

LA CESSATION DES PAIEMENTS DES BANQUES

Maurice NUSSENBAUM

Professeur à l'Université Paris-IX Dauphine
Expert financier près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

L'histoire des défaillances bancaires accompagne celle du développement économique.

A Florence, au Duecento et au Trecento, le crédit se confond avec l'histoire de la ville. Cette activité lui permet, comme l'indique F. Braudel (1), la mise en tutelle de l'Angleterre. Mais cette aventure se termine en 1345 par la catastrophe des Bardi à qui Édouard III devait une somme sans commune mesure avec les fonds propres de la banque qui avait engagé les fonds des déposants dans une proportion de 1 à 10. Le roi sera incapable de rembourser et la banque sombrera. Son insuffisante division des risques entraînera avec elle le déclin de Florence au bénéfice de Venise. Les Medici, un siècle plus tard, n'atteindront jamais la puissance des Bardi.

Pour toute l'Europe, avant le XIX^e siècle, chaque expérience de crédit à grande échelle finit par se solder par des défaillances bancaires.

Et pourtant ce n'est pas faute d'argent en attente de placement. En effet, l'argent accumulé dépasse de loin les demandes de capitaux, comme l'écrira un historien à propos de la France de Louis XV, « l'argent s'ennuie ».

Cependant, pour le mobiliser, il faut des structures qui inspirent confiance. Or, jusqu'au XIX^e siècle, l'État, principal emprunteur, considère parfois, comme ce fut le cas pour l'Espagne au XVI^e siècle, ce qui contribuera à son déclin, que le meilleur moyen d'alléger le coût de la dette est encore de ne pas la rembourser, décourageant ainsi les prêteurs éventuels.

Au Royaume-Uni, la prise de conscience de l'importance de la confiance émergera plus rapidement et le contrôle de la Banque d'Angleterre y contribuera en rendant plus transparente, dès le XVIII^e siècle, la gestion de la dette publique.

Partout en Europe, jusqu'à la fin de la deuxième moitié du XIX^e siècle, le principal moyen utilisé pour instaurer la confiance des déposants reposera sur la responsabilité illimitée des actionnaires des banques, leurs biens propres servant de garantie.

Les sociétés à responsabilité limitée s'imposeront plus tardivement dans les banques que dans les entreprises industrielles.

Toujours au Royaume-Uni, il faudra attendre 1879 pour qu'un « Companies Act » adapte de manière opérationnelle pour les banques, le statut des sociétés anonymes prévu dès 1855 pour les entreprises industrielles et commerciales. Les banques adopteront alors pour la plupart un système de responsabilité multiple dans lequel les actionnaires s'engageront en cas de liquidation à contribuer au passif à hauteur d'un multiple prédéterminé de leurs apports initiaux (2).

En France, la société anonyme, bien que prévue formellement par le Code de commerce de 1807, ne se développera qu'après l'adoption de la loi sur les sociétés de 1867.

Ce sont, paradoxalement, les défaillances bancaires qui vont révéler l'inadaptation du régime de la responsabilité illimitée des actionnaires aux impératifs du développement économique.

L'exemple de la faillite de la Banque de Glasgow en 1878, société en nom collectif, illustre le propos : les déposants seront entièrement remboursés mais 90 % des actionnaires seront ruinés.

Après cette faillite, les actions des banques de ce type s'effondrent et il deviendra très difficile de trouver des actionnaires désireux d'investir.

C'est ainsi que se développera le système de la responsabilité multiple décrit plus haut et prévu par la loi de 1879 dont une des innovations majeures sera d'obliger les établissements à publier des comptes annuels audités par des auditeurs indépendants.

En France, l'adoption du statut de société anonyme (qui ne prévoyait pas de mécanisme de responsabilité multiple) sera marqué en 1882 par la faillite retentissante de l'Union générale Société anonyme, du fait d'une mauvaise répartition des risques d'investissement qui entraînera une panique bancaire dont les répercussions seront un retrait des dépôts d'une grande partie du système bancaire et notamment au Crédit Lyonnais à hauteur de 40 %.

Tandis que le système français, traumatisé par cette défaillance, va hésiter entre un système contrôlé par l'État et le régime de liberté des sociétés anonymes, le Royaume-Uni prend conscience que la nécessaire confiance des déposants est plus associée à l'information disponible qu'à la responsabilité illimitée des actionnaires devenue un mécanisme impraticable pour assurer le développement de l'économie.

Ainsi, plus la responsabilité des actionnaires diminue par rapport aux engagements pris, plus s'accroît l'exigence d'information comptable et financière contrôlée de manière externe (3).

Cette exigence est accrue dans le cas des banques du fait de l'asymétrie d'information des déposants et plus généralement de la clientèle face aux risques assumés par les institutions financières.

Les actionnaires bénéficient de l'information dont sont privés les déposants. Ils peuvent exploiter cet avantage pour se livrer à des opérations à haut risque dont ils seront les seuls bénéficiaires alors que leurs pertes seront en principe limitées à leurs apports et supportées en partie par les déposants en cas de défaillance.

(1) Fernand Braudel, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme - XV^e-XVII^e siècles, les jeux de l'échange*, Arnaud Colin, 1979.

(2) Cf. Lewys T. Evans et Neil, C. Quicley, *op. cit.*, p. 499. - Le système perdurera jusqu'en les années 1960 en Grande-Bretagne et au Canada.

