suivent en raison de leur structure financière.

L'occurrence d'une telle situation est statistiquement démontrée mais pas infaillible.

C'est cette logique qui est sous-jacente dans les obligations qui sont faites aux banques de faire connaître certains ratios ou coefficients calculés à partir des états financiers.

Les établissements de crédit sont ainsi obligés d'établir :

- un ratio de liquidité (règlement 88-01 plusieurs fois modifié) qui met en relation le montant des avoirs liquides et mobilisables à court terme et le montant des engagements à court terme,

- un ratio de solvabilité (règlement 91-05 plusieurs fois modifié) qui met en rapport les fonds propres et les engagements,
- un coefficient de division des risques (règlement 93-05 plusieurs fois modifié) relatif au contrôle des grands risques,
- un coefficient de fonds propres et de ressources permanentes destiné à limiter la transformation bancaire.

L'inobservation de ces règles déclenche l'intervention de la Commission bancaire qui peut prononcer les sanctions appropriées.

Or il est arrivé qu'un établissement de crédit, l'United Banking Corporation, l'UBC, falsifie ses ratios et donc ses états financiers pour dissimuler sa véritable situation. Le tribunal de commerce de Paris dans un jugement en date du 5 janvier 1994 a eu à connaître de cette affaire. Un tel fait est-il constitutif d'une cessation de paiements ?

Il peut l'être dans la mesure où une telle manipulation pouvait entraîner de manière quasi certaine le retrait d'agrément de la part de la Commission bancaire, impliquer la cessation d'activité de l'établissement et donc la cessation de paiements.

On retrouve ici l'idée qu'il existe un lien entre la cessation d'activité et la cessation de paiements. Ici, c'est la cessation d'activité qui engendre la cessation de paiements. Accepter une telle idée, c'est donner une définition administrative de la cessation de paiements et dont la logique pourrait s'étendre à toutes les activités commerciales qui dépendent d'une autorisation administrative pour exercer leur profession : serait en cessation de paiements toute personne physique ou morale qui se verrait retirer le droit d'exercer sa profession réglementée.

L'inconvénient d'une telle approche serait de ne pas distinguer là où le droit distingue : il y aurait confusion entre cessation de paiements et cessation d'activité sans savoir laquelle est à l'origine de l'autre.

Or il ne serait pas illogique de penser en matière bancaire que c'est la cessation de paiements qui est à l'origine de la cessation d'activité. Ce serait l'impossibilité pour l'établissement de crédit de se constituer des ressources qui mettrait celui-ci dans l'impossibilité d'exercer son activité, la cessation de paiements étant à l'origine de la cessation d'activité.

Une telle thèse a été évoquée lors du jugement du tribunal de commerce de Paris sur l'United Banking Corporation. Il a été soutenu :

« qu'il ne peut y avoir cessation de paiements tant que l'établissement est en mesure de se refinancer sur le marché interbancaire, (...) seuls les critères de la loi de 1985 devant être retenus ; c'est la date du refus de la Banque de France d'accepter une augmentation de capital requise par la Commission bancaire qui, en l'espèce doit être retenue »²².

D'après un auteur citant cet arrêt non publié, le tribunal a fondé sa décision sur une double constatation :

« L'existence d'une gestion anormale destinée à tromper la commission bancaire et notamment à dissimuler la vraie valeur des ratios prudentiels ; la constatation par l'établissement lui-même du caractère notoirement insuffisant des remèdes financiers dont il disposait. Il a retenu en définitive comme date reportée de cessation des paiements celle de cette constatation. Ce faisant, il a pris en compte les deux textes :

la loi de 1984 choisissant la date pour laquelle les ratios prudentiels ne respectaient pas de fait et malgré les apparences les règles imposées par la commission bancaire ;

celle de 1985 car à cette date, les remèdes financiers apparaissaient insuffisants pour remédier à un état caractérisant l'impossibilité de faire face à la situation créée par l'insuffisance d'actifs disponibles. »²³

Cet arrêt ne permet donc de donner une définition de la cessation de paiements opérationnelle. En fait, le législateur dans la loi du 25 juin 1999 met en évidence le particularisme juridique de l'activité bancaire dans la définition de la cessation de paiements applicable à un établissement de crédits. C'est en effet le cas lorsqu'il « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* ».

Mais cette définition laisse entier deux problèmes bien distincts mais étroitement imbriqués : le particularisme procédural et le particularisme de la fixation de la date de la cessation de paiements, que l'on étudiera dans la deuxième partie qui sera consacrée au particularisme de la procédure de constatation de la cessation de paiements.

²² Nussembaum M., « Définir la date de cessation des paiements d'une banque », *Banque*, n° 574, octobre 1996, p. 60.

²³ Id.

**TITRE 2 - LE PARTICULARISME DE LA
CONSTATATION DE LA CESSATION DE
PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE
CREDIT.**

Si la loi de 1999 sur l'épargne et la sécurité financière propose enfin une définition tant attendue par la doctrine, il n'en demeure pas moins important de connaître la procédure mise en place pour la constater. Un décret n°2000-1307 du 26 décembre 2000 relatif à la procédure applicable aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement apporte un début de solutions sur la fixation de la date de la cessation de paiements et sur les rôles respectifs de la commission bancaire et du tribunal de commerce, de nouvelles interrogations, et amène à s'interroger sur la conciliation des deux droits, le droit bancaire et le droit des entreprises en difficulté, aussi différents.

Plutôt que de s'opposer, les lois de 1984 et de 1985 sont mieux coordonnées. Une telle logique est désormais à l'œuvre tant pour la détermination de la date de la cessation de paiements d'un établissement de crédit que pour le particularisme procédural lié à la faillite d'une banque.

CHAPITRE 1 - LE PARTICULARISME DE LA FIXATION DE LA DATE DE LA CESSATION DE PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.

La constatation de la date de la cessation de paiements est un moment crucial de la procédure de redressement judiciaire ; mais la doctrine discute encore à l'infini de l'intérêt de constater le plus vite ou plus tardivement la cessation de paiements d'un débiteur. Ces discussions prennent un tour nouveau lorsqu'on les applique à la cessation de paiements des établissements de crédit. Les arguments sont contradictoires et les solutions possibles contrastées : il existe de bonnes raisons qui militent en faveur d'un déclenchement précoce de la procédure . Mais il y a d'autres facteurs qui suggèrent de privilégier un déclenchement tardif de la procédure. La définition de la date de la cessation de paiements est au cœur de cet enjeu qui d'ailleurs met en balance les intérêts de la loi de 1984 et ceux de la loi de 1985.

La solution qui a été retenue prend en considération ces intérêts de manière successive et non plus de manière concurrente.

Section 1 - Les solutions possibles.

Les critères pour fixer la date de la cessation de paiements des établissements de crédit peuvent être à l'origine d'un déclenchement précoce ou tardif. Plusieurs intérêts contradictoires s'entrechoquent et s'affrontent.

§ 1 - Les facteurs qui militent en faveur d'un déclenchement précoce de la procédure.

« Mieux vaut prévenir que guérir » : tel pourrait être le mot d'ordre des partisans d'un critère précoce de déclenchement de la procédure. Les difficultés sont souvent mieux surmontées lorsqu'elles sont combattues dès l'origine. La période suspecte commence plus tôt, les paiements anormaux sont plus facilement détectés, leur annulation plus aisée. Ces arguments issus de la loi de 1985 peuvent être reproduits pour les établissements de crédit. Ils restent valables et conservent

tout leur poids : la priorité est donnée à la sauvegarde de l'entreprise, c'est l'objectif premier de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaire, et il en demeure ainsi malgré les modifications apportées par la loi n°94-475 du 10 juin 1994.

Mais il existe d'autres types d'arguments qui peuvent justifier un tel critère favorisant un déclenchement précoce.

Le fonctionnement même des établissements de crédit peut inciter le législateur à promouvoir une action rapide : alors que les débiteurs classiques sont d'abord en situation d'illiquidité²⁴ puis sont insolvable²⁵, les établissements de crédit sont d'abord insolvable puis en cessation de paiements. Une telle situation s'explique par le fait que les débiteurs ont en général besoin de trésorerie pour débiter leur activité, c'est ce qu'on appelle le besoin en fonds de roulement, alors que les banques disposent de liquidités du fait même de leur activité. Elles disposent de ce que l'on nomme en jargon financier, même si l'expression n'est pas employée à l'égard des banques, d'un besoin en fonds de roulement négatif.

Or un débiteur en situation insolvable est dans une situation bien plus dramatique qu'un débiteur simplement illiquide. D'où l'intérêt qu'il y aurait à déclencher plus rapidement la procédure idoine. Ce serait d'ailleurs l'intérêt des épargnants, dont l'argent ne serait plus dilapidé par des dirigeants impécunieux, malchanceux ou malhonnêtes. Une telle décision serait conforme à des préoccupations d'ordre public, l'intérêt des déposants et la réputation de la place financière étant en jeu.

