

LES SPECIFICITES DE LA REGLEMENTATION BANCAIRE AU REGARD DU DROIT OHADA DES SOCIETES COMMERCIALES.

Par

ZERBO Mariame épouse HIEN

Assistante, Université Ouaga II

INTRODUCTION*

Pour satisfaire à ses nombreux besoins économiques et financiers, l'homme a souvent trouvé eu recours à la banque, une institution ancienne dont l'histoire remonte à celle de la monnaie¹. En effet, la disponibilité de la banque aux côtés de l'homme d'affaires est constante pour lui permettre de réaliser ses projets d'appui à

l'économie. Elle intervient de diverses manières à la demande de ses clients dans le cadre du développement de leurs activités commerciales et même dans celui plus restreint de la satisfaction des besoins des ménages.

Initialement, la banque renvoyait au « banc », puis à la table ou comptoir des changeurs. Comme profession, elle désignait « le commerce de l'argent et des titres fiduciaires de toute nature, effets de commerce et valeurs de Bourse »². Par conséquent, les opérations de banque incluaient celles de « bourse, de change, de crédit, de dépôt, d'intermédiation »³. De nos jours, on désigne communément par banque « l'établissement de crédit effectuant à titre de profession habituelle des opérations de banque »⁴, ce qui traduit une évolution certaine de la fonction bancaire⁵. Celle-ci, dit-on, a évolué dans le temps et dans l'espace⁶. Mais quelle que soit l'évolution qu'a pu connaître cette

* Mode de citation : ZERBO Mariame épouse HIEN

« Les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales. », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p. 193-221

¹ En effet le commerce d'argent a été pratiqué dès l'antiquité. Voy. Deloume, *les manieurs d'argent à Rome*, 1889 ; Platon, « *Les banquiers dans la législation de Justinien* », *Nouvelle revue historique*, 1909 et 1911, Rivoire, *Histoire de la banque*, 1984 ; sur la banque pendant la période entre le Moyen Age et le dixè siècle, Voy. Antonetti, *Une maison de banque à Paris au xviiè siècle*, 1963 ; Bergeron, *Banquiers, négociants et manufacturiers parisiens du Directoire*, 1978 ; BOUCHARY, *Les manieurs d'argent à Paris à la fin du xviiè siècle*, 3 volumes, 1940 ; Galavielle, John Maw, « *Premier gestionnaire de monnaie* », *Banque*, 1977, p 431 ; Sayous, « *Les opérations des banquiers de Gènes à la fin du xiiiè siècle* », *Annales de droit commercial*, 1934, 284 ; Vène, « *Les banques de Venise* », *Banque*, 1948 15 ; Veroni, « *Marchands et banquiers italiens au Moyen Age* », *Banque*, 1954, 580 ; sur l'Histoire de la banque contemporaine, voy. S. PIEDELIEVRE, E. PUTMAN, *Droit bancaire*, *Economica*, p. 5-19 ; M. LAINE, « *La monnaie privée* », *RTDCom* avril-juin 2004, p 227-242 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 2013, p 12-13 ; A.Pose, *La monnaie et ses institutions*, PUF. ; Galbraith, J. K., *L'argent*, coll. « *Idées* », Gallimard.

² Voy. J. REY-DEBOYE et A. REY, *Le nouveau PETIT ROBERT. Dictionnaire alphabétique et analytique de la langue française*, 1993, p.192

³ Ibidem

⁴ Voy. R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2014, 5è éd. LexisNexis, 2013, p. 58.

⁵ Sur cet aspect de l'évolution de la profession bancaire, voy. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 9è éd. LexisNexis, 2015, p 5-7 ; J. STOUFFLET, « *Un élargissement du droit aux services bancaires* », *RD bancaire et bourse*, sept-oct. 1998, n°69, p. 153 ; J. STOUFFLET, « *Le service bancaire de base* », *RD bancaire et fin.* Mars-avril 2001, n°116, p.116.

⁶ Voy. B. MOSCHETTO, J. ROUSSILLON, *La banque et ses fonctions*, PUF, 1992, coll. *Que sais-je*, p. 1

institution, l'argent reste sa matière première et sa vocation première est de faire circuler l'argent⁷. Le banquier est un commerçant professionnel de l'argent et le droit bancaire est avant tout « le droit d'une profession »⁸, d'où une certaine spécificité de la banque en tant qu'entreprise.

La réglementation peut être définie comme l'ensemble des mesures légales et autres textes juridiques qui régissent une activité sociale ou qui concernent un domaine particulier, rédigée par les administrations compétentes ou les personnes mandatées⁹. Traiter de la réglementation bancaire, c'est non seulement montrer l'étendue des règles qui régissent la banque en interne¹⁰ et à l'international¹¹, mais aussi mesurer leur efficacité. L'étude s'intéresse précisément à la banque dans le contexte des pays africains membres de l'espace OHADA et se propose de conjuguer la spécificité de la

⁷ C'est aussi en cela qu'il faut distinguer *les opérations bancaires* (où les banques exercent leur pouvoir de transformer des ressources à très court terme (dépôts à vue) en emplois à moyen ou long terme (le crédit bancaire) *des opérations financières* (où les investisseurs institutionnels achètent les titres émis par les entreprises en quête de financement. Il s'agit de titres représentatifs de capitaux propres (actions) ou de dettes à long terme (obligations)). Voy. B. MARTOR, S. THOUVENOT, « Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans les zones OHADA », *Revue du droit des affaires internationales*, n°7, 2002, p.749

⁸ Voy. Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, op cit, p.1

⁹ Voy. <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Reglementation.htm>

¹⁰ Etant donné que la banque évolue dans un contexte bien précis

¹¹ Certaines normes de gestion de la banque sont internationales au point où l'on parle même de « réglementation bancaire internationale », lisez à ce propos J.-B. MOMNOUGU, « L'OHADA et la banque », *Recueil Dalloz* 2015, p. 1480 ; M. TELLER, « *Les normes comptables internationales : la transparence en question* », in *RTD com.*, octobre/décembre 2010, pp. 671-679

réglementation bancaire avec le droit OHADA des sociétés commerciales. Que recouvrent alors les concepts de l'OHADA et de droit OHADA des sociétés commerciales ?

L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA) est un regroupement de 17 pays principalement d'Afrique francophone¹². C'est une Organisation internationale¹³ instituée par un traité fondateur¹⁴ pour effectuer des missions déterminées, principalement celle d'« harmoniser » sinon unifier¹⁵ le droit des affaires des pays membres. Cette unification est réalisée essentiellement par deux moyens : l'adoption et la promulgation de divers¹⁶ « Actes uniformes » directement

¹² Ils étaient 16 à la signature du traité de Port-Louis en 1993. Il s'agit dans l'ordre alphabétique du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de Congo (Brazzaville), de la Côte d'Ivoire, du Gabon, de la Guinée Conakry, de la Guinée-Bissau, de la Guinée Equatoriale, du Mali, du Niger, de la République centrafricaine, du Sénégal, du Tchad, du Togo et de l'Union des Comores pour ceux qui ont signé le traité initial. Ils ont été rejoints par la suite par la République Démocratique du Congo portant le nombre à 17 pays.

¹³ Voy. Djibril ABARCHI, *La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, in *Organisations internationales africaines- Etudes doctrinales OHADA-UEMOA*, E D J A, coll. *Mélanges africains*, p. 7-42

¹⁴ Le traité créant l'OHADA a été signé précisément à Port-Louis (Ile Maurice), le 17 octobre 1993

¹⁵ Il faut dire que malgré la terminologie utilisée, cette harmonisation est en réalité une unification. Voy. D. ABARCHI, « *La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)* », in *Organisations internationales africaines. Etudes doctrinales OHADA-UEMOA*, op cit, p. 13.

¹⁶ On en compte actuellement neuf (9). Voy. Me D. NDOYE, « *Traité d'harmonisation du droit des affaires et le droit des peuples africains* », in *Organisations internationales africaines, Etudes doctrinales. OHADA-UEMOA*, E. D. J. A., coll. *Mélanges africains*, p. 43-67

applicables¹⁷ dans tous les pays et l'institution d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) chargée d'assurer l'unité du droit des affaires dans l'ensemble des pays¹⁸.

Le droit OHADA, nouveau droit des affaires en Afrique¹⁹ se justifie par le fait qu'avant leur indépendance, une grande partie du droit français, comme le droit commercial et le droit des sociétés, avait été étendue à de nombreux pays africains par le principe de la spécialité législative²⁰.

¹⁷ Les actes uniformes sont d'application directe dans tous les Etats membres et se substituent aux législations nationales préexistantes dans la mesure où les dispositions de ces législations nationales sont contraires à celles qu'ils prescrivent.

¹⁸ J. PAILLUSSEAU, « *Le droit de l'OHADA. Un droit très important* », in JCP Entreprise et affaires n°5 supplément à la Semaine Juridique n°44 du 28 octobre 2004, pp. 1-5 ; Sur la genèse du traité OHADA et sa teneur, voy. aussi B. MARTOR et S. THOUVENOT, « *L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA* », in JCP, n°5 supplément à la Semaine Juridique n°44 du 28 oct. 2004, pp 5-11 ; ERNTS & YOUNG INTERNATIONAL, « *L'OHADA : son histoire, ses objectifs, ses institutions, son évolution* », in Actes uniformes OHADA, Les études pratiques de Ernts & Young en Afrique, éditions FFA, 11è éd., oct. 2006 ; T. GERVAIS DE LAFOND, « *Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* », Gazette du palais 1995, 20-21, sept 1995, D, p. 2 ; A. HARISSOU, « *Nouveau traité OHADA : forces et faiblesses* », Actes de l'atelier d'information sur le traité OHADA révisé, organisé par le Conseil supérieur du notariat, Paris 13 janvier 2009, Revue de droit uniforme africain, n°00, 1^{er} trimestre 2010, p. 1, Ohada.com/ohadata D. 11-01 ; J-P RAYNA, « *Intégration et souveraineté. Le problème de la constitutionnalité du traité OHADA* », Penant n°845, oct-déc 2003, p. 389

¹⁹ Voy. P.-G. POUGOUE, Encyclopédie du droit OHADA, Paris, Lamy, 2011 ; Ph.TIGER, Le droit des affaires en Afrique, PUF, 1999

²⁰ Voy. J.PAILLUSSEAU, Le droit de l'OHADA. Un droit très important, op cit, p 1 ; J. Y. TOE, Droit des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA, Université de Ouagadougou, coll. Précis de droit burkinabè, mars 2007 ; voy. aussi Encyclopédie juridique de l'Afrique, T.4, Organisation judiciaire, procédures et voies d'exécution, Dakar, NEA, 1984.

Après leur accession à la souveraineté nationale, la plupart des Etats avaient conservé ce droit sans réellement l'adapter à l'évolution des situations économiques et des besoins des entreprises, ce qui le rendait du coup obsolète. Selon le professeur Filiga Michel SAWADOGO, « l'on ne peut manquer de relever... une léthargie certaine de beaucoup de législateurs nationaux africains alors que la situation économique évolue et nécessite une adaptation de la législation... »²¹. Pourtant, ailleurs, le droit des affaires « est à mise à jour permanente »²², les textes étant très évolutifs. On ne peut comprendre qu'à l'heure de la mondialisation de l'économie, lorsque les principaux pays du monde se regroupent pour constituer des unions économiques ou monétaires, cet état des choses soit accepté en Afrique. Il était, comme le dit le professeur J.PAILLUSSEAU « impératif pour tous les pays concernés d'adopter un même droit des affaires moderne, réellement adapté aux besoins économiques, clair, simple, sécurisant les relations et les opérations économiques »²³. C'est dans cette perspective que les objectifs du nouveau droit des affaires en Afrique ont pu être fixés à savoir « un droit unique pour tout l'espace OHADA, un droit adapté au particularisme des économies africaines,

²¹ F. M. SAWADOGO, « *Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif* » in JO OHADA n°7, 01/07/98, p.1 et svt ou dans OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 4ème éd. 2014, p. 1121 et svts, voy. précisément la page 1133 sur « brèves observations sur l'évolution législative ».

²² J. PAILLUSSEAU, « *Le droit de l'OHADA. Un droit très important* », op cit, p.5

²³ Voy. J. PAILLUSSEAU, Le droit de l'OHADA Un droit très important et original, op cit, p 1 ; cela apparait comme une révolution, voy. D. ABARCHI, « *La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)* », in Organisations internationales africaines. Etudes doctrinales OHADA-UEMOA, E D J A, coll. Mélanges africains ; p.11.

aux besoins réels des entreprises, en particulier dans les domaines du financement et du management, un droit qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs, qui peut favoriser et accompagner l'essor économique des économies des pays parties au Traité et de la région toute entière »²⁴.