(3) Lewys T. Evans et Neil, C. Quicley, *Shareholder liability regimes, principal agent relationships, and banking industry performance*, *Journal of Law & Economics*, oct. 1995, pp. 497-520.

Certaines dispositions de la loi bancaire de 1984, comme l'article 52 alinéa 1, tentent de rétablir, à travers un mécanisme d'invitation, une responsabilité accrue des actionnaires bancaires. Mais l'échec de ce dispositif dans certaines défaillances bancaires récentes (BCP, Compagnie du BTP, Pallas Stern) montre les limites de tels mécanismes.

La confiance nécessaires des déposants est donc conditionnée, soit par la garantie que la place ou la puissance publique pourra assurer aux dépôts, soit à travers le contrôle des opérations réalisées par les institutions financières à travers un organisme extérieur.

C'est ainsi que le contrôle prudentiel a pour objet d'imposer des exigences minimales en matière de fonds propres et de contrôler la transformation effectuée par les banques à travers des outils définis par la loi bancaire de 1984 dont le suivi doit assurer la confiance indispensable du marché.

Dans ce contexte, la défaillance bancaire est toujours associée à une perte de confiance qui entraîne l'impossibilité pour la banque de se refinancer. Son constat s'inscrit dans une double problématique.

Tout d'abord, celle du droit des faillites, qui déjà dans la loi du 4 mai 1889 instaurant la liquidation judiciaire avait introduit une distinction entre les actionnaires et l'entreprise et défini la nécessité de préserver au mieux le sort de l'entreprise en réglant parallèlement celui des créanciers et des actionnaires qui devront éventuellement supporter le poids de ce règlement. Cette approche se prolonge dans la loi du 25 janvier 1985, qui souligne la nécessité d'une intervention au plus tôt lorsqu'une défaillance apparaît afin de préserver au mieux les chances de survie de l'entreprise.

L'autre problématique résulte de la spécificité de l'institution bancaire régie par la loi du 24 janvier 1984 (ci-après « loi bancaire ») qui définit des clignotants spécifiques destinés à surveiller la bonne santé des établissements bancaires afin de protéger « les intérêts des déposants et des tiers » ainsi que « le bon fonctionnement du système bancaire » et « la préservation du renom de la place » (4).

Peut-on utiliser ces clignotants pour caractériser l'état de cessation des paiements, notion définie dans la loi de 1985 de manière générale et s'appliquant à l'ensemble des entreprises quelle que soit leur activité, c'est ce que nous analyserons en rappelant tout d'abord, (I) la définition de la notion de cessation des paiements pour montrer ensuite, (II) comment elle peut être transposée à l'analyse de la situation de l'institution bancaire.

I

LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS

L'importance de la notion de cessation des paiements réside en ce qu'elle constitue le facteur déclenchant de la procédure de redressement judiciaire.

La loi de 1985 (art. 3) définit la cessation des paiements comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible.

A – SPÉCIFICITÉ DE LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS

En adoptant cette définition du fait juridique que constitue la cessation des paiements, la loi fait prévaloir un critère finan-

cier et situe l'état de cessation des paiements entre deux autres notions voisines :

– l'insolvabilité qui se définit par un total de dettes dépassant le montant total de l'actif. Cette notion ne se confond pas avec la cessation des paiements puisqu'il est possible d'être insolvable faute d'actif suffisant sans pour autant être en état de cessation de paiements tant que l'entreprise est en mesure de faire face à ses échéances grâce à son crédit, dès lors qu'elle n'utilise pas de moyens ruineux ou frauduleux.

Cependant une entreprise insolvable va nécessairement, si elle ne procède pas à une augmentation de capital, se trouver dans l'impossibilité de payer ses dettes lorsqu'elles seront exigées. Ainsi, le plus souvent, l'insolvabilité devance la cessation des paiements tant que le passif n'est pas encore devenu exigible.

Mais, une entreprise solvable peut elle aussi se trouver en état de cessation des paiements comme l'a précisé la Cour de cassation (5) car l'actif disponible ne comprend pas les éléments dont la réalisation ne peut pas être obtenue dans un avenir proche comme c'est souvent le cas pour les actifs immobiliers ou les stocks.

– la situation irrémédiablement compromise, notion écartée par la loi de 1985 car elle impliquait une ouverture trop tardive de la procédure et pouvait également paraître plus difficile à mettre en œuvre. Elle implique, en effet, un jugement *a priori* sur les perspectives de l'entreprise. Son facteur déclenchant peut être la constatation de l'insolvabilité ou la cessation des paiements, mais il s'y ajoute la perception par le juge d'une impossibilité de redressement de la situation.

Il peut y avoir cessation des paiements faute de liquidités suffisantes sans pour autant que la situation soit désespérée. A l'inverse, la situation du débiteur peut être irrémédiablement compromise sans qu'il soit en état de cessation des paiements parce qu'il dispose des actifs disponibles pour faire face à son passif échue. Mais cette situation ne durera pas puisque très vite l'actif disponible va se tarir et le passif exigé augmenter.

B – CONTENU DE LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS

La notion de cessation des paiements, telle qu'elle est définie dans la loi de 1985, est le résultat d'une évolution qui trouve son origine dans le Code Napoléon en 1807.

Au départ, la constatation de l'arrêt du service de caisse suffisait à faire déclarer ce que l'on appelait à l'époque l'ouverture de la faillite alors qu'il est reconnu aujourd'hui que le défaut de paiement n'est ni nécessaire, ni suffisant pour établir la cessation des paiements.