Enfin, les établissements de crédit sont des sociétés qui ont l'obligation d'informer leurs actionnaires ; ces obligations sont encore renforcées lorsque ces sociétés sont cotées, ce qui est le cas de très nombreux établissements de crédit. La protection du marché exige des dirigeants qu'ils les informent des difficultés dans l'exploitation. Les exigences de transparence financière progressent, nombreuses sont les entreprises qui annoncent au marché que leurs anticipations de résultat sont revues à la baisse, ce sont les fameux *profit warning*, il devrait en être de même a fortiori pour les entreprises pour des faits de nature à compromettre la continuité de leur exploitation, voire leur cessation de paiements prévisible.

²⁴ Ou de cessation de paiements.

²⁵ « Il y a insolvabilité quand le passif (au sens juridique du terme, c'est à dire le total des dettes, soit, en termes comptables le passif externe) est supérieur à l'actif, c'est à dire à la valeur totale des éléments d'actifs », F. Pérochon & R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, 4^{ème} édition, L.G.D.J. 1999, p. 101.

Il s'agit là encore de préoccupations d'ordre public puisqu'elles visent à protéger l'efficacité du marché et l'épargne des déposants.

En dépit de ces arguments, il est apparu des propositions contraires.

§ 2 - Les facteurs qui militent en faveur d'un déclenchement tardif de la procédure.

Certains auteurs se sont inspirés d'une jurisprudence récente de la Cour de cassation²⁶ pour proposer un déclenchement tardif de la procédure : « *le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation de paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur* ». Cela a été critiqué par d'autres auteurs qui souhaitent, comme Monsieur Guyon, un déclenchement précoce de la procédure.

Mais ces arguments doivent s'inscrire dans le contexte particulier des défaillances bancaires. Un établissement de crédit qui est déclaré en cessation de paiements déclenche une véritable ruée sur les guichets et une perte immédiate de confiance. Or sans confiance, un établissement de crédit ne peut fonctionner. Une fois la cessation de paiements déclarée, aucune période d'observation ne serait possible, seules les solutions de cession ou de liquidation pourraient être envisagées. L'application stricte de la loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire occulterait de facto toute possibilité de redressement.

Or le coût économique et social d'une défaillance bancaire est plus élevé que celui d'un débiteur classique, les risques de diffusion d'une telle crise aux autres établissements de crédit ou aux autres secteurs d'activité également.

C'est pourquoi, le déclenchement tardif de la procédure peut être jugé préférable : le risque de panique doit être évité ou reporté le plus tard possible. Il semble que cette considération l'a largement emporté dans la définition de la cessation de paiements et la procédure en cas de défaillance bancaire. Telle est la logique du compromis adopté par la loi du 25 juin 1999 et le décret du 26 décembre 2000 qui permet d'alterner tantôt la prééminence de la loi de 1984 sur celle de 1985, tantôt celle de 1985 sur celle de 1984 avec une certaine finesse.

²⁶ Com. 28 avril 1998, *D. Aff.* 24 septembre 1998, p 1487.

Section 2 - Le compromis adopté.

L'article 65 de la loi sur l'épargne et la sécurité financière²⁷ distingue en réalité deux faits générateurs distincts qui peuvent chacun être considérés comme des cessations de paiements : un établissement de crédit est en cessation de paiements lorsqu'il « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* ».

La définition légale ajoute à la constatation de la cessation de paiements, une cessation de paiements anticipée. Il existe ainsi une cessation de paiements *avérée* lorsque l'établissement de crédit n'est plus en mesure de restituer *immédiatement* les fonds qu'il a reçus du public. Mais il existe aussi une cessation de paiements *anticipée* lorsque l'établissement de crédit n'est plus en mesure de restituer *à terme rapproché* les fonds qu'il a reçus du public. Il y a ainsi une cessation de paiements objective et une cessation de paiements subjective.

La définition de la cessation de paiements avérée est donnée par le législateur : elle ne fait l'objet d'aucune contestation possible, seule son appréciation pourra être discutée. Mais aucune disposition ne précise ce qu'il faut entendre par la cessation de paiements anticipée : quels critères retenir ? Qui pourra l'apprécier ? Cette évaluation se fera-t-elle dans la transparence lors de débats ou de décisions rendues publiques ou dans la confidentialité la plus stricte pour éviter tout vent de panique ?

Le constat opéré par le tribunal de la cessation de paiements avérée ne fait que confirmer ce que les déposants avaient déjà anticipé. En effet, c'est le retrait massif des déposants déjà informés de la situation qui a provoqué la cessation de paiements. Le tribunal ne fait qu'entériner une situation déjà connue du public.

Il n'en est pas de même pour la cessation de paiements anticipée. Celle-ci doit rester confidentielle pour ne pas aggraver la situation. Elle doit être constatée suffisamment tôt pour permettre le redressement de l'établissement de crédit.

Ces idées simples permettent de combiner un déclenchement précoce et un déclenchement tardif de la procédure. Elles permettent également de coordonner la compétence concurrente du tribunal de commerce et de la commission bancaire sur l'établissement de crédit défaillant. Le déclenchement

²⁷ Qui modifie l'article 52 de la loi bancaire du 24 janvier 1984.

précoce de la procédure serait pris sur la base de la cessation de paiements anticipée : cette procédure administrative, mise en oeuvre par la commission bancaire, resterait confidentielle, secrète pour ne pas causer une cessation de paiements avérée. Le déclenchement tardif de la procédure judiciaire le serait sur la base de la cessation de paiements constatée.

Une telle interprétation permet une meilleure coordination des lois de 1984 et de 1985. La commission bancaire et le tribunal de commerce n'ont plus de compétence concurrente mais une compétence successive, avec des nuances que nous étudierons plus tard : d'abord l'autorité administrative, ensuite l'autorité judiciaire, ce qui est assez singulier pour être remarqué.

La définition de la date de la cessation de paiements d'un établissement de crédit doit tenir compte de ces faits : il existe deux définitions : une cessation de paiements constatée et une cessation de paiements anticipée. Une telle situation n'est a priori pas choquante. Il est fréquent pour le juge de reporter la date initiale de la cessation de paiements : la date initiale de la cessation de paiements est fixée au jour de l'ouverture de la procédure judiciaire alors que la date définitive de la cessation de paiements prononcée par le tribunal peut être antérieure à la précédente²⁸.

En fait chaque définition répond à une fonction bien précise.

§ 1 - La cessation de paiements anticipée, facteur de déclenchement précoce de la procédure administrative.

Ni la loi de 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, ni le décret d'application ne précisent les critères qui permettent de penser que l'établissement de crédit « *n'est plus en mesure de restituer (...) à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* ».

Il existe pourtant plusieurs critères possibles pour fixer la date de la cessation de paiements.

L'article 52 de la loi bancaire dispose que « *lorsqu'il apparaît que la situation d'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire,*

²⁸ « *Le tribunal fixe s'il y a lieu, la date de cessation de paiements. A défaut de détermination de cette date, la cessation de paiements est réputée être intervenue à la date du jugement qui la constate. Elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de 18 mois à la date du jugement d'ouverture* ». L.811-8 du nouveau Code de commerce.

invite après avoir, sauf en cas d'urgence, pris l'avis de la commission bancaire les actionnaires ou les sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire ».

L'absence de réponse ou une réponse négative des actionnaires ou des sociétaires pourrait constituer une cause de cessation de paiements anticipée et justifier l'action de la commission bancaire. L'action de cette dernière est d'ailleurs souhaitable : elle dispose de moyens humains et financiers pour effectuer des contrôles sur pièces ou sur place.

Elle est destinataire de données confidentielles comme les ratios de liquidité, de solvabilité, de division des risques de fonds propres et de ressources permanentes. Les établissements de crédit doivent respecter ces ratios. Le non-respect de ces ratios peut-il être assimilé à une cessation de paiements anticipée ?

La question n'est pas simple, elle doit être résolue au cas par cas.

D'abord, parce que les ratios fournissent des informations riches, complexes et difficiles à interpréter.

C'est ce qu'a pu dire Monsieur Butsch, ancien secrétaire général de la commission bancaire lors d'un colloque sur les défaillances bancaires à Deauville en 1996 : *« plus les techniques sont complexes et plus il est difficile de donner pour les banques une information complète et précise. Et je dirai plus on donne d'informations, plus on risque que cette information soit mal comprise, voire mal analysée, et on risque de mettre en cause l'ensemble du système ».*

C'est d'ailleurs pourquoi, ces données restent confidentielles malgré les critiques étayées de la doctrine. Monsieur Butsch, lors de ce même colloque évoquait aussi la situation d'un établissement de crédit en difficulté en faisant remarquer que *« le non-respect de la réglementation dite du contrôle des grands risques, s'accompagnait, (...) d'une amélioration de la situation ».*

Ensuite, parce que contrairement à une idée reçue, la comptabilité en général et la comptabilité bancaire en particulier, n'est pas une science exacte. Les documents comptables ont pour obligation de fournir une image fidèle mais il peut exister plusieurs reproductions ou interprétations d'une même réalité. L'actualité financière et la modification de certaines normes comptables américaines en matière d'amortissement du goodwill nous ont donné l'année dernière et cette année un aperçu de la subjectivité de la comptabilité, sans vouloir évoquer la fraude des dirigeants qui présentent sciemment des comptes inexacts.

