

L'INVITATION DE L'ARTICLE 52 DE LA LOI BANCAIRE

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris-Dauphine
Directeur de l'Institut de Droit Économique, Fiscal et Social

1. Le titre VI de la loi bancaire du 24 janvier 1984 consacre son premier chapitre à la question de la « liquidité et solvabilité des établissements de crédit », composé de trois articles fort bien articulés entre eux. Ils forment à eux trois un tableau cohérent. Au début, car tout est là (1), l'article 51 pose l'obligation des établissements de crédit de respecter des normes de gestion et des ratios, faute de quoi la Commission bancaire pourra prononcer une sanction à leur encontre. Ainsi, l'obligation bénéficie indirectement aux déposants et emprunteurs puisqu'une gestion saine, prudente et raisonnable, leur assure qu'ils placent leur argent dans de bonnes mains. L'établissement de crédit est une nouvelle déclinaison du « bon père de famille » cher à tous. Mais la sanction de la Commission bancaire ne contribue pas, sauf dans l'effet dissuasif de sa perspective, à protéger directement les déposants et emprunteurs confiants.

2. C'est pourquoi l'article 52 prend le relais, en ouvrant une double perspective à la disposition du gouverneur de la Banque de France. Selon le premier alinéa, le gouverneur « invite les actionnaires ou les sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire ». Selon le second alinéa, il peut « organiser le concours de l'ensemble des établissements de crédit en vue de prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts des déposants et des tiers, au bon fonctionnement du système bancaire ainsi qu'à la préservation du renom de la place ». Les deux instruments peuvent être utilisés alternativement ou cumulativement.

3. Du fait des contraintes communautaires nées de la directive sur la garantie des dépôts mais sans doute aussi instruit par l'expérience récente et notamment par l'affirmation prétorienne que l'on ne peut, en cas de cessation des paiements d'une banque, contraindre l'AFB à prendre en charge le remboursement des déposants (2), le législateur, à l'occasion d'une loi du 8 août 1994, a ajouté un article 52-1 posant que « tout établissement de crédit agréé en France adhère à un système de garantie destiné à indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts et autres fonds remboursables ». Ces fonds sont bloqués par la Commission bancaire lorsque l'établissement de crédit ne lui apparaît plus en mesure de restituer les fonds qu'il a reçus du public.

4. L'insertion de cette nouvelle disposition vaut comme une alerte : s'il a fallu dix ans après l'adoption de la loi bancaire renforcer le système de protection des déposants et des emprunteurs, c'est que ce dernier avait sans doute pris l'eau alors que les défaillances parfois invisibles, parfois insidieuses, parfois éclatantes, se sont multipliées. En effet, la solidarité de place prévue à l'article 52, alinéa 2, semble avoir joué une fois mais, comme si la première utilisation du mécanisme avait suffi à le rouiller, ne paraît plus fonctionner aujourd'hui. La situation actuelle est présentée par certains comme un « casse-tête » (3). Puisqu'il s'agissait d'une alternative entre les

deux alinéas, toute l'attention s'est reportée sur l'article 52, alinéa 1, soudain plein de promesses dans la mesure où il devenait, de fait, le seul instrument pour le gouverneur de la Banque de France de contraindre à une augmentation des sommes disponibles pour l'établissement de crédit en difficulté (4). L'on constate en effet que le gouverneur exerce désormais le pouvoir que lui donne ce premier alinéa, devenu en quelque sorte orphelin du second. En cela, l'utilisation qui est faite de l'article 52, alinéa 1, risque inéluctablement d'être faussée dans la mesure où l'on va avoir une tendance naturelle à faire jouer à une recapitalisation un rôle de solidarité de place, un instrument ne pouvant en remplacer un autre qu'au prix de sa propre dénaturaison.

5. Mais il faut reconnaître que le texte même de la loi prête à interprétation, si ce n'est à confusion. En effet, la demande que le gouverneur adresse aux actionnaires et aux sociétaires prend la forme d'une « invitation ». Voilà un terme inconnu du *Vocabulaire juridique* (5), qui n'a pas manqué de rendre songeuse la doctrine juridique (6). On le retrouve certes, car le terme est des plus courants, dans les dictionnaires usuels. Il est associé à « l'action d'inciter, d'engager à » (7). Mais il est précisément étonnant, et dangereux, de délaisser le vocabulaire juridique spécifique pour se risquer dans un vocabulaire ordinaire, tant il est vrai que le droit est une technique particulière qui s'en accommode mal et qu'il développe plutôt la tendance inverse consistant à se forger un vocabulaire savant et *ad hoc*, distinct des termes ordinaires, à moins qu'il ne les colore d'un sens particulier (8). Dès lors, l'invitation de l'article 52 est-elle une invitation comme les autres ?