Jusqu'à la loi de 1985, la notion de cessation des paiements, si elle était bien énoncée comme condition de la faillite, n'était pas définie dans son contenu.

En effet, après cette notion de défaut de paiement d'une dette échue, a émergé et s'est progressivement imposé un critère plus financier de la cessation des paiements.

Le revirement de la jurisprudence apparaît en 1978 avec la décision de la Cour de cassation du 14 février 1978 (*Bull. civ. IV, 14 févr. 1978, URSSAF c/ Barada, n° 66, p. 53*) qui casse un arrêt de la Cour d'appel de Pau du 9 juin 1976 qui avait considéré qu'un débiteur en situation non désespérée ne pouvait être considéré en situation de cessation des paiements.

Les éléments constitutifs de la cessation des paiements.

La jurisprudence de la loi de 1985 a permis d'en préciser les éléments constitutifs.

(4) Définition tirée de l'article 52, al. 2, de la loi bancaire.

(5) *Bull. civ. IV, 20/11/1973 - Apel/Rodolphe n° 335, p. 298, cité par Génica Gaël-Ragot, « Le risque de faillite, surveillance et question », Éditions comptables Malesherbes, 1995.*

Le passif exigible est constitué du passif exigé et non contesté, c'est-à-dire devant donner lieu à un paiement immédiat. Le fait que la dette certaine ne soit pas exigée par le créancier signifie que ce dernier accorde implicitement un crédit à son débiteur et ne permet pas de constater la cessation des paiements.

Les dettes composant ce passif doivent être certaines et non éventuelles, déterminées quant à leurs montants, c'est-à-dire liquides et exigées par le créancier.

C'est ainsi que les comptes courants d'associés et même les concours bancaires non dénoncés ne constituent pas des dettes exigibles.

De même, les dettes prises en compte sont celles qui existent effectivement à la date de l'analyse et ne se limitent pas à celles recensées dans le dernier bilan qui ne donne qu'une vision statique et rétrospective de la situation de l'entreprise.

Quant à l'actif disponible, il comprend, outre les valeurs disponibles, les titres négociables pouvant être cédés immédiatement.

Est également pris en compte le découvert bancaire, limité le plus souvent au découvert moyen et les effets de commerce pouvant être escomptés.

Sont par contre exclues, les immobilisations et même les stocks qui sont des valeurs réalisables dont la réalisation est probable mais incertaine.

L'impossibilité de faire face.

Sur un plan pratique, la constatation de l'état de cessation de paiements ne peut se résumer à la constatation des premiers impayés occasionnels puisqu'il faut que le débiteur soit dans l'impossibilité de faire face.

C'est pourquoi en pratique, on y ajoute l'analyse des inscriptions de privilèges, celle de la balance âgée des fournisseurs qui permet d'apprécier dans quel délai l'entreprise paye ses dettes, les moratoires et échelonnements de dettes, les reports d'échéance d'effets de commerce et bien entendu les emprunts à des tiers à des conditions anormales.

Ainsi, la notion de cessation de paiements est avant tout une notion de trésorerie et non d'exploitation déficitaire car l'entreprise peut prendre des mesures lui permettant, soit d'échapper ou de reculer la cessation des paiements : l'augmentation de capital, la cession d'actifs, le *lease back*... Néanmoins, c'est aux risques et périls des dirigeants, si ce faisant il commettent des fautes de gestion en alimentant l'insuffisance d'actif. Ils pourraient alors, comme le prévoit l'article 182 de la loi de 1985, se voir ouvrir une procédure de redressement judiciaire à titre personnel « s'ils ont poursuivi abusivement dans un intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ».

C – LA FIXATION DE LA DATE DE CESSATION DES PAIEMENTS

Compte tenu de ses conséquences sur les actes effectués postérieurement, la détermination de la date de cessation des paiements revêt une grande importance. Le tribunal se place à la date où il statue pour apprécier si l'entreprise est en état de cessation de paiements. Le tribunal en fixe la date ou à défaut, elle est réputée être intervenue à la date du jugement qui la constate.

Mais cette fixation n'est que provisoire, puisque la date peut être reportée en arrière une ou plusieurs fois jusqu'à dix-huit mois à la demande de l'administrateur, du représentant des créanciers, du liquidateur ou encore du procureur de la République. Un tel report ne peut être demandé que si l'on constate *a posteriori* que le débiteur était déjà dans cette situation depuis un certain temps et qu'il l'a dissimulé.

Comment appliquer ces définitions au cadre spécifique de l'institution bancaire pour laquelle théoriquement la possibilité

de faire face aux échéances peut se poursuivre aussi longtemps que l'établissement trouvera des refinancements ?

II

L'APPLICATION AUX BANQUES

A – LE CONTEXTE PROCÉDURAL

Les défaillances bancaires récentes soulèvent le problème de la coexistence du droit de la faillite et des règles spécifiques du contrôle de l'activité bancaire.

Ces dernières dérivent de la loi bancaire qui donne pouvoir au Comité des établissements de crédit (CEC) de prendre toutes décisions individuelles (agrément, autorisations, dérogations) concernant les établissements soumis à la loi bancaire.

Par contre, les retraits d'agrément à titre disciplinaire incombent à la seule commission bancaire et relèvent de l'article 45 de la loi bancaire.