C'est pourtant l'une des raisons qui amène à douter de la fiabilité de ces ratios lorsqu'ils ne font pas l'objet d'un réexamen a posteriori. La jurisprudence a eu à connaître d'un établissement de crédit ayant sciemment falsifié ses ratios pour masquer la détérioration de sa situation.

Masquer la réalité empêche les autres professionnels de prendre conscience des difficultés de l'établissement de crédit : celui-ci peut se refinancer sur le marché interbancaire et continuer ses opérations sans éveiller les soupçons. L'impossibilité de se refinancer sur le marché interbancaire a été aussi suggéré comme date possible de cessation de paiements, les prêteurs professionnels, les seuls ayant accès à ce marché, étant souvent mieux informés que les simples usagers de la place²⁹.

La combinaison de ces critères a été retenue dans une décision non publiée du tribunal de commerce de Paris du 5 janvier 1994 relative à l'United Banking Corporation.

Quant à la définition de la cessation de paiements avérée, elle n'a pas encore donné lieu, à ma connaissance, à une quelconque jurisprudence.

§ 2 - La cessation de paiements avérée, facteur de déclenchement tardif de la procédure judiciaire.

La constatation de la cessation de paiements avérée repose sur une ambiguïté : il n'est pas dit si les retraits des guichets sont à l'origine ou sont la conséquence de la cessation de paiements de l'établissement de crédit.

Une telle définition n'empêche aucune panique, elle a déjà eu lieu. Elle ne fait que constater. Il s'agit d'une définition dont on espère qu'elle n'aura pas à s'appliquer puisqu'elle ne pourra plus empêcher la ruée sur les guichets.

Deux situations peuvent être envisagées : soit la commission bancaire avait anticipé la cessation de paiements et souhaite que la procédure suive son cours, soit elle est saisie du dossier par le président du tribunal pour une demande d'avis. Dans les deux cas, la commission bancaire dispose d'un délai qui lui permet de gagner du temps afin de résoudre de manière confidentielle la

²⁹ Nussembaum M., « Définir la date de cessation des paiements d'une banque », *Banque*, n° 574, octobre 1996, p. 60.

situation. Tel est le sens de l'article 1^{er} du décret du 26 décembre 2000 qui modifie le décret du 24 juillet 1984 :

« avant qu'il ne soit statué sur l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires à l'égard d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement, le président du tribunal saisit la commission bancaire d'une demande d'avis. Le greffier transmet cette demande sans délai. Il en informe le procureur de la République. La saisine de la commission bancaire est écrite. Elle est accompagnée des pièces nécessaires à son information. Cette saisine est, à la diligence de la commission bancaire, portée sans délai à la connaissance du président du directoire du fonds de garantie des dépôts. La commission bancaire rend son avis dans un délai de 21 jours francs à compter de la réception de la demande d'avis. En cas d'urgence, le délai peut être abrégé par le tribunal, sans pouvoir toutefois être inférieur à 5 jours francs ouvrables. En l'absence de réponse de la commission bancaire dans le délai imparti, son avis est réputé favorable à l'ouverture de la procédure. L'avis de la commission bancaire est écrit. Il est transmis par tout moyen au greffier, qui le remet au président du tribunal et au procureur de la République. L'avis est versé au dossier ».

Le sursis à statuer qui est demandé dans une procédure de redressement judiciaire, a fortiori lors du déclenchement de la procédure démontre à souhait la prééminence de la commission bancaire sur le tribunal et la priorité accordée à la loi bancaire sur la loi sur le redressement et la liquidation judiciaire à ce stade de la procédure.

Les priorités traditionnelles sont renversées : l'un des objectifs de la saisine d'office du tribunal dans la procédure de redressement et de liquidation judiciaire était de pallier l'inertie du débiteur ou la carence des créanciers. C'est l'inverse qui est ici recherché : la saisine du tribunal est ici retardée.

Il en est de même lorsque *« le représentant légal d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement (...) envisage de déposer une requête tendant à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable »*. Il *« doit par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise contre récépissé, saisir la commission bancaire d'une demande préalablement à la saisine du président du tribunal. Cette demande comporte les pièces nécessaires à l'information de la commission bancaire »*. Telles sont les dispositions de l'article 2 du décret du 26 décembre 2000.

Là encore, et même en matière de règlement amiable où la diligence et la confidentialité sont de mise, il est fait exception à la commission bancaire dont les pouvoirs sont exorbitants du droit commun.

Un tel constat nous amène à nous intéresser au particularisme procédural de la constatation de la cessation de paiements des établissements de crédit.

CHAPITRE 2 - LE PARTICULARISME PROCEDURAL.

La défaillance d'un établissement de crédit entraîne la compétence de deux organes : la commission bancaire au titre de la loi bancaire de 1984 et le tribunal de commerce en raison de la loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire de 1985. Comment ces deux lois se conjuguent-elles pour parvenir à une solution acceptable ?

Ces deux lois ont généré des procédures d'abord concurrentes puis complémentaires.

Section 1 - Des procédures longtemps concurrentes.

Les procédures sont concurrentes car les compétences sont concurrentes et les pouvoirs sont concurrents.

§ 1 - Des compétences concurrentes.

La compétence de la commission bancaire et du tribunal pour connaître de la situation d'un établissement de crédit défaillant s'explique pour des raisons différentes mais aboutit à des effets convergents : ceci s'applique à chaque organe pris individuellement.

A. La compétence de la commission bancaire.

Il est légitime de se poser la question : Comment expliquer l'immixtion de la commission bancaire dans une procédure relevant du droit commercial ?

Certains ont estimé que la banque était un service public. L'idée a été lancée par la doctrine dans les années 1950 : la banque serait l'instrument d'un service public de distribution et de régulation du crédit »³⁰. L'idée a été reprise par certains auteurs illustres (Rives-Lange) et par une certaine

³⁰ *RTD com.*, 1955, p150.

jurisprudence dans les années 1960 et 1970. Comme l'a écrit un auteur³¹, « *cette idée séduisante et brillante est fausse* ». En effet il faudrait que l'activité remplisse une mission d'intérêt général et soit soumise à un régime exorbitant du droit commun.

On entend par-là, non l'application de règles spéciales mais la détention de prérogatives et la soumission à des sujétions exorbitantes du droit commun. Or de telles prérogatives n'existent pas au profit des banques.

« En réalité l'erreur de ceux qui font référence à l'idée de service public est d'avoir appliqué aux rapports du banquier avec ses clients et les tiers, des considérations qui ne relèvent que des rapports du banquier et de la puissance publique. Or il y a deux phases bien distinctes de l'activité bancaire. Il est bien vrai que le banquier exerce à certains égards cette fonction, régaliennne par excellence, de battre monnaie ; il est bien vrai aussi que de ce chef, il est soumis à la surveillance de l'état, car l'état ne pouvait laisser battre monnaie en dehors de lui, sans s'en mêler. L'importance de la fonction bancaire tient en cela mais il ne s'agit là, en quelque sorte, que de l'envers du décor et de la façon dont le banquier fabrique la marchandise qu'il vend.

L'endroit, c'est-à-dire l'autre face de l'activité du banquier, correspond aux rapports que celui-ci noue avec ses clients. Ces rapports sont des rapports de pur droit privé, de commerçants à clients. Le banquier s'y montre marchand d'argent, comme tel autre marchand d'acier ou d'automobiles et de ce point de vue, l'activité bancaire n'est pas fondamentalement différente de celles des autres secteurs de l'économie »³².

Pour exactes que sont ces remarques, elles omettent un élément important : l'incidence de l'activité bancaire sur l'économie d'un pays, qui justifie l'intervention d'un service de l'Etat, la commission bancaire, sans personnalité juridique, sans patrimoine propre, présidé par le gouverneur de la banque de France.

En effet, la faillite d'un établissement de crédit peut avoir des effets très importants sur la situation des autres établissements de crédit mais aussi sur les autres secteurs de l'économie. La défaillance d'une seule banque peut entraîner la perte de confiance dans l'ensemble du système bancaire.

³¹ Michel Vasseur, Droit et économie bancaires, Les cours du droit, 1982, p. 307.

³² Id. p. 309.

