

CHRONIQUE DE RÉGLEMENTATION FINANCIÈRE

SUPERVISION DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT EN AFRIQUE DE L'OUEST : L'APPROCHE DE LA COMMISSION BANCAIRE

Laurent Lhériaux, Docteur en Droit

La succession de crises bancaires et de la dette publique des pays européens¹ fournit un prétexte idéal pour s'appesantir sur l'efficacité du dispositif de supervision au-delà du seul suivi des ratios prudentiels, particulièrement dans les situations institutionnelles complexes ou une autorité monétaire doit composer avec le pouvoir politique de différents pays pour agir, qu'il s'agisse d'actions de redressement ou de liquidation d'institutions financières.

A ce titre, l'adoption, le 4 janvier 2011, de sept circulaires de la Commission Bancaire de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) est illustrative du processus de modernisation du dispositif de supervision financière dans cette région du monde, dans le cadre de la série de réformes législatives, réglementaires et institutionnelles entamées depuis 2007. Elles viennent en complément des dispositions légales déjà en vigueur.

1 Les crises bancaires survenues depuis 2007-2008 accroissant les dettes publiques des pays développés, directement ou par l'impact récessif qu'elles ont sur l'économie ; les crises de la dette souveraine qui résultent de la crise financière se répercutant elles-mêmes sur le secteur bancaire en raison de l'exposition de ce dernier à la dette souveraine.

Circulaire n° 001-2011/CB/C relative à la procédure d'audition des dirigeants administrateurs et représentants d'actionnaires des établissements de crédit et des SFD de l'UMOA

Cette circulaire organise la procédure d'audition des dirigeants d'établissements de crédit et de systèmes financiers décentralisés (i.e. les institutions de microfinance) en cas de procédure pouvant conduire à une sanction disciplinaire. On retient :

- le respect du principe de contradictoire ; la convocation, écrite, précise « *les faits reprochés ou invoqués* » et « *la possibilité de faire des observations écrites valant contredit* » à transmettre au plus tard sept (7) jours calendaires avant la date de comparution ;
- une distinction entre la convocation en audition simple et l'assignation à comparaître dans le cadre d'une procédure disciplinaire ;
- le formalisme de la décision : la convocation est réalisée obligatoirement par le Secrétaire Général ; toute convocation même simple (sans procédure disciplinaire) réalisée à un échelon inférieur ne peut être considérée comme officielle et, partant, n'est pas contraignante pour l'assujéti qui pourrait s'y soustraire ;
- les délais : au moins 15 jours calendaires avant la date de réunion, sauf « en cas d'urgence dûment indiquée » ;
- la possibilité, en cas de procédure disciplinaire, d'être assisté par un représentant de leur association professionnelle ou de tout autre défenseur.

Ces garanties procédurales sont importantes si tant est qu'avec Jhering, on considère qu'elles sont une condition d'un procès équitable : « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* »².

Circulaire n° 002-2011/CB/C précisant les conditions d'exercice des fonctions d'administrateurs et de dirigeants des établissements de crédit de l'UMOA

Le premier élément significatif de cette circulaire reprend la définition large de la notion de dirigeants déjà en vigueur, incluant différentes personnes gravitant autour du Président et du directeur général³.

Sur cette base, la circulaire organise le système de contrôle de la qualité des dirigeants et de demande de dérogation à la nationalité, prévus à la loi bancaire. Parmi les documents officiels à fournir figurent l'extrait de casier judiciaire du pays d'origine et les copies des diplômes, certifiés conformes, avec une maîtrise ou diplôme équivalent pour tout dirigeant.

Toute modification doit être annoncée trente (30) jours à l'avance. La liste complète est déposée à la fois à la BCEAO et au greffe du registre du commerce et du crédit mobilier.

² R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ème} éd., traduit par O. de Meulenaere, t. III, Paris, Marescq, 1877, p. 158; Bologne, Forni, 1969, p. 164.

³ Sont dirigeants : le Président-Directeur Général, le directeur général et son adjoint, tout administrateur provisoire ou le liquidateur au sens des articles 60 et 62 de la loi bancaire, le secrétaire général, le responsable de l'audit interne, les « conseillers », « toute personne ayant la qualité de directeur ou ayant une influence notable sur la gestion » ainsi que les responsables de départements ou de services, et enfin, l'ensemble des responsables d'agence dès lors qu'ils disposent d'une « autonomie de gestion ».

On peut être sceptique sur l'utilité d'un tel degré de formalisme et de publicité au regard des objectifs de la supervision prudentielle, alors même que le processus en cours de hausse du capital des établissements de crédit devrait évincer les petits établissements du marché : un contrôle des seuls administrateurs, du directeur général et de son adjoint ainsi que du poste stratégique de directeur de l'audit interne devrait suffire⁴.