6. On peut encore chercher une explication d'un tel choix terminologique du côté de la sociologie des élites. La banque constitue un milieu socioprofessionnel « distingué » et l'on caresse, non sans nostalgie parfois, l'idée de la « haute banque ». La proportion importante et souvent soulignée de membres de l'aristocratie française aux postes importants tend à accréditer que les comportements s'ajusteront d'eux-mêmes lorsqu'une difficulté ou une tension apparaît. La politesse y pourvoira. Mieux encore, la civilité... Dès lors, le vocabulaire de contrainte, qui distingue le droit de la politesse (9), n'est plus de mise. C'est peut-être pour cela que le législateur a abandonné sa rudesse de vocabulaire, a baissé la voix et, lorsqu'il s'est agi d'organiser cette sorte de devoir de place entre les établissements de crédit, a recouvert de feutre le pouvoir d'injonction du gouverneur de la Banque de France.

7. On peut encore évoquer des arguments de sociologie socio-professionnelle. En effet, la banque constitue de tradition un milieu fermé, de forte connivence, construit autour de règles implicites et partagées. Dès lors, l'honneur s'en mêle et l'inv-

(1) V. *infra*, J.-L. Fort, *Les règles prudentielles et leurs limites*.

(2) L'obligation avait été affirmée par le jugement du TGI Paris du 6 janvier 1993 (JCP, éd. E, 1993, I, 240, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet). La Cour d'appel de Paris a posé le contraire, par un arrêt du 13 décembre 1993 (JCP, éd. E, 1994, II, 566, obs. J. Stoufflet).

(3) *Le Monde*, 6 février 1996, E. Leser, B. Stern.

(4) V., par ex., C. Cova, *L'article 52 en question*, Banque, sept. 1995, p. 3.

(5) *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, dir. G. Cornu, 4^e éd., PUF, 1994.

(6) V., not., J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6^e éd., Précis Dalloz, 1995, n° 150, p. 138.

(7) Dictionnaire Robert.

(8) V., not., G. Cornu, *Linguistique juridique*, 1990, Montchrestien, n° 4 s., p. 21 s.

(9) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 2^e éd., coll. « Quadrige », PUF, 1996, p. 316.

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 illégitimes, 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. ■

tation ne saurait être déclinée sans déchoir. Plus prosaïquement, la fermeture du monde social considéré oblige ses membres à se soumettre à une règle s'ils veulent en bénéficier un jour. Ce comportement est désigné comme celui de « l'altruisme réciproque », forme supérieure de l'égoïsme. En cela, l'invitation a quelque chose à faire avec la solidarité de place et l'on conçoit plus aisément que le gouverneur aujourd'hui utilise l'une pour l'autre. Cette idée d'interdépendance se trouve déjà dans le concept proche de « courtoisie internationale » qui a servi un temps à justifier le pouvoir d'une loi étrangère non directement contraignante. Encore faut-il alors que les destinataires de l'invite fassent partie du même « monde », ce qui entraîne une sélection entre les actionnaires et sociétaires que n'a pas posée le législateur. Si le non-dit ne règle plus, la question principale apparaît crûment : quelle est la force contraignante de l'invitation ? Est-elle de celle que l'on peut refuser ? Aujourd'hui les invitations se font plus pressantes, forme d'une politesse qui confine à l'ordre impérieux [I]. Si l'invitation se fait contrainte, la détermination des termes de l'invitation devient cruciale [II]. Voyons donc cette politesse toute française.

