



AVIS N°002/2012- 13

Du 05/06/2013

COUR DE JUSTICE

DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE ET MONETAIRE DE L'AFRIQUE CENTRALE

“ AU NOM DE LA COMMUNAUTE “

La Cour (Chambre Judiciaire) de Justice de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), siégeant à N'Djamena (République du Tchad) en Chambre du Conseil, le cinq juin deux mille treize et composée de :

Présents :

- M. Pierre KAMTOH, Président, Rapporteur ;
- M. Antoine MARADAS, Juge ;
- M. DADJO GONI, Juge ;
- M. Georges TATY, Juge ;
- Mme Julienne ELENGA NGAPORO, Juge ;
- Me RAMADANE GOUNOUTCH, Greffier ;

- M. Pierre KAMTOH, Président Rapporteur ;
- M. Antoine MARADAS, Juge ;
- M. DADJO GONI, Juge ;
- M. Georges TATY, Juge ;
- Mme Julienne ELENGA NGAPORO, Juge ;

**Demande d'avis du
Secrétaire Général de la
COBAC**

Assistés de Maître RAMADANE GOUNOUTCH,
Greffier ;

A émis le présent avis à la demande de Monsieur le Secrétaire Général de la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC) ;

LA COUR

Vu la demande d'avis formulée le 11 juin 2012 par le Secrétaire Général de la COBAC ;



EXPEDITION

Vu le Traité instituant la CEMAC et l'Additif audit Traité relatif au système institutionnel et juridique de la Communauté ;

Vu la Convention du 5 juillet 1996 régissant la Cour de Justice de la CEMAC ;

Vu l'Acte Additionnel n°006/CEMAC/041 – CCE – CJ – 02 du 14 décembre 2000 de la Conférence des Chefs d'Etat portant Statuts de la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC ;

Vu l'Acte Additionnel n°004/CEMAC/041 – CCE – CJ – 02 du 14 décembre 2000 de la Conférence des Chefs d'Etat portant Règlement de procédures de la Chambre Judiciaire de la Cour de Justice de la CEMAC ;

Vu l'Acte Additionnel n°1 du 11 mai 2012 autorisant les membres de la Cour arrivés en fin de mandat à demeurer en fonctions ;

Sur rapport de Monsieur le Président Pierre KAMTOH,

Après examen en chambre du conseil ;

I. Rappel des faits et des questions posées

Le 17 juin 2010, les Sociétés Afriland First Bank et Afriland First Group ont saisi la Cour de Justice de la CEMAC d'un recours en annulation de la Décision COBAC D – 2009/223 du 03 décembre 2009 qui avait refusé d'autoriser la modification de l'actionnariat de cette banque. A l'appui de leur demande, les requérantes ont invoqué l'absence dans la réglementation COBAC de la définition des critères qui justifient l'octroi ou le refus de l'autorisation de modification de l'actionnariat d'une banque.

Statuant par arrêt n°017/2011 du 23 juin 2011 la Cour a par voie d'exception d'illégalité jugé illégal le règlement COBAC R 93/09 du 19 avril 2009 relatif aux modifications de situation des établissements de crédit et partant annulé sa décision D – 2009/223 du 03 décembre 2009 pour défaut de base légale.

Le 11 juin 2012, le Secrétaire Général de la COBAC l'a saisie d'une demande d'avis consultatif sur les difficultés que cet Organe rencontre du fait de la mise en cause de la légalité du Règlement COBAC R- 93/09 précité par l'arrêt du 23 juin 2011 critiqué, en relevant :

- que les règlements n°93/09, 93/11, 98/03, 2001/07 et 2010/01 relatifs aux modifications de situation des établissements de crédit, à la comptabilisation et au provisionnement des créances en souffrance et des engagements par signataires douteux, au contrôle des établissements de crédit, et à la division des risques desdits établissements, ne peuvent être déclarés illégaux du fait de leur non-conformité aux « Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace » que si l'on admet que lesdits Principes font partie du droit primaire ou dérivé de la CEMAC, ce qui n'est pas le cas ;
- que les Principes édictés par le Comité de Bâle ne sauraient être considérés comme des principes généraux du droit ;
- qu'il « apparaît que la Cour a rattaché, de manière plutôt inattendue, le règlement COBAC R-93/09 au Principe n°3 et a déclaré ledit règlement illégal sur cette base » entérinant dès lors une situation contraire au *Principe fondamental n°4*.