Les épargnants de toutes les banques sont susceptibles de retirer leurs dépôts auprès de chacune, les acculant à la cessation des paiements. C'est ce qui faillit se passer lors du krach de l'Union générale en 1892 pour le Crédit Lyonnais qui dut faire face à une ruée sur les guichets.

La défaillance peut-elle aussi se propager du fait de nombreuses relations que les établissements de crédit nouent entre eux, la chute de l'une entraînant la défaillance des autres. Ce risque est d'autant plus grand que le marché interbancaire n'est ouvert qu'aux banques, que la banque est de grande taille ou que l'Etat ne soit pas suffisamment bien informé de la situation réelle des établissements de crédit.

C'est pourquoi la présence de l'Etat se justifie, non pas en raison de l'activité bancaire, elle n'est pas un service public, mais de ces effets potentiels.

Une ruée sur les guichets peut inciter les établissements de crédit à réduire leurs crédits aux entreprises et aux particuliers, s'il n'existe pas un organisme garant des liquidités bancaires en cas de crise. Un prêteur en dernier ressort est chargé de financer tous les établissements de crédit en cas de panique financière. Une telle fonction a été étudiée par Bagehot en Grande-Bretagne au XIX^{ème} siècle.

Le rôle de la commission est donc de soupeser l'intérêt général et les divers intérêts particuliers qui sont en jeu. Il s'agit d'une démarche très économique qui rappelle le raisonnement adopté par les autorités américaines, qui comparent l'avantage de la non-interruption du service bancaire avec le coût total de l'opération de renflouement ou de liquidation. Les autorités américaines décident d'intervenir lorsque la valeur marchande des actifs après avoir déduit le coût de la faillite et de la liquidation est inférieure à la valeur des engagements totaux dus aux clients.

La mission de la commission bancaire est définie par la loi bancaire : elle est « *chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés.*

Elle examine les conditions de leur exploitation et veille à la qualité de leur situation financière.

Elle veille au respect des règles de bonne conduite de la profession »³³.

Si la compétence de la commission bancaire s'explique au regard de la loi bancaire de 1984, la compétence du tribunal de commerce se justifie par l'application des règles issues de la loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire.

³³ Art. 37 de la loi bancaire du 24 janvier 1984, codifié à l'article L613-1 du Code monétaire et financier.

B. La compétence du tribunal de commerce.

En effet, les considérations d'intérêt général ne doivent pas occulter la nécessité d'évincer les établissements de crédit défaillants³⁴, ce qui justifie l'application d'une manière ou d'une autre, de la loi de 1985 sur les entreprises en difficulté : c'est ce qu'un rapport du Sénat³⁵ rappelle à juste titre :

« affirmer que les banques sont des entreprises comme les autres signifie qu'elles doivent être gérées comme les entreprises à part entière qu'elles sont (...). Elles doivent naître et mourir comme les autres. Il est temps d'en finir avec le dogme de l'immortalité bancaire qui empêche les ajustements et provoque l'anémie du secteur ».

Et en l'absence de dispositions particulières, c'est le droit commun qui s'applique : en l'occurrence, l'article L.621-7 du nouveau Code de commerce qui dispose : *« le tribunal fixe s'il y a lieu , la date de la cessation de paiements »*. S'il s'agit d'un commerçant, c'est le tribunal de commerce qui est compétent. Le débiteur a l'obligation de saisir le tribunal dans les 15 jours qui suivent la cessation de paiements mais il peut également être saisi par un créancier, le ministère public. Le tribunal peut aussi se saisir d'office.

Or comme on l'a déjà vu des dispositions particulières existent qui bouleversent la logique de la loi de 1985 qui est à nouveau « bousculée » par des pouvoirs concurrents conférés à la commission bancaire.

§ 2 - Des pouvoirs concurrents.

La commission bancaire et le tribunal de commerce disposent chacun du pouvoir de nommer un administrateur provisoire, investi (sous l'empire de règles juridiques aujourd'hui caduques) des mêmes pouvoirs. Ce qui pouvait poser problème :

³⁴ On pense à la fameuse phrase de Bagehot « any aid to a present bad bank is the surest mode of preventing the establishment of a future good bank », extraite de "A description of the money market", Lombard Street, 1873.

³⁵ Lambert, « Banques, votre santé nous intéresse », n°52, 1996-1997, p153.

« il est bien difficile d'imaginer comment pourrait se régler l'imbroglia qui résulterait de la désignation d'un administrateur provisoire par un tribunal de commerce et d'un administrateur provisoire bancaire parallèlement par la commission qui se trouveraient tous deux investis de la même mission par des organes juridictionnels différents, autrement que par des procédures judiciaires longues, si chaque partie campait sur ses positions »³⁶.

Cette conjonction de pouvoirs s'explique pour des raisons juridiques liées notamment à l'existence d'une jurisprudence fort importante.

§ 3 - Une nécessaire association ou une nouvelle législation ?

Le Conseil d'Etat a longtemps distingué l'établissement de crédit de la personne morale qui exerçait à titre habituel des opérations de banque. L'établissement de crédit était défini par sa finalité économique, son organisation, ses moyens mais non son statut juridique. Une telle jurisprudence a facilité l'exercice conjoint des mêmes pouvoirs sur la même société de la part des deux administrateurs, du moins durant la phase d'observation.

Mais cette jurisprudence est aujourd'hui caduque depuis l'arrêt Majorel du 26 mars 1994 de la chambre commerciale de la cour de cassation qui a considéré que l'administrateur provisoire nommé par la commission bancaire représentait l'établissement de crédit, i.e., dit la cour de cassation, la personne morale elle-même, ce qui signifie qu'il représentait le débiteur au sens de la loi de 1985.

Cet arrêt du 26 mars 1994 a été suivi par une loi du 8 août 1994 qui accentue les pouvoirs de la commission bancaire et qui modifie, notamment, l'article 44 alinéa 1^{er} de la loi bancaire³⁷ : « la commission bancaire peut désigner un administrateur provisoire auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale ».

Une telle disposition a été saluée par la doctrine : *« pour autant, l'identification de l'établissement de crédit et de la personne morale ne résout pas toutes les difficultés au cas de redressement judiciaire. Et de fait la présence côte à côte d'un administrateur ou d'un liquidateur désigné par la commission bancaire et d'un administrateur judiciaire ou d'un liquidateur judiciaire en*

³⁶ Denis Bouychou, administrateur judiciaire lors du colloque de Deauville sur les défaillances bancaires en 1996.

³⁷ Article L.613-18 du code monétaire et financier

application de la loi du 25 janvier 1985 est à l'origine de difficultés quasiment inextricables en l'état actuel des textes. Aussi se convainc-t-on encore plus, après nouvelle réflexion, de la nécessité et de l'urgence d'une législation spécifique applicable à la liquidation des établissements de crédit, se substituant partiellement ou totalement, à la législation sur la faillite »³⁸.

Section 2 - Des procédures aujourd'hui complémentaires.

§ 1 - La compétence et les pouvoirs de la commission bancaire avant la phase judiciaire.

Ils sont exorbitants du droit commun avant le début de la phase judiciaire (et même durant celle-ci). La commission bancaire est le seul organe capable de connaître la situation financière d'un établissement de crédit et donc de constater (ou de faire constater) une cessation de paiements anticipée car il est l'unique destinataire de ces informations confidentielles.

A. La commission bancaire est la destinataire de ces informations.

La commission dispose du pouvoir d'effectuer des contrôles sur pièces et sur place. La Banque de France met à sa disposition des agents et des moyens pour s'acquitter de sa mission. L'article 40 de la loi bancaire dispose :

« la commission bancaire détermine la liste, le modèle et les délais de transmission des documents et informations qui doivent lui être transmis.

Elle peut en outre demander aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement tous renseignements, documents, éclaircissements ou justifications nécessaires à l'exercice de sa mission.

³⁸ Vasseur M., « L'affaire de la banque Majorel », *D.* 1994, chron, p. 317.

Elle peut demander la communication des rapports des commissaires aux comptes et d'une manière générale de tous les documents comptables dont elle peut en tant que de besoin demander la certification ainsi que tous renseignements et informations utiles »³⁹.

Ces informations lui permettent de réunir les éléments nécessaires pour constater une cessation de paiements anticipée. Ce contrôle s'effectue dans la discrétion et la confidentialité : *« toute personne qui participe ou a participé au contrôle des établissements de crédit ou à des entreprises d'investissement (...) est tenu au secret professionnel »⁴⁰.*

Cette confidentialité est renforcée du fait des procédures mises en place.

B. La commission bancaire est l'unique destinataire de ces informations.

La loi bancaire met en place une procédure qui souligne la prééminence de la commission bancaire et l'éviction de la loi de 1985 sur les entreprises en difficulté.

