

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
Faculté de Droit et de Science Politique

Centre de Droit Économique

Collection Horizons Juridiques Africains

Blaise MOUAFO TAMBO

LA PRÉVENTION ET LE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES BANQUES

ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT FRANÇAIS
ET DE DROIT DES PAYS AFRICAINS DE LA ZONE FRANC

Préface
Hélène AUBRY
Agrégée des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris 13 - Paris Nord

PRESSE UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
- 2012 -

TABLE DES MATIÈRES

Préface	9
Principaux sigles et abréviations	11
Sommaire.....	15

INTRODUCTION	19
---------------------------	-----------

PREMIÈRE PARTIE DE LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ÉTABLISSEMENTS BANCAIRES

TITRE I - DES DÉTERMINANTS DE LA SOLVABILITÉ DES BANQUES EN FRANCE ET DANS LES DEUX ZONES AFRICAINES	37
---	-----------

CHAPITRE 1 - Particularismes de l'environnement bancaire et financier en france et dans les pays africains de la zone franc.....	39
Section I - La spécificité du paysage bancaire et financier des pays africains de la zone franc par rapport à celui de la france	39
§ 1. L'existence d'un dualisme financier dans les zones africaines.....	39
A. Constat de la coexistence d'un secteur financier formel et d'un secteur financier informel dans les zones africaines	39
B. Les implications juridiques : la question du monopole bancaire	42
1. Le sort des conventions conclues en violation du monopole bancaire	42
2. Les contours des actions à l'encontre des banquiers de fait.....	46
§ 2. L'intégration du secteur bancaire informel dans le secteur bancaire formel	48
A. Insertion dans l'une des catégories préexistantes.....	49
B. Insertion en tant qu'instrument autonome d'épargne et de financement	50
Section II - Les spécificités de chaque cadre juridique et institutionnel.....	51
§ 1. Les spécificités relatives à la forme juridique de l'établissement bancaire	51
A. Les restrictions d'origine réglementaire.....	52
B. Les restrictions nées des exigences pratiques	53
§ 2. De la nécessité d'améliorer l'exercice des prérogatives des autorités de supervision	55
A. La nécessité de transparence et d'impartialité dans les actions des autorités de supervision bancaires	55
B. Le bouleversement de l'ordre normatif traditionnel	58

CHAPITRE 2 - Spécificités des dispositifs prudentiels	59
Section I - Les mesures prudentielles relatives aux établissements bancaires.....	59
§ 1. La prévention des difficultés en amont de l'exploitation bancaire	59
A. Les conditions relatives aux capacités financières du requérant à l'agrément.....	60
1. L'exigence d'un capital minimum	60
2. L'intérêt discuté du capital minimum	62
a) État des dispositions relatives aux fonds propres des banques	62
b) L'intérêt persistant du capital minimum.....	64
B. Les conditions relatives aux dirigeants et commissaires aux comptes du requérant à l'agrément	65
1. Les exigences quantitatives	65
2. Les exigences qualitatives	67
§ 2. La prévention des difficultés durant l'exploitation bancaire.....	68
A. L'encadrement du champ d'exploitation de la banque	68
1. Les restrictions relatives à l'objet de l'exploitation	68
2. Les restrictions relatives au quantum des opérations	69
B. La réglementation des opérations avec les dirigeants ou actionnaires principaux	72
1. L'incompatibilité de la procédure de contrôle avec certaines formes sociales	72
2. L'intérêt mitigé du contrôle.....	74
Section II - Les mesures prudentielles relatives aux tiers.....	75
§ 1. Les mesures de protection contre les tiers.....	75
A. Les tiers débiteurs du banquier.....	76
1. Le débiteur simple particulier.....	76
2. Le débiteur, entreprise en difficulté	77
B. Les tiers bénéficiaires de garanties consenties par la banque	80
§ 2. Les mesures en faveur de la confiance des tiers	82
A. L'information bancaire.....	83
1. L'information des autorités de supervision	83
2. L'information des déposants	85
B. La garantie des dépôts, titres et cautions.....	87
CONCLUSION DU TITRE I	88

TITRE II - DES PROCÉDÉS EN FAVEUR DU MAINTIEN OU DE LA RESTAURATION DE LA SOLVABILITÉ

CHAPITRE 1 - La prévention des difficultés par un contrôle et une protection renforcés des établissements bancaires	93
Section I - Le contrôle de l'établissement bancaire considéré individuellement.....	93
§ 1. Le contrôle exercé par la banque sur elle-même.....	94
A. Le contrôle interne ou contrôle de conformité	94
1. Des dispositifs de contrôle interne apparemment suffisants	94