I

L'INVITATION PRESSANTE

8. Les invitations formulées par le gouverneur de la Banque de France se font aujourd'hui plus pressantes. Cela se conçoit d'autant plus que ce pouvoir d'invitation lui devient accessible « lorsque la situation d'un établissement de crédit le justifie ». A travers notamment trois affaires (10), apparaît la question centrale : quel est le degré de contrainte associé à l'invitation [A] ? En effet, dans les affaires *BCP* et *Pallas-Stern*, des actionnaires invités ont refusé de répondre à l'invitation. Le texte semble les y autoriser. Mais dans l'affaire *Compagnie du BTP*, le Tribunal de commerce les a contraint à l'accepter, dès l'instant qu'ils en avaient admis le principe d'une façon très générale. La réponse reste donc incertaine ; or, il convient de la résoudre pour déterminer les effets juridiques qui sont attachées à la réaction, positive ou non, de l'actionnaire ou sociétaire ainsi sollicité [B].

A - LA CONTRAINTÉ NÉE DE L'ÉMISSION DE L'INVITATION

9. A première vue, si l'on se contente d'attacher aux mots leur sens immédiat, l'invitation est dénuée d'effet obligatoire [1]. Mais une tendance pragmatique incite à donner au gouverneur un pouvoir qui va au-delà des mots [2].

1. La tendance aimable vers l'absence de contrainte.

10. L'invitation n'est pas un ordre. La suggestion de renflouement que présente le gouverneur ne pourrait lier celui à qui cet acte quasiment charitable est demandée. Cela résulterait de l'interprétation littérale du texte. Comme le relève le jugement *Compagnie du BTP* du 28 novembre 1995, à propos d'une invitation déclinée, « cette invitation n'a pas eu son plein

(10) Affaire de la Banque Commerciale Privée, à travers le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 8 décembre 1994 (D. 1995, som. com., p. 393, obs. M. Vasseur) ; affaire de la Banque Pallas-Stern, à travers le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 30 juin 1995 (*ibidem*, p. 393 s.) ; affaire de la Compagnie du BTP, à travers le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 2 novembre 1995.

effet ». Qu'en termes galants ces choses-là sont dites... Comme l'a constaté plus platement un commentateur de l'affaire de la BCCI, le système de protection des clients déposants apparaît dès lors comme un « leurre » (11). Certes, on relève l'ambiguïté des débats parlementaires sur ce point : pour le Parlement, il est des invitations qu'on ne refuse pas, parce que le gouverneur de la Banque de France exerce par nature un « magistère moral ». Ce à quoi le gouverneur de la Banque de France invite, nul ne décline. Mais l'argument s'affaiblit à vouloir trop prouver : en effet, cet ascendant dont on crédite le gouverneur ne pourrait valoir que sur les établissements de crédit. Dès lors, les actionnaires ou sociétaires autres que les établissements de crédit auront tendance à décliner l'invitation ; ils n'ont pas manqué de le faire. Les juges les ont alors rappelé à l'ordre, dès l'instant qu'ils avaient admis le principe d'un refinancement.

11. On peut alors songer à une thèse intermédiaire : il s'agirait d'un devoir moral de l'actionnaire. C'est une interprétation couramment adoptée (12). L'invitation fleurerait alors cette zone d'ombre qu'est la déontologie et dont le système bancaire et financier est friand (13). Mais l'on aura alors vite fait de rappeler la distinction entre le droit et la morale. C'est même l'intérêt en creux de l'affirmation de l'obligation morale.

12. Pourtant, poursuivant de ce côté, ne pourrait-on aller chercher du côté de l'obligation naturelle ? Dans cette perspective, on ne peut aller jusqu'à soutenir que le seul fait pour le gouverneur de faire usage de l'article 52 juridicise le devoir de soutien de l'actionnaire. Mais, selon le droit commun, en admettant que l'invitation n'est pas en elle-même contraignante, mais que l'actionnaire ou le sociétaire sollicité y répond dans un élan, élan regretté tout aussitôt et sur lequel il prétendrait revenir en arguant de l'absence de contrainte de l'obligation, on devrait considérer que cette obligation naturelle s'est novée en obligation civile contraignante. Ce raisonnement est sous-jacent dans le jugement *Compagnie du BTP*. Car, quelle que soit la voie théorique employée, et pour des impératifs pratiques évidents, le droit positif va sans doute aller vers la reconnaissance d'une contrainte grandissante. L'expression usitée selon laquelle le gouverneur « met en demeure » les destinataires de l'invitation d'apporter leur soutien atteste le durcissement du ton.