Quoique conçu comme étant le droit d'un espace juridique commun²⁵, un droit international²⁶ qui vient se superposer aux normes internes, l'OHADA n'est pas le droit d'une union monétaire ou d'une union de l'assurance. Il existe d'autres cadres pour cela en Afrique. Notamment, l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA)²⁷ dont l'objectif principal est la création d'un marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services et des capitaux, s'est dotée d'une réglementation bancaire, reprenant et complétant les acquis de

l'UMOA²⁸, principalement sur le régime des banques et établissements financiers ainsi que sur celui des opérations financières extérieures²⁹. L'œuvre de l'UEMOA en matière de réglementation bancaire est relayée par celle que mène la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) à travers l'Union économique en Afrique centrale (UEAC) et l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UMAC)³⁰. De même, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et la Conférence interafricaine du marché des assurances (CIMA)³¹ constituent d'autres expériences en matière d'intégration africaine. C'est dire donc que l'OHADA vient compléter une liste existante d'organisations d'intégration africaine soit par le droit, soit par l'économie ou le commerce, soit par les assurances et bien d'autres. Mais, le cadre juridique créé par l'OHADA pour le développement des acteurs de l'économie s'accommode-t-il pleinement avec celui déjà existant au niveau de l'UEMOA et/ou de la CEMAC ? Là se pose une question certainement secondaire par rapport aux enjeux de l'OHADA, mais qui reste utile ne serait-ce que pour se rassurer de l'utilité évidente de la législation OHADA dans ce domaine également.

Dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil de 1804, Monsieur Jean-Etienne PORTALIS n'a-t-il pas mis en garde sur le fait qu'« il ne faut point de

²⁴ Voy. J. PAILLUSSEAU, *Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original*, op cit p 1 ; voy aussi K. M BAYE , « *L'histoire et les objectifs de l'OHADA* », in *Les petites affiches*, n°20, spécial, op cit ; J. LOHOUE-OBLE, « *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique* », *Revue internationale de droit comparé*, 3, 1999, p. 543 ; J. ISSA-SAYEGH, et R. DEGNI-SEGUI, « *Codification et unification du droit* », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome1. ; K. P. NGUIHE, « *le domaine d'application du nouveau droit des sociétés commerciales de l'OHADA* », *Annales de la faculté de droit de Dschang*, 2002, p.77 ; T. HOEGAH, « *Le nouvel environnement juridique des entreprises dans la zone franc, quel bilan ?* », *Actes du colloque CNDJ*, 2001, p.116

²⁵ Voy.P.-G. POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, op cit.

²⁶ Voy. D. ABARCHI, « *La supranationalité de l'organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)* », in *Organisations internationales africaines. Etudes doctrinales OHADA-UEMOA*, op cit,p.7-42

²⁷ L'UEMOA a remplacé l'UMOA en 1994. Au début c'était une organisation de 7 Etats auquel s'est ajouté un pour porter le nombre à 8. Il s'agit du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte - d'Ivoire, du Mali, du Niger, du Sénégal et duTogo auxquels s'est ajouté par la suite un 8^{ème} pays à savoir la Guinée-Bissau.

²⁸ Loi-cadre portant réglementation bancaire transposée dans tous les Etats membres.

²⁹ On y reviendra pour justement voir en quoi cette réglementation bancaire de l'UEMOA est en phase ou non avec la réglementation de l'OHADA sur les sociétés commerciales.

³⁰ La réglementation bancaire CEMAC est issue de la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique centrale³⁰.

³¹ Entrée en vigueur en 1995 au sein de 14 Etats membres de l'OHADA. Un code de 530 articles a été adopté pour s'appliquer directement au sein de l'espace créé.

lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires, elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation »³². C'est dire que la volonté du législateur doit être la plus utile possible et par conséquent, très originale pour éviter des redondances encombrantes.

Plus d'un siècle plus tard, dans un article intitulé « vers un droit postmoderne ? » un auteur écrivait ceci : « les textes prolifèrent, couvrant des domaines toujours plus étendus et diversifiés de la vie sociale, et les dispositions qu'ils comportent sont de plus en plus précises et détaillées »³³. Il y a là une conception plus pondérée du phénomène de prolifération de textes devenu coutumière au point où l'on ne se gêne plus de parler d'« inflation législative »³⁴.

Ce n'est certainement pas encore un phénomène d'inflation législative qui qualifierait la situation africaine pour ce qui concerne les textes d'intégration, mais peut-être de textes visant des espaces juridiques communs dont les objectifs ne sont pas systématiquement opposés. En effet, le droit OHADA destiné aux dix-sept (17) Etats africains dont ceux de l'espace UEMOA et de la CEMAC, comporte des

normes visant des matières³⁵ parfois traitées dans la réglementation bancaire, si bien que l'on peut rester parfois perplexe. La question non simple du choix de la norme applicable se pose. Tandis que le droit bancaire semble découler des dispositions spécifiques, le droit des sociétés commerciales s'érige lui, comme un droit commun applicable à tout type de société commerciale. C'est donc dire qu'en instituant le droit OHADA et précisément le droit OHADA des sociétés commerciales, le législateur met le justiciable et même l'autorité juridictionnelle devant ses responsabilités par rapport à ses choix en matière de normes administrables. Autrement dit, il faut savoir distinguer entre les normes bancaires applicables à la banque-société et celles de l'OHADA applicables à cette société- banque.

Evidemment, vouloir confronter les normes OHADA à la réglementation issue des organisations d'intégration économique et monétaire en Afrique, c'est ouvrir plusieurs axes de réflexion tels que la question de la spécificité de la comptabilité bancaire par rapport au système comptable ouest africain (SYSCOA)³⁶ ou à l' Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUOHC)³⁷ et son annexe, le SYSCOHADA, ou au droit de la concurrence. Mais, c'est surtout s'interroger sur la question qui porte sur la spécificité de la réglementation bancaire par rapport au droit OHADA des sociétés commerciales. En effet, dans sa stratégie

³² Jean-Etienne PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} pluviôse, an IX (21 janvier 1801)

³³ Voy. J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? » in Les transformations de la régulation juridique, sous la direction de J. Clam et G. Martin, LGDJ, 1998 rapporté par Sébastien BISSARDON, in Dictionnaire Droit et justice en citations et adages, 3^eéd. LexisNexis, 2011, p.205.

³⁴ Lisez par exemple le point de vue d'un ancien ministre français qui s'exprime en ces termes : « l'inflation c'est 8 000 lois , 400 000 décrets et règlements, 17 000 pages de J O chaque année sans oublier 20 000 textes d'origine européenne. Si nul n'est censé ignorer la loi, tout citoyen est un délinquant en puissance »in Alain MADELIN, in Alain MADELIN, Chers compatriote, J-C. Lathès, 1994.

³⁵ Il y a bien évidemment le droit des sociétés commerciales, le droit comptable, le droit commercial, et j'en passe.

³⁶ Il est en application depuis le 1er janvier 1998 et maintenu par le Conseil des Ministres du 20 sept. 2001 malgré l'adoption de l'Acte uniforme.

³⁷ Cet acte uniforme a été adopté le 24 mars 2000. Lisez commentaire fait par S. SERE, F. M. SAWADOGO, in OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2014, p. 767-786

de facilitation de l'environnement juridique des affaires en Afrique pour attirer les investisseurs, le législateur OHADA a mis la société commerciale au-devant de la scène³⁸. De même, dans la réglementation bancaire le législateur en a fait une préoccupation. Par exemple, la constitution sous forme de société anonyme³⁹ est une condition d'accès à la profession bancaire. C'est dire que ces deux types de normes sont appelées à se côtoyer souvent, sinon se négocier quant au régime juridique à appliquer à la société commerciale dès que celle-ci prend le statut de banque. C'est aussi pourquoi, il nous a semblé nécessaire d'en faire un cadre de réflexion pour montrer en quoi le droit bancaire est ou n'est pas en harmonie avec le droit des sociétés commerciales tel que tracé par l'OHADA.

La question est d'autant plus importante que les crises financières sont aussi celles des sociétés commerciales et les questions qui bouleversent la vie des sociétés commerciales sont également très préoccupantes pour les banques. Que ce

soit en Amérique (de l'affaire Enron⁴⁰ en passant par la crise des *subprimes* qui a emporté plusieurs banques⁴¹ et plus récemment le scandale HSBC⁴²), qu'il

⁴⁰L'affaire Enron est particulièrement significative des effets d'une déréglementation sans contrôle et des excès que peut engendrer le marché. Enron, société US du secteur de l'énergie, est à l'origine du plus grand scandale financier des 20 dernières années.

Fondée en 1985 par Kenneth Lay, rejoint par la suite par Jeffrey Skilling, Enron est devenue en termes de capitalisation boursière la 7^{ème} entreprise US. Encensée par la presse et les analystes financiers comme nouveau modèle d'entreprise, sa valeur boursière ne cessait de croître (90% en un an). La revue Fortune l'avait ainsi élue 6 ans de suite comme l'entreprise la plus innovatrice.

⁴¹ La crise des subprimes qui a occasionné un total de perte de 500 milliards et de 300 milliards de recapitalisation s'est déclenchée au 2^{ème} semestre 2006 avec le crash des prêts immobiliers (hypothécaires) à risques aux Etats-Unis (les subprimes) que les emprunteurs, souvent de condition, n'étaient plus capables de rembourser. Révélée en 2007 par l'annonce d'importantes provisions passées par la banque HSBC, elle s'est transformée en crise ouverte lorsque les adjudications périodiques n'ont pas trouvé preneurs en juillet 2007. Compte tenu des règles comptables en cours, il est devenu impossible de donner une valeur à ces titres qui ont dû être provisionnés à une valeur proche de zéro. En même temps, les détenteurs ne pouvaient plus liquider leur créance. La défiance s'est installée envers les créances titrisées (ABS, RMBS, CMBS, CDO) qui comprennent une part plus ou moins grande de crédits subprime, puis envers les fonds d'investissement, les OPCVM (dont les SICAV monétaires) et le système bancaire susceptibles de détenir ces dérivés de crédit.

⁴²L'affaire HSBC révèle un trafic de blanchiment d'argent qui a duré sept ans, de 2003 à 2010, admis sinon couvert par les dirigeants. Comme ont été aussi tolérés les liens d'affaires avec des organisations suspectées de soutien au terrorisme, dont la banque d'Arabie saoudite Al Rajhi, proche d'Al-Qaïda. L'affaire est très grave. Mais elle se solde par une amende. Une sanction vite payée vite oubliée donc, même si elle est assortie d'une période de probation de cinq ans, jusqu'en 2018. Devant la commission sénatoriale consacrée à l'affaire, les mots d'Elizabeth Warren cinglent, laissant le représentant du Trésor américain, David Cohen, un moment sans voix. Voy. A. MICHEL, « *SwissLeaks : HSBC, la banque de tous les*

³⁸ Il lui a consacré un pan entier des normes élaborées : l'Acte uniforme portant organisation des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE), sans oublier que d'autres actes traitent abondamment de la société comme un acteur du monde des affaires qu'il faut protéger³⁸ ou sauvegarder quand des difficultés surviennent.

³⁹ Conf. Article 33 de la loi n°58-2008/AN du 20 nov. 2008 portant réglementation de la profession bancaire au Burkina Faso

s'agisse de l'Europe (avec l'affaire Jérôme Kerviel de la Société Générale⁴³, ou la crise financière en Grèce qui sévit depuis six (6) ans et face à laquelle on se demande si l'Europe n'est pas en danger de mort, et si d'autres crises ne sont pas en cours de route⁴⁴), tous les débats se sont focalisés sur comment trouver la meilleure formule qui sied en matière de gestion d'entreprise bancaire au cœur de laquelle se trouvent les questions liées à la fois à la monnaie et à la santé financière d'un pays.

Et les spécialistes ne se lassent guère de rechercher et de proposer des instruments nouveaux de gestion des crises de la société commerciale.⁴⁵ C'est à ce moment

scandales » in LE MONDE 08.02.2015 à 21h58 mis à jour le 11.02.2015

⁴³ Jérôme Kerviel trader à la Société Générale, était poursuivi pour avoir, début 2008, fait perdre à la banque qui l'employait la bagatelle de 6,4 milliards d'euros, somme extravagante ramenée à 4,9 milliards grâce à un bénéfice bien réel de 1,4 milliard que le trader avait dissimulé dans la comptabilité. Le tribunal correctionnel de Paris a rendu un jugement très sévère à l'encontre de l'ex-trader, déclaré coupable des trois délits qui lui étaient reprochés. Il doit rembourser les 4,9 milliards d'euros de pertes infligées à la SocGen en 2008, société qui, elle, est totalement dédouanée. Selon le tribunal, l'ancien trader de la Société générale, âgé de 33 ans, «*s'est attaché à masquer ses positions et à tromper les services de contrôle*», il «*s'est situé en parfaite connaissance de cause en dehors de son mandat de trader*», et «*il n'a pas eu d'autorisation, même tacite de sa hiérarchie de spéculer à outrance*» a estimé le tribunal. Conclusion : Jérôme Kerviel est déclaré «*coupable d'abus de confiance*». Dans un deuxième temps, l'ex-trader a été déclaré coupable «*d'introduction frauduleuse de données dans un système automatisé*». Coupable également du troisième délit qui lui était reproché : «*faux et usage de faux*». L'ancien trader a été condamné à cinq ans de prison, dont trois fermes.