De plus, l'Histoire regorge de cadres d'entreprises et de dirigeants politiques de hauts niveaux autodidactes, ayant forgé leur carrière au gré de leur expérience acquise et de leurs résultats. Imposer quatre années d'études universitaires à de simples chefs d'agence n'est pas un gage de qualité (d'autant qu'aucune spécialité de diplôme n'est requise) et pourra générer une exclusion de salariés pourtant compétents.

Circulaire n° 003-2011/CB/C relative à l'organisation du système de contrôle interne des établissements de crédit de l'UMOA

Cette circulaire est applicable aux seuls établissements de crédit, les systèmes financiers décentralisés étant régis par l'instruction BCEAO n°017-12-2010⁵ ; elle abroge la circulaire 10-2000/CB du 23 juin 2000.

On note l'introduction du comité d'audit (articles 6 et 7), ayant vocation à être composé essentiellement parmi des administrateurs compétents en la matière, et l'instauration de liens fonctionnels avec l'audit interne et le commissariat aux comptes. L'audit interne est une « *fonction indépendante* » « *directement rattachée à l'organe exécutif* » même si elle doit pouvoir « *informer directement l'organe délibérant ou le Comité d'audit* » (article 11). Son programme d'activité doit être doublement validé par l'organe exécutif (direction générale) et par le comité d'audit, auquel il rend aussi comptes. Il bénéficie ainsi d'un double rattachement qui lui permet de contrôler jusqu'à la direction générale.

Est aussi prévue la mise en place d'un contrôle permanent du respect des procédures et des limites fixées en termes de risques, séparé de l'audit interne (article 9). Dans cette lignée, est aussi imposée la création d'une fonction permanente de contrôle de la conformité, indépendante des entités opérationnelles et pouvant être localisée au contrôle permanent susvisé (articles 27 à 29).

La circulaire comporte une définition des différents risques (crédit / contrepartie, marché, liquidité / règlement, opérationnel, non-conformité).

Enfin, est prévu un *reporting* semestriel à la Commission Bancaire sur le contrôle interne, les diligences de l'audit, et les résultats de la révision semestrielle du

⁴ Il est à noter que la déclaration sur l'honneur devant être signée par tout administrateur ou dirigeant, lui fait certifier qu'il n'est « *impliqué dans aucune procédure pendante devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire, ni suspendu ou démis d'un poste de responsabilité (...)* ». Une telle attestation, aussi large, est non seulement absurde (va-t-on contrôler que ledit dirigeant n'est pas en instance de divorce, ou n'a pas un contentieux territorial avec son voisin ou une administration pour la propriété d'un champ jouxtant sa maison, ou encore a été évincé de la responsabilité de Président du club de football de son village ?), mais aussi attentatoire aux libertés individuelles : ceci relèverait de la vie privée. Or, dans le cadre de la supervision, ledit administrateur ou dirigeant ayant ce type de procès en cours devra bien nuancer son attestation pour ne pas se parjurer, donc divulguer ces informations sans lien avec les objectifs de la supervision prudentielle. L'attestation devrait donc se limiter aux objectifs de la loi bancaire, à savoir uniquement évincer les personnes frappées de l'interdiction d'exercice telle que prévue à l'article 26 de la loi bancaire.

⁵ Instruction BCEAO n° 017-12-2010 relative à l'organisation du contrôle interne au sein des Systèmes Financiers Décentralisés.

portefeuille. Ne sont toutefois précisés ni l'entité responsable ni les signataires des rapports⁶.

Cette circulaire met donc le contrôle interne des établissements de crédit de l'UMOA aux standards internationaux. On regrettera éventuellement le peu de détail porté à la gestion des risques liés aux systèmes d'information et de gestion et à ses apports dans le dispositif, les mentions se limitant à une phrase au titre du risque opérationnel.

On pourrait enfin souhaiter que les plus importants SFD de l'UMOA – non pas tous ceux de l'article 44 supervisés par la Commission Bancaire, mais les quelques majors du secteur dont le total de bilan excède par exemple 20 milliards FCFA⁷ – soient soumis à l'essentiel de ces dispositions et non uniquement aux dispositions, plus souples, de l'instruction 017-12-2010 relative aux SFD (cf. *TFD*, n°102, mars 2011).

Circulaire n° 004-2011/CB/C relative aux conditions d'exercice du commissariat aux comptes auprès des établissements de crédit de l'UMOA

La base de l'information réside dans des états financiers certifiés et de qualité, ce qui n'a pas toujours été de soi, y compris dans les pays développés, comme en ont témoigné il y a une décennie les affaires ENRON et WORDCOM⁸.