2. La tendance pragmatique vers la superposition d'un effet de contrainte.

13. Dans le sens d'un effet contraignant de l'invitation, et malgré la lettre de l'article 52, alinéa 1, on peut avancer un argument tenant à l'art législatif : il faut que le texte, normatif par nature, accorde un pouvoir. Il ne peut accorder un non-pouvoir. Or, s'il ne s'agissait que de demander de faire un bon geste, le gouverneur de la Banque de France n'aurait pas besoin d'un texte de loi. L'informel suffirait. C'est d'ailleurs ce qui a permis à Etienne Dailly de demander lors des discussions le retrait d'un article sans contenu véritable dès l'instant qu'il était sans contrainte (14). On peut ici renforcer la thèse grâce à un argument par l'absurde : si cela n'était qu'une invitation, sans sanction directe ou indirecte, tout le monde dirait non ! Dès lors, le texte n'aurait aucun sens.

14. L'expérience, après les refus essayés par le gouverneur, incite à saisir l'occasion pour faire adopter par les actionnaires ou sociétaires un document par lequel ils s'engagent à refinancer. Ce document peut être établi à l'occasion de l'invitation (15). Dès lors, c'est l'établissement de crédit bénéficiaire qui peut en exiger l'exécution. Mais l'engagement peut également

(11) R. d'Ornano, *La protection et l'indemnisation des clients déposants d'une banque défaillante : un leurre ?*, Gaz. Pal. 1993, 2, p. 907 s.

(12) F.-J. Crédot, *A propos des limites de la responsabilité de l'établissement de crédit actionnaire*, Petites Affiches, 15 février 1985, p. 22.

(13) V., not., Association d'économie financière, *Rapport moral de l'argent dans le monde*, 1995.

(14) Sénat, annexe à la séance du 27 octobre 1983, p. 37.

(15) Le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 28 novembre 1995, *Compagnie du BTP*, reproduit les termes d'un tel engagement.

être construit dès l'entrée en capital de l'actionnaire, à travers la notion d'actionnaire de référence. Celui-ci prendra l'engagement de toujours répondre au gouverneur, selon un système qui n'est pas sans évoquer et l'adoubement et l'allégeance. Est-ce que cela constitue une garantie suffisante ? Quel est la valeur de telles lettres d'intention ? N'avons-nous pas à faire à un engagement perpétuel et à contenu indéterminé ? Le jugement *Compagnie du BTP* fait spontanément référence à l'article 1129 du Code civil. En outre, on peut soulever le fait que les voies de nullité restent ouvertes contre un acte de nature contractuelle. Dès lors, et s'il ne s'agit pas d'un « ordre de la loi » ou un « ordre de l'autorité légitime », ne pourrait-on considérer que l'engagement a eu lieu sous la contrainte, donc la violence, la crainte révérencielle que chacun éprouve pour le gouverneur de la Banque de France ne suffisant peut-être pas à justifier un tel engagement forcé. Engagement indéterminé, perpétuel, forcé...

15. Il ne faut donc sans doute pas trop compter sur la puissance des engagements juxtaposés et persévérer dans l'examen du pouvoir de contrainte né de l'usage du texte lui-même. Pour éclairer la discussion, peut-être peut-on se tourner vers la procédure civile. A travers les pouvoirs que le Nouveau Code de procédure civile confère au juge, lorsqu'il invite les parties à faire quelque chose, cela revêt pour celles-ci un caractère obligatoire. Plus encore, lorsqu'il s'agit pour l'État français d'exclure un indésirable, l'expression consacrée n'est-elle pas de « l'inviter à quitter le territoire français » ? Certes, le gouverneur n'a pas sur les actionnaires ou sociétaires, en tant qu'ils sont cela, un *imperium* identique à celui qui caractérise un juge, encore moins un pouvoir direct de police. Mais on peut estimer qu'il possède un pouvoir analogue, notamment du fait qu'il agit en tant qu'il est président de la Commission bancaire et dès l'instant que l'on tirerait l'obligation de recapitalisation vers le disciplinaire, en considérant que les actionnaires et sociétaires auraient dû ne pas laisser l'établissement de crédit considéré glisser vers une situation critique. Il résulte de l'ensemble de cette discussion qu'il est encore difficile de dire aujourd'hui si, de fait ou de droit, l'invitation est obligatoire ou non. Le texte semble dire non ; les juges peuvent avoir l'audace de dire oui. Cela conditionne pourtant les effets juridiques attachés à la réaction qu'elle va susciter chez son destinataire.