Lorsque l'agrément est retiré, l'établissement entre automatiquement en liquidation. Il ne peut plus effectuer que des opérations strictement nécessaires à l'apurement de sa situation.

Ce retrait entraîne les mêmes conséquences que celles de l'article 33 de la loi de 1985 selon lequel le jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire emporte de plein droit l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture.

On a donc deux procédures parallèles :

- celle relative à la loi de 1985 qui, partant de la constatation de l'état de cessation des paiements, ouvre la procédure de redressement judiciaire conformément à l'article 3 a qui va entraîner l'interdiction de payer les créances antérieures au jugement ;
- et celle de la loi bancaire, si elle va jusqu'au retrait d'agrément, entraîne la liquidation de la banque et la même interdiction de payer.

Les conséquences sont identiques pour les déposants : les chèques ne sont plus honorés, les cartes de crédit sont retirées.

Pour la loi bancaire, le retrait d'agrément constitue la sanction ultime qui entraîne la liquidation alors que dans le cadre de la loi sur les faillites, la cessation des paiements ouvre la procédure de redressement judiciaire dont la liquidation ne constitue qu'une des issues à côté des plans de cession ou de continuation.

Pour la loi bancaire, en effet, le retrait d'agrément apparaît comme l'ultime issue d'un processus qui peut passer par les différentes étapes définies dans l'article 45 :

- avertissement ;
- blâme ;
- interdiction d'effectuer certaines opérations... ;
- suspension des dirigeants ou décision d'office avec ou sans nomination d'administrateur ;
- et enfin retrait d'agrément.

Comme l'indique l'article, les sanctions disciplinaires sont décidées dès lors que l'établissement de crédit « a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité et n'a pas déféré à une injonction ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde... ».

Par contre, dans le contexte de la loi de 1985, c'est la constatation de l'état de cessations des paiements qui ouvre la procédure de redressement judiciaire sans pour autant entraîner la liquidation de l'établissement bien que le plus souvent la ces-

sation des paiements, avec la perte de confiance qu'elle entraîne, vient sonner le glas du fonds de commerce.

Cette constatation est souvent précédée par l'invitation discrète du gouverneur de la Banque de France, adressée aux actionnaires ou sociétaires de l'établissement, en vertu de l'article 52 (1^{er} alinéa) de la loi bancaire, pour les inviter « à fournir (à l'établissement) le soutien qui lui est nécessaire ».

La non-réponse à cette invitation précédera le plus souvent la constatation de l'état de cessation des paiements et entraînera la désignation par la commission bancaire (art. 44) d'un administrateur provisoire qui va gérer l'établissement à la place de ses dirigeants le temps de trouver une issue à la crise après avoir le plus souvent procédé au dépôt du bilan.

Il sera alors assisté de l'administrateur du règlement judiciaire désigné par le tribunal de commerce.

Mais que doit-on entendre par date de cessation des paiements dans le cadre bancaire ?

La date constatée initialement est toujours associée à l'impossibilité pour l'établissement d'assurer certains paiements et de se refinancer sur le marché interbancaire avec simultanément la constatation du non-respect des ratios prudentiels. Mais c'est la fixation de la date définitive par report de la date fixée initialement qui va permettre d'éclairer le débat de l'application de ce concept à la banque en en définissant les contours.

B - LA DATE DE CESSATION DES PAIEMENTS D'UNE BANQUE ; LES THÈSES EN PRÉSENCE

L'examen de la jurisprudence permet d'avancer l'analyse. En effet, dans le cadre de la banque UBC (United Banking Corporation), le Tribunal de commerce de Paris a eu à statuer dans un jugement du 5 janvier 1994 sur un report de la date de cessation des paiements.

Deux thèses principales étaient en présence pour définir cette date. Elles illustrent les difficultés conceptuelles généralement rencontrées :

- la thèse reposant sur le refinancement de l'établissement

Il ne peut y avoir cessation des paiements tant que l'établissement est en mesure de se refinancer sur le marché interbancaire et seuls les critères de la loi de 1985 doivent 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.

- la thèse reposant sur le non-respect des ratios prudentiels

Il ne faut pas que le refinancement dont a bénéficié la banque soit irrégulier, or il l'est dès lors qu'un seul des ratios n'est plus respecté et que cette situation a été dissimulée à la commission bancaire.

En effet, les ratios prudentiels ayant fait l'objet de manipulations par les dirigeants, la situation réelle de l'établissement a été dissimulée. Si elle avait été connue, cette situation aurait entraîné un retrait d'agrément de la part de la commission bancaire et par là-même, une liquidation automatique de l'établissement, donc *ipso facto* la cessation des paiements.

C - LA POSITION DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

Face à ces deux thèses, le tribunal de commerce pose le principe de la prise en compte simultanée des critères de la loi

bancaire de 1984 à côté de ceux de la loi du 25 janvier 1985 et fonde sa décision sur la double constatation suivante :

- l'existence d'une gestion anormale destinée à tromper la commission bancaire, ce qui peut s'interpréter comme la volonté de dissimuler la vraie valeur des ratios prudentiels ;
- la constatation par l'établissement, lui-même, du caractère notoirement insuffisant des remèdes financiers apportés à ses propres errements et mauvais résultats pour reprendre les termes mêmes du rapport de l'expert commis dans cette affaire.