2.	L'échec du contrôle interne : constat de dérives dans le fonctionnement des établissements bancaires	96
B.	Le dépassement du cadre national du contrôle interne	98
1.	Le recours aux recommandations du comité de Bâle	98
2.	L'emprunt aux principes de corporate governance et aux règles de déontologie	99
§ 2.	Le contrôle exercé par le système sur la banque	103
A.	Le renforcement des mécanismes réglementaires de contrôle externe	103
1.	Le contrôle effectué par les agences de notation	103
2.	La nécessité de mettre en place des actions correctives	106
B.	La prise en compte du particularisme des groupes	109
1.	La nécessité de rompre le silence relatif sur le droit des groupes au sein des deux zones africaines	109
2.	Implications juridiques des concentrations transectorielles	111
Section II - L'intervention entreprise dans une perspective systémique ou macro prudentielle		113
§ 1.	La prévention par la mise en place d'une politique du crédit adéquate	113
A.	Prise en compte du régime de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit	114
1.	Distinction entre les droits français et africains de la zone franc : régime particulier de responsabilité / responsabilité de droit commun	114
2.	Les enjeux du choix du régime de responsabilité	116
B.	La nécessité d'adapter les sûretés à l'évolution de l'activité bancaire	117
§ 2.	La prévention par la diversification des sources de refinancement des banques	119
A.	Le refinancement par la mobilisation d'actifs	120
B.	L'encadrement du prêt en dernier ressort	121
CHAPITRE 2 - La prévention par le traitement des anomalies révélées		125
Section I - L'amélioration de la révélation des difficultés		125
§ 1.	L'inadéquation du droit commun de l'alerte	126
A.	Les limites du devoir d'alerte	126
1.	Un système de désignation des commissaires aux comptes pas assez transparent	126
2.	Une indépendance à renforcer	129
B.	Nécessaire renforcement du droit d'alerte	132
1.	Les insuffisances de l'alerte d'origine interne	132
2.	Les insuffisances de l'alerte d'origine externe	136
§ 2.	Nécessaire prise en compte d'impératifs étroitement liés à l'activité bancaire	137
A.	Des impératifs liés à l'influence de la banque sur l'économie	138
1.	Du souci de discrétion dans la procédure d'alerte	138
2.	Du souci de célérité dans la procédure d'alerte	139
B.	De l'obligation d'information des autorités de supervision	140
1.	De l'opportunité de l'obligation d'information	140

a)	La prééminence des autorités de supervision bancaire sur le tribunal de commerce	140
b)	Intérêt pratique de l'obligation d'information	142
2.	Du contenu de l'obligation d'information.....	143
a)	L'objet de l'obligation d'information.....	143
b)	Le débiteur de l'obligation.....	144
c)	Les modalités de l'obligation.....	145
d)	La sanction de l'obligation	146
Section II - Les mesures visant la disparition rapide des anomalies révélées.....		147
§ 1.	L'efficacité relative des solutions de droit commun	147
A.	Exposé des mesures de droit commun	147
1.	Les mesures de renflouement	147
2.	Les mesures de restructuration	149
a)	Le recours aux techniques issues de l'ingénierie financière	149
b)	Les mesures de restructuration sociales.....	150
B.	Les limites du droit commun.....	152
1.	La limite relative à la conception particulière de la notion de cessation des paiements en matière bancaire.....	152
2.	L'insuffisance des mesures favorables à la confidentialité	154
§ 2.	L'application de mécanismes spécifiques à l'activité bancaire	154
A.	Les solutions internes.....	155
1.	Le recours aux actionnaires ou aux associés	155
2.	Le recours aux dirigeants	157
B.	Les solutions externes	158
1.	Une spécificité française : l'intervention à titre préventif du Fonds de Garantie des Dépôts.....	158
2.	L'intervention de l'autorité publique et des autres banques....	159
CONCLUSION DU TITRE II.....		162
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE		163

DEUXIÈME PARTIE

DU TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES ÉTABLISSEMENTS BANCAIRES