B – LA RÉCEPTION DE L'INVITATION

16. L'invitation peut être déclinée [1] ou acceptée [2].

1. L'invitation déclinée.

17. Telle l'affaire de la poule et l'œuf, l'invitation ne peut être bien sûr déclinée que si elle n'est pas obligatoire. Et c'est précisément des refus essayés qui ont fait venir au jour cette question de l'impérativité de l'invitation. Mais l'on peut ici développer un argument propre à l'actionnaire ou au sociétaire : si l'invitation ne pouvait être déclinée, alors tout établissement de crédit serait, quelle que soit sa forme sociale, comme une société en nom collectif, où tous les associés seraient responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales. On pourrait douter dans ces conditions que beaucoup cherchent encore ce genre d'investissement.

18. Mais même à admettre que l'invité puisse décliner, il peut n'en sortir pas indemne pour autant. En effet, si ultérieurement, il est démontré que son absence de civilité a causé la cessation des paiements et l'ouverture d'une procédure collective, ne peut-il pas voir sa responsabilité engagée à travers le droit commun en tant qu'il serait cause de la faillite ? (16). Peut-être vaut-il mieux dans ces conditions accepter l'invitation...

(16) Sur la question plus générale des responsabilités des actionnaires et des dirigeants, v. *infra* B. Moreau, *Les responsabilités des actionnaires et des dirigeants*.

2. L'invitation acceptée.

19. A supposer que l'invitation suppose acceptation, car il n'est besoin d'accepter que ce que l'on est en droit de refuser. La première question est de savoir si le fait d'obtempérer met à l'abri celui qui s'exécute du reproche ultérieur d'un soutien abusif ? On observe ici un effet de ciseau. Paradoxalement, si l'invitation était obligatoire, celui qui y répond est couvert ; si elle ne l'est pas, celui qui y répond peut engager sa responsabilité. Une raison, cette fois-ci, de ne pas y répondre... Mais n'empiétons pas plus avant sur ces questions de responsabilité.

20. Au stade de la réception de cette invitation qui prend la forme d'une mise en demeure, peut-on imaginer une « acceptation sous réserve » ? Par exemple sous réserve de détermination d'un montant ? Ou sous réserve de l'acceptation par les autres ? En raison de l'imprécision des charges contributives, cela pourrait être admis. Car s'il est urgent d'éclaircir la question du caractère contraignant ou non de l'invitation, il ne l'est pas moins de préciser les termes de l'invitation.

II

LES TERMES DE L'INVITATION

21. Viennent naturellement à l'esprit les questions suivantes : qui invite ? Qui est invité ? A quoi invite-t-on ?

A – QUI INVITE ?

22. La question semble être de pure forme puisque le texte attribue le pouvoir d'inviter au gouverneur de la Banque de France, président de la Commission bancaire : le maître de maison que l'on s'attend effectivement à trouver dans ce rôle. Mais on peut encore se demander s'il s'agit pour lui d'une faculté ou d'une compétence liée [1] et quand doit-il lancer ses invitations [2].

1. La compétence liée du gouverneur.

23. On observera que l'alinéa 2, concernant la solidarité de place, dit que le gouverneur « peut aussi » y procéder, tandis que l'alinéa 1 utilise purement et simplement un verbe à l'indicatif : le gouverneur « invite ». Dans l'art de l'exégèse, on sait que le mode verbal indicatif vaut, dans le langage législatif empreint d'une forte normativité, un impératif. Dire que le gouverneur invite, c'est poser qu'il doit inviter. Il s'agit alors de ce que l'on appelle une compétence liée, par opposition à l'hypothèse d'un pouvoir discrétionnaire.

24. La contrainte vient de la constitution d'une situation particulière : « Lorsqu'il apparaît que la situation d'un établissement de crédit le justifie », le gouverneur doit inviter. Certes, l'impérativité de la compétence est sérieusement tempérée par la généralité de description de la situation car c'est sans doute le gouverneur qui estime si celle-ci justifie ou non son coup de pouce. Cela conduit à s'interroger plus avant sur la nature juridique de l'invitation. Elle semble constituer un acte administratif unilatéral, susceptible de recours devant le juge administratif. Dès lors, l'actionnaire ou le sociétaire peut contester l'acte par lequel le gouverneur l'invite s'il démontre que la situation de l'établissement ne le justifie pas encore ou ne le justifie plus. A l'occasion d'une telle contestation, apparaîtraient en pleine lumière les difficultés liées au moment de l'invitation.