Et il va en définitive retenir comme date du report la date de cette constatation. Ce faisant il prend en compte les deux textes :

- la loi de 1984 en choisissant la date pour laquelle les ratios prudentiels ne respectent virtuellement pas les règles imposées par la commission bancaire ;
- la loi de 1985, car, à cette date, les remèdes financiers apparaissent insuffisants pour remédier à une situation qui caractérise l'impossibilité de faire face à la situation créée par l'insuffisance d'actif disponible.

Mais cette décision soulève la question du lien direct entre le non-respect répété des normes et ratios prudentiels et la situation de cessation des paiements puisqu'il faut que ce non-respect traduise au sens de la loi de 1985, un excédent du passif exigible sur l'actif disponible.

Afin de répondre à cette question, il nous faut au préalable rappeler les définitions des normes et ratios prudentiels et montrer en quoi leur non-respect peut être assimilé à l'existence d'un passif exigible supérieur à l'actif disponible.

D - RAPPEL DE LA DÉFINITION DES RATIOS ET DES NORMES PRUDENTIELLES

Ils visent essentiellement à assurer la liquidité et la solvabilité des banques. Ces ratios devraient constituer des indicateurs avancés de la situation financière des établissements assujettis. Ils contraignent les établissements à adapter le niveau des risques encourus au montant de leurs fonds propres.

On distingue des normes de fonds propres, de solvabilité et de transformation.

Les normes de fonds propres visent à s'assurer que les banques disposent des fonds propres suffisants, non seulement globalement mais aussi pour absorber les pertes qui ne sont pas couvertes par un volume suffisant de profit. De ce fait, ils renforcent les chances de pérennité de l'établissement.

Le ratio de solvabilité, dérivé du ratio Cooke défini par le Comité de Bâle en 1988, caractérise le ratio minimal de 8 % qui doit exister entre le montant des fonds propres et celui de l'ensemble des risques de crédit encourus.

Enfin, les ratios de transformation comprennent le ratio de liquidité et le coefficient de fonds propres et de ressources permanentes.

Les ratios de liquidité comprennent d'une part un coefficient de liquidité et différents rapports relatifs à la situation prévisionnelle de liquidité intitulés ratios d'observations. D'une manière générale, il s'agit de rapprocher les actifs liquides et le passif exigible à court terme dont le rapport doit être au moins de 100 %.

La commission bancaire a également insisté sur la nécessité d'une grande vigilance sur la transformation qui peut être opérée au-delà du délai d'un mois.

Le coefficient de fonds propres et de ressources permanentes fixe la proportion minimale des emplois longs qui doivent être financés par des ressources longues.

Par ailleurs, et compte tenu de la grande diversité des risques bancaires, des normes complémentaires concernent la régle-

mentation des concours bancaires traditionnels ainsi que ceux liés aux opérations de marché.

Les premières concernent d'une part les participations que peuvent détenir les banques dans le capital d'une entreprise qui sont limitées à 15 % des fonds propres de l'établissement considéré et 60 % des fonds propres de la banque et d'autre part la surveillance des grands risques qui constituent une des causes majeures des défaillances bancaires récentes. Les seconds concernent la surveillance des risques interbancaires dits de contrepartie, le contrôle du risque de taux d'intérêt sur les opérations de marché et la surveillance des positions de change. S'y ajoutent depuis 1996 des exigences de couverture spécifiques en fonds propres concernant les risques de marché.

La loi bancaire a défini le pouvoir de contrôle de la commission bancaire qui est non seulement chargée de vérifier le respect par les établissements des ratios prudentiels mais plus généralement de l'examen des conditions d'exploitation et de la situation financière des établissements.

Le contrôle effectué par la commission bancaire est souvent difficile. Les établissements en difficulté sont en pratique souvent tentés de dissimuler certaines caractéristiques de leur situation, comme cela a été constaté lors des défaillances bancaires récentes.

Comme on l'a rappelé plus haut, ce contrôle peut entraîner différentes sanctions allant de l'avertissement au retrait d'agrément.

En effet, le système de surveillance instauré par la loi de 1984 vise à surveiller la solidité des établissements de crédit et préserver les intérêts des déposants par la mise en œuvre de systèmes de garantie et d'indemnisation en partant de la constatation que la confiance de ces derniers est nécessaire à la solidité du système de crédit et qu'ils ne disposent pas de l'information suffisante pour apprécier la politique financière suivie par l'établissement où ils ont déposé leurs fonds.

En l'absence de cette assurance, des crises de liquidité et de retrait des dépôts risqueraient de survenir dès le moindre doute à l'égard de la solvabilité d'une banque.

Ce système est cependant à double tranchant car il concourt à la sécurité de la place mais en même temps peut contribuer à renforcer ce que les économistes appellent l'aléa moral en encourageant les banques à prendre des risques accrus, se sentant assurés d'une plus grande stabilité des dépôts car les déposants ne sont pas incités à retirer leurs dépôts, ce qui contribue à retarder la cessation des paiements.

Par ailleurs, ce système de garantie des dépôts institué par l'article 52 de la loi de 1984 constitue un système particulier étranger à la loi de 1985.

Après ce rappel succinct sur la réglementation prudentielle, revenons à la question initiale :

1. Y a-t-il une spécificité des banques eu égard à l'application des critères habituels de la cessation des paiements ?
2. Et peut-on se servir des ratios prudentiels pour déterminer la cessation des paiements ?

E - LA SPÉCIFICITÉ DES BANQUES PAR RAPPORT À LA DÉFINITION DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

1. La spécificité des bilans bancaires.

Les mécanismes d'assurance ou de garantie des dépôts décrits plus haut contribuent manifestement à renforcer les spécificités des banques par rapport aux autres commerçants.