Le Secrétaire Général de la COBAC les pose questions suivantes :

« *Les Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace* édictés par le Comité de Bâle font- ils partie ou non du droit positif de la CEMAC ? »

- « dans la négative (c'est-à-dire si les Principes fondamentaux édictés par le Comité de Bâle étaient considérés par la Cour hors corpus juridique de la CEMAC), y a – t – il un autre fondement légal sur la base duquel la non prise en compte de ces principes dans des actes posés par un Etat, une Institution ou un Organe de la CEMAC pourrait motiver l'annulation ou la mise en cause desdits actes ? »
- « dans le cas contraire (c'est-à-dire où les *Principes fondamentaux* seraient jugés par la Cour comme partie intégrante du corpus juridique de la CEMAC), y a – t – il lieu de considérer comme illégaux l'ensemble des actes réglementaires de la COBAC qui n'apparaîtraient pas conformes auxdits Principes ?

Au vu des appréciations portées par les missions d'évaluation conduites par les experts internationaux, il pourrait s'agir notamment des Règlements COBAC R - 93/11, relatif aux participations d'établissements de crédit dans le capital des entreprise, R - 98/03 relatif à la comptabilisation et au

provisionnement des créances en souffrance et des engagements par signature douteux, R - 2001/07, 2010/01 et 2010/02 précités.

La COBAC a saisi le Fonds Monétaire International, le Comité Bâle et les Autorités Monétaires Nationales en même temps que la Cour de cette demande d'avis.

La Cour l'a communiquée en copies aux Gouvernements des Etats membres et à la Commission de la CEMAC pour leurs observations éventuelles.

A ce jour, seuls le Gouvernement de la République du Cameroun et le Département Juridique du FMI ont fait parvenir leurs observations à la Cour, signées respectivement du Ministre d'Etat, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, du Ministre des Finances, en ce qui concerne le Cameroun, et de M. BAREND Jansen, Assistant General Counsel Financial and Fiscal Law Unit Legal Department, s'agissant de la correspondance venue du FMI.

II. Les observations produites devant la Cour

a) Observations du Ministre d'Etat, Ministre de la Justice

Dans sa lettre du 26 septembre 2012 le Ministre d'Etat, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux relève ce qui suit :

« Suite à votre lettre de référence, j'ai l'honneur de vous communiquer les observations de l'Etat du Cameroun sur la demande d'avis consultatif visée en objet.

Cette demande est conforme à l'article 6 de la Convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC qui habilite ladite Cour à émettre des avis sur la conformité aux normes juridiques de la CEMAC, des actes juridiques ou de projets d'actes initiés par un Etat membre ou un organe de la CEMAC dans les matières relevant du domaine des traités, et à l'Acte n°006/CIJ/CEMAC/PCJ du 22 février 2006 portant Note d'information sur les demandes d'avis consultatifs et les modalités de saisine de la Chambre Judiciaire.

Quant au fond, les principes fondamentaux de contrôle bancaire efficace édictés par le Comité de contrôle bancaire de Bâle en Suisse n'ont pas la valeur juridique contraignante. Ceux-ci ont pu faire l'objet de directives de l'Union Européenne selon leur importance, sans pour autant constituer des normes opposables au Droit communautaire de la CEMAC et aux Règlements de la COBAC.

Par conséquent, l'Etat du Cameroun confirme l'intérêt de l'examen de cette demande par une composition de la Cour de Justice autre que celle qui a rendu l'Arrêt de la Chambre Judiciaire n°017/2011 du 23 juin 2011.

Veillez agréer, Monsieur le Premier Président, l'expression de ma parfaite considération. »

b) Observations du Ministre des Finances

Par correspondance du 24 octobre 2012 le Ministre des Finances a adressé à la Cour les observations ci-après :

« Par courrier du 04 juin 2008, Afriland First Bank a sollicité l'autorisation préalable de la COBAC dans le cadre de la cession des participations détenues par certains actionnaires dans son capital à Afriland First Group, un holding créé pour « assurer le développement du Groupe et renforcer les capacités financières de ses filiales ».

Lors de sa session ordinaire du 03 décembre 2009, la COBAC a décidé de ne pas autoriser la modification de la structure de l'actionnariat de cette banque aux motifs notamment que la fraction du capital à céder (73,54%) était supérieure à celle validée par l'Assemblée Générale du 23 mai 2008 (69,35%), et l'instabilité de l'actionnariat du holding relevée en moins d'une année et qui n'était pas de nature à rassurer la COBAC ; cette dernière n'étant pas en mesure d'apprécier la qualité de leur situation financière.

A la notification de cette décision, le Président du Conseil d'Administration d'Afriland First Bank a introduit le 6 janvier 2010 un recours gracieux contre celle-ci. Suite au refus de la COBAC, Afriland First Bank et Afriland First Group ont saisi le 15 juin 2010 la Cour de Justice en annulation de la décision COBAC D-2009/233.