2. Le moment de l'invitation.

25. Cette observation permet alors de formuler concernant le gouverneur de la Banque de France la sempiternelle remarque sur l'importance de la précocité dans l'usage des moyens de prévention : il ne sert à rien d'appeler au secours trop tard. Le gouverneur ne doit-il pas faire usage de son pouvoir d'invitation lorsque les choses ne sont pas encore perdues ? car il ne convient pas de solliciter un soutien qui n'aboutit à rien, si l'on veut bien assimiler la liquidation à ce néant.

26. En effet, bien que le texte ne le dise pas expressément, l'invitation a pour but de soutenir l'activité bancaire et ne pourrait plus être utilisée à l'occasion de la liquidation de l'établissement. C'est notamment l'opinion exprimée par les professeurs Jean-Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud (17). Mais cela dépend du sens qu'il convient de donner au « soutien nécessaire » pour lequel le gouverneur demande l'obole. On retrouvera donc cette question lorsque sera examiné ce à quoi le destinataire est invité (18). Ne pourrait-on dès lors considérer que le gouverneur, s'il reste inactif alors que la situation de l'établissement justifierait déjà un recours aux actionnaires et sociétaires et que le sauvetage est encore possible et n'exerce pas son pouvoir pour un montant raisonnable, puis, lorsque le navire bancaire coule, bat le rappel par une ferme invitation pour des montants exorbitants, commet une faute ? Justifiant notamment un refus d'obtempérer ? Ou justifiant une action en responsabilité (19) ? Encore faudrait-il que la faute soit lourde. Ce serait aux invités, dans un climat décidément peu cordial, de le prouver. Mais qui est invité ?

B - QUI EST INVITÉ ?

27. Par principe, tous les actionnaires et sociétaires doivent s'asseoir à ce banquet qui a déjà un goût de cendre [1]. Mais de fait, et suivant l'évolution peut-être de droit, des distinctions s'opèrent entre les invités [2].

1. Le principe de l'exhaustivité des destinataires de l'invitation.

28. Le gouverneur peut-il sélectionner parmi les actionnaires ou sociétaires ? Les plus riches ? Les plus sensibles à l'invitation ? Cela paraît exclu car le texte vise « les » actionnaires ou sociétaires, ce qui suppose une globalité et l'impossibilité d'une invitation partielle. Il y a donc de l'automatisme dans l'invitation. Mais, de fait si ce n'est de droit, il en est différemment et l'on sait que le gouverneur n'a jamais sollicité la totalité des actionnaires ou sociétaires, surtout pas si l'établissement de crédit est coté et compte donc des petits porteurs dans son actionariat.

2. Les distinctions possibles entre les invités.

29. La différence peut venir d'une nouvelle coloration que peut prendre l'invitation si on la met en correspondance avec une certaine responsabilité. C'est la référence implicite au disciplinaire que l'on peut lire dans l'article 52. En effet, on peut considérer que la cause de l'obligation de refinancement tient dans le fait que l'actionnaire était en mesure de contrôler l'établissement de crédit, notamment dans son respect des règles prudentielles. S'il ne l'a pas fait, alors il doit payer. Sa compétence et son pouvoir le contraignent à répondre. Pouvoir d'agir et obligation d'en répondre, y compris et surtout en cas d'inaction, sont un couple fondamental du Droit. C'est ce que sous-entend la notion d'actionnaire de référence qui a été fort utilisée concernant la composition de l'actionnaire des

banques (20). L'acte par lequel cet actionnaire s'oblige par avance à soutenir, visa de l'article 52 étant opéré dans l'engagement, est la contrepartie naturelle de la place de choix de l'actionnaire. Dès lors, l'actionnaire de référence, même sans engagement spécifique, devra répondre, pas nécessairement à l'exclusive des autres mais à tout le moins plus que les autres.