TITRE I - APPLICATION PARTICULIÈRE DES SOLUTIONS TRADITIONNELLES ET MISE EN PLACE DE DISPOSITIONS SPÉCIALES	169
---	-----

CHAPITRE 1 - Les solutions applicables à l'établissement bancaire défaillant.....	171
---	-----

Section I - Une alternative commune au droit français et au droit applicable, au sein des zones africaines : le sauvetage ou la disparition de la banque en difficulté.....	171
---	-----

§ 1. Le sauvetage : le redressement de la banque viable.....	172
A. L'élaboration des mesures de redressement.....	172
1. Une élaboration administrative en droit français	172
2. Une élaboration « contrôlée » dans les zones africaines	174

B.	L'exécution des mesures de redressement	175
1.	La rigidité du système en vigueur dans les deux zones africaines.....	175
2.	La souplesse du système français	177
§ 2.	La disparition : la liquidation de la banque économiquement morte	179
A.	La liquidation perçue comme une solution privilégiée	179
1.	Une solution plus ancrée dans le droit français que dans le droit des pays africains de la zone franc	180
2.	Des causes liées à l'abandon progressif des règles de droit commun	182
a)	Le recul de la condition impérative de la cessation des paiements en matière bancaire.....	182
b)	L'élargissement des pouvoirs de l'autorité bancaire en matière de liquidation	183
B.	Absence de modalités particulières de gestion du patrimoine de la banque en liquidation	184
1.	Le silence relatif de la loi	184
2.	L'émergence de techniques issues de la pratique.....	186
Section II - Des mesures communes au redressement et à la liquidation des établissements bancaires		188
§ 1.	Les mesures relatives à l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation.....	189
A.	La détermination du critère d'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'une banque.....	189
1.	Le recours au critère monétaire en France	189
2.	Le retour exceptionnel au critère patrimonial en droit français	190
B.	Le sort des contrats bancaires dès l'ouverture de la procédure.....	191
1.	Les contrats ayant pour objet la réception des fonds du public : le cas du contrat de dépôts de fonds.....	192
2.	Les contrats portant sur les opérations de crédit	193
§ 2.	La répartition des compétences entre les différents organes de la procédure.....	195
A.	Des choix de répartition différents en France et dans les pays africains de la zone franc.....	196
1.	Une répartition des pouvoirs favorable au mandataire bancaire en droit français	196
2.	Une répartition des pouvoirs favorable au mandataire de justice dans les zones africaines.....	197
B.	La responsabilité des mandataires dans le cadre de la procédure collective	199
CHAPITRE 2 - Les mesures visant la protection des créanciers		203
Section I - Les différents mécanismes de protection des créanciers.....		203
§ 1.	La protection des « déposants ordinaires »	204
A.	Les systèmes de garantie institués en France et dans les zones africaines	204

1.	La protection légale des déposants : l'instauration de Fonds de garantie	204
2.	La mise en jeu de mécanismes de protection spontanés : l'intervention des pourvoyeurs de fonds institutionnels.....	209
B.	Le traitement des créances	211
1.	De l'obligation de déclaration de droit commun au droit de déclaration des déposants	211
2.	Les limitations de garantie	212
§ 2.	La protection des créanciers autres que les déposants	215
A.	L'anéantissement de l'effet rétroactif du jugement d'ouverture	216
1.	La redéfinition du point de départ du jugement d'ouverture et le recours à la volonté contractuelle	216
2.	Le recours à la compensation globale et à l'irrévocabilité des ordres de transfert.....	219
B.	Les avantages des créanciers exclus du bénéfice de la garantie des dépôts	221
1.	Avant la répartition du produit de la réalisation des actifs	222
2.	Au cours de la répartition du produit de la réalisation des actifs	224
Section II -	Le sort des créanciers non désintéressés	226
§ 1.	Le recours des créanciers contre les dirigeants	226
A.	Les actions éventuelles contre les dirigeants de la banque	226
1.	Les dirigeants concernés	227
a)	Les dirigeants de droit	227
b)	Les dirigeants de fait.....	228
2.	Les actions susceptibles d'être intentées contre les dirigeants	230
a)	L'action en comblement de passif (ou la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif) et l'extension de la procédure aux dirigeants.....	230
b)	Intérêt des actions civiles ouvertes à l'égard des dirigeants.....	233
B.	Efficacité limitée des actions contre les dirigeants	234
1.	L'insuffisance des fonds éventuellement recouvrables	234
2.	Un frein au développement de l'activité bancaire.....	235
§ 2.	Les recours contre les autorités de régulation	237
A.	Des régimes de responsabilité différents en France et dans les zones africaines	238
1.	Une responsabilité de droit interne en France	238
a)	La détermination du fait générateur de la responsabilité : l'interprétation restrictive de la notion de faute lourde.....	238
b)	La responsabilité incidente de l'État.....	240
2.	Une responsabilité au titre du droit communautaire dans les deux zones africaines	241
a)	Une réglementation bancaire majoritairement d'origine communautaire	242
b)	La responsabilité de la communauté.....	243