⁴⁴ Lisez l'interview de R. PRODI, Président de la Commission européenne de 1999 à 2004, transcrit par Ph. RIDET, in le Monde du 20 juillet 2015 mis à jour le 21 juillet 2015 ; lisez aussi «*Grèce, Onze date pour comprendre la crise financière* », in AFD du 06 juillet 2015

⁴⁵ En témoigne la tenue récente à Abidjan (Côte d'Ivoire) de la Réunion spéciale du Comité des

précis aussi, qu'il est proposé à l'Europe désemparée face à la crise financière qui sévit, de s'inspirer de l'OHADA pour sauver l'Euro⁴⁶. De ce fait, la réforme OHADA courageusement menée sous l'égide du juge Kéba M'BAYE se doit d'être en parfaite symbiose avec le régime consacré à la banque en tant que société commerciale par la réglementation bancaire. C'est pourquoi, dans le cadre d'une démarche opérationnelle visant à apprécier la banque dans le contexte de l'OHADA, deux idées nous semblent incontournables à défendre. D'une part, il faut se préoccuper de savoir comment sont traitées les questions relatives à la constitution de la banque en tant que société du droit OHADA ; d'autre part, montrer comment le fonctionnement de la

Experts de l'OHADA sur le projet d'acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC). Cette réunion spéciale des 03, 04 et 05 août 2015 qui a permis d'examiner l'AUPC révisé pour son adoption par le Conseil des Ministres de l'OHADA. Du compte rendu des travaux il ressort que l'Acte uniforme sur les procédures collectives a été révisé parce présentant plusieurs insuffisances: absence d'une procédure préventive de conciliation moderne ; absence de réglementation concernant les mandataires judiciaires,..et autres.

⁴⁶ L'auteur pense que la crise qui secoue actuellement en Europe est liée à la non convergence des économies qui soutiennent l'Euro. Il soutient à la suite des européens eux-mêmes que si l'Europe n'a pas suffisamment préparé son adhésion à une monnaie unique parce que toutes les économies n'étaient pas prêtes à supporter le coût de l'Euro. Devant une situation similaire en 1991 avec leur monnaie commune le F CFA, à laquelle ils sont très attachés «*les Etats de la zone CFA avaient alors affronté la crise et préparé la nécessaire dévaluation du FCFA de janvier 1994 en mettant en place, en toute urgence, un train drastique de mesures visant à transformer leur communauté de monnaie en une véritable communauté de droit et de règles. C'est précisément ce que l'Europe doit faire aujourd'hui. ... l'Europe devrait s'inspirer des mesures qui ont été prises il y a 25 ans pour sauver la communauté de monnaie africaine CFA* ». Voy. cet auteur sur le site suivant: info@ohada.com

banque devrait être en harmonie avec le droit OHADA des sociétés commerciales. Ce sont ces deux axes de réflexion qui vont guider notre travail dont la première partie est consacrée à *l'examen des règles relatives à la création de la banque, société commerciale sui-generis* (I) et la seconde à *l'analyse des principes de fonctionnement et de gouvernance de la banque, une mission sociétale exceptionnellement organisée* (II).

I. DE LA CREATION DE LA BANQUE, SOCIETE COMMERCIALE SUI-GENERIS⁴⁷

Introduite en Afrique de l'ouest depuis la fin de l'esclavage⁴⁸, la banque est une entreprise dont le statut a évolué au gré des textes particuliers applicables à la profession. Compte tenu du rôle spécifique qui lui est dévolu dans le cycle économique⁴⁹, celui d'assurer le crédit aux agents économiques pour permettre à l'économie de fonctionner, la banque est une entreprise qui répond à des critères spéciaux. L'entreprise sociétale ayant été mise au cœur de la législation OHADA, l'objectif est de montrer que toutes les activités dites commerciales ne peuvent pas être qualifiées d'opérations bancaires. Il y a, en effet, un domaine appartenant à la banque (A) qui n'est accessible qu'aux sociétés qui en remplissent les conditions spécifiques (B).

⁴⁷ Pour dire que la banque est en droit OHADA, une société commerciale de son propre genre. L'entreprise bancaire est une situation juridique dont la nature singulière empêche de la classer dans les sociétés commerciales relevant du droit commun des sociétés commerciales OHADA.

⁴⁸ Que l'on situe en 1848

⁴⁹ B. MOSCHETTO et J. ROUSSILLON, La banque et ses fonctions, op cit, p. 3

A. Le domaine de la banque, un pan singulier de l'activité commerciale

Procédant à l'énumération des huit matières entrant dans le champ du droit des affaires en Afrique, l'article 2 du traité du 17 octobre 1993, y inclut le droit des sociétés commerciales par Acte uniforme adopté à Cotonou le 17 avril 1997 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. L'Acte uniforme donne une nouvelle définition de la société commerciale⁵⁰ tandis que le législateur UEMOA de son côté définit la banque et le domaine de la banque. Il s'agit ici de montrer que la banque est une société commerciale au sens de la législation OHADA (1) malgré les spécificités qu'elle peut avoir en tant que structure ayant des missions particulières relevant de la réglementation bancaire (2).

1. La banque, une société commerciale par la forme et l'objet

Aux termes de l'article 4 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE, « la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité, des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes... ». Cette définition large permet à l'Acte uniforme de s'appliquer à toutes les sociétés commerciales par la forme ou par l'objet ainsi qu'aux groupements d'intérêt économique. Ainsi, comme en droit

⁵⁰ Il y a donc un abandon de la définition de la société commerciale telle qu'elle est tirée de l'article 1832 C. civ. à savoir que c'est « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

français⁵¹, on retrouve en droit OHADA deux grands groupes de sociétés commerciales que sont les sociétés de personnes⁵² et les sociétés de capitaux⁵³ sachant que la société à responsabilité limitée (SARL) et récemment la société par actions simplifiée (SAS)⁵⁴, elles, empruntent des éléments à la fois aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux. C'est dire que « les types classiques de sociétés commerciales ont été reconduits »⁵⁵. De même, « les sociétés commerciales à statut particulier, mais commerciales par leur forme et leur objet, demeurent régies par l'Acte uniforme. Il s'agit notamment des sociétés anonymes de banque ou d'assurance ». Les régimes particuliers ne s'appliquent que dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'acte »⁵⁶.

⁵¹ Voy. en droit français sur la classification des sociétés selon les critères du capital et de la personne.

⁵² où les associés sont réunis en considération de la personne. Il s'agit de la société en nom collectif (SNC), de la société en commandite simple (SCS) et de la société en participation (SP).

⁵³ où les associés sont surtout unis en considération de leur mise dans le capital social

⁵⁴ La société par actions simplifiées (SAS) a été introduite en droit OHADA par le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE de 2014 suite à la révision de celui de 1998 ; Lisez P.-G. POUGOUE et R. NEMEDEU, « *Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en date du 30 janvier 2014 (entré en vigueur le 5 mai 2014)* », in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2014, pp. 1503-1504 ; J. PAILLUSSEAU, A. THEIMER, A. OUTIN-ADAM, S. BIENVENU, A.-M. REITA-TRAN, « *La société par actions simplifiée : une structure pour les PME et les personnes physiques* », in JCP éd. Entreprise et affaires., n°26, 1^{er} juillet 2010, pp. 26-45

⁵⁵ Voy. I. BA, « *Observations sur l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE du traité de L'OHADA* », in Organisations internationales africaines. Etudes doctrinales. OHADA-UEMOA, op cit, p. 81.

⁵⁶ A. FENEON, Droit des sociétés en Afrique (OHADA), LGDJ, coll. Droits africains, 2015, p. 5

Le droit OHADA adopte également une définition de l'acte de commerce qui inclut largement l'activité bancaire. Ainsi, l'article 3 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG)⁵⁷ est ainsi libellé : « l'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature : - l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ; - les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ; - les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ; - - - les actes effectués par les sociétés commerciales ». Cette disposition est intéressante à deux égards. D'abord, on y découvre que la banque exerce une activité commerciale. Les opérations de banque au sens large⁵⁸ et celles d'assurance et de transit sont des actes de commerce par nature. Ensuite, et de façon systématique, le législateur qualifie d'acte de commerce par nature, « les actes effectués par les sociétés commerciales »⁵⁹. Déjà, à l'article 2 de l'AUDCG, le législateur avait pris le soin de conférer à « celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa

⁵⁷ L'acte uniforme sur le droit commercial général a été adopté en même temps que celui sur les sociétés commerciales donc le 17 avril 1997 et entré en vigueur en janvier 1998. Il a été révisé le 15 décembre 2010.

⁵⁸ Y compris celles de bourse qui se mènent sur les marchés financiers, voy. A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET, D. ROBINE, Droit financier, 2^e éd. Dalloz, 2012, voy. p 1-4 (notion et domaine du droit financier)

⁵⁹ Alors que la doctrine n'a pas manqué de s'interroger à savoir si les actes effectués par les sociétés commerciales sont des actes de commerce par nature ou des actes de commerce par accessoire, lire à cet effet les observations de A. JAUFFET, in RTD com, 1975 p. 466

profession » la qualité de commerçant. Il s'en suit que l'activité bancaire relève du commerce et que celui qui la conduit est un commerçant⁶⁰.

Dans le cadre de la législation bancaire, la banque est définie comme étant un établissement de crédit c'est -à-dire « une personne morale qui effectue à titre de profession habituelle des opérations de banque »⁶¹, ces opérations consistant en « la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement »⁶². Toutefois, en marge de ces trois axes clés de l'activité bancaire « il n'est pas interdit aux établissements de crédit d'accomplir, à titre complémentaire, d'autres actes considérés comme l'accessoire naturel de leur activité spécifique »⁶³ que l'on qualifie d'opérations connexes, puisque l'accomplissement de ce type d'opérations ne requiert aucune formalité⁶⁴. Plus

⁶⁰ A.FOKO, P.-G. POUGOUE, *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé 2006 ; B. TRAORE, « *Présentation synthétique du commerçant et des auxiliaires de commerce dans l'acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général* », *Actualités juridiques*, n°35/2003, p.7 Ohada.com/ohadata D-03-03

⁶¹ Art. 2 al. 1 de la loi n°058-2008.AN du 20 nov. 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso

⁶² Art. 2 al 2 de la loi portant réglementation bancaire au Burkina Faso

⁶³ Voy. CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire, Institutions, Comptes, Opérations, Services*, op cit p. 19

⁶⁴ Il s'agira par exemples du placement, de la souscription, de l'achat, de la gestion, de la garde et de la vente des valeurs mobilières, du change, du conseil et de l'assistance en matière de gestion de patrimoine, en matière de gestion financière, de l'ingénierie financière, et d'une manière générale de tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises, de l'émission et de la gestion de monnaie électronique. Voy CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, op cit, p 50 ; voy aussi Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op cit, p. 80

précisément, « les banques sont constituées sous forme de sociétés anonymes à capital fixe ou, par autorisation spéciale du Ministre chargé des finances après avis conforme de la Commission bancaire, sous forme de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable. Elles ne peuvent revêtir la forme d'une société unipersonnelle »

quoiqu' « exceptionnellement, elles peuvent revêtir la forme d'autres personnes morales »⁶⁵. Non seulement, certaines formes de sociétés sont exclues, mais le capital social de la banque ne peut être porté par une seule personne. D'ailleurs, le capital social de la banque a été relevé à un seuil minimum de 10 milliards par le Conseil des ministres de l'UEMOA depuis 2010⁶⁶, tandis qu'en ce qui concerne la société commerciale ordinaire, les seuils sont fonction du type de société. A ce niveau, on pourrait même parler d'une tendance à l'abaissement du niveau du capital social⁶⁷. De même la banque sous forme de société coopérative ou mutualiste ne pose pas de problème en droit OHADA⁶⁸. Cependant, dans les cas où le Ministre est amené à autoriser d'autres formes de personnes morales à titre de banque qui ne sont ni sociétés anonymes, ni sociétés coopératives à capital variable tel que prévu par l'article 31 de la loi bancaire n'y a-t-il pas une dichotomie avec le droit OHADA qui se perçoit mieux à

⁶⁵ Art. 31 de la loi portant réglementation bancaire

⁶⁶ Conf. Avis n°01/2007 du 2 novembre 2007 aux Banques et établissements financiers relatif au relèvement du capital social minimum des Etablissements de crédit de l'Union monétaire ouest africaine (UMOA).

⁶⁷ Avec la possibilité offerte par l'article 311 nouveau de l'AUDSC de prendre des dispositions nationales contraires à la règle posée d'un capital minimum d'un (1) million de F CFA, une disparité est née entre les législations des Etats de l'espace OHADA. C'est cela qui a permis par exemple qu'au Burkina Faso, un texte puisse être adopté en 2014 ramenant le capital social minimum des SARL à 100 000 F CFA.

⁶⁸ Conf. Acte uniforme sur les sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable.

travers la dimension territoriale et institutionnelle de la banque.