30. Plus généralement, la distinction peut venir non pas de l'auteur de l'invitation, mais du fait des réactions différentes des sollicités. Si certains disent non ! Voilà une distinction majeure entre les invités : les polis qui s'en voudraient de contrarier le gouverneur, et les impertinents qui refusent de s'asseoir à cette table empoisonnée. Or, le nombre de refus accroît la charge financière des présents. Peut-on imaginer des actions récursoires ? On peut y songer sur deux terrains. Tout d'abord, si l'on retient la notion d'actionnaires de référence, on peut mener le raisonnement suivant, permettant à celui qui n'est pas compétent, parce qu'il n'est pas lui-même établissement de crédit, ou qui n'avait pas le pouvoir d'empêcher, parce qu'il ne possède pas une quotité significative dans le capital, de ne pas répondre comme les autres. En effet, le fait pour un actionnaire de référence de ne pas s'opposer, ou à tout le moins de ne pas s'alarmer du non-respect des règles prudentielles par l'établissement de crédit, alors qu'il en avait les moyens, ne permettrait-il pas à l'actionnaire qui n'en disposait pas et qui a du répondre comme lui à l'invitation du gouverneur de se retourner contre le premier et d'obtenir remboursement des sommes versées ? En outre, indépendamment de ce parfum de faute, celui qui a payé peut-il se retourner contre celui qui n'a pas payé pour réclamer le remboursement d'une quote-part ? Si l'on fait application de la théorie de la croyance légitime selon laquelle un actionnaire pense que tout autre actionnaire participera avec lui à l'exécution d'un devoir commun, cela peut se concevoir. Il ne s'agit plus alors de faire payer l'intégralité à l'actionnaire de référence, mais simplement de partager effectivement la charge, en permettant à des actionnaires de vaincre l'inertie des autres. Car il s'agit avant d'affaire d'argent et du souci de chacun d'en payer le moins possible, quand la mesure où l'on peut soupçonner que cela sera à fonds perdus. Or, il règne une incertitude étonnante sur la question de savoir à quoi le destinataire est invité...

C - À QUOI LE DESTINATAIRE EST-IL INVITÉ ?

31. L'actionnaire ou le sociétaire est invité à apporter le « soutien nécessaire » [1], notion dont l'imprécision devrait être diminuée par l'application de principes généraux dans la répartition [2].

1. L'apport du soutien nécessaire.

32. Offre indéterminée... Peu conforme au droit commun de l'offre. D'autant plus grave que les circonstances qui rendent le pouvoir accessible au gouverneur sont elles-mêmes peu déterminées : « lorsque la situation d'un établissement de crédit le justifie ». Le soutien nécessaire, cela peut être un gouffre. Rien d'étonnant que les actionnaires et sociétaires ont tendance à reculer devant une offre si vertigineuse.

33. Qu'est-ce qu'un soutien nécessaire ? Le soutien, c'est le fait d'apporter de l'aide afin que son bénéficiaire puisse poursuivre son activité. Son ampleur est à la hauteur de sa nécessité. Si l'établissement bénéficiaire va très mal, il sera nécessaire de le soutenir dans une grande proportion. Le gouverneur doit-il expliciter sa demande et préciser pour quel montant l'invitation est formulée ? Là encore, tout est lié : si l'invitation est obligatoire, alors, après un apparent paradoxe

(17) Préc., note 5.

(18) V. *infra*, n° 31 s..

(19) V. *infra*, M. Lombard, *Les responsabilités des autorités*.

(20) V., not. M. Ponsard et B. Grellon, *Les établissements de crédit en difficulté*, doc. UGC 5 as., février 1996, p. 12 s.

consistant à lier contrainte et absence de réaction, savoir à combien on est contraint est relativement indifférent à celui qui est déjà obligé. Mais s'il existe une possibilité de refus, ou de formuler des réserves, ou de poser des conditions, bref de négocier, enfin si l'on peut vraiment parler d'acceptation, il faut que l'offre soit précise et les montants précisés. C'est le droit commun de l'offre et de l'acceptation.

34. Revenant sur une question abordée, peut-on considérer que nous sommes encore dans une hypothèse de soutien nécessaire si la procédure de redressement, voire de liquidation, touche déjà l'établissement de crédit ? En compliquant l'hypothèse, devrait-on considérer qu'une invitation, faite à propos d'un établissement chancelant mais non encore atteint par la cessation des paiements, devient caduque si une procédure de faillite intervient ? Cela vaudrait alors la peine pour un destinataire un peu tactique d'accepter mais de le faire avec une certaine lenteur. Il s'agirait alors de s'accorder le délai raisonnable pour organiser un soutien, dont l'ampleur permet justement d'anticiper en réalité sur une transformation de situation, laquelle rendra inutile cette invitation que nul n'aime recevoir.