A l'issue des débats au fond, la cour a jugé illégal, le règlement COBAC R-93/09 du 19 avril 1993 relatif aux modifications de situation des établissement de crédit et annulé la décision COBAC D-2009/233 du 03 décembre 2009 pour défaut de base légale, d'après la Cour, ce règlement n'a pas prévu les critères devant servir de base à toute décision d'accord ou de refus de l'autorisation préalable de la COBAC pour la modification de la structure de l'actionnariat des établissements de crédit.

Au regard de ce qui précède, il est demandé à la Cour de Justice de la CEMAC son avis sur les trois questions suivantes :

Question 1 :

Le « principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace » édictés par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire font-ils partie ou non du droit positif de la CEMAC ?

Réponse

Le droit positif est l'état des règles de droit en vigueur à un certain moment et dans un endroit donné. Il s'agit de l'ensemble des règles de droit (légiférées ou jurisprudentielles) qui sont applicables aujourd'hui dans un état ou une communauté d'Etats.

S'agissant particulièrement des règles internationales, leur insertion ou intégration dans un espace communautaire donné s'opère par l'adoption des directives par les instances communautaires. Celles-ci seront suivies par des actes des autorités des Etats composant la communauté qui réalisent leur transposition en droit interne, condition sine qua non pour qu'elles produisent leurs effets.

A ce titre, et concernant les principes fondamentaux « pour un contrôle bancaire efficace », le Parlement Européen a adopté le 28 septembre 2005 la Directive CRD (Capital Requirements Directive) sur proposition de la Commission Européenne à la suite de l'adoption en juin 2004 de l'Accord de Bâle II. Cette Directive est entrée en vigueur le 20 juillet 2006, et les Etats Membres devaient l'intégrer dans leur droit interne jusqu'au 1^{er} janvier 2007.

Parlement Européen et le Conseil des Ministres des Finances ont adopté une autre Directive dite « CRD2 » le 7 décembre 2009. Cette révision de la CRD de la CRD1 est intervenue afin d'intégrer des modifications portant sur les grandes expositions, la titrisation, les instruments de capital hybrides et les conditions de leur admission, la liquidité et la supervision des établissements de crédit.

Le 13 juillet 2009, la Commission a de nouveau publié une révision dite de « CRD » qui prévoit d'imposer une surveillance des politiques de rémunération des dirigeants et des personnes appelées à prendre des risques, incluant des exigences de fonds propres supplémentaires lorsque les politiques de rémunération encouragent une prise de risque excessive.

On note à travers ces révisions que malgré le fait que l'accord de Bâle adopté en juin 2004 n'avait subi aucune modification, les autorités européennes devaient procéder à la modification des directives afin de les adapter aux nouvelles exigences du marché.

Avec l'entrée en vigueur du nouvel accord de Bâle III en janvier 2013, il est évident qu'une CRD4 serait adoptée avant la fin de l'année.

A l'épreuve des faits, aucune directive n'a été prise au niveau de la CEMAC pour s'approprier ces principes dans notre espace. Or, la directive est une source de droit irréfragable avec un effet direct pour les Etats sans qu'ils y aient besoin de procéder à la ratification.

Devrait-on considérer, par extraordinaire, les règlements pris par la COBAC sous l'égide des principes pour un contrôle bancaire efficace comme des directives en procédant à une appréciation matérielle et non formelle (Parallèle avec les circulaires interprétatives, Arrêt de la Jurisprudence Française, Institution Notre Dame du Kreisker) ?

Même si cette hypothèse était prise en compte, il reste constant que si ces principes étaient des règles contraignantes, ceux-ci devraient apparaître dans le visas des conventions de 1990 portant création de la COBA, 1992 portant harmonisation de la Règlementation Bancaire en Afrique Centrale, et les règlements relatifs aux ratios prudentiels. En outre, le seul fait d'introduire la disposition d'un instrument international (conventions, traités) dans sa législation, ne constitue pas la ratification de cet instrument ou sa transposition à moins qu'on ait participé à son édicition. C'est la raison pour laquelle les autorités européennes bien qu'ayant participé à l'adoption desdits principes, ont pris des directives pour les intégrer dans leur espace communautaire.

A titre de rappel, il faut relever que les travaux du Comité réunissent les responsables du Contrôle bancaire et les gouverneurs de banques centrales de 27 pays du monde (aucun n'appartenant à la Sous-région Afrique Centrale). Il s'agit d'un organe international de régulation chargé d'édicter les normes prudentielles bancaires.