Les banques sont des intermédiaires financiers qui assurent le financement indirect de certains agents économiques en utilisant les excédents financiers d'autres agents ainsi que ceux d'autres banques à travers le marché interbancaire.

L'actif du bilan comprend, outre les actifs non financiers traditionnels de toute entreprise tels que les immeubles et le matériel, différents actifs financiers qui vont des avoirs à très court terme (liquidité, prêts interbancaires...) aux prêts à court terme et enfin les participations.

Le passif comprend des dépôts interbancaires, des dépôts à vue, à court terme et à long terme. Les dépôts ont une priorité de remboursement en cas de faillite bancaire par rapport aux emprunts subordonnés. Les dépôts des petits déposants bénéficient en plus des garanties des fonds d'assurance dépôt.

Les dépôts interbancaires correspondent à des opérations à très court terme entre banques mais aussi au financement d'opérations commerciales entre entreprises non financières.

De plus, le bilan ne traduit qu'une partie des activités bancaires puisqu'il faut y ajouter les opérations hors bilan qu'il s'agisse des opérations de services financiers non liés à des crédits, des opérations de crédit contingents telles que l'octroi de garanties ou encore des contrats sur taux d'intérêt ou taux de change.

2. L'analyse économique des spécificités bancaires et la justification du contrôle prudentiel.

Compte tenu de ces définitions, on note que la première spécificité des banques réside dans l'absence de contrôle de fait exercé par les petits et moyens déposants-crédanciers des banques sur leurs débiteurs, à la fois du fait de leur taille et de l'absence d'information et d'expertise dont ils disposent pour apprécier la situation financière des établissements et de l'existence des systèmes d'assurance dépôt.

Cette absence de contrôle est fondamentale car les dépôts constituent généralement de fait un coussin sur lequel les autres catégories de prêteurs s'appuient et notamment les prêteurs interbancaires par nature plus experts et mieux informés et plus en mesure d'anticiper une crise de trésorerie. On constate en effet que ces derniers sont le plus souvent les premiers à retirer leur confiance à l'établissement.

L'autre caractéristique des banques par rapport aux entreprises non financières est l'importance relative de la dette par rapport aux fonds propres puisque l'octroi des crédits est entièrement conditionné par l'aptitude du banquier à se refinancer.

Cette importance relative de la dette se traduit, comme l'explique l'analyse économique, par une propension des actionnaires ou dirigeants de banque à une prise de risque qui peut être excessive puisqu'ils peuvent bénéficier seuls des bénéfices résultant de cette faculté de s'endetter en faisant supporter la plus grande partie des pertes à leurs créanciers. Cette situation justifie le contrôle exercé par les créanciers à travers la réglementation bancaire dont la finalité est de promouvoir à la fois la concurrence entre établissements et un niveau suffisant de fonds propres permettant d'absorber les risques de pertes.

Cette réglementation a été largement critiquée à la fois (6) parce qu'elle n'accorde pas pour le calcul des ratios, une place suffisante aux valeurs de marché par rapport aux valeurs comptables et qu'elle ne tient pas compte des risques de portefeuille sauf pour les opérations de taux de change. Elle introduit de ce fait, comme l'a montré la crise immobilière, un fort risque de retard comptable dans le diagnostic d'insolvabilité.

On peut alors résumer l'analyse économique des spécificités de la banque (7) :

a) Une entreprise qui souhaite s'endetter peut s'adresser au marché obligataire, c'est-à-dire au public ou à un intermédiaire financier.

— Pour qu'elle s'adresse directement au public, il est nécessaire à la fois qu'elle ait une bonne signature et une grande taille et qu'elle ne présente qu'un faible risque de faillite.

(6) M. de Watrion et J. Tirole, *La réglementation prudentielle des banques*, Payot 1993, p. 35.

(7) Cf. *ibid.*

- Dans le cas le plus général, une entreprise émettrice doit être évaluée et surveillée et ne peut s'adresser directement au public.

- Elle s'adressera de ce fait à des agents dont c'est le métier de les surveiller et d'évaluer leur risque et qui bénéficient d'économies d'échelle pour procéder à cette évaluation, c'est la fonction des banques dont l'existence permet d'éviter la duplication des coûts de contrôle par l'ensemble des prêteurs.

C'est ainsi que l'on a pu définir la banque comme un contrôleur de gestion engagé par un syndicat de prêteurs.

Si la banque dispose d'un portefeuille diversifié de prêts, les risques attachés à ce que l'on appelle l'aléa moral du banquier, c'est-à-dire la tentation de mal contrôler ses prêts, diminuent mais ces risques demeurent cependant significatifs, d'où la nécessité à la fois d'une capitalisation suffisante de la banque et d'un contrôle externe.

b) L'analyse économique ne justifie pas l'existence d'un organisme réglementaire par la nécessité du contrôle, car celui-ci pourrait aussi bien être exercé par un auditeur indépendant qui communiquerait largement ses résultats pour informer les déposants.

- Cependant, une telle approche ne réglerait pas le problème spécifique des petits déposants, qui, incompetents et mal informés, sont peu incités individuellement à contrôler la banque, d'où la nécessité de leur donner un représentant public ou privé qui défende leurs intérêts.

- Et de plus, c'est parce que les banques sont réglementées que les petits déposants consentent à y déposer leurs fonds.