La commission bancaire exerce une mission de contrôle et ne peut s'immiscer directement dans la gestion d'une banque. Elle dispose toutefois du pouvoir de nommer un administrateur provisoire auquel sont transférés *« tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale »⁴¹.*

La commission bancaire peut être saisie à l'initiative des dirigeants de l'établissement de crédit mais aussi de la commission qui peut se saisir elle-même. Ce pouvoir exorbitant et inhabituel au regard des principes classiques de la procédure rappelle étrangement le pouvoir de saisine du tribunal en droit des procédures collectives. La doctrine considérait parfois que cette dernière disposition fort intéressante au niveau juridique était peu appliquée dans la pratique, le tribunal ne disposant que rarement de l'information nécessaire pour se saisir. Il n'en est rien ici pour la commission bancaire qui dispose de toutes les informations nécessaires.

La loi bancaire prévoit enfin l'éviction de la loi de 1985 sur les entreprises en difficulté, du moins *pour un temps*. La procédure de règlement amiable instituée par la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la

³⁹ Article 40 codifié à l'article L.613-8 du Code monétaire et financier.

⁴⁰ Article 49 de la loi bancaire codifié à l'article L.613-9 du Code monétaire et financier.

⁴¹ Article 44 de la loi bancaire codifié à l'article L.613-18 du Code monétaire et financier.

prévention au règlement amiable des difficultés des entreprises et la procédure de redressement et de liquidation judiciaire instituée par la loi du 25 janvier 1985 sont mises entre parenthèses : la commission bancaire dispose du pouvoir d'émettre un avis qui retarde d'autant l'ouverture d'une procédure de règlement amiable ou de redressement judiciaire devant le tribunal.

On en conclut logiquement que la commission bancaire est le seul organe décisionnel à disposer des informations nécessaires, situation que les mécanismes de procédure confortent.

C. La commission bancaire est la destinataire d'informations confidentielles.

Dans le domaine bancaire, la confidentialité des informations est essentielle en raison de la nécessaire confiance que doivent avoir les clients pour déposer leurs fonds. Cette attitude tranche avec l'habituelle publicité des débats qui domine dans les tribunaux et notamment en droit des procédures collectives. Une telle attitude a d'ailleurs été stigmatisée par une partie de la doctrine au nom de la protection du marché et de la nécessaire transparence due aux actionnaires⁴². Il a même été fait remarquer que l'article L.613-9 du Code monétaire et financier⁴³ n'était pas un argument suffisant pour justifier une telle confidentialité. La commission des opérations de bourse est soumise aux mêmes contraintes et publie malgré tout des avis et des communiqués.

La commission bancaire dispose ainsi d'une compétence exclusive, renforcée par diverses dispositions procédurales, et de pouvoirs exorbitants du droit commun. Outre son pouvoir d'investigation sur pièces ou sur place, son pouvoir d'avis que l'on étudiera plus tard, elle dispose du pouvoir de radier de la liste des établissements de crédit et des entreprises d'investissement l'établissement de crédit défaillant. Il ne s'agit pas ici d'étudier les conditions et les effets d'un retrait d'agrément mais plutôt de constater qu'il permettrait à la commission bancaire d'évincer toute la phase d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire car « *la radiation entraîne la liquidation de la personne morale* »⁴⁴ (article 19-1 de la loi bancaire), ce qui montre bien la subordination de la loi de 1985 sur les entreprises par rapport à la loi bancaire de 1984.

Il semble donc qu'il revient à la commission bancaire de constater la cessation de paiements anticipée sur la base de critères qui ont déjà été étudiés. Il semble également que ce même pouvoir

⁴² C'est l'opinion exprimée par le Professeur Schmitt lors du colloque de Deauville sur les défaillances bancaires en 1996.

⁴³ Article 49 de la loi bancaire

⁴⁴ codifié à l'article L.511-15 du Code monétaire et financier

lui revienne pour constater (ou de faire constater) la cessation de paiements avérée grâce à son pouvoir d'auto saisine et sa compétence temporairement exclusive.

Si toutefois la phase judiciaire ne peut être évitée, parce que la commission bancaire n'a pas, ou n'a pu, ou n'a pas voulu, constater une cessation de paiements anticipée ou avérée, certains pouvoirs lui restent dévolus. Mais il revient alors au tribunal de commerce de constater la cessation de paiements.

Ceci est encore plus manifeste mais de manière subtile lors de la phase judiciaire.

§ 2 – La compétence et les pouvoirs du tribunal de commerce durant la phase judiciaire.

A. La saisine du tribunal est entravée par des considérations pratiques

Le tribunal ne semble pas compétent pour constater une cessation de paiements anticipée. Il ne dispose pas des informations suffisantes dans le domaine bancaire encore plus que dans les autres secteurs d'activité pour se saisir lui-même. Cette saisine du tribunal, dérogatoire au droit commun des procédures, serait de surcroît retardée par l'avis que doit émettre la commission bancaire. Ce n'est pas écrit formellement dans la loi ou le décret d'application mais c'est bien l'esprit des textes que de retarder la saisine du tribunal. Si la jurisprudence a, un jour, à se prononcer, il est possible qu'elle retienne cette option qui évincerait une fois de plus la loi de 1985 sur les entreprises en difficulté.

La saisine d'un créancier est elle aussi peu probable : s'il a déposé son argent à vue, il pourra le retirer en toute discrétion et n'aura plus d'intérêt à déclencher une procédure. S'il a déposé son argent sur un compte à terme, il est dans l'impossibilité de retirer son argent avant l'échéance du terme. Mais a-t-il intérêt à engager une action et de saisir le tribunal ? La réponse est quelque peu contre-intuitive et reflète bien le particularisme de l'activité bancaire.

S'il décide de déclencher une procédure, la situation de l'établissement de crédit est révélée au public : une ruée sur les guichets se déclenche et c'est seulement lorsque celle-ci s'est produite, que le tribunal peut, après avis de la commission bancaire, ouvrir une procédure de redressement judiciaire.

L'action du créancier à terme a profité aux créanciers à vue sans lui apporter un quelconque bénéfice. Au contraire, La ruée sur les guichets a entraîné avec elle les derniers espoirs qu'il pouvait nourrir sur la remise à flot de l'établissement de crédit. Cette action n'aurait d'ailleurs pas prospéré : on ne peut engager avec succès une action contre son créancier avant l'échéance du terme.

La saisine du ministère public est elle aussi peu probable. Dans une matière qui intéresse tant l'ordre public, il est vraisemblable d'imaginer qu'il se remettra à la sagesse de la commission bancaire et qu'une réelle coordination des services de l'Etat intervienne dans une matière aussi sensible.

Enfin, la saisine du débiteur n'est ni envisageable, ni possible. D'abord, il est peu probable qu'un débiteur qui souhaite éviter la cessation de paiements de son établissement veuille déclencher une ruée sur les guichets. Le débiteur donnera la priorité à une solution négociée et confidentielle. Il est d'ailleurs tenu de saisir en priorité la commission bancaire et non le tribunal qui devrait surseoir à statuer.

La saisine du tribunal est donc peu probable mais elle reste théoriquement possible.

B. La saisine du tribunal est retardée

Là encore, le législateur a mis en place un système qui empêche le tribunal de faire diligence. Deux moyens sont employés, ils poursuivent tous deux le même but : retarder la saisine du tribunal.

Le décret d'application prévoit que le président du tribunal ne peut saisir celui-ci qu'après l'avis de la commission bancaire.

Ce n'est donc qu'après l'émission de l'avis ou l'expiration du délai prévu pour l'avis que le tribunal dispose d'une réelle compétence pour constater la cessation de paiements. En effet, l'avis n'est pas contraignant pour le tribunal en raison du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et parce que la loi ne précise pas qu'il s'agit d'un avis conforme.

Toutefois, dans une matière aussi technique comme plaisent à le rappeler toutes les personnes concernées, il est peu probable que le tribunal prenne une décision différente même si elle reste techniquement possible.

Le second moyen employé est la définition même de la cessation de paiements des établissements de crédit.

Des deux définitions de la cessation de paiements, seule la cessation de paiements avérée peut être engagée devant le tribunal avec une quelconque chance de succès. Or, dans une situation où la cessation de paiements est avérée, i.e. dans laquelle où un établissement de crédit « *n'est plus en mesure de restituer immédiatement (...) les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution* », les créanciers se sont déjà rués sur les guichets et ont empêché la loi de 1985 de jouer son rôle de suspension individuelle des retraits. Car en matière bancaire, la suspension individuelle des poursuites est parfois moins importante que la suspension individuelle des retraits, pouvoir certes dévolu au tribunal mais trop tardivement.

La procédure collective est justement mise en place pour éviter que le paiement ne soit le prix de la course. En acceptant une telle définition de la cessation de paiements, la procédure perd l'une de ses raisons d'être, l'instauration d'une certaine égalité entre les créanciers de même nature.