2. La territorialité et le cadrage institutionnel de l'activité bancaire

Le droit communautaire de l'OHADA est fait dans l'optique de favoriser la pénétration de structures sociétaires plus libérales⁶⁹. C'est dans cet ordre d'idées qu'a été instituée récemment⁷⁰ la société par action simplifiée (SAS), une société souple qui a l'avantage d'échapper pratiquement aux règles d'ordre public applicables aux assemblées d'actionnaires, ainsi qu'à l'organisation de l'administration et de la direction des sociétés anonymes. Il s'agit en fait d'une « société contractualisée » pour emprunter l'expression à M Alioune SALL. Il semble aussi que ce soit une structure idéale pour les joint-ventures et est utilisée par les groupes de sociétés dans les liens avec leurs filiales. En outre, l'harmonisation devrait constituer l'occasion d'une simplification des règles de création et de fonctionnement des sociétés⁷¹. On peut noter quelques avancées sur ce point aussi avec le nouvel acte uniforme. En effet, quand bien même le caractère notarié des statuts ait été maintenu⁷² l'assouplissement

des règles de financement par actions est remarquable avec l'admission du principe de la variabilité du capital social (art. 67 et 269 et s.)⁷³, de la diversification de l'actionnariat de la société (actions ordinaires—actions privilégiées dont les actions de préférence)⁷⁴, des valeurs mobilières composées, de l'attribution d'actions gratuites aux salariés et dirigeants, de la prise en compte des apports en industrie⁷⁵.

Par contre, le législateur bancaire demeure encore réservé et attaché à des critères d'enfermement tel celui de la territorialité. Ainsi aux termes de son article 1^{er}, la loi bancaire s'applique « aux établissements de crédit exerçant leur activité sur le territoire du Burkina Faso, quels que soient leur statut juridique, le lieu de leur siège social ou de leur principal établissement dans l'Union monétaire ouest africaine et la nationalité des propriétaires de leur capital social ou de leurs dirigeants ». Le domaine de la loi bancaire se trouve ainsi délimité⁷⁶ pour une meilleure responsabilisation dans le suivi de l'activité bancaire au niveau de chaque Etat⁷⁷. La territorialité devient alors un

notariée ou au moins le dépôt avec reconnaissance au rang des minutes du notaire.

⁶⁹ I. BA, « Observations sur l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE du traité de l'OHADA », in Organisations internationales africaines. Etudes doctrinales OHADA-UEMOA, op cit, p.84

⁷⁰ C'est lors de la révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales en 2014 que la Société par action simplifiée (SAS) a été introduite dans le droit OHADA.

⁷¹ I. BA, « Observations sur l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE du traité de l'OHADA », in Organisations internationales africaines. Etudes doctrinales. OHADA-UEMOA, op cit p. 84

⁷² Le débat sur la reformulation de l'article 10 en vue de permettre un choix entre la forme notarié des statuts et la forme sous seing privé n'a pas recueilli l'unanimité, si bien que c'est la forme

⁷⁴ Voy. A. PUJO, « L'Apport de l'OHADA pour le capital- investissement en Afrique », Colloque annuel parisien du DIU OHADA, in LPA, 25 sept. 2015, n°192, p. 21 et s.

⁷⁵ Dans sa nouvelle rédaction, l'article 4 de l'AUDSC a pris en compte la possibilité d'affecter à l'activité sociale des apports en industrie. Et il y a apport en industrie lorsqu'un associé met à la disposition de la société ses connaissances techniques, son travail ou ses services. VOY. A. TOURE, « L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE » Colloque annuel parisien du DIU juriste OHADA, in LPA 25 sept. 2015 n°192, 2015, p 14 et s.

⁷⁷ Il s'agit de l'Union monétaire ouest africaine créée à Paris par le traité du 12 mai 1962 devenue Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) par un autre traité signé en 1994. Voy. « Institutions et mécanismes de la zone franc »,

critère essentiel de référence. Il en découle que l'actionnariat de la banque peut être l'affaire de personnes étrangères⁷⁸ ou même que la direction peut être sous la coupe d'une ou de plusieurs personnes de nationalité étrangère⁷⁹; pourvu que la banque exerce ses activités sur le territoire du Burkina Faso, elle sera soumise à la réglementation de ce pays. La même idée se retrouve d'ailleurs dans la loi de 2009 sur les systèmes financiers décentralisés⁸⁰.

Sans enfreindre au fait qu'elle peut se développer à l'international à travers des succursales ou des filiales, la banque est avant tout l'affaire d'un Etat, celui du lieu où elle réside et exerce ses activités. Elle acquiert la nationalité de cet Etat et se conforme aux prescriptions légales. Cela est d'autant plus normal qu'elle acquiert l'agrément par le Ministère des finances de ce pays même si en dernier ressort c'est la banque centrale qui est l'instance de décision à ce propos. Le parallèle qu'on peut faire avec le droit des sociétés commerciales, c'est qu'il y a en matière d'établissement de la banque, une extrême importance accordée au lieu de résidence de celle-ci; c'est un critère influent par rapport à celui de la nationalité des propriétaires du capital⁸¹.

Compte rendu de la réunion des Ministres des finances de la zone franc, Yaoundé, 7 octobre 2008.

⁷⁸ Comme le permet l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et le GIE sur l'ouverture du capital des sociétés. Elles peuvent se constituer avec ou sans appel public à l'épargne.

⁷⁹ On peut facilement remplir la dérogation à la condition de nationalité pourvu qu'on

⁸⁰ Ce que certains appellent la « finance alternative » ailleurs, voy. J.-M. MOULIN, « *La finance alternative* », RD bancaire et financier, janv.-fév.2015, p. 87 et s.

⁸¹ Lisez à ce propos par exemple les critères de classification des banques internationales selon le pays de résidence ou la nationalité du capital social in Statistiques bancaires internationales du 16 mai 2010 sur <http://www.bis.org/statistic/bank> stats, htw ou encore J. BEGUIN, M. MENJUCQ, (ss dir.), Traités Droit commercial international, 2^{ème} éd LexisNexis, 2011, pp 297-377 (l'établissement

De même, le législateur procède à un cadrage institutionnel de l'activité bancaire⁸² de sorte que sont exclues du domaine bancaire diverses activités quoique financières, menées par la Banque centrale, le trésor public, les institutions financières internationales, les institutions publiques étrangères d'aide ou de coopération, les sociétés de gestion et d'intermédiation, et les acteurs agréés du marché financier régional de l'UEMOA, les systèmes financiers décentralisés⁸³, et même la société nationale des postes⁸⁴ dans une certaine mesure⁸⁵. Les activités financières conduites par ces structures ou institutions sont régies par des textes spécifiques ou des conventions-cadre⁸⁶. Elles ne relèvent pas du domaine de la banque⁸⁷.

international des sociétés). Lisez aussi le livre IV de l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE.

⁸² Ce qui n'est pas contraire à l'évolution institutionnelle du droit bancaire caractérisée elle, « à la fois par une publicisation de la matière et un désengagement de l'Etat » qui semble d'ailleurs paradoxale. Lisez à cet effet S. PIEDELIVRE, E. PUTMAN, Droit bancaire, Economica, p. 26

⁸³ Les systèmes financiers décentralisés sont « *des institutions dont l'objet principal est d'offrir des services financiers à des personnes qui n'ont généralement pas accès aux opérations des banques et établissements financiers tels que définies par la loi portant réglementation bancaire et habilitées aux termes de la présente loi à fournir des prestations* » Ils sont régis par la loi n°023-2009/AN du 14 mai 2009 portant réglementation des systèmes financiers décentralisés

⁸⁴ Sous réserve des dispositions de l'article 54 qui renvoie à l'article 53 qui soumet cette structure aux mêmes exigences en matière de reporting de données comptables vis-à-vis de la BCEAO et de la Commission bancaire.

⁸⁵ Ces exclusions sont faites par l'article 11 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso

⁸⁶ A titre d'exemple, la loi n°023-2009/AN du 14 mai 2009 portant réglementation des systèmes financiers décentralisés au Burkina Faso.

⁸⁷ Elles conviennent avec le Ministère des finances d'une convention-cadre qui régit leurs activités.

Ainsi, le législateur n'a pas ouvert la banque à tout type de structure de distribution du crédit ou de financement. Il ne suffit pas d'être une institution financière ou commerciale pour faire la banque. Si toutes les sociétés commerciales du droit OHADA sont admises à faire le commerce quelle que soit leur forme, le niveau de leur capital social, le lieu de leur siège social, la réglementation bancaire, elle, n'ouvre pas l'activité bancaire à toutes les sociétés commerciales. La banque est une société commerciale spécifique pour laquelle le législateur a fixé des règles particulières d'adhésion. Elle a ses critères d'accessibilité qui doivent être respectés par les sociétés désireuses d'entreprendre dans ce secteur d'activité.

B. L'accès à l'activité bancaire, une rude bataille pour les sociétés commerciales

La société commerciale est par essence un contrat⁸⁸. Sa contractualisation s'est renforcée avec le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE de 2014⁸⁹ qui admet des formules encore plus souples pour permettre aux parties promotrices d'arranger ce contrat à leur guise. Ainsi, il suffit de choisir une forme de société commerciale et de se conformer à ses règles de création et d'administration ou de fonctionnement.

La banque, bien que société, est plus difficile d'accès. En effet, l'article 2 al.1 de la loi portant réglementation bancaire qui définit la banque comme un établissement de crédit, conditionne l'existence de ce

type d'établissement à son agrément en cette qualité. Alors que l'agrément ne s'obtient qu'à la suite d'un ensemble de procédures et de règles à suivre (2) dont la constitution régulière de la société bancaire (1).

1. Les préalables à l'agrément pour être banque

En droit OHADA, la société anonyme, selon que le niveau de son capital social est fixé à 10 millions ou à 100 millions se constitue soit simplement sur souscriptions de ses fondateurs, soit par appel public à l'épargne (APE) qui est une technique permettant de drainer des capitaux. Il y a certainement lieu de se féliciter que « l'acte uniforme du 30 janvier 2014 a introduit en matière d'appel public à l'épargne des modifications substantielles, afin de mettre en cohérence le droit OHADA avec le droit des marchés financiers régionaux africains de l'UEMOA et de la CEMAC, ainsi qu'avec les bonnes pratiques internationales pour faciliter le financement des entreprises »⁹⁰. Mais, la convergence entre le droit OHADA et le droit bancaire et financier est loin d'être parfaite en ce sens que la banque, contrairement à la société commerciale ordinaire est soumise à la condition d'agrément qui implique le respect d'un certain nombre d'exigence.

Il faut dire que la capitalisation de la banque est un terrain privilégié d'intervention du législateur pour la zone UEMOA. Il relève précisément des

⁸⁸ Depuis la définition du code civil de 1804 jusqu'à celle récente de l'acte uniforme.

⁸⁹ Il faut rappeler que l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE a fait l'objet d'une révision et que sa dernière version a été adoptée lors de la 35^e réunion du Conseil des ministres de l'OHADA le 30 janvier 2014 à Ouagadougou et entrée en vigueur le 5 mai 2014.

⁹⁰ Ainsi la notion d'appel public à l'épargne (APE) a fait l'objet d'une actualisation pour tenir compte de l'évolution conceptuelle enregistrée dans le droit des marchés boursiers. Il en est résulté la prise en compte des deux variantes de l'APE à savoir l'offre public et la négociation sur la bourse des valeurs ; le remplacement de la notion de « titres » par celle de « valeurs mobilières » ; l'actualisation de la notion d'offre au public. Voy. A. FENEON, Droit des sociétés en Afrique (OHADA), op cit p. 79 et s.

attributions du Conseil des ministres de l'UMOA⁹¹. Ainsi, suivant instruction de la banque centrale du 07 novembre 2007⁹² le capital social minimum des banques est fixé à 10 milliards de F CFA depuis le 31 décembre 2010⁹³, ce seuil pouvant évoluer⁹⁴. A préciser que le capital ainsi fixé doit être « intégralement libéré au jour de l'agrément de la banque à concurrence du montant minimal exigé dans la décision d'agrément et reste à tout moment employé dans les Etats membres de l'UMOA »⁹⁵. On ne peut obtenir effectivement l'agrément qu'après une libération intégrale du capital souscrit. Le capital libéré doit servir à des activités en zone UMOA⁹⁶. Le législateur UEMOA a également été ferme quant à la forme des actions composant le capital de la banque. Tandis que les actions émises par les sociétés anonymes régies par l'AUDSC peuvent revêtir la forme nominative ou la forme au porteur (il y a donc une liberté de choix en la matière), au niveau de la banque, les actions « doivent revêtir la forme nominative »⁹⁷. Depuis la dématérialisation des titres au porteur⁹⁸,

⁹¹ Conformément à l'article 34 al.1 de la loi bancaire de 2008.

⁹² Il s'agit de l'avis n°01/2007/RB du Gouverneur de la BCEAO aux banques et établissements financiers en date du 02 novembre 2007 portant relèvement du capital social minimum des établissements de crédit.