- L'analyse économique de la réglementation justifie ainsi la nécessité de la réglementation bancaire pour veiller avant tout aux intérêts des déposants. Elle place cet objectif avant celui du bon fonctionnement de la place financière et du sort de l'établissement considéré (8). Elle souligne également la nécessité du couplage de cette réglementation avec les mécanismes d'assurance dépôt qui permettent d'éviter les mouvements de panique et réduisent la volatilité du système bancaire.

Cette analyse permet donc de conclure à la justification économique de l'instance de contrôle dont la fonction est de surveiller les établissements de crédit et de sanctionner les manquements constatés dans l'intérêt, à la fois des déposants et du bon fonctionnement de la place financière.

3. La pertinence des ratios prudentiels.

C'est ainsi que les ratios prudentiels constituent à la fois des garants et des clignotants permettant de s'assurer de la bonne santé financière des établissements : ils reposent sur les deux piliers essentiels que sont la solvabilité et la liquidité.

- Si les ratios sont respectés, l'établissement sera tout d'abord solvable au sens où ses fonds propres seront suffisants pour lui permettre de faire face à ses risques de crédit à condition bien entendu que ces derniers aient été correctement évalués et que l'on n'assiste pas à une insuffisance des provisions comptables pour dépréciation ou risques dont la finalité est de faire face à des risques probables et identifiés.

En effet, la sous-estimation des risques et par là-même des provisions, entraîne une surestimation apparente des fonds propres et donc du ratio de solvabilité.

- L'établissement sera également, si son coefficient de liquidité est supérieur à 100 %, en mesure de rembourser ses exiguïtés à très court terme à l'aide de ses liquidités et de sa trésorerie prêteur.

Certes, le calcul de ce ratio repose sur des approximations statistiques puisque notamment les dépôts à vue ne sont pas

retenus pour 100 % mais seulement pour 20 à 30 % selon leur montant. Mais cette approche est justifiée par le fait que la réglementation de la liquidité a pour objet de limiter les risques de transformation à court terme en définissant les composantes du ratio d'après leur degré estimé de liquidité ou d'exigibilité.

Les ratios complémentaires, notamment de division des risques, de surveillance des positions de change ou encore le coefficient de fonds propres et de ressources permanentes contribuent à conforter la solvabilité et la liquidité de l'établissement en l'appréciant à partir des risques potentiels encourus : la trop grande concentration des concours accroît la sensibilité de l'établissement aux risques spécifiques qui affectent le bénéficiaire, le financement insuffisant des emplois longs par des ressources longues renforce sa vulnérabilité, l'insuffisante couverture par des fonds propres de ses positions de change renforce également ses risques de pertes.

Les ratios se veulent être des indicateurs avancés de la situation financière globale de l'établissement car un établissement bénéficiant à la fois d'une bonne liquidité et solvabilité et disposant d'une structure financière équilibrée ne sera pas *a priori* ni en état de cessation de paiements, ni en situation irrémédiablement compromise.

La question qui est ensuite posée est de savoir si le non-respect des ratios implique que l'établissement soit en état de cessation de paiements.

4. Le non-respect des ratios prudentiels et la cessation des paiements.

L'analyse de la jurisprudence permet de dire que le non-respect de la réglementation prudentielle par un établissement peut être considéré comme une condition nécessaire mais non suffisante pour qualifier la situation de cessation de paiements :

C'est une condition nécessaire car le coefficient de liquidité constitue la notion définie par la loi bancaire pour caractériser la situation de trésorerie de la banque. Elle est à rapprocher de la définition donnée par la loi de 1985 de la cessation des paiements en tant que notion relative à la trésorerie de l'entreprise à partir de l'insuffisance de l'actif disponible pour faire face au passif exigible.

Cette interprétation de la liquidité tient compte des spécificités bancaires par rapport aux autres types d'entreprises.

En effet, pour définir le passif exigible dans le coefficient de liquidité, les comptes créditeurs à vue auprès des établissements de crédit sont bien retenus pour leur intégralité même s'ils ne sont pas exigés contrairement à l'application jurisprudentielle qui est faite de la notion de passif exigible mais les dépôts à vue, quant à eux, interviennent pour réduire le coefficient de liquidité seulement dans une proportion variant entre 20 et 30 %, ce qui correspond bien à la partie d'entre eux qui peuvent statistiquement être considérés comme pouvant être exigés dans le mois.

Ainsi, une banque qui peut se refinancer sur le marché interbancaire pourrait théoriquement avoir un coefficient de liquidité insuffisant sans pour autant être considérée comme étant en situation de cessation des paiements mais cette interprétation n'est que théorique puisque la connaissance par la place financière de cette insuffisance de liquidité se traduira nécessairement par une exigibilité des concours interbancaires et de ce fait, le passif exigible deviendra supérieur à l'actif disponible.

Comme l'a indiqué le secrétaire général de la commission bancaire, toutes les défaillances bancaires passent par une crise aiguë de la liquidité (9).

Ainsi l'insuffisance du coefficient de liquidité constitue pour le marché, avec l'insuffisance du ratio de solvabilité, des signaux qui accompagnent ceux qui constituent les résultats bilantiels

(8) Ces deux types d'intérêts peuvent dans certains cas être contradictoires. La réglementation prévoit d'une part un système de garantie des dépôts et de l'autre une procédure de sauvetage de l'établissement par l'application de la loi de 1985 (Cf. les défaillances bancaires, Association d'économie financière, AEF 1995, II, 1 et 2).