35. Cette question de la détermination du moment de l'invitation par rapport à la définition de ce qu'est le soutien nécessaire pourrait à première vue recevoir réponse à partir du texte de l'article 52, alinéa 1. En effet, le bénéficiaire du soutien, celui qui est dans la nécessité de l'obtenir, c'est l'établissement de crédit lui-même et non pas les créanciers. Or, si l'apport financier intervient en phase de liquidation, il faudrait à tout le moins qu'il ne soit consacré qu'à une hypothétique poursuite d'activité, poursuite ordonnée le temps de répartir l'actif entre des créanciers, sans que les sommes puissent être utilisées directement à cette répartition.

36. Mais l'argument textuel est affaibli par une autre considération. N'oublions pas que l'article 52 de cette loi bancaire s'insère certes dans un chapitre relatif à la liquidité et solvabilité des établissements de crédit mais plus encore dans un titre IV relatif à la « protection des déposants et des emprunteurs ». Dès lors, le « soutien nécessaire » peut être analysé comme le soutien à ces derniers ; et celui-ci est d'autant plus nécessaire que l'établissement est liquidé. Dès lors, une interprétation extensive ne serait pas inconcevable. Elle le serait d'autant moins que la solidarité de place, qui avait pour finalité la protection des déposants et emprunteurs, a de fait disparu et que l'alinéa 1 de l'article 52 aura sans doute naturellement tendance à lui servir de relais. Relais boiteux, sans doute, mais sens de l'histoire. A tout le moins, si tant de nuages

s'amoncellent, faut-il être soucieux de la répartition de la charge contributive.

2. La répartition de la charge contributive.

37. Si c'est en tant qu'ils sont actionnaires ou sociétaires qu'ils sont appelés et non en tant qu'ils sont établissements de crédit, parce qu'il ne faut pas confondre l'alinéa 1 de l'invitation avec l'alinéa 2 de la solidarité de place, encore faut-il appliquer certains principes aux destinataires de l'invitation. On peut considérer que l'imprécision dans laquelle reste le droit positif en la matière est regrettable. Il en est ainsi du jugement du Tribunal de commerce du 28 novembre 1995, *Compagnie du BTP*, précité, qui ne précise en rien ni le montant de la contribution ni sa répartition entre les obligés, mention étant seulement faite de l'absence de solidarité dès l'instant que tous ne partageaient pas la qualité de commerçant.

38. Or, on peut songer à faire appliquer quelques règles de base. Tout d'abord, selon le droit commun des sociétés, on peut songer à respecter l'égalité des associés. A cette aune, il ne convient pas de faire payer plus que l'autre, c'est-à-dire pas plus qu'à proportion de la quotité du capital détenu, sauf si l'on devait tirer l'article 52 vers le disciplinaire, aggravant de ce fait l'ampleur de l'obligation de payer à la charge de l'actionnaire de référence. Plus encore, si l'engagement obtenu aboutissait à faire porter l'intégralité de la charge sur certains ou d'en dispenser entièrement certains, les premiers ne pourraient-ils se plaindre d'une sorte de pacte léonin, lequel pourrait être sanctionné selon le droit commun ? Enfin, il convient d'évoquer le principe général de la proportionnalité. Il s'agit d'un principe majeur du Droit. Si l'on devait considérer la contribution née de l'usage de l'article 52, alinéa 1, comme une sorte de sanction de l'incurie de l'actionnaire ou du sociétaire, alors son respect s'imposerait. En dehors même de cette qualification sous-jacente, il conviendrait de la respecter et de faire supporter la charge financière de l'obligation au prorata de la part détenue dans le capital.

39. Les juges n'ont pas encore été dans ce sens. L'évolution du droit prétorien est ici dans sa plus mauvaise passe : la possible reconnaissance d'une quasi-obligation contributive sans encore en avoir posé les règles raisonnables d'application, donc de répartition. Pourtant, lorsque la loi écrit un texte aussi étrange que l'article 52, alinéa 1, de la loi bancaire, seul le droit commun et les principes généraux peuvent encore nous éclairer en attendant que la jurisprudence recouvre de la patine prétorienne un texte trop singulier pour être appliqué sans nuance.