⁹³ Contre trois (3) milliards pour les établissements financiers.

⁹⁴ Il s'agit d'un minimum et la décision d'agrément peut d'ailleurs, conformément à l'al. 3 de l'article 34 précité fixer un montant minimum supérieur à celui visé aux alinéas 1 et 2 susvisés.

⁹⁵ Article 34 al.4 de la loi portant réglementation bancaire

⁹⁶ Parce que l'un des objectifs majeurs de la politique monétaire de la zone UMOA, c'est la reconstitution durable des réserves de change. De ce fait, les transferts de fonds à l'étranger par les résidents ne doivent en principe pas être autorisés.

⁹⁷ Article 33 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op cit.

⁹⁸ C'est la loi du 30 décembre 1981 dite loi de finances pour 1982, qui a imposé en droit français

les banques ont vite instauré le recours aux titres nominatifs. Elles ne sont pas restées en marge de ce processus, et en ont fait une condition dans le cadre de leur capitalisation certainement pour ses avantages⁹⁹.

Si en droit OHADA des sociétés il n'y a pas d'exigence particulière quant au personnel de la société, le législateur UMOA a voulu faire une sélection des personnes désireuses d'entreprendre la profession de banque d'une part, en recourant au critère de la nationalité et d'autre part, en s'appuyant sur l'honorabilité des postulants. Au sujet de la nationalité, la loi portant réglementation bancaire au Burkina Faso, précise que « nul ne peut diriger, administrer ou gérer une banque ou un établissement financier, ou une de leurs agences, s'il n'a la nationalité burkinabè ou celle d'un pays membre de l'Union monétaire ouest africaine, à moins qu'il ne jouisse en vertu d'une convention d'établissement, d'une assimilation aux ressortissants du Burkina Faso »¹⁰⁰. Cette disposition pose un principe: celui qui consiste à dire que l'activité bancaire en zone UEMOA est réservée aux ressortissants des pays membres de cet espace géographique. Ceci étant, ce critère de rattachement de la nationalité peut paraître rigide avec le

l'inscription en compte des valeurs mobilières (principalement actions et obligations), procédant ainsi à leur « dématérialisation ». Les sociétés ne peuvent plus émettre des titres-papier. Voy. à cet effet, Causse (H), Principe, nature et logique de la dématérialisation, JCP 1992, éd. E, 194 ;

Foyer (J.), « *La dématérialisation des valeurs mobilières en France* », Mélanges Flattet, Lausanne 1985, 21 ; GUYON (Y.), « *Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières* », Rev. soc. 1984, 451 ; Roblot (R.), *La dématérialisation des valeurs mobilières*, brochure ANSA, n°185.

⁹⁹ Dont notamment la visibilité sur l'actionnariat et les transactions qui peuvent s'y faire.

¹⁰⁰ Article 25 de la loi portant réglementation bancaire

risque de cloisonnement de l'activité bancaire. C'est pourquoi une exception est permise, celle de l'assimilation aux ressortissants du Burkina¹⁰¹. Par ailleurs, « le ministre chargé des finances peut accorder, sur avis conforme de la Commission bancaire, des dérogations individuelles aux dispositions de l'alinéa précédent »¹⁰². N'étant pas de nationalité d'un pays membre de la zone UMOA, on peut néanmoins sur décision concertée du ministre des finances et de la Commission bancaire être admis à l'activité bancaire. Mais, « les dirigeants pour lesquels la dérogation est sollicitée doivent être titulaires d'au moins la maîtrise ou d'un diplôme équivalent et justifier d'une expérience professionnelle de cinq ans au moins dans le domaine bancaire, financier ou dans tout autre domaine de compétence jugé compatible avec les fonctions envisagées »¹⁰³. Il s'agit d'une disposition pertinente quoique critiquable¹⁰⁴. L'article 26 de la loi bancaire prescrit en sus que « toute condamnation pour crime de droit commun, pour faux ou usage de faux en écriture privée, de commerce ou de banque, ..., emporte de plein droit l'interdiction de diriger, administrer ou gérer un établissement de crédit ou une de ses agences ; d'exercer l'une des activités

définies à l'article 2 ; de proposer au public la création d'un établissement de crédit ; de prendre des participations dans le capital d'un établissement de crédit »¹⁰⁵. Le banquier doit être d'une moralité exemplaire, une condition essentielle pour son agrément.

2. L'agrément, acte de naissance des banques

Etant «...des personnes qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque »¹⁰⁶ les établissements de crédit sont « agréés en qualité de banque ou d'établissement financier à caractère bancaire »¹⁰⁷. Il résulte de ces dispositions que la qualité de banque ne s'acquière qu'après l'obtention de l'agrément qui peut être d'ordre général ou d'un type particulier dit « agrément unique ».

L'article 13 de la loi bancaire indique sans ambiguïté que « nul ne peut sans avoir été préalablement agréé et inscrit sur la liste des banques ou celle des établissements financiers à caractère bancaire, exercer l'activité bancaire¹⁰⁸, ni se prévaloir de la qualité de banque, de banquier ou d'établissement financier à caractère bancaire, ni créer l'apparence de cette qualité, notamment par l'emploi de termes tels que banque, banquier, bancaire ou établissement financier dans sa dénomination sociale, son nom commercial, sa publicité ou, d'une manière quelconque, dans son activité ». Sans agrément, aucune activité bancaire ne peut

¹⁰¹ A défaut d'être de nationalité burkinabè ou d'un pays membre de la zone UEMOA, il suffit d'être assimilé aux ressortissants du Burkina pour entreprendre l'activité bancaire dans la zone. Il s'ensuit que tous les pays qui ont signé des conventions d'établissement avec le Burkina voient leurs ressortissants autorisés à l'activité bancaire.

¹⁰² Article 25 al.2

¹⁰³ Article 34 al.3 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op cit

¹⁰⁴ Cette atténuation est intéressante, sauf qu'elle manque de précision. En effet, la notion de dirigeant elle-même n'étant pas précisée, la conséquence est qu'en pratique, la mise en application reste difficile. Il n'est donc pas exclu que la dérogation soit accordée au dirigeant qui n'a jamais eu un parcours universitaire, ce qui est souvent source de conflits sociaux dans l'entreprise.

¹⁰⁵ Article 26 al.1 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op cit

¹⁰⁶ Article 2 al.1 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op cit

¹⁰⁷ Article 2 al.3 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op cit

¹⁰⁸ Voir définition à l'article 2 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso

être entreprise à titre de profession habituelle puisque la banque n'est pas simplement une société commerciale.

La procédure de droit commun postule que les demandes d'agrément soient adressées au Ministre chargé des finances et déposées auprès de la Banque centrale qui les instruit. Il s'agit d'un véritable examen et contrôle de fond du dossier par la Banque centrale¹⁰⁹. Le dossier, très lourd de contenu, est déposé en cinq (5) exemplaires auprès de la direction nationale de la BCEAO pour le pays d'implantation¹¹⁰. L'agrément est prononcé par arrêté du Ministre chargé des finances, après avis conforme de la Commission bancaire de l'UMOA. Il peut être limité à l'exercice de certaines opérations définies par l'objet social du demandeur dès l'instant où une banque n'est pas obligée d'entreprendre toutes opérations bancaires telles que décrites à l'article 2 de la loi portant réglementation bancaire au Burkina Faso. L'agrément est constaté par l'inscription sur la liste des banques et réputé avoir refusé s'il n'est pas prononcé dans un délai de six mois à compter de la réception de la demande par la Banque centrale, sauf avis contraire donné au demandeur¹¹¹.

¹⁰⁹ Il porte sur la vérification de la conformité de l'entreprise aux conditions et obligations sus-indiquées ; à celle de l'adéquation de sa forme juridique à l'activité de banque ; sur l'appréciation de son programme d'activités par rapport aux moyens financiers dont elle dispose, de même que son plan de développement du réseau de succursales, d'agences ou de guichets sont minutieusement examinés ; il s'agit également de l'appréciation de l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement, dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du système bancaire et une protection suffisante de la clientèle ; de la vérification de la qualité des promoteurs de la future banque.

¹¹⁰ Lisez détails dans le Guide du banquier de l'UMOA, éd. 2003, p7-8

¹¹¹ Ces listes sont établies et tenues à jour par la commission bancaire qui affecte un numéro

Par dérogation au droit commun de l'agrément, il y a le régime simplifié de l'agrément unique, pour les banques qui ont vocation à s'implanter dans plusieurs pays de l'Union. C'est dans le cadre de l'approfondissement de l'intégration financière au sein de l'Union monétaire ouest africaine que le Conseil des ministres de l'UMOA a institué en 1998, « l'agrément unique » entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1999¹¹² et institué en zone CEMAC en 2000¹¹³. En fait, cette nouvelle forme d'agrément confère à une banque ou à un établissement financier dûment constitué, le droit d'exercer une activité bancaire ou financière dans un Etat membre de l'UMOA¹¹⁴ et de s'établir ou d'offrir en libre prestation, des services de même nature dans toute l'Union, sans être obligé de solliciter de nouveaux

d'inscription à chaque banque ou établissement financier à caractère bancaire. Elles font l'objet de publication dans le journal officiel, de même que leurs modifications ou radiations à la diligence de la commission bancaire de l'UMOA

¹¹² L'agrément unique était largement justifié pour rompre avec cette habitude de voir les activités des établissements de crédit confinées à l'intérieur des frontières nationales. Et eu égard à l'objectif de création d'un espace économique et financier unifié, il s'est avéré indispensable de favoriser une plus grande intégration des marchés bancaires et financiers nationaux, en organisant la libre prestation de services sur l'ensemble du territoire de l'Union. C'est donc à cette fin que les autorités de l'UMOA ont franchi un pas décisif en adoptant en juillet 1997, le principe de l'agrément unique. Voy. Le guide du banquier de l'UMOA, janvier 2003, p. 8-9 ; Lisez aussi BCEAO, L'agrément unique des banques et établissements financiers, 2012

¹¹³ Par Règlement n°01/00/CEMAC/UMAC/COBAC portant Institution de l'Agrement Unique des établissements de crédit dans la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale, voy. à cet effet Lisez à cet effet A. F. N'ZAOU, « L'agrément unique en droit COBAC, vers une continuité du service bancaire et financier », Legavox

09/11/2010

¹¹⁴ Il en est de même pour la zone CEMAC

agréments¹¹⁵. Avec l'agrément unique, les filiales ou succursales de la banque peuvent s'installer et offrir en libre prestation sans être obligées à leur tour de solliciter un agrément dans tout pays de l'Union¹¹⁶. L'agrément est dit « unique » « au sens d'évincer toutes les dispositions nationales législatives afférentes à la forme juridique des établissements de crédit ainsi qu'à la composition de leur capital, à la procédure de nomination des dirigeants, pour donner la faculté d'ouvrir de simples succursales ou agences. Ce qui permet d'éviter d'avoir à remplir des formalités administratives dans un autre Etat de la communauté dans les cas d'une implantation de filiales, succursales ou agences pour extension d'activité »¹¹⁷. C'est aussi en cela que le droit bancaire conforte le droit OHADA dans son objectif de facilitation des conditions d'investissement en Afrique¹¹⁸. Entre l'intégration juridique par la consolidation de la zone monétaire et économique et celle par le renforcement des insitutions du droit des affaires, il y a forcément un

¹¹⁵Voy. L'instruction n°01/RB du 31 décembre 1998 relative aux modalités d'établissement des banques et établissements financiers dans l'union monétaire ouest-africaine.

¹¹⁶ Les démarches à effectuer pour l'obtenir consistent essentiellement à adresser une déclaration d'intention aux ministres chargés des finances du pays d'origine (siège social) et du pays d'accueil (nouvelle implantation), à accompagner la déclaration d'intention d'un dossier d'établissement comprenant les documents et informations à l'annexe numéro 2¹¹⁶. Elle est acheminée par la banque centrale à la Commission bancaire qui l'instruit si la procédure doit conduire à la délivrance de l'agrément unique, voy. Le guide du banquier de l'UMOA, op cit p 48-50 ; voy. aussi Rapport annuel de la Commission Bancaire de l'UEMOA 2011, p.43

¹¹⁷ Voy. A.F. N'ZAOU, « *L'agrément unique en droit COBAC, vers une continuité du service bancaire et financier* », op cit.

¹¹⁸ Lisez K. M'BAYE, « *L'Histoire et les objectifs de l'OHADA* », in Les petites affiches, n°20, spécial 13 oct. 2004 ; M. ALLIOT, « *Problèmes de l'unification du droit africain* » Journal of african Law, Vol.II, N°2, 1967

lien qui fait que la banque dans sa structuration satisfait à l'OHADA mais aussi aux conditions spécifiques de l'UMOA. Mais peut-on faire la même analyse au niveau des règles qui gouvernent la gestion ou de façon générale le fonctionnement de la banque. C'est de cela qu'il est à présent question dans la deuxième partie.