(9) J.-L. Butsch, « La banque n'est pas un service public », Revue Banque, nov. 1990, p. 1020.

et concourent à rendre exigibles l'ensemble des concours à vue et à rendre impossible le refinancement de l'établissement sur le marché interbancaire.

C'est pourquoi le caractère insatisfaisant des ratios prudentiels doit-il être analysé comme un signal négatif transmis au marché qui met en cause la pérennité supposée de l'établissement dès lors que ses fonds propres deviennent insuffisants (10).

Le fait de savoir que ce signal est susceptible d'entraîner un retrait d'agrément par la commission bancaire est en plus de nature à renforcer l'impact négatif de ce signal même si la décision de cette commission n'appartient dans les faits qu'à elle et que les nombreuses défaillances bancaires récentes ont pu conduire à mettre en cause le caractère tardif des réactions de la commission et des décisions de retrait.

A notre sens, cette menace de retrait n'intervient dans le raisonnement que comme une suite possible de l'insuffisance des ratios, avec la conséquence qu'elle entraîne, à savoir la liquidation de l'établissement.

L'insuffisance des ratios, si elle est prolongée et connue est donc un facteur susceptible de créer une panique bancaire auprès des prêteurs institutionnels.

Bien souvent, ces ratios sont utilisés *a posteriori* dans le cadre d'un jugement sur le report de la date de cessation des paiements après prise en compte des modifications rendues nécessaires par l'examen des comptes et des provisions pour définir de manière virtuelle l'état de cessation des paiements et en reporter la date.

Cette démarche est justifiée par le fait que les vraies valeurs des ratios ont pu être dissimulées puisque la connaissance par le marché interbancaire est de nature à rompre la confiance et provoquer un phénomène de panique bancaire.

5. Condition nécessaire et non suffisante...

Cependant, comme il a été indiqué plus haut, cette insuffisance des ratios n'est qu'une condition nécessaire mais non suffisante de la cessation des paiements.

On peut observer sur ce point une convergence entre la loi de 1985 et celle de 1984.

Pour la loi de 1985, il ne suffit pas que l'actif disponible soit inférieur au passif exigible, il faut en plus que l'établissement soit dans l'impossibilité de faire face au passif exigible.

Pour la loi bancaire, le non-respect des ratios ne suffit pas à entraîner mécaniquement le retrait d'agrément et la liquidation de l'établissement. Toute une hiérarchie de sanctions est prévue et l'établissement a la possibilité de rétablir sa situation par une augmentation de ses fonds propres bien que ces derniers temps, l'invitation du gouverneur prévue par l'article 52 soit à plusieurs reprises restée sans effet.

(10) Les ratios sont généralement publiés dans l'annexe et/ou le rapport de gestion de l'établissement bancaire.

Ainsi, il existe une convergence des deux approches qui conduit dans le cas d'une banque, à considérer que pour qu'il y ait cessation des paiements, l'établissement doit en plus du non-respect des ratios, ne pas disposer des moyens financiers nécessaires pour remédier à sa situation. C'est là où la jurisprudence de la loi de 1985 retrouve toute sa pertinence : il n'y aura cessation des paiements que si le débiteur qui était dans l'impossibilité de faire face... a eu recours à des moyens illicites, frauduleux ou même simplement ruineux pour assurer ses paiements.

C'est ainsi que dans l'affaire UBC la date retenue pour la cessation des paiements n'a pas été celle qui correspondait « à la mise en place d'une gestion anormale destinée à tromper la commission bancaire » mais celle de la constatation de l'insuffisance des remèdes financiers, ce qui rapproche cette constatation de celle de la situation irrémédiablement compromise.

La notion d'impossibilité implique donc la recherche d'une date permettant de matérialiser cette impossibilité.

Cette recherche est plus délicate dans le cas d'une banque que dans celui des entreprises non financières puisqu'en cachant sa situation réelle, l'établissement peut, en bénéficiant de crédits interbancaires et des dépôts à vue, repousser cette constatation.

C'est pourquoi on devra associer à la constatation de l'insuffisance des ratios prudentiels recalculés et considérés comme des signaux de solvabilité et de liquidité, la constatation de l'impossibilité de faire face à la situation ainsi créée par un refinancement dans des conditions normales. Cela rapproche, dans les cas de l'institution financière, la prise en compte de la constatation d'une situation irrémédiablement compromise pour déterminer la date de cessation des paiements.

CONCLUSION

La banque emprunte pour prêter. Elle collectera des dépôts et bénéficiera de crédits interbancaires si le marché a confiance dans son aptitude à sélectionner des bons risques et à dégager des résultats suffisants pour couvrir à la fois ses charges et ses risques de sinistre. Dès que la confiance disparaît, la banque ne parvient plus à refinancer ses emplois et c'est le risque de cessation des paiements.

C'est pourquoi, les clignotants utilisés pour caractériser l'insuffisance de liquidité et de solvabilité que constituent les ratios prudentiels sont des indicateurs avancés de l'état de cessation des paiements. S'y ajoute nécessairement le constat de l'impossibilité de faire face qui constitue une observation de fait, qui rapproche la constatation de l'état de cessation des paiements de celle d'une situation irrémédiablement compromise.

C'est ainsi que se trouvent associés les critères de la loi bancaire et ceux de la loi de 1985 dans le respect de leurs exigences respectives. ■