Les commissaires aux comptes sont nommés pour une durée de trois (3) ans après approbation de la Commission bancaire. Celle-ci peut retirer l'approbation pour « les motifs qu'elle apprécie », notamment pour des travaux de qualité insuffisante⁹. Le retrait de l'approbation peut emporter l'interdiction d'être nommé auprès de tout autre établissement de crédit¹⁰.

La certification de la régularité et de la sincérité des états financiers peut être sans réserve, ou par exception avec réserves, et faire alors l'objet d'un rapport circonstancié. Pour certifier les comptes, les commissaires doivent obligatoirement réaliser certaines diligences renforcées¹¹.

Circulaire n° 005-2011/CB/C relative à la gouvernance des établissements de crédit de l'UMOA

Cette circulaire reprend, comme elle le souligne elle-même, des dispositions déjà souvent contenues dans le droit des sociétés commerciales et, le cas échéant, dans la loi bancaire. Son mérite est double :

6 Président du conseil d'administration, directeur général, responsable du comité d'audit, responsable de l'audit interne, etc.

7 Soit 30,5 millions EUR.

8 L'éventuel travail des agences de notations – qui sont par ailleurs sous le feu de l'actualité – ne vient qu'en second rang et, au demeurant, n'a de sens que pour des établissements fonctionnant sous un régime de Bâle II ou III, ce qui n'est pas le cas des établissements de crédit de l'UMOA dont le ratio de solvabilité n'intègre pas la notation du client à la pondération de l'actif prudentiel (que ce soit selon une méthode de notation interne ou externe).

9 Il est précisé que le retrait de l'approbation n'est pas une sanction disciplinaire, ce qui semble indiquer qu'elle ne porte pas préjudice et n'a pas à respecter le formalisme prévu pour de telles sanctions. On peut aussi penser que cela prive l'entreprise de certaines voies de recours.

10 Une telle interdiction est d'ailleurs intervenue pour une firme d'audit dans l'autre sous-région de la Zone franc CFA, au Cameroun, il y a quelques temps, pour cause de certification jugée « complaisante » auprès d'établissements financiers de la place. La menace n'est donc pas que théorique.

11 Ils doivent notamment examiner « l'organisation interne, le fonctionnement des organes sociaux, l'exercice du contrôle interne, la qualité du système d'information et comptable, la gestion et la qualité des risques, ainsi que le respect de la réglementation prudentielle ». Ils doivent par ailleurs produire annuellement un rapport sur les cinquante (50) plus gros risques et un autre sur l'évaluation du contrôle interne.

- Elle élargit l'application de certaines dispositions aux sociétés autres que les sociétés anonymes qui pourraient, par exception, être agréées : banques à statut légal spécial et sociétés coopératives agréées en tant que banque.
- Elle introduit quelques précisions relevant du gouvernement d'entreprise.

Au titre de ces mesures, on note :

- la détermination, par l'Assemblée générale, de l'indemnité annuelle de fonction des administrateurs ; il n'est toutefois pas précisé si l'allocation est globale ou si le détail des rémunérations par administrateur relève de l'Assemblée ;
- le principe d'administrateurs indépendants, c'est-à-dire « *capables de porter un jugement indépendant sur les activités de l'établissement* » ; la circulaire ne précise toutefois pas le pourcentage minimum d'administrateurs indépendants dans l'organe, ni sur la notion d'« indépendance » (laquelle suppose tout de même de ne pas représenter d'actionnaires significatifs) ;
- l'exercice, par l'organe délibérant, de la plénitude de ses attributions, notamment en le responsabilisant sur l'adoption des procédures, y compris de codes de déontologies, de l'organigramme, de la mise en place en son sein d'un Comité d'Audit ;
- l'absence d'immixtion des administrateurs dans la gestion courante de la société, relevant du directeur général ou plus largement de « l'organe exécutif » ;
- la mise en place d'outils de gestion et de planification, comme un plan d'affaires pluriannuel, des outils de suivi, des procédures de gestion des risques adaptés et formalisés ;
- et enfin, la mise en place d'outils de contrôle, dont le désormais inévitable dispositif antiblanchiment.

Cette circulaire vient en complément de celle sur le dispositif de contrôle interne ; les deux circulaires sont partiellement imbriquées et gagnent à être appréhendées en commun.

Circulaire n° 006-2011/CB/C relative à la mise sous administration provisoire des établissements de crédit et des SFD de l'UMOA, et n° 007-2011/CB/C relative à la liquidation des établissements de crédit et des SFD de l'UMOA

Les décisions de mise sous administration provisoire et de retrait d'agrément / liquidation¹² constituent la clef de voûte d'un dispositif de supervision crédible et partant d'une supervision effective ; s'agissant d'institutions financières recevant le plus souvent des fonds du public, la décision de sanction constitue un acte majeur de la supervision, qui est à protéger de considérations politiques et dont le processus doit être aussi fluide que possible.