Pour ce qui est de la nature juridique des principes, il convient de relever que le Conseil d'Etat Français a considéré que « toutes les règles de droit international s'imposent aux

Etats, y compris les principes généraux de droit public international, (CE, sect 23 octobre 1978, Sté Nachfolger Navigation Company), mais la coutume internationale ne saurait prévaloir sur la loi (CE, ass, 6 juin 1997, Aquaronne).

A contrario, les principes pour un contrôle bancaire efficace n'ont pas été consacrés par un juge (donc ne sauraient être considérés comme des principes généraux). De plus, le Comité de Bâle n'est pas une instance ayant le même statut que les Nations Unies ou toutes autres organisations internationales. Il s'agit d'un « cadre volontaire de normes minimales de saines pratiques de contrôle ». Il ne s'agit donc pas d'une compétence liée mais d'un pouvoir discrétionnaire.

De ce qui précède, on note que ces principes sont des recommandations dans caractère l'égal ni règlement. S'ils sont largement suivis par les Etats, c'est parce qu'ils sont édictés par leurs autorités (de 27 pays) et surtout parce que les établissements de crédit des pays qui ne s'en inspirent pas, sont sanctionnés par le marché (prime de risque, impact sur le coût des ressources, réduction des bénéfices) ou dégradés par les agences de notation. la contrainte n'est pas d'ordre juridique mais d'opportunité technique et financière. Par conséquent, et en l'état actuel du droit, ils ne font pas partie du droit positif de la COBAC.

Question 2 :

Dans la négative (c'est – à – dire si les Principes fondamentaux édictés par le Comité de Bâle étaient considérés par la cour hors du corpus juridique de la CEMAC), y a-t-il un autre fondement légal sur la base duquel la non prise en compte de ces principes dans les actes posés par Etat, une Institution ou un Organe de la CEMAC pourrait motiver l'annulation ou la mise en cause desdits actes ?

Réponse :

Etant donné que ces principes ne sont que des recommandations formulées par le Comité de Bâle, et considérant qu'il n'existe aucune directive prise par les instances de la CEMAC se rapportant à ces principes, les seules règles sont celles qui ont été édictées par la BEAC ou la COBAC.

Mais bien qu'il n'existe aucune base légale « formelle » pouvant motiver l'annulation ou la mise en cause desdits actes (règlements, ratios prudentiels, avis émis par la COBAC sur les requêtes introduites en exécution desdits règlements), une appréciation matérielle desdits principes pourrait conduire à la consécration par le juge des règles

jurisprudentielles relatives au contrôle bancaire efficace (Arrêt de la Jurisprudence Française, Institution Notre Dame du Kreisker). C'est la formulation des arrêts de principe.

L'analyse et l'appréciation porteront sur la pertinence, l'opportunité et à la justesse des mesure et avis donnés par la COBAC notamment les motifs de refus ou d'acceptation par rapport aux requêtes qui lui sont soumises.

Mais, on ne pourrait pas considérer la décision rendue par la Cour de Justice le 06 juillet 2011 comme rentrant dans la sphère des arrêts de principe car l'appréciation ayant fondé son jugement n'a pas porté sur le principe 4 qui se rapporte à la modification de la structure de l'actionnariat au sein des établissement de crédit, mais sur le principe 3 relatif au critère d'agrément Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique Centrale et son annexe.

Certes, il est de bonne administration de définir des critères, gage de l'objectivité et de l'impartialité, mais leur absence ne saurait présager un déficit de transparence ou d'objectivité. Au-delà, les mutations de la finance font qu'il est quasiment impossible de définir de manière exhaustive lesdits critères. Ainsi, une marge de manœuvre (subjectivité) sera toujours donnée à l'organe de supervision dans l'appréciation des requêtes soumises à son examen quand bien même les critères seront définis. En outre, il faut relever que le principe 4 qui porte sur « le transfert de propriété significatif », n'évoque pas lesdits critères.

L'évolution qu'a connue le droit français en la matière (Ordonnance n°2009-897 du 24 juillet 2009 relative à l'évaluation prudentielles des acquisitions et des augmentations de participations dans les entités du secteur financier et le décret n°2009-1223 du 12 octobre 2009 définissant les critères d'appréciation), n'est pas la conséquence de la prise en compte du principe 4 mais la consécration de la bonne administration facilitée de la structure par une pratique consommée des activités relatives à la modification de la structure de l'actionnariat au sein des établissement de crédit.

En conclusion, ce sont les éléments matériels qui permettent d'apprécier la justesse des décisions rendues par la COBAC, et non l'existence d'un autre fondement légal, fût-il un principe édicté par le Comité.