II. DE LA CONDUITE DE L'ACTIVITE BANCAIRE, UNE MISSION SOCIETALE EXCEPTIONNELLEMENT ORGANISEE

Comme en droit français¹¹⁹, le droit OHADA¹²⁰ organise la gestion et le

¹¹⁹ Voy. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 26^e éd 2012, p.281 et s. ; D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 17^e éd. Sirey 2007, p. 132 et s. ; Y. GUYON, Droit des affaires. Tome 1 Droit commercial général et Sociétés, 12^e éd. Economica 2003, p. 95 -574.

¹²⁰ J. ISSA-SAYEGH, « *Présentation des dispositions sur le fonctionnement des sociétés commerciales* », Ohada.com/Ohadata D-06-13 ; H. D. MODI KOKO BEBEY., « *La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA* », Revue des sociétés, n°2, avril-juin 2002, p. 255 ; Ohada.com/Ohadata D-04-35 ; MUKA TSHIBENDE L.-D., « *Voies comparées africaine et européenne d'unification du régime juridique de la société anonyme* », Penant, n°856, p.294 ; Ohada.com/Ohadata D-06-55 ; LE BARS B., MARTOR B., « *Management et financement de la société anonyme* », Semaine juridique n°44 du 28 octobre 2004, supplément n°5, p 12 ; J.Y. TOE, Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dans l'espace OHADA, Université de Ouagadougou-UFR/SJP, 2007 ; F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. N. TOUKAM, P-G. POUGOUE et M. SAMB, Sociétés commerciales et GIE, Coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002 ; P-G POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM, F., ANOUKAHA, *Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, in OHADA. Traité et Actes uniformes commentés, Juriscope, 4^e éd. 2014, p. 365-656 ; D. TAPIN, *Droit des sociétés commerciales et du GIE*, Penant, Spécial OHADA, n°827, mai -aout 1998.

contrôle des sociétés commerciales à travers un certain nombre de principes et d'organes classiquement connus. Et si la révision de l'Acte uniforme en 2014 a permis de rénover les règles de fonctionnement des sociétés commerciales, particulièrement de la société anonyme, il n'est cependant pas évident qu'avec les principes de fonctionnement de la banque, il y ait une parfaite accommodation. Dès la défaillance de la banque pourrait avoir sur l'économie nationale des conséquences incommensurables, elle reste une entreprise singulièrement surveillée dans sa gestion. Le régime dérogatoire au droit commun de la gestion des sociétés commerciales¹²¹ commande que les activités bancaires soient surveillées en permanence (A) mais aussi et surtout dans les périodes de difficulté (B).

A. La spécificité de la surveillance de la gestion bancaire

L'activité commerciale exercée dans un cadre sociétaire est conduite par des organes bien distincts chargés chacun d'assurer une mission spécifique : celles d'administrer, de diriger ou de contrôler. Le fonctionnement de la société anonyme en particulier repose sur une organisation de type démocratique¹²². L'entreprise

¹²¹ Nous faisons référence surtout au droit OHADA des sociétés commerciales à travers le régime de l'AUDSC GIE dans sa version révisée et adoptée le 30 janvier 2014 à Ouagadougou et applicable depuis le 05 mai 2014 ; Voy. J. ISSA-SAYEGH, « *Présentation des dispositions sur le fonctionnement des sociétés commerciales* », Ohada.com/Ohadata D-06-13 ; Y. MEUKE BERENGER., « *La notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique de l'OHADA : réflexion à la lumière du droit français* », Ohada.com/Ohadata D-05-57

¹²² Voy. J. Y. TOE, Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (dans l'espace OHADA), op cit, p. 2019 ; A. FENEON, Droit des sociétés en Afrique (OHADA), op cit, p. 351 (Dirigeants sociaux dans la société anonyme avec conseil d'administration) ; M. COZIAN, A.

bancaire répond elle aussi à ces principes de base, bien que soumise à un dispositif important de surveillance du fait de la réglementation prudentielle de l'UEMOA¹²³. L'objectif ici est de montrer comment, à l'aide de ces instruments, la surveillance bancaire est une fonction assurée au quotidien (1) mais menée également au sein de la gouvernance de la banque (2).

1. La surveillance de la banque dans le cadre de sa gestion quotidienne

Le Conseil des Ministres de l'UMOA¹²⁴ veille au grain sur la gestion quotidienne de la banque et adopte toute disposition spécifique utile dans ce sens. Ainsi, le dispositif prudentiel indique qu'« il est interdit aux banques ... de détenir, directement ou indirectement, dans une même entreprise, autre qu'une banque, un établissement financier ou une société immobilière, une participation supérieure à 25% du capital de l'entreprise ou à 15% de leurs fonds propres de base »¹²⁵. Et « le montant global des concours (y compris les engagements par signature) pouvant être

VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, op cit, p. 289 et s.

¹²³ Au sein de l'espace UEMOA, la surveillance de l'entreprise bancaire est assurée conjointement par deux structures que sont la Commission bancaire¹²³ et la Banque centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest (BCEAO) et par le dispositif prudentiel entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000.

¹²⁴ En application des prérogatives qui lui ont été conférées par la loi bancaire en son article 44 (devenu article 56 de la nouvelle loi bancaire entrée en vigueur le 1^{er} avril 2010).

¹²⁵ Elle vise à faire éviter aux banques de contourner l'interdiction qui leur faite d'exercer des activités commerciales, industrielles, agricoles et de services. L'interdiction est prescrite à l'article 33 de la loi bancaire devenu article 43 de la nouvelle loi bancaire entrée en vigueur le 1^{er} avril 2010. Pour plus de détail sur cette question, voy. Th. BONNEAU, Droit bancaire, op cit p.79-80 ; N. EBER., « *Participations bancaires dans le capital des PME et cycles réels. Un modèle théorique* », in revue économique, 1998, vol. 49, n°3 pp 699-708.

consentis par les banques ... aux personnes participant à leur direction, administration, gérance, contrôle ou fonctionnement¹²⁶, ne doit pas dépasser 20% de leurs fonds propres effectifs ». De même, il incombe aux banques de notifier à la Banque centrale et à la Commission bancaire « tout concours à un seul dirigeant, actionnaire ou personne participant à leur gérance, contrôle ou fonctionnement dont l'encours atteint au moins 5% de leurs fonds propres effectifs »¹²⁷. La même rigueur doit être observée au niveau de la gestion des immobilisations où il est prescrit que « le montant global des immobilisations hors exploitation et participations dans les sociétés immobilières dont les banques et établissements financiers peuvent être propriétaires, est limité à un maximum de 15% de leurs fonds propres de base ». En tout état de cause, le total des immobilisations et participations ainsi défini, ne peut excéder 100% des fonds propres effectifs nets des participations dans les banques et établissements financiers et des dotations des succursales. Depuis 1993, il s'applique indiscutablement le système dit « des

¹²⁶ Par personnes participant à la direction, administration, gérance, contrôle ou fonctionnement, il convient d'entendre notamment le Président – Directeur-Général, les administrateurs, les Gérants, les dirigeants de fait, les liquidateurs ou l'administrateur provisoire, les personnes ayant la qualité de Directeur et, par assimilation, les Secrétaires Généraux et Conseillers, les commissaires aux comptes et tout le personnel de l'établissement. Il faut y assimiler les personnes physiques ou morales détenant chacune directement ou indirectement 10% des droits de vote ou plus au sein d'une banque ou d'un établissement financier.

¹²⁷ Les prêts aux dirigeants des banques entrent dans le domaine des conventions règlementées autorisées dans le cadre du fonctionnement des sociétés anonymes tel que prévu par l'article 438 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Ces conventions restent bien évidemment soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

réserves obligatoires » institué en 1992¹²⁸ qui renseigne sur la liquidité ou non de la zone et des ratios ayant pour but de garantir la liquidité, la solvabilité et l'équilibre des banques et établissements financiers¹²⁹.

La comptabilité de la banque elle, est tenue selon les dispositions prévues dans le plan comptable bancaire de l'UMOA, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 et tel qu'il a été revu par le dispositif prudentiel entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000¹³⁰ et le

¹²⁸ Décidé par le Conseil des Ministres de l'UMOA et par le Conseil d'Administration de la BCEAO lors de leur session des 13 et 14 décembre 1992¹²⁸, et entré en application le 1^{er} octobre 1993, le système des réserves obligatoires a pour objet de concourir à la réalisation des objectifs de politique et de crédit au sein de l'UMOA. Il vise le contrôle indirect des liquidités en circulation dans l'UMOA. En fait, ce système impose aux banques et établissements financiers de maintenir dans leurs comptes ouverts dans les livres de la BCEAO, un certain pourcentage des versements qu'ils reçoivent de leur clientèle. Ce pourcentage est régulièrement révisé par la BCEAO en fonction d'un certain nombre d'indicateurs économiques¹²⁸. Il apparaît comme un moyen de régulation monétaire¹²⁸ entre les mains de la Banque centrale qui, en décidant d'augmenter ou de réduire le taux de réserves obligatoires, joue sur la possibilité pour les banques de consentir des prêts¹²⁸. Il est consolidé par l'établissement d'un certain de ratios indispensables à la gestion bancaire.

¹²⁹ Au titre des ratios en vigueur et résultant du dispositif prudentiel de janvier 2000, on peut citer le ratio de couverture des risques, le ratio de division des risques, le ratio de liquidité, le ratio de structure du portefeuille. Le coefficient de couverture des emplois à moyen et long terme par des ressources stables dont la norme à respecter est de 50% minimum.

¹³⁰ Puisque les différents plans comptables sectoriels (assurances, banques) restent applicables quand bien même il ait été recommandé qu'ils soient harmonisés. En effet, le maintien du SYSCOA par le Conseil des ministres en sept. 2001 après l'adoption de l'AUOHC en 2000 et son entrée en vigueur en janvier 2001 recommande cette mise en harmonie. Voy.F. M. SAWADOGO, S. SERE, *Commentaire de l'acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises*, in J.O. OHADA, n°10, 20/11/2000, p. 1 et svts, ou

provisionnement des risques en souffrance est fait selon l'instruction n°94-05 de la Banque centrale relative à la comptabilisation et au provisionnement des engagements en souffrance¹³¹.

Au-delà du contrôle externe assuré par le commissariat au compte tel que prévu l'AUSC¹³² et par la réglementation bancaire¹³³, les banques sont tenues au respect du dispositif des accords de classement¹³⁴, qui exige des commissaires aux comptes un rapport sur l'évaluation des cinquante (50) plus gros risques¹³⁵ et un autre sur l'évaluation du contrôle interne¹³⁶, faisant ressortir leurs constats à l'issue de l'examen de chacun des domaines susvisés à l'alinéa 2 de l'article 6 de la circulaire du 04 janvier 2011. Enfin,

OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2014, p 767-786

¹³¹ Ainsi, pour les risques directs ou engagements par signature sur l'Etat et ses démembrements la constitution de provision est facultative. Mais s'il s'agit de risques garantis par l'Etat, ou de risques privés non garantis par l'Etat, le provisionnement devient obligatoire, lisez détail dans l'instruction n°094 op cit.

¹³² Se référer aux articles 710 à 717 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés. Voy. A. FENEON, Droit des sociétés en Afrique, op cit, p 287-301 (Chap. 12 Commissaires aux comptes) ; A. S. ALGADI, « *Commissariat aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA* », Penant, n°870, p. 5 ; K. F.DJaka, « *l'exercice du contrôle des sociétés anonymes en droit OHADA* », Actualités juridiques, Edition Economique n°2/2011, p.133 ; V. GONCALVES, « *Commissaire aux comptes : le nouveau régime issu de la réforme de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique* », Penant n°887, p. 244.

¹³³ Voy. la circulaire n°004-2011/CB/C du 04 janvier 2011 relative aux conditions d'exercice du commissariat aux comptes auprès des établissements de crédit de l'UMOA

¹³⁴ C'est aussi la bête noire des banques parce qu'elles n'arrivent pas pour la plupart à déclarer des entreprises conformes à ces accords de classement.

¹³⁵ Article 8 al.1 de la circulaire n°004 du 04 janvier 2011

¹³⁶ Voir al 2 de l'article 8 de la circulaire du 04 janvier 2011 op cit

les banques sont tenues à l'organisation d'un contrôle interne dit « audit interne »¹³⁷ dont le rôle est de vérifier la conformité aux règlements et lois des opérations réalisées, de veiller à la qualité de l'information comptable et financière, les conditions d'enregistrement, de conservation et de disponibilité¹³⁸ et de rendre directement compte à la Commission bancaire¹³⁹ de la situation de la banque, ce qui est gage d'une bonne gouvernance.

2. La surveillance dans le cadre de la gouvernance bancaire¹⁴⁰

Si le législateur OHADA a organisé la question de la gouvernance des sociétés anonymes¹⁴¹, la gouvernance des établissements de crédit, reste une épineuse question à laquelle l'on peine toujours à trouver une réponse satisfaisante¹⁴² quand

¹³⁷ Voy. J. RENARD, Théorie et pratique de l'audit interne, Editions Eyrolles, 8^{ème}, 2013

¹³⁸ Voy. aussi C. B. Cisse, *Afrique francophone, la gouvernance bancaire en question*, in Redaction Financial Afrik, october 13th, 2013, p17 sur le « périmètre d'investigation du contrôle interne ».