12 Le retrait d'agrément et la liquidation sont deux actes distincts. La liquidation peut être ordonnée après un retrait d'agrément ou lorsque l'activité est exercée sans que l'agrément ait été obtenu.

Quelle procédure ?

Le régime en vigueur dans l'UMOA partage la responsabilité de sanctionner entre la Commission Bancaire, voire la BCEAO¹³, et le ministre des Finances :

- pour les établissements de crédit, la Commission Bancaire est compétente pour agir ;
- pour les systèmes financiers visés à l'article 44 de la loi les réglementant, la BCEAO et la Commission Bancaire sont toutes deux compétentes pour décider de l'administration provisoire ou de la liquidation ;
- pour les systèmes financiers décentralisés « hors article 44 », c'est à-dire avec moins de deux (2) milliards FCFA d'épargne ou de crédit¹⁴, le ministre des Finances est seul compétent ; les circulaires 006 et 007-2011 ne sont pas applicables.

En cas de décision prise par la Commission Bancaire voire par la BCEAO, le ministre est responsable d'effectuer la nomination (désignation) par arrêté : il « *dispose d'un délai maximum de sept (7) jours calendaires* »¹⁵ pour le faire.

En cas de défaut de nomination, il est prévu non pas un appel, mais la possibilité d'« *évoquer la question devant le Conseil des Ministres de l'UMOA* », ce qui signifie un renvoi du dossier aux politiques en espérant que la pression des pairs sera suffisante.

Il s'agit là d'une limite institutionnelle de l'UMOA, conséquence notamment de l'absence de fusion totale des deux traités qui aurait pu faire intervenir la Cour de Justice de l'UEMOA, statuant dans une telle hypothèse en urgence.

Du reste, il eut été plus efficace de réserver la mise sous administration provisoire à la Commission Bancaire ou un Comité des sanctions en son sein, avec appel possible par l'assujetti ou le ministre devant la Cour de Justice de l'UEMOA. S'agissant de la liquidation, qui constitue un niveau de sanction allant de pair avec le retrait d'agrément¹⁶, il eut été indiqué de rester à une compétence partagée, mais avec toujours un appel devant la Cour de Justice de l'UEMOA, et non avec l'évocation devant le Conseil des ministres.

Tel n'est toutefois pas l'état du droit positif, alors même que la décision de liquidation, jusqu'à présent, n'est pas facilitée par l'absence de fonds de garantie des dépôts des particuliers¹⁷.

Modulation des mandats des administrateurs provisoires

La décision de nomination précise l'étendue de ses pouvoirs, ce qui doit permettre des administrations provisoires partielles. Aucune disposition légale ou

¹³ Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest.

¹⁴ Soit environ 30,5 millions €.

¹⁵ Dans certains cas d'urgence pour une administration provisoire, ceci peut déjà constituer une trop longue durée ; certaines mesures conservatoires devraient pouvoir être prises dans l'heure en cas de problèmes très graves, comme par exemple pour bloquer certaines fuites de fonds.

¹⁶ La liquidation intervient fondamentalement dans deux cas : après un retrait d'agrément ou en cas d'exercice sans agrément.

¹⁷ Les fondements législatifs existent désormais pour de tels mécanismes de garantie des dépôts ; il reste à trouver un dispositif adapté et à les mettre en place. Selon nos informations, la BCEAO y travaille, d'abord pour les établissements de crédit, puis pour les Systèmes Financiers Décentralisés. Ceci pourrait aboutir en 2011-2012.

réglementaire ne limite la durée de l'administration provisoire, même si la décision de nomination précise la durée de la mission. De renouvellement en renouvellement, cela peut durer des années, ce qui arrive parfois en microfinance, avec le cas extrême d'une administration provisoire d'une durée supérieure à dix ans.

Rien ne semble limiter la liberté de nomination du ministre en termes de choix de l'administrateur ou du liquidateur, qui pourrait donc être une personne morale ; un autre établissement ou, dans le cas d'un réseau financier mutualiste, la structure faitière (union, fédération, confédération) pourrait ainsi être nommé.

Coût de l'administrateur provisoire et du liquidateur : qui paye quoi ?

La décision de nomination précise les conditions de rémunération. Un mandataire avisé demandera à être payé par l'administration (État ou superviseur sous-régional) pour être certain de l'être, quitte à ce que l'autorité monétaire se retourne contre l'établissement pour tenter de se faire rembourser.

Il eut été utile de mettre en place, dans les textes, un fonds ou un mécanisme d'avance des frais et salaires du ou des mandataires avec institution d'une créance privilégiée de l'État ou de la BCEAO sur l'établissement considéré pour se faire rembourser... dans la mesure où il resterait des fonds disponibles.