Question 3 :

Dans le cas contraire (c'est-à-dire au cas où les principes fondamentaux seraient jugés par la cour comme faisant partie intégrante du corpus juridique de la CEMAC) y a-t-il lieu de considérer comme illégaux l'ensemble des actes réglementaires de la COBAC déjà édictés et qui n'apparaîtraient pas conformes auxdits principes ? Au vu des appréciations portées par les missions d'évaluation conduites par des experts internationaux, il pourrait s'agir notamment des Règlements COBAC R-93/11 relatif aux participations d'établissements de crédit dans le capital d'entreprises, R-98/03 relatif à la comptabilisation et au provisionnement des créances en souffrance et des engagements par signature douteux, R-2001/07 relatif au contrôle interne dans les établissements de crédit, R-2010/01 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit R-2010/02 relatif à la division des risques des établissements de crédit, ainsi que des Décisions COBAC subséquentes.

Réponse :

Comme mentionné plus haut, ces principes sont des recommandations formulées par le Comité de Bâle. Les Etats les suivent non à cause de leur caractère contraignant mais pour leur efficacité afin d'éviter d'être sanctionné par le marché. L'Exemple de la Directive CRD d'octobre 2005 est illustratif de ce point de vue. Le projet initial de directive posait le principe d'une surveillance sur base individuelle alors que le périmètre de surveillance de l'Accord de Bâle se situait à un niveau consolidé. La directive adoptée en 2005 étend les dérogations qui permettent une surveillance sur base consolidée pour éviter des distorsions de concurrence avec le reste du monde, en particulier avec les Etats Unis d'Amérique. On se rend compte la Directive a dû être modifiée pour doter les établissements de crédit européens d'armes pour servir de contrepoids aux établissements de crédit américains, et non pas forcément pour se mettre en phase avec les principes édictés par Bâle. C'est une question de pragmatisme.

Ainsi, les principes fixent un cadre général. Les autorités de contrôle déterminent les règles en fonction des spécificités propres à chaque pays ou ensemble de pays (niveau de développement, produits dérivés, profil des risques...etc) Elles n'ont pas intérêt à s'écarter desdits principes si elles veulent promouvoir les activités des établissements de crédit qui sont sous sa supervision, et ce dans un contexte d'internationalisation des activités bancaire et des nouvelles exigences de la finance moderne en termes

d'innovation financières, concurrence, conquête des clients, les nouveaux enjeux de la mercatique, le développement de la télématique.

Les principes prennent en compte également la notion de spécificité. A cet effet, « ils n'ont pas vocation à couvrir l'ensemble des besoins et situation spécifique à chaque système bancaire ». Il s'agit d'un « cadre volontaire de normes minimales pour de saines pratiques de contrôle ; les autorités nationales sont libres de mettre en place des mesures complémentaires qu'elles considèrent nécessaire pour parvenir à un contrôle efficace dans leurs juridictions » ou législations. C'est la prise en compte du principe que la jurisprudence française a énoncé dans le domaine des libertés publiques « aux situations différentes, doivent s'appliquer des règles différentes ».

Rappelons une fois de plus que ces principes ont été édictés par des pays qui ont les systèmes bancaires et financiers plus avancés avec des produits financiers plus complexes que ceux que l'on rencontre dans notre espace communautaire. Or, c'est en considération de ces évolutions que ces principes ont été mis en place.

Prendre en compte ces principes tels qu'ils se présentent pourrait porter préjudice aux « petites banques » de notre sous région qui ne pourraient pas suivre le rythme notamment en terme de fonds propres plus importants.

Ce qui doit préoccuper au premier chef l'autorité de contrôle, c'est la robustesse et l'équilibre de notre secteur bancaire. Par conséquent, le cadre réglementaire doit prendre en compte cet objectif. Il s'agit de trouver un équilibre entre la fluidité du système et la maîtrise du profil des risques. C'est dans ce sillage que certains principes relatifs aux risques (risque opérationnel, risque de taux d'intérêt dans le portefeuille bancaire, processus de gestions des risques) affirment que « ces politiques et procédures doivent être adaptées à la taille et à la complexité de ce risque ».

La régularité ou la légalité des Règlements COBAC (R-93/11 relatif aux participations d'établissements de crédit dans le capital d'entreprises, R-98/03 relatif à la comptabilisation et au provisionnement des créances en souffrance et des engagements par signature douteux, R-2001/07 relatif au contrôle interne dans les établissements de crédit, R-2010/01 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit et R-2010/02 relatif à la division des risques des établissements de crédit) et autres décisions prises par la COBAC doit être appréciée à l'une, non pas du caractère contraignant des principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace mais de leur pragmatisme, ou leur apport dans la mise en place d'un secteur financier et bancaire plus solide.