Ceci nous amène à conclure sur les pouvoirs amputés du tribunal.

C. Les pouvoirs du tribunal sont amputés

Si tant est qu'un tribunal puisse constater la cessation de paiements d'un établissement de crédit, son rôle sera réduit au minimum : il est peu probable qu'il puisse ouvrir une période d'observation durant laquelle un diagnostic de la situation serait établi. Il est déjà trop tard pour les raisons qui tiennent à la nécessaire confiance que doit inspirer une banque pour pouvoir fonctionner.

Les seules situations envisageables restent la cession ou la liquidation de l'établissement de crédit, ce qui ampute les pouvoirs du tribunal : la durée de la procédure est réduite, les options qui restent sont limitées.

La loi bancaire supplante ainsi la loi de 1985 sur les entreprises en difficulté : le cœur du dispositif de cette priorité est la nouvelle définition de la cessation de paiements des établissements de crédit qui justifie, mais aussi explique, l'omniprésence d'une autorité administrative, parfois juridictionnelle, dans le domaine des activités commerciales, domaine où la liberté est la règle depuis la loi le Chapelier du 3 mars 1791, qui pose le principe que toute personne pourra « *exercer*

telle profession qu'elle trouvera bon » mais « qu' elle sera tenue de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ».

CONCLUSION

Ainsi, la loi de 1999 et le décret d'application du 26 décembre 2000 s'inscrivent dans le contexte créé par les bouleversements économiques des deux dernières décennies : privatisation de nombreuses banques françaises dès 1986, internationalisation des banques françaises mais aussi mondialisation de l'activité bancaire...L'environnement bancaire devient en France comme à l'étranger plus concurrentiel, la défaillance bancaire n'est plus une idée taboue ou sacrilège.

Envisager l'application d'une procédure collective à un établissement de crédit est devenue un sujet qui commence à être étudié par la doctrine, même si la cessation de paiements des établissements de crédit n'a pas fait l'objet de réelles études en raison de la quasi absence de jurisprudence en ce domaine, et du caractère récent des textes concernés.

Ceux-ci ne manquent toutefois pas d'intérêt car, d'une part, ils témoignent de la recherche d'un équilibre entre des lois aux priorités parfois contradictoires et, d'autre part, portent en germe les sources de nouvelles interrogations dont l'avenir nous dira si elles sont fondées.

La loi de 1999 et son décret d'application ont mis en place un système dérogatoire au droit commun qui écarte, sans les exclure, les dispositions d'ordre public du droit des procédures collectives. Les effets d'un tel système sont si révolutionnaires qu'il peut paraître étrange qu'il n'est pas encore été commenté dans sa logique globale et dans sa finalité la plus essentielle : créer un droit spécial des procédures collectives pour les établissements de crédit.

Les effets de ces dispositions sont dévastateurs : toute la logique de la loi de 1985 sur les entreprises en difficulté est évincée au profit des impératifs de la loi bancaire de 1984.

C'est la commission bancaire, un organe administratif, qui est au cœur de ce nouveau dispositif et évince le rôle traditionnellement prééminent du tribunal dans la conduite de la procédure collective. Alors que le tribunal travaille dans le respect d'une certaine transparence, les débats sont publics. La mission que remplit la commission bancaire est exercée dans la plus grande confidentialité. Les mandataires sociaux, comme l'administrateur judiciaire ou le juge commissaire qui assistent le tribunal dans la procédure, sont eux aussi évincés.

Il est remarquable de constater que ce bouleversement ait pu voir le jour en ne modifiant qu'une seule disposition de la loi de 1985 : la définition de la cessation de paiements du débiteur. Les autres règles qui retardent l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ne sont que la conséquence de la nouvelle définition de la cessation de paiements.

Choisir en effet une définition qui retarde l'ouverture de la procédure est un moyen élégant et discret pour ne pas appliquer le droit commun des procédures collectives sans le dire expressément. Or, la logique de la procédure collective est d'instaurer une certaine égalité entre les créanciers en évitant que le paiement ne soit le prix de la course. C'est pourquoi, la doctrine s'est souvent prononcée pour une intervention judiciaire précoce : la définition de la cessation de paiements a été choisie en conséquence.

Le législateur a fait un choix opposé : il a retenu une définition de la cessation de paiements des établissements de crédit qui déclenche la procédure lorsque celle-ci est devenue inutile : la ruée sur les guichets s'est déjà produite puisque l'établissement de crédit n'est plus en mesure de restituer les fonds reçus du public. Déclencher la procédure de redressement judiciaire pour éviter que le paiement ne soit le prix de la course, à un moment où la ruée a déjà eu lieu, peut paraître absurde.

C'est ce que peut penser un juriste qui souhaite faire prévaloir le droit des procédures collectives sur les autres branches du droit : ce n'est pas logique de déclencher une procédure lorsqu'elle n'a plus d'intérêt pratique.

Mais en fait, la logique est ailleurs : la définition choisie en connaissance de cause permet de retarder la compétence du tribunal et de prolonger la confidentialité de la procédure engagée par la commission bancaire. Les autres dispositions contenues dans le décret d'application confirment cette intuition : le tribunal a l'obligation de surseoir à statuer avant l'ouverture d'une procédure de règlement amiable ou de redressement judiciaire.

Il est frappant de constater que la doctrine n'ait pas souligné, à ma connaissance, les conséquences du choix subtil d'une telle définition de la cessation de paiements des établissements de crédit. Les changements apportés, quelques articles insérés de manière anodine et sibylline modifiant la loi bancaire et la loi sur les entreprises en difficulté, constituent un ensemble dense, cohérent et structuré. L'objet de ce mémoire était donc de mettre en lumière une logique qui n'avait pas encore, à ma connaissance, été mise au jour.

L'instauration d'un tel système suscite quelque admiration pour sa finesse et sa brièveté mais n'est pas sans poser de nouveaux problèmes.

Si la loi de 1999 sur l'épargne et la sécurité financière a su avec un certain retard assurer la coordination de lois votées à un an d'intervalle, la loi bancaire de 1984 et la loi de 1985, il est possible que le contexte actuel et futur fragilise à nouveau une solution qui a été si difficile à trouver.

Au moment même où les marchés financiers se développent et où les banques françaises privatisées sont cotées, une procédure administrative confidentielle est mise en place alors que les exigences de transparence financière deviennent l'alpha et l'omega des investisseurs et de certaines autorités administratives comme la commission des opérations de bourse.

Comment concilier les exigences contradictoires de deux organes de l'Etat, la commission bancaire et la commission des opérations de bourse, qui s'adressent toutes deux parfois aux mêmes sociétés, les établissements de crédit cotés ?

Comment concilier confidentialité et transparence à une époque où les forces du marché ont les moyens de faire plier les Etats ?

Les risques de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat ne vont-ils pas s'accroître avec l'intervention d'une autorité aussi omniprésente ? Certes, le droit administratif français prévoit que seule une faute lourde peut engager la responsabilité de l'Etat, selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat qui a annulé, pour erreur de droit, un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris⁴⁵, qui admettait la faute simple comme fait générateur de la responsabilité de l'Etat dans ses activités de contrôle et de tutelle.

En fait, d'aucuns affirment qu'il y va de l'intérêt national de préserver la présence de la commission bancaire : son rôle est d'anticiper et de traiter en amont les difficultés d'un établissement de crédit.

Mais quel peut être aujourd'hui le rôle de la commission bancaire pour prévenir simultanément la cessation de paiements de plusieurs établissements de crédit ?

⁴⁵ C.E 30 novembre 2001 annulant l'arrêt de la Cour administrative d'appel du 25 janvier 2000 publié aux *Petites Affiches* du 7 février 2002 n°28 p.7 avec les conclusions fort éclairantes du commissaire du gouvernement Seban.

Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école : une telle situation semble d'ailleurs s'être déjà produite pour les banques françaises à la charnière des années 80 et 90 si l'on en croit les paroles de l'ancien président du tribunal de commerce de Paris lors du colloque de Deauville :

« Il y a eu, parce que le système ne pouvait pas fonctionner autrement, des opérations folles qui avaient pour but de fabriquer des bénéfices artificiels. On aurait pu détruire le système bancaire français, dans cette période de banques folles. Mais ce n'est pas ce que nous avons fait. Je demande toujours à être jugé sur les actes et pas sur les paroles. Je rappelle qu'il y a trois ans, à un colloque, mars 93, à Nice ou à Cannes, le président de la City Banque m'a verbalement agressé sur l'estrade, en me disant : « mais pourquoi n'avez vous pas mis toutes vos banques en faillite, on les aurait rachetées à vil prix ». Je lui ai dit : « Monsieur le Président, parce qu'elles sont à nous et qu'on en a besoin ». (...) Les banques françaises n'ont pas toutes commis la folie d'aller chercher des plus-values artificielles pour assurer les bénéfices qui permettraient éventuellement la privatisation. Elles ont rendu des services considérables dans le soutien de l'activité économique du pays. C'est pour cela qu'en particulier, mes collègues du tribunal et moi-même, avons tout fait pour éviter qu'elles ne « sautent », en parlant un langage simple. Donc, il n'y a pas dans mon esprit une condamnation du système bancaire français ».