¹³⁹ Voy. La circulaire n°10-2000 du 23 juin 2000 sur le rôle de l'audit interne dans les banques.

¹⁴⁰ Ce concept étant défini comme « La mise en oeuvre d'un ensemble de dispositifs (règles, normes, protocoles, conventions, contrats...) pour assurer une meilleure coordination des parties prenantes d'une organisation, chacune détenant une parcelle de pouvoir, afin de prendre des décisions consensuelles et de lancer des actions concertées », voy. A. FERNANDEZ, Les nouveaux tableaux de bord des managers, Eyrolles, 6^{ème} éd. 2013, 495 p. ; R. PEREZ, La gouvernance de l'entreprise, Editions La Découverte, coll. « Repères », 2015, 126 p. ; P. WIRTZ, les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise, éd. La Découverte, 121 p.

¹⁴¹ Voy. les articles 414 à 515 de l'AUSC/GIE ; F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », Revue des sociétés 2013, p.467 ; M-A. NGWE et S. P. KAROU, « Le dirigeant social dans l'Acte uniforme révisé », Penant n°887, p.161

¹⁴² Avant même la tenue du sommet de Bâle III consacré à la régulation bancaire, l'économiste Gilles BONAFI avait prédit son échec qui devait

bien même elle fait l'objet d'un texte spécifique de 2011¹⁴³. Certains ont même parlé de « crise de la gouvernance »¹⁴⁴. De ce fait, la circulaire de 2011 ne dicte pas de modèle en la matière. Elle fait simplement référence à trois organes¹⁴⁵, à savoir une assemblée générale, un organe délibérant et un organe exécutif comme devant constituer les différentes parties prenantes à la gouvernance. Très souvent, on adoptera, comme pour la société anonyme en général, un Conseil d'administration avec à sa tête un président, tandis que l'exécutif lui aussi a son responsable, un directeur général. Le président de l'organe délibérant (Assemblée générale) peut être en même temps le responsable de l'exécutif (Conseil d'administration). L'Assemblée générale ne peut être constituée d'une seule personne¹⁴⁶ quand bien même le droit OHADA fait place à la société anonyme unipersonnelle¹⁴⁷. Dans la structure de la gouvernance des banques, le comité d'audit défini comme une « structure mise en place par l'organe délibérant pour l'assister dans l'exercice de ses missions et en particulier vérifier la fiabilité et la transparence des informations fournies, apprécier la pertinence des

provoquer une deuxième crise financière mondiale. Lisez, BONAFI Gilles, « L'échec de Bâle III, un signal pour l'Afrique », in Rédaction Financial Afrik, avril 21th 2014, p 1-19

¹⁴³ Il s'agit précisément de la circulaire n°005-2011/CB/C/CB du 04 janvier 2011 relative à la gouvernance des établissements de crédit de l'Union monétaire ouest africaine (UMOA).

¹⁴⁴Voy. Cisse C. B, « Afrique francophone: la gouvernance bancaire en question », op cit p.1 de 24 ; P. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », Revue de l'ERSUMA, n°2, mars 2013, p.209 ; F. TAGOURLA, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA à l'épreuve des principes de bonne gouvernance », Penant n°883, p. 189

les articles 4, 5 et 6 de la circulaire n°005-2001/CB/C/CB du 04 janvier 2004 relative à la gouvernance des établissements de crédit de l'UEMOA, op cit.

¹⁴⁶ Article 31 al.2 de la loi portant réglementation bancaire

¹⁴⁷Voy. article 5 de l'AUDSC/GIE.

méthodes comptables ainsi que la qualité du système de contrôle interne et proposer, le cas échéant, des pistes d'amélioration »¹⁴⁸ est devenu incontournable.

Prenant donc la mesure de la chose, le législateur a créé des zones d'intervention pour les différents organes de la gouvernance bancaire¹⁴⁹ de sorte qu'il ne puisse aucunement avoir confusion entre la gestion, la direction, le contrôle et l'audit en banque. Il fait recours à ce qu'il a appelé des « outils de gestion »¹⁵⁰ et des « outils de contrôle »¹⁵¹ indispensables dans le cadre d'une bonne gouvernance

¹⁴⁸Voy. article 3 al.7 de la circulaire n°005-2011/CB/C/CB du 04 janvier 2011 relative à la gouvernance des établissements de crédit, op cit.

¹⁴⁹ Ainsi, aux termes des articles 4, 5 et 6 de la circulaire n°005-2011/CB/C/CB du 04 janvier 2011, l'assemblée générale a comme attributions de nommer les administrateurs et déterminer leur indemnité annuelle de fonctions, conformément aux dispositions légales, de nommer les commissaires aux comptes, renouveler leur mandat à terme s'il y a lieu et fixer le montant de leurs honoraires, d'adopter les états financiers de synthèse, d'approuver ou refuser d'approuver les conventions conclues entre les dirigeants sociaux et la société, de décider de toutes opérations entraînant la modification des statuts ; l'organe délibérant (conseil d'administration ou tout autre organe en tenant lieu) qui est responsable devant les actionnaires de la bonne gestion de l'établissement est tenu en particulier de définir les objectifs stratégiques de l'établissement, notamment la politique générale en matière de risques, l'exercice ou les délégations de pouvoirs d'investissement ou de placement et les procédures de gestion des risques, entre autres ; et l'organe exécutif (le direction générale) doit notamment veiller à gérer la société dans le respect de l'objet social fixé dans les statuts et de toutes les dispositions légales qui lui sont applicables ; d'assurer une information suffisante des administrateurs, sur la gestion de la société, de veiller à prévenir, détecter et gérer tout conflit d'intérêts potentiels notamment dans le cadre de l'octroi de prêts aux actionnaires, administrateurs et dirigeants.

¹⁵⁰Voy. article 7 de la circulaire n°005-2011/CB/C/CB du 04 janvier 2011

¹⁵¹ Article 8 de la circulaire n°005-2011/CB/C/CB du 04 janvier 2011 op cit

bancaire¹⁵² tel la mise en place d'un dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme conformes aux dispositions légales et réglementaires¹⁵³ et permettant notamment une identification rigoureuse de la clientèle, une surveillance accrue de certaines opérations et une formation continue du personnel¹⁵⁴. Mais, les récentes crises bancaires¹⁵⁵ ont montré qu'il

¹⁵² Par exemples l'obligation d'avoir un système d'évaluation, de déclassement et de provisionnement des risques, conforme aux dispositions et règles minimales édictées par le plan comptable bancaire de l'UMOA (PCB) et la réglementation prudentielle ; celle d'avoir un processus d'évaluation continue de l'adéquation de leurs fonds propres à l'évolution de leurs activités et des risques¹⁵² ; celle de disposer de procédures d'évaluation ou de cotation des risques aboutissant à une cartographie des principaux risques, ou encore celle d'avoir un système de répartition des pouvoirs en matière de crédit, précisant clairement les instances et les personnes autorisées ainsi que les limites pour lesquelles elles ont reçu délégation, conf. Art. 7 de la circulaire de 2011.

¹⁵³ Ces dispositions légales et réglementaires sont contenues essentiellement dans la Directive n°07/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA ; la loi n°026-2006/AN du 28 novembre 2006 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux ; la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ; l'instruction n°01/2007/RB du 02 juillet 2007 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux au sein des organismes financiers.

¹⁵⁴ Article 8 de la circulaire n°005-2011/CB/C/CB du 04 janvier 2011, op cit.

¹⁵⁵ Lisez à cet effet résumé de l'affaire Parmalat : Parmalat une petite firme familiale de distribution de lait pasteurisé établie dans les environs de Parme dans les années 1960, elle s'est développée grâce à l'habileté de son fondateur, M. Calisto Tanzi, et la dynamique de la mondialisation. Ce formidable succès valait à l'action Parmalat d'être une des valeurs sûres de la Bourse de Milan jusqu'au 11 novembre 2003. Ce jour-là, des commissaires aux comptes expriment des doutes sur un investissement de 500 millions d'euros effectué sur le fonds Epicurum, basé aux îles Caïmans. Aussitôt, l'agence Standard & Poors abaisse la notation des titres Parmalat. L'action chute. Au même moment,

y a encore matière à faire pour soigner la crise de la gouvernance bancaire en Afrique¹⁵⁶. Au-delà du débat sur la gouvernance moniste ou dualiste d'une part¹⁵⁷, ou de celui entre gouvernance réduite ou élargie d'autre part¹⁵⁸, ou du renforcement et de la mise à jour permanente des dispositions régissant cette matière, la gouvernance des banques suscite encore plus d'attention. Elle implique également « la qualité et la bonne compréhension de la structure opérationnelle des groupes bancaires »¹⁵⁹. C'est du moins ce que le comité de Bâle appelle « Know your structure ». La structure bancaire¹⁶⁰ doit elle-même être transparente et évoluer dans un environnement juridique transparent. Il y va de la qualité des hommes impliqués mais aussi de leur dose de créativité en matière de gouvernance en tenant surtout compte du fait que les banques sont les dépositaires de la confiance de leurs

la Commission des opérations de Bourse demande des clarifications sur la manière dont le groupe compte rembourser des dettes qui arrivent à échéance fin 2003. L'inquiétude s'empare des créanciers et des détenteurs d'actions. Ce fut le début d'une chute vertigineuse jamais rattrapée pour Parmalat. L'affaire prend une ampleur planétaire, extrait d'**Ignacio Ramonet**, « *Le scandale Parmalat* », in *Le monde diplomatique*, février 2004, p.1.

¹⁵⁶ L'expression est empruntée à CISSE CH B, dans son article « Afrique francophone : la gouvernance bancaire en question, dossier in Rédaction Financial Afrik, october 13th, 2013, op cit

¹⁵⁷ Ce débat est suscité par l'article 414 de l'AUDSC/GIE qui autorise deux modes d'administration pour la SA c'est-à-dire SA avec conseil d'administration et SA administrateur général

¹⁵⁸ Ce débat vient du fait que l'article 416 de l'AUDSC/GIE fixe le nombre d'administrateurs des établissements bancaires à trois membres au moins et 12 au maximum

¹⁵⁹ Voy NOYER Ch, « Corporate governance et banque : les banques se gouvernent-elles comme d'autres entreprises », exposé au séminaire « Droit, économie et justice dans le secteur bancaire », cour de cassation, 10 octobre 2005, p.8 sur 9

¹⁶⁰ Voy. supra, 1ère partie p.8 et s.

clients¹⁶¹. En fait, « le volume et la complexité de l'industrie bancaire a imposé la mise en place d'un système de suivi plus rapproché au niveau de la gouvernance des banques »¹⁶². Il s'agit aussi de prévenir, un tant soit peu, les situations de défaillance difficiles à sauver au niveau bancaire.

B. La spécificité des règles de sauvetage de l'entreprise bancaire

Sous l'éclairage du professeur Yves GUYON on sait que « par dérogation, un établissement de crédit peut faire l'objet d'une procédure collective dès lors qu'il n'est plus en mesure d'assurer ses paiements à terme rapproché »¹⁶³ et que « cette anticipation de l'intervention du tribunal se justifie par les troubles causés par la défaillance d'une banque qui n'est plus en mesure de rembourser ses déposants. Ce mécanisme est intéressant, suppose qu'une autorité de contrôle connaisse de manière certaine l'imminence de la cessation des paiements »¹⁶⁴. Il y a là les conditions d'application des procédures collectives à la banque que l'on retrouve également dans le droit en vigueur au Burkina Faso. En effet, selon l'article 84 de la loi bancaire, « les dispositions du droit commun relatives au règlement préventif, au redressement judiciaire et à la liquidation des biens sont applicables aux établissements de crédit tant qu'il n'est pas

dérogé par les dispositions de la présente loi »¹⁶⁵.

Si les procédures collectives sont applicables à la banque, elles le sont dans des conditions spécifiques puisque les organes intervenants ne sont pas forcément les mêmes (1) et les procédures elles-mêmes dans leur contenu peuvent être interférées ou adaptées (2).