Cette régularité ou légalité doit également être déterminée par une appréciation par le juge de la pertinence des motifs invoqués, la justesse de l'analyse, de la véracité des faits avancés et enfin l'objectivité et l'impartialité dans le traitement des requêtes soumises à la COBAC par les établissements de crédit. »

c) Observations du Département Juridique du FMI

Le 17 janvier 2013, le Secrétaire Général Adjoint de la COBAC a fait parvenir au greffe « l'avis du Département juridique du FMI » ainsi conçu :

« Nous faisons suite à votre demande d'avis relative d'une part, à la portée juridique des standards internationaux émis par le Comité de Bâle sur le contrôle Bancaire et consistant dans les « *principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace* », ci-après également désignés « les Principes » et d'autre part, concernant la conformité du règlement R-993/09 de la COBAC au regard de ces Principes, en particuliers les Principes 3 et 4.

Concernant votre première question, bien que le Fonds ne soit pas en mesure de délivrer un avis juridique concernant la nature juridique des Principes, on peut néanmoins observer qu'à l'instar de la majorité des standards internationaux en matière financière, les Principes sont communément considérés par la doctrine spécialisée comme juridiquement non contraignants et qualifiés de « *soft law* » dans la mesure où ils se limitent à énoncer des principes de référence, de guidance à l'attention de différentes autorités nationales concernées en vue l'élaboration de leur cadre juridique et politique de contrôle. L'argument majeur conduisant à ne pas considérer les Principes comme une source formelle du droit international public consiste dans les faits qu'ils ne correspondent pas à aucune des sources formelles du droit international prévues par l'article 38 de la Cour Internationale de Justice (à savoir, les Conventions internationales-encore appelées traités-, les coutumes internationales comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, les principes généraux du droit ou encore les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes). Leur valeur juridique non contraignante est également reconnue par les Principes eux-mêmes qui soulignent que à cet égard que leur mise en valeur peut varier selon les juridictions en fonction des

particularités/nécessités locales, notamment le degré de développement de la juridiction concernée.

Sous l'angle du droit interne, bien que les Etats pourraient toujours concevoir de conférer aux Principes une force juridique contraignante dans leur ordre juridique interne, on a pas connaissance d'une telle pratique (pratique que les services du Fonds ne recommanderaient d'ailleurs pas). En général, les Etats se réfèrent plutôt aux Principes dans les commentaires officiels de leurs projets de législation relative au secteur financier comme une guidance de leur réforme, sans toutefois leur conférer un statut juridique formel particulier.

Concernant votre seconde question, on s'abstiendra ici de fournir une évaluation de la conformité de ladite réglementation aux Principes concernés isolément du reste du cadre légal et réglementaire. Ceci étant dit, il apparaît que la question essentielle consiste plutôt dans celle de savoir s'il est de bonne pratique internationale de prévoir dans la loi ou la réglementation les critères d'appréciation au regard desquels l'actionnariat d'une banque doit être évalué. A cet égard, on relève que le Principe 3 requiert que « *l'autorité qui accorde l'agrément doit être habilitée à fixer des critères et à rejeter les candidatures d'établissements n'y satisfaisant pas* », le Principe 4 ajoutant que « *l'autorité de contrôle bancaire est habilitée à examiner et à rejeter toute proposition visant à opérer le transfert d'une participation significative à des tiers (...) dans des banques existantes, que ces pouvoirs soient détenus directement ou indirectement* ». La méthodologie des Principes élaborés par le Comité de Bâle précise, d'une part, que les critères d'agrément « *peuvent trouver leur fondement dans des critères définis par la législation ou les dispositions réglementaires* » et d'autre part, que les critères pour refuser le transfert d'une participation significative d'une banque existante sont comparables à ceux utilisés pour apprécier la qualité de l'actionnariat dans le contexte de la délivrance d'un agrément bancaire.

La question de savoir si les critères d'appréciation de l'actionnariat doivent être établis dans la loi elle-même, dans une réglementation secondaire ou encore dans tout autre instrument juridique, dépend, en définitive, du cadre juridique – et des contraintes qui en découlent – de la juridiction concernée. Toute norme secondaire devrait bien entendu bénéficier d'une base juridique solide au niveau même de la loi. En tout cas, sur base de notre expérience, on observe qu'un nombre croissant de juridiction consacrent ces critères au niveau de la loi elle-même. Bien plus, dans le cadre de son assistance technique auprès de ses membres, le Département juridique du Fonds

préconise généralement de procéder de la sorte afin d'améliorer la sécurité juridique et la transparence de la norme et, dès lors, la qualité de l'ensemble du cadre juridique de contrôle.