B.	La réparation du préjudice né du fait des autorités de régulation.....	246
1.	La question des titulaires de l'action en réparation ou la détermination du patrimoine bénéficiaire.....	246
2.	La détermination du <i>quantum</i> de la condamnation	248
	CONCLUSION DU TITRE I	249
	TITRE II - PRISE EN COMPTE DE CERTAINS ASPECTS PARTICULIERS DE L'ACTIVITÉ BANCAIRE	251
	CHAPITRE 1 - Le traitement de l'insolvabilité bancaire internationale	253
	Section I - La détermination de la procédure applicable	253
§ 1.	Consécration du principe de l'unité et de l'universalité de la procédure en droit français.....	254
A.	Contenu et fondements des concepts d'unité et d'universalité de la faillite bancaire en droit français	254
1.	Économie de la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite en matière bancaire	254
2.	L'apport remarquable du droit de l'Union européenne en matière de faillite bancaire internationale	257
B.	Effectivité relative des principes d'unité et d'universalité de la faillite bancaire internationale dans le droit de l'Union européenne	258
1.	Les atténuations au principe	258
2.	La résurgence des normes nationales	260
§ 2.	Dualisme du système en vigueur dans les pays africains de la zone franc	261
A.	Les caractéristiques du dualisme du système en vigueur dans les deux zones africaines	261
1.	La possibilité d'ouvrir une seule procédure à l'égard de la banque défaillante dans l'espace OHADA.....	262
2.	L'ouverture de plusieurs procédures à l'égard d'un établissement bancaire dans l'espace OHADA	263
B.	Un système en proie à de multiples critiques	264
1.	Une ambiguïté lacunaire pour les créanciers.....	264
2.	Un frein au développement économique.....	265
	Section II - L'ambiguïté du cadre législatif de la faillite bancaire internationale.....	267
§ 1.	La quasi absence d'instruments internationaux applicables aux faillites bancaires internationales.....	267
A.	Constat de l'absence d'instruments spécifiques.....	267
B.	Les possibles raisons de l'absence de cadre juridique spécifique aux établissements bancaires.....	270
§ 2.	Une gestion distincte de la faillite internationale des banques en France et dans les pays africains de la zone franc.....	271
A.	Le protectionnisme du système français de traitement des défaillances bancaires internationales	271
B.	Une situation apparemment similaire dans les pays africains de la zone franc	274

CHAPITRE 2 - Le sort de la banque à l'épreuve de la liquidation	277
Section I - Le sort de la personne morale bancaire en liquidation	277
§ 1. La perte de l'agrément de la banque	278
A. Constat de l'interdépendance entre la personnalité morale de la banque et l'exercice de l'activité bancaire	278
B. Les conséquences du retrait de l'agrément en cas d'exercice d'activités non bancaires	279
§ 2. L'influence des autorités de supervision sur le sort de la banque en liquidation dans les zones africaines	282
A. Le problème : l'influence négative du comportement des autorités de supervision sur le sort de la banque et de l'issue de la liquidation	283
B. Un remède : le renforcement de la coopération entre les autorités communautaires et les autorités nationales de supervision bancaire	284
Section II - Le sort des principaux organes de la banque	286
§ 1. Le sort des dirigeants	286
A. Le dessaisissement des dirigeants	287
B. La responsabilité des dirigeants	288
§ 2. La responsabilité des apporteurs de capitaux	293
A. Les obstacles de principe à la responsabilité des apporteurs de capitaux dans les groupes bancaires	294
B. Les actions dont disposent les créanciers à l'encontre des sociétés contrôlantes	296
CONCLUSION DU TITRE II	298
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	299
CONCLUSION GÉNÉRALE	301
Bibliographie	307
Index alphabétique	319
Table des matières	325