On serait tenté de penser qu'avec la nouvelle loi sur l'épargne et la sécurité financière, la commission bancaire serait mieux armée qu'auparavant pour faire face à de telles difficultés. En assurant la survie d'un secteur d'activité comme les établissements de crédit, la commission bancaire préserve aussi l'activité économique du pays : les établissements de crédit maintiennent leur crédit et soutiennent la liquidité des agents économiques.

Mais la commission bancaire ne dispose pas des moyens d'une telle politique. Elle a besoin d'un bras séculier qui adopte la politique monétaire qu'elle pourrait suggérer en cas de défaillance collective des établissements de crédit. Une telle politique doit permettre le refinancement des établissements de crédit auprès de la banque centrale dans des conditions qui leur évite la cessation de paiements.

Le système mis en place présentait une grande cohérence jusqu'à l'instauration de l'euro : la commission bancaire est présidée par le gouverneur de la banque de France qui est aussi à même d'influencer la liquidité des établissements de crédit en modulant le taux des réserves obligatoires, ou en pesant sur les taux d'intérêt en vigueur sur le marché monétaire.

La banque de France jouait ainsi, avant l'euro, le rôle de prêteur en dernier ressort afin d'éviter le risque d'une crise systémique. Cette idée n'est pas neuve et a déjà été présentée par Bagehot au

19^{ème} siècle⁴⁶ : la banque d'Angleterre jouait le rôle de « *lender of last resort* » afin d'assurer la liquidité des agents économiques en acceptant de refinancer les banques en cas de crise financière ou de panique des épargnants (mais à des taux pénalisants).

Or, la banque de France ne dispose plus d'aucun pouvoir monétaire depuis l'instauration complète et définitive de l'euro le 1^{er} janvier 2002 : son pouvoir de refinancement des banques défailtantes est désormais transféré à la banque centrale européenne de Francfort sur laquelle l'Etat français n'a aucune prise, l'indépendance de sa politique monétaire est d'ailleurs l'un des piliers de sa constitution.

La loi de 1999 sur l'épargne et la sécurité financière fait ainsi reposer des pouvoirs exorbitants sur une institution amputée d'une partie de ses pouvoirs, depuis l'instauration de l'euro. La commission bancaire est devenue impuissante pour s'opposer à la situation la plus grave qu'elle peut être chargée d'éviter : la cessation de paiements collective et simultanée de plusieurs établissements de crédit, en cas de crise ou de panique financière.

Un nouveau déséquilibre est né pour avoir voulu chercher une solution nationale à des problèmes d'une dimension communautaire ou mondiale. L'union économique et monétaire a permis de faciliter les échanges et, peut être, de rapprocher les peuples d'un même continent. Mais elle démontre que l'intégration européenne ne peut être que lente et progressive. Mais n'était-ce pas l'intuition de Robert Schuman dans sa déclaration du 9 mai 1950 lors de la création de la Communauté économique du charbon et de l'acier, la CECA : « *l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant une solidarité de fait* » ?

⁴⁶ « *We must keep a great store of ready money always available, and advance out of it very freely in periods of panics, and in times of incipient alarm. Any notion that money is not to be had, or that it may be had at any price, only raises alarm to panic and enhances panic to madness* ». Bagehot, Lombard Street, 1873.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

Bonneau T., Droit bancaire, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2001.

Pérochon F. & Bonhomme R., Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement, 4^{ème} édition, L.G.D.J. 1999

Ripert G., Roblot R., Delebecque P. & Germain M., Traité de droit commercial, tome 2, L.G.D.J. 16^{ème} édition 2000.

Saint-Alary-Houin C., Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 3^{ème} édition, 1999.

Soinne B., Traité théorique et pratique des procédures collectives, éd. Litec 2^{ème} édition, 1995.

Szramkiewicz R., Histoire du droit des affaires, Montchrestien, 1989.

Ouvrages spéciaux :

Burgard J.L. et alii, La banque en France, Presses de sciences politiques et Dalloz, 1995.

Head John W., Lee Ramsey R., Preventing financial chaos, Kluwer Law International, 2000.

Hempel G.H., Simonson D.G., Bank management, text and cases, fifth edition, John Wiley & Sons Inc, 1999.

Hüpkens Eva H.G, The legal aspects of bank insolvency, Kluwer Law International, 2000

Jeancourt-Galignani A., La finance déboussolée, Odile Jacob, 2002.

Léguevaques C. , Droit des défaillances bancaires, Economica, 2002.

Pupion P. C., Economie et gestion bancaires, Dunod, 1999.

Articles et Etudes :

Sur la cessation de paiements :

Courtier J.L., « L'obligation pour le débiteur de déclarer l'état de cessation de ses paiements (Cass. Com, 19 janvier 1999) », *Petites Affiches* n° 136, 9 juillet 1999.

Courtier J.L., « Notion de cessation des paiements (Cass. Com, 26 mai 1999) », *Petites Affiches* n° 2, 4 janvier 2000.

Deleneuveville J.M., « La cessation des paiements n'est pas une notion comptable », *Rev. Proc. Coll.* N° 2 mai 2000, p 52.

Sordino Marie C., « Du défaut de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal (Cass. Com, 8 octobre 1996) », *Petites Affiches* n° 4, 8 janvier 1997.

Sur les défaillances bancaires en général et la cessation de paiements des établissements de crédit en particulier :

Aglietta M., « Fragilité financière, crises et enjeux du contrôle prudentiel, quelques leçons de l'expérience récente », <http://www.worldbank.org/research/abcde/eu/aglietta.pdf>

Alfandari E., « Les droits des créanciers et du déposant d'un établissement de crédit en difficulté », *D.*, 1996, chron, p. 277.

Baert D., Rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n° 1244 relatif à l'épargne et la sécurité financière, n° 1420, <http://www.assemblee-nat.fr/>.

Bigot J., « Problématique de la mise en liquidation d'une société d'assurance-vie », *J. C. P. éd. G.* n°20, 13 mai 1998, I, p. 857.

Bonneau T., « Le droit des faillites bancaires et financières : état des lieux », *RD bancaire et bourse* n° 59, janvier/février 1997, p. 2.

Bonneau T., « De quelques apports de la loi N° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier, *J. C. P. éd. E.*, N°36, 9/09/1999, p 1378.

Bonneau T., « De quelques apports de la loi N° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier, *J. C. P. éd. G.*, N° 39, 29/09/1999, p 1717.

Bonneau T., « La loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, *RD bancaire et bourse*, n°75, septembre/octobre 1999, p 137.

Bouregghda M., « La consécration du particularisme des faillites financières, Décret n° 2000-1307 du 26 décembre 2000 », *J. C. P. éd. G.*, n°11, 14 mars 2001, p 525.

Bouychou D., « L'administration de la banque défaillante : les fonctions des différents administrateurs désignés », 21^{ème} Colloque de droit et commerce, « La défaillance d'une banque », *RJ com.* n°spécial, novembre 1996, p. 44.

Butsch J.L., « Le rôle des autorités de tutelle », 21^{ème} Colloque de droit et commerce, « La défaillance d'une banque », *RJ com.* n°spécial, novembre 1996, p. 22.

Chavaux, « L'administration de la banque défaillante : le sort des opérations en cours », 21^{ème} Colloque de droit et commerce, « La défaillance d'une banque », *RJ com.* n°spécial, novembre 1996, p. 56.

De Boissieu C., « Les causes des défaillances bancaires », *RD bancaire et bourse*, 1996.

Derrida F., « A propos de la « faillite » d'une banque : nouveau dévoiement », *D.* 1996, chron, p.7.

Dion F., « 1985 - 1995 : dix années de risques bancaires », *Petites Affiches* n° 57, du 13 mai 1994.

Djoudi J., « Le traitement des établissements de crédit en difficulté », *J. C. P. éd. G.*, n° 22, I, p. 215 .

D'Ornano R., « Le parcours du déposant d'une banque en faillite (et de quelques idées pour en adoucir les épreuves) », *Gaz. Pal.*, 13 janvier 1996, doct, p. 49.

Fernandez-Bollo E., Gardella G., Parléani G., Stoufflet J., « Droit bancaire européen et international », *RD bancaire et financier* n°6, novembre/décembre 2000, p. 369.

Frison-Roche M-A., « L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire », *RD bancaire et bourse* n° 59, janvier février 1997.