Nous espérons avoir contribué à répondre à vos interrogations ».

x x
x

III. Sur la recevabilité de la demande d'avis

La Cour, dans son rôle consultatif, émet des avis de conformité aux normes juridiques de la CEMAC des actes juridiques ou des projets d'actes initiés par un Etat membre ou un organe de la CEMAC dans les matières relevant du domaine des traités, dispose l'article 6 de la Convention précitée.

Ces normes renvoient à l'ensemble des textes fondateurs et subséquents pour lesquels les autres textes ont une obligation de conformité, c'est-à-dire au droit primaire et au droit dérivé. S'il est vrai que les décisions de la Cour ne sont non pas des actes juridiques, mais des actes juridictionnels, cette Institution Judiciaire communautaire a cependant estimé dans l'avis n°001/2011 du 23 novembre 2011 que rien ne lui interdit, en tant que garante de l'existence de la Communauté de droit, de connaître d'une demande d'avis sur les difficultés que rencontrent les Institutions, Organes et Institutions Spécialisées dans l'application des normes communautaires.

Certes la fonction consultative de la Cour ne peut être qu'abstraite, informative et pédagogique, au sens de l'article 6 précité ; elle dit le droit dans son rôle consultatif sans procéder au règlement d'un litige ou au réexamen d'une décision critiquée.

La demande de la COBAC est donc recevable en la forme.

IV. Discussion

Le Comité de Bâle constitue une instance permanente de coopération en matière de surveillance bancaire. Institué en 1975 par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des Dix, ce Comité est composé de hauts représentants des autorités de contrôle bancaire et des banques centrales desdits pays.

Procédant cependant à des ajustements pour tenir compte de l'évolution du contexte financier, le Comité a consulté d'autres instances normatives internationales à l'exemple du GAFI et de l'OICV ainsi que des groupes régionaux d'autorités de contrôle dont le Comité des autorités de contrôle bancaire d'Afrique Occidentale et Centrale. Sa principale fonction consiste à établir des règles internationales en matière de supervision bancaire afin renforcer la sécurité des systèmes bancaires. Ses règles à valeur de recommandation sont connues sous la dénomination *d'Accords de Bâle* et constituent aujourd'hui le standard international le plus important dans le domaine de la réglementation et du contrôle bancaire.

Les premiers Accords de Bâle ou *Bâle 1* mettent l'accent sur les règles prudentielles destinées à permettre d'assurer la solvabilité des établissements de crédit et la liquidité des dépôts. Ils fixent le ratio international de solvabilité dit *ratio Cooke* à 8%.

Les Accords de *Bâle 2* de 2004 substituent au *ratio Cooke* le *ratio Mc Donough* ; ils élargissent la gamme de risque en améliorant le calcul des coefficients de pondération des risques.

Les révisions de *Bâle 2*, suite à la crise financière internationale, ont abouti en 2010 aux Accords de *Bâle 3*, constitués d'un ensemble actualisé de règles internationales concernant les exigences de fonds propres imposés aux banques, règles auxquelles certains pays ont adhéré, dès lors qu'il y va de la sécurité du public et du système financier.

Il importe en effet que ce public ait confiance dans les établissements de crédit, que les déposants en particulier aient la certitude que leurs dépôts seront effectivement remboursés à leur demande.

Sur la première question relative à la portée juridique des Principes fondamentaux de Bâle au regard du droit positif de la CEMAC.

Constitués de 25 Principes fondamentaux, les Accords de Bâle couvrent le cadre d'ensemble de la supervision et du contrôle bancaire ainsi que des prérogatives des autorités.

Ils sont conçus comme un cadre volontaire de normes minimales pour de saines pratiques de contrôle et n'entraînent pas, en principe, d'obligations pour les Etats à la différence des Traités et des Conventions. Les autorités nationales sont libres de mettre en œuvre, selon les dispositifs qu'elles jugent adéquats, les normes et les règles de caractère général édictées par celui-ci, voire des mesures complémentaires qu'elles considèrent nécessaires pour parvenir à un contrôle efficace dans leurs juridictions.

En effet *les Principes fondamentaux de Bâle* rentrent dans la catégorie de *soft law* qui propose des instruments dynamiques, adaptables selon les circonstances et dont l'une des caractéristiques est sa procéduralité légère. Il n'est pas soumis nécessairement à la procédure d'un accord international ou d'un traité.

L'UE a adopté les Principes fondamentaux de *Bâle 1 et 2* qui sont entrés en vigueur en 1989 et en 2007 sous forme de directives.

Avant la signature du Traité institutif de la CEMAC, la COBAC a adopté en 1993 un ensemble des normes relatives à la solvabilité, à la liquidité des établissements de crédit et au contrôle interne qui prennent en compte le standard international en la matière non sans quelques adaptations, à l'exemple du *ratio Cooke* réduit à 5% dans les Etats membres et sans faire référence expresse à ces Principes.