Gavalda C. et alii, « Les défaillances bancaires », *Ass. Ec. Financière*, 1995 ; Travaux du colloque de Paris IX, les établissements de crédit en difficulté, *RD bancaire et bourse* mai/juin 1996.

Gavalda C., « La solidarité dite de place financière et l'AFB », *RD bancaire et bourse* n°37, mai/juin 1993, p. 109.

Gélarg G., « Débat sur les principes comptables », *Banque* n° 572, juillet/août 1996, p. 36.

Gioanni P., « La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute », *D.* 1994, chron, p. 53.

Grelon B., « Les banques en difficulté », *D.* 1997, chron, p. 197.

Grelon B., « Les établissements de crédit en difficulté, rapport de synthèse », *RD bancaire et bourse* n° 59, janvier/février 1997.

Guillenschmidt J. de, Une priorité de paiement pour les sociétés de bourse en redressement judiciaire ?, *Gaz. Pal.* 1991, 2, doct. p. 784.

Kolifraht G., « L'annexe A. F. B. remise en garantie, un outil de gestion des instruments financiers à terme », *RD bancaire et bourse* n° 62, août/septembre 1997, p. 143.

Laurin Y., « La protection des déposants des établissements de crédit », *Petites Affiches* n° 57, 13 mai 1994.

Le Nabasque H., « L'adaptation du droit des procédures collectives à la situation des établissements financiers », *RD bancaire et bourse*, n°75, septembre/octobre 1999, p 148.

Légevaques C., « L'égalité des créanciers et le traitement des « faillites » bancaires et financières : un principe « peau de chagrin », *Dr. et patr.* n°81, avril 2000, p. 25.

Léguévaques C., « La création d'un fonds de garantie des dépôts : la fin d'une exception française », *Banque et droit*, n° 68, novembre/décembre 1999, p 9.

Likillimba G. A., « La commission bancaire et les procédures collectives des établissements de crédit et des entreprises d'investissement », *RD bancaire et financier*, n°4, juillet/août 2001, p. 246.

Manceau G., « La dualité des régimes juridiques », 21^{ème} Colloque de droit et commerce, « La défaillance d'une banque », *RJ com.* n°spécial, novembre 1996, p. 6.

Nussebaum M., « Définir la date de cessation des paiements d'une banque », *Banque*, n° 574, octobre 1996, p. 60.

Nussebaum M., « La cessation des paiements des banques », *RD bancaire et bourse* n° 59, janvier/février 1997.

Peltier F., « Faillite bancaire, les pouvoirs des mandataires de la commission bancaire », *RD bancaire et bourse*, n° 24, mars/avril 1991, p. 38.

Rives-Lange J-L. , synthèse du 21^{ème} Colloque de droit et commerce, « La défaillance d'une banque », *RJ com.* n°spécial, novembre 1996, p. 156.

Rouger M., « Les critères de défaillance d'une banque », 21^{ème} Colloque de droit et commerce, « La défaillance d'une banque », *RJ com.* n°spécial, novembre 1996, p. 15.

Safa R., Les procédures applicables aux banques en difficulté, Thèse de doctorat, 1991.

Simon C. J., Comptabilité des banques, in Collasse et alii, Encyclopédie de gestion, 2000.

Soinne B., « La « faillite » de la banque Pallas Stern (contribution à l'étude des notions de confusion de patrimoine et de plan) », *Petites Affiches* n° 88, 23 juillet 1997.

Sousi-Roubi B., « La protection juridique des systèmes de paiement en cas de défaillance d'un participant », *RD bancaire et bourse* n° 59, janvier/février 1997, p. 11.

Terminet D., « Le défaut d'une banque n'est pas réductible à celui d'une entreprise commerciale », *MTF* n° 76, décembre 1995, p. 21.

Terray J., « L 'actionnaire bancaire a une supériorité sur les autres », *MTF* n° 74, octobre 1995, p. 27.

Vasseur M., « L'affaire de la banque Majorel », *D.* 1994, chron, p. 317.

Jurisprudence : conclusions, notes et observations :

Bonneau T., note sous arrêt, Cass. Com. 4 mars 1997, SA Banque Participations et Placements c/ Banque Pallas Stern, *BMIS*, n°6, 1/06/1997, p. 590

H.C., « Dispositions applicables aux procédures collectives concernant les établissements de crédit ou les entreprises d'investissement », *Procédures*, février 2001, p. 14.

J-P.D. QJ - Sommaire de jurisprudence , *Petites Affiches*, n° 104, 31 décembre 1996.

J-P.D. QJ - Sommaire de jurisprudence, *Petites Affiches* n° 45, du 7 juin 1994.

J-P.D. QJ - Sommaire de jurisprudence, *Petites Affiches* n° 87, du 1^{er} novembre 1994.

J-P.D. QJ - Sommaire de jurisprudence, *Petites Affiches*, n° 11, 6 février 1996.

Vasseur M., *D.* 1995, « Le traitement des défaillances des établissements de crédit », *D. Somm.* p. 385.

Vasseur M., *D.* 1995, *Jur.* p 640 sous Cass. Com., 11 avril 1995 et obs.

SOMMAIRE DETAILLE

INTRODUCTION	6
--------------------	---

TITRE 1 - LE PARTICULARISME DE LA DEFINITION DE LA CESSATION DE PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	10
---	-----------

CHAPITRE 1 - L'ABANDON DE LA DEFINITION COMPTABLE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS ..	12
--	----

<i>Section 1 - Si la cessation des paiements n'est pas une notion comptable, la comptabilité peut appréhender la cessation des paiements.</i>	<i>12</i>
--	-----------

§ 1 - Le compte de résultat n'est pas une solution suffisamment précise et fiable pour appréhender la cessation des paiements.	12
---	----

§ 2 - Le bilan ne permet pas d'appréhender dans des délais raisonnables la cessation des paiements.	14
--	----

A. L'actif disponible.	14
-----------------------------	----

B. Le passif exigible.	15
-----------------------------	----

C. L'impossibilité de faire face.	16
--	----

<i>Section 2 - La définition comptable de la cessation des paiements est une définition trop statique qui ne tient pas suffisamment compte de la dynamique de l'entreprise.</i>	<i>17</i>
--	-----------

CHAPITRE 2 - L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE DEFINITION DE LA CESSATION DES PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	19
---	----

<i>Section 1 - Les causes de l'émergence d'une définition de la cessation des paiements des établissements de crédit.</i>	<i>19</i>
--	-----------

§ 1 - Le particularisme juridique de l'activité bancaire.	19
--	----

§ 2 - Le particularisme économique de l'activité bancaire.	22
---	----

§ 3 : Le particularisme comptable de l'activité bancaire	30
--	----

<i>Section 2 - L'émergence d'une définition de la cessation de paiements des établissements de crédit.</i>	<i>31</i>
---	-----------

TITRE 2 - LE PARTICULARISME DE LA CONSTATATION DE LA CESSATION DE PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	36
---	-----------

CHAPITRE 1 - LE PARTICULARISME DE LA FIXATION DE LA DATE DE LA CESSATION DE PAIEMENTS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT.	38
--	----

<i>Section 1 - Les solutions possibles.</i>	<i>38</i>
--	-----------

§ 1 - Les facteurs qui militent en faveur d'un déclenchement précoce de la procédure.	38
--	----

§ 2 - Les facteurs qui militent en faveur d'un déclenchement tardif de la procédure.	40
---	----

<i>Section 2 - Le compromis adopté.</i>	41
§ 1 - La cessation de paiements anticipée, facteur de déclenchement précoce de la procédure administrative.	42
§ 2 - La cessation de paiements avérée, facteur de déclenchement tardif de la procédure judiciaire.	44
CHAPITRE 2 - LE PARTICULARISME PROCEDURAL.	47
<i>Section 1 - Des procédures longtemps concurrentes.</i>	47
§ 1 - Des compétences concurrentes.....	47
A. La compétence de la commission bancaire.....	47
B. La compétence du tribunal de commerce.	50
§ 2 - Des pouvoirs concurrents.	50
§ 3 - Une nécessaire association ou une nouvelle législation ?	51
<i>Section 2 - Des procédures aujourd’hui complémentaires.</i>	52
§ 1 - La compétence et les pouvoirs de la commission bancaire avant la phase judiciaire. .	52
A. La commission bancaire est la destinataire de ces informations.	52
B. La commission bancaire est l’unique destinataire de ces informations.	53
C. La commission bancaire est la destinataire d’informations confidentielles.....	54
§ 2 – La compétence et les pouvoirs du tribunal de commerce durant la phase judiciaire...55	
A. La saisine du tribunal est entravée par des considérations pratiques.....	55
B. La saisine du tribunal est retardée.....	56
C. Les pouvoirs du tribunal sont amputés	57
CONCLUSION	59
BIBLIOGRAPHIE	64
SOMMAIRE DETAILLE	69