En outre au rang des motifs invoqués au soutien de l'adoption du Règlement n°04/08/CEMAC/UMAC du 6 octobre 2008 relatif au gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit de la CEMAC, la COBAC a affirmé que « l'objectif visé par le document du Comité de Bâle sur la supervision bancaire publié en septembre 1999 et révisé en février 2008, consistait au renforcement du gouvernement d'entreprise dans les établissements soumis au contrôle des organes de supervision bancaire. »

Dans sa lettre du 2 août 2010 sollicitant les observations de la Cour sur le projet de règlement relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté, la COBAC a reconnu par la suite que « la réforme initiée est confortée par les recommandations de la mission conjointe du Fonds Monétaire International et de la Banque Mondiale portant sur le programme d'Evaluation du Système Financier de la CEMAC au regard de sa conformité aux *Principes fondamentaux de Bâle* pour un contrôle bancaire efficace, déployée du 30 janvier au 29 mars 2006 dans la sous région, pour identifier les

insuffisances réglementaires et prudentielles et fixer des priorités pour remédier à ces dernières ».

Force est de constater cependant que les actes de la COBAC ne se réfèrent que vaguement aux *Principes fondamentaux de Bâle* sans pouvoir les incorporer dans l'ordre juridique communautaire.

Faute de leur adoption formelle par les Etats membres ou la CEMAC elle-même, ces *Principes Fondamentaux* ne font pas partie intégrante des normes communautaires dont le juge assure le respect.

Sur la deuxième question de savoir s'il y a un autre fondement légal sur la base duquel la non prise en compte des *Principes de Bâle* dans les actes posés par un Etat, une Institution ou un Organe de la CEMAC pourrait motiver l'annulation ou la mise en cause desdits actes, ... au cas où les *Principes Fondamentaux de Bâle* ne feraient pas partie du droit de la CEMAC :

En l'état, les *Principes Fondamentaux de Bâle* ne sauraient valablement fonder un contrôle direct ou un contrôle incident de légalité des actes juridiques communautaires.

La Cour n'a pour normes de référence que les dispositions pertinentes du droit primaire et du droit dérivé de la Communauté, c'est-à-dire des Traités, Conventions et des Actes Additionnels d'une part, des principes généraux du droit, des accords externes, des Règlements et autres normes obligatoires d'autre part.

Sur la troisième question relative à la légalité de l'ensemble des actes réglementaires édictés par la COBAC et qui n'apparaissent pas conformes aux *Principes Fondamentaux de Bâle* et notamment les Règlements :

- COBAC R – 93/11 relatif aux participations d'établissements de crédit dans le capital d'entreprise,
- COBAC R – 98/03 relatif à la comptabilisation et au provisionnement des créances en souffrance et des engagements par signature douteux,
- COBAC R – 2001/07 relatif au contrôle interne dans les établissements de crédit,
- COBAC R – 2010/01 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit et le Règlement COBAC R – 2010/02 relatif à la division des risques des établissements de crédit ainsi que des décisions COBAC subséquentes,

il y a lieu de relever que les actes juridiques communautaires bénéficient, *en principe*, d'une présomption de légalité et produisent des effets juridiques, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés, ou retirés.

Même déclaré illégal par voie de l'exception d'illégalité, l'acte communautaire contesté n'est pas annulé ; il est seulement inapplicable à l'espèce.

Il revient à l'auteur de l'acte visé de le modifier, de l'abroger ou de le retirer, le juge ne pouvant en aucune façon le faire disparaître de l'ordonnancement juridique.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour,

EMET L'AVIS CI – APRES :

Les Principes Fondamentaux de Bâle ne font pas partie intégrante des normes communautaires en l'état actuel du droit de la CEMAC ;

- Dans tous les cas, la Cour ne statue sur la validité d'un acte communautaire qu'au regard des dispositions pertinentes du droit primaire et du droit dérivé de la CEMAC ;
- Les Règlements COBAC R – 93/11, R – 98/03, R – 2001/07, R – 2010/01 et R – 2010/02 évoqués bénéficient d'une présomption de légalité et sont valides. Ils produisent en conséquence des effets juridiques aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés ou retirés.

Ainsi délibéré en chambre du conseil, les jour, mois et an que dessus.

Ont signé le Président, les Juges et le Greffier

(Suivent les signatures)

POUR EXPEDITION CERTIFIEE CONFORME

N'Djaména, le 13 février 2014

LE GREFFIER

Maître RAMADANE GOUNOUTCH