1. Des organes nécessaires au « sauvetage » de la banque

Même si la « cessation des paiements » telle que exigée par l'article 25 de l'AUPC et spécifiée à l'article 86 de la loi bancaire¹⁶⁶, reste la condition essentielle pour l'application des procédures collectives¹⁶⁷, il n'est cependant pas évident que les organes qui gèrent les procédures collectives des établissements de crédit¹⁶⁸ soient les mêmes que ceux classiquement exigés. Le professeur Filiga Michel SAWADOGO nous enseigne en effet que « les procédures collectives ne peuvent réaliser les finalités poursuivies qu'avec le concours des organes mis en place par le jugement d'ouverture ou à

¹⁶¹ L'expression est empruntée à CISSE B CH, « Afrique francophone : la gouvernance bancaire en question », in *Financial Afrik*, octobre 13 th, 2013, p 20 sur 24

¹⁶² M. MILLOGO, « *L'environnement légal et réglementaire de la banque* », Communication au Forum sur les relations banque-justice, Ouagadougou, 12 juillet 2014, p 16 sur 33

¹⁶³ Ceci sur le fondement de l'article L.613-26 du CMF

¹⁶⁴ Voy. Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire-Faillite*, 9^e éd. 2003, p. 140

¹⁶⁵ Il s'agit précisément de la loi 058-2008/AN du 20 nov. 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op, cit

¹⁶⁶ L'article 25 de l'acte uniforme relatif portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) qualifie de cessation des paiements « la situation du débiteur qui est dans l'impossibilité de faire faire à son passif exigible avec son actif disponible » et qui doit donc procéder à une déclaration à cet effet.

Quant à l'article 86 de la loi bancaire, il spécifie que « sont en état de cessation des paiements les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché ».

¹⁶⁷ Cette condition s'applique aussi aux banques. .

¹⁶⁸ La notion d'établissement de crédit étant précisée à l'article 2 de la loi bancaire du 20 nov. 2008 en vigueur au Burkina Faso comme suit : « sont considérés comme établissements de crédit, les personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle, des opérations de banque ».

compter de celui-ci »¹⁶⁹. Il s'agit des organes judiciaires composés de la juridiction compétente¹⁷⁰, du juge commissaire¹⁷¹ et du ministère public¹⁷², puis du syndic¹⁷³ qui joue un rôle très important, mais qui a un statut assez particulier ; et enfin des organes des créanciers que sont l'assemblée des créanciers et les contrôleurs. On pourrait dans une certaine mesure citer l'expert nommé pour apprécier la situation du débiteur¹⁷⁴ dans le cadre du concordat amiable du règlement préventif¹⁷⁵.

Compte tenu du caractère névralgique de la banque dans le fonctionnement de

l'économie, les questions relatives au sauvetage de la banque qui « tanguent » sont préoccupantes et il n'est pas étonnant de voir les autorités étatiques ou communautaires s'y intéresser au premier plan. Elles ont parfois procédé à des renflouements de banques pour permettre leur survie à des crises quand bien même la responsabilité de ses banques n'a pas été écartée dans certains cas. A titre d'exemple, on peut noter 360 milliards d'euros en 2008 au titre du sauvetage des banques françaises¹⁷⁶. Il y en a eu autant en Amérique surtout après la crise des *subprimes*¹⁷⁷.

De sorte que les organes classiquement connus comme relevant des procédures collectives d'apurement du passif des sociétés commerciales sont relégués au profit d'autres spécifiquement créés dans le cadre des mesures ou procédures spéciales de sauvetage de ces banques. Ainsi, au titre des organes, ceux qu'on pourrait appeler « les intervenants d'office » sont constitués de la Commission bancaire (autorité de contrôle de la banque), dont l'avis est obligatoire pour l'ouverture de ces procédures spéciales¹⁷⁸; de l'Administrateur provisoire nommé par le Ministre chargé des finances¹⁷⁹; de la Banque centrale elle-même qui est appelée à intervenir dans une certaine mesure ne

¹⁶⁹ Voy. F. M. SAWADOGO, *Le droit OHADA des entreprises en difficulté : prévention, procédures collectives, sanctions*, 2ème éd. Editions Maison du droit, 2015, p 117.

¹⁷⁰ Ou organe « lourd » selon le professeur SAWADOGO Filiga Michel, *le droit OHADA des entreprises en difficulté : prévention, procédures collectives, sanctions*, op cit p 119

¹⁷¹ Ou « organe léger », selon le professeur F. M. SAWADOGO, *Le droit OHADA des entreprises en difficulté : prévention, procédures collectives, sanctions*, op cit, p 119.

¹⁷² Qui a un rôle encore limité en droit OHADA en ce sens qu' « il n'a pas reçu compétence pour saisir la juridiction aux fins d'ouverture d'une procédure collective. Il doit simplement communiquer à celle-ci les informations dont il dispose afin qu'elle puisse se saisir d'office... ». Voy, SAWADOGO Filiga Michel, *le droit OHADA des entreprises en difficulté : prévention, procédures collectives, sanctions*, op cit, p 121.

¹⁷³ Qualifié d'organe « ambivalent » compte tenu de son statut et de ses fonctions. Voy. F. M. SAWADOGO, *Le droit OHADA des entreprises en difficulté : prévention, procédures collectives, sanctions*, op cit, p 123-127

¹⁷⁴ Prévu par l'article 8 de l'AUPC

¹⁷⁵ On sait bien que le règlement préventif n'est pas en soi une procédure collective a proprement parler mais une solution possible dans le cadre du traitement de l'entreprise présentant des signes de faiblesses. Sur le règlement préventif lisez A. FENEON, « *Le règlement préventif : analyse critique* », *Penant* n°870, p 15 ; Y. MEUKE BERENGER « *Le règlement préventif : suspension des poursuites, voies de recours* », *Revue trimestrielle de droit et jurisprudence des affaires*, n°1, p. 101

¹⁷⁶ Lisez à cet effet Attac et Basta !, « *Le Livre noir des Banques* », Éditions Les Liens qui libèrent, février 2015 ; ou Les enquêtes du contribuable, « *Le grand scandale des aides aux entreprises* », article extrait des Enquêtes du contribuable n°10, avril-mai 2015 ; J. MARION, « *La cour des comptes dresse un bilan positif du sauvetage des entreprises* », on <http://bfmbusiness.bfmtv.com/france/cour-comptes-dresse-un-bilan-positif-sauvetage-banques-446626.htm>; N. RAULIN, « *Les banques remboursent, l'Etat perd 12 milliards* », in *Libération économie*, 1er oct. 2009

¹⁷⁷ Sur la crise des subprimes voy. supra introduction, p.5

¹⁷⁸ Il s'agit de la mise sous administration provisoire ou de la liquidation des établissements de crédit

¹⁷⁹ En cas de besoin

serait-ce que pour recevoir et apprécier les rapports sur l'évolution ou la fin des opérations de liquidation ; enfin, il est parfois prévu que l'organe chargé de la gestion du système de garantie des dépôts soit saisi dans ce cadre.

Dans le cadre de la mise sous administration provisoire d'un établissement de crédit¹⁸⁰, le premier organe qui est créé, c'est l'administrateur provisoire, nommé au lieu du siège social dudit établissement de crédit. En cas de besoin, un administrateur provisoire secondaire peut être nommé auprès des filiales installées dans les autres Etats membres de l'Union en cas de besoin¹⁸¹. Enfin, il y a ce qu'on appelle le Comité de suivi de l'administration provisoire¹⁸².

La procédure de liquidation des établissements de crédit elle, exige en premier lieu, la nomination d'un liquidateur au lieu du siège social dudit établissement de crédit¹⁸³. Mais, comme dans le cadre de la procédure de mise sous administration provisoire, il n'est pas exclu qu'à l'occasion cette procédure¹⁸⁴ de

¹⁸⁰ Telle que prévue par la circulaire n°006-2011/CB/C du 04 janvier relative à la mise sous administration provisoire des établissements de crédit et des systèmes financiers décentralisés de l'UEMOA

¹⁸¹ Conf. Article 3 de la circulaire n°006-2011/CB/C du 04 janvier 2011 relative à la mise sous administration provisoire des établissements de crédit et des systèmes financiers décentralisés, op cit.

¹⁸² Conf. Article 10 de la circulaire n° 006-2011/CB/C du 04 janvier 2011 relative à la mise sous administration provisoire des établissements de crédit et des systèmes financiers décentralisés, op cit

¹⁸³ Conf. Article 2 de la circulaire n°007-2011/CB/C du 04 janvier 2011 relative à la liquidation des établissements de crédit et des systèmes financiers décentralisés.

¹⁸⁴ Sachant que l'agrément unique en vigueur depuis 1999 facilite l'installation des banques dans plusieurs Etats de l'Union à la fois sans avoir à en demander plusieurs fois. Voy. supra p.15-16 citez aussi l'affaire majorel

liquidation, on puisse recourir à un liquidateur secondaire pour les filiales installées sur le territoire des autres Etats membres de l'UEMOA.

A la suite de cette présentation, on peut retenir que les organes ont été allégés¹⁸⁵ pour un assouplissement des procédures de mise sous administration ou de liquidation des banques par les deux circulaires de janvier 2011. La même idée se trouve au niveau de la préparation aux opérations de restructuration (fusions ou scissions) conformément à une instruction de 2011¹⁸⁶. Mais, ces organes ne seront véritablement efficaces que par les règles qu'ils appliqueront aux situations de crise en vue du sauvetage de l'entreprise.

2. La spécificité des règles de sauvetage de l'entreprise bancaire

A la différence du législateur OHADA qui n'y a songé que très récemment¹⁸⁷, le législateur UEMOA a prévu, dans le cadre de la gestion des difficultés de l'entreprise bancaire, sa mise sous administration provisoire à certaines conditions, ce qui n'exclut pas forcément le recours aux procédures collectives de droit commun. Selon la loi portant réglementation bancaire¹⁸⁸, la Commission bancaire peut décider de la mise sous administration

¹⁸⁵ Si l'on fait une comparaison avec les organes cités des procédures collectives dans le cadre du droit OHADA des sociétés commerciales.

¹⁸⁶ Voy. Précisément l'instruction n°020-12-2011 du 17 décembre 2011 établissant la liste des documents et informations constitutifs du dossier de demande d'autorisation préalable pour la fusion ou la scission d'établissements de crédit.

¹⁸⁷ La consécration de l'administration provisoire pour les sociétés autres que les banques, les sociétés d'assurance ou celles de micro finance a été faite avec la révision de l'Acte uniforme en 2014. Voy. A. TOURE, « *L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE* », Colloque annuel parisien du DIU juriste OHADA, op cit, p.14 et s.

¹⁸⁸ Article 60 al. 1

provisoire d'un établissement de crédit, dans deux types de situation : - lorsque (premièrement) celui-ci estime ne plus être en mesure d'exercer normalement ses fonctions¹⁸⁹, et lorsque (deuxièmement) la gestion de l'établissement de crédit met en péril les fonds reçus en dépôt ou rend non liquides les créances de la Banque centrale.

Dans de tels cas, la Commission notifie alors sa décision au Ministre chargé des finances qui nomme par voie réglementaire¹⁹⁰, un administrateur provisoire¹⁹¹ auquel il confère les pouvoirs nécessaires à la direction, l'administration ou la gérance de l'établissement concerné¹⁹². Pour permettre une bonne prise en charge de sa mission par l'administrateur provisoire, les termes de référence sont clairement définis dès le début conformément à l'article 8 de la circulaire n°006/CB/ du 04 janvier 2011 qui impose la production de trois types de

¹⁸⁹ Lorsque la Commission constate que la gestion ne peut plus être assurée dans des conditions normales, ou lorsque la Commission a prononcé en vertu de l'article 28 la suspension ou la démission d'office des dirigeants responsables d'une infraction à la réglementation bancaire

¹⁹⁰ Un arrêté ministériel est pris à cet effet selon l'article 6 de la circulaire de 2011.

¹⁹¹ Selon l'article 2 de circulaire n°006-2011/CB/C du 04 janvier 2011, la nomination de l'administrateur provisoire par le ministre chargé des finances doit intervenir dans un délai de sept jours calendaires à compter de la notification de la décision de la commission bancaire. En cas de défaut de nomination de l'administrateur provisoire dans ce délai, le président de la commission peut, conformément à l'article 40 de l'annexe régissant la commission bancaire, évoquer la question devant le conseil des ministres de l'UMOA.

¹⁹² Ces pouvoirs sont accordés pour organiser l'administration provisoire non seulement au siège, mais également dans les agences et les succursales de la banque concernée s'il y en a dans les Etats membres qui ont bénéficié de son agrément. Il n'est pas exclu de nommer, si nécessaire, un administrateur provisoire secondaire auprès des filiales de l'établissement de crédit, installées sur le territoire d'autres Etats membres de l'UMOA qui ont bénéficié de l'agrément de l'établissement de crédit en question.

rapports¹⁹³. Un Comité de suivi de l'administration provisoire, peut être institué dont les avis sont très importants sur la conduite des opérations. A défaut de redressement, l'administrateur provisoire doit constater la situation, ce qui peut alors permettre, hormis les cas de rachat de l'entreprise, par fusion-absorption par exemple¹⁹⁴, qu'il soit entrepris la mise en œuvre d'une procédure collective classique.

Mais, l'ouverture d'une procédure de règlement préventif instituée par l'AUPC, est, relativement à un établissement de crédit, subordonnée à l'avis conforme de la Commission bancaire¹⁹⁵; de même, les

¹⁹³ Ainsi, il incombe à l'administrateur provisoire de présenter à la Commission bancaire et à la Banque centrale, au moins une fois tous les trois mois, un rapport sur les opérations qu'il a accomplies ainsi que sur l'évolution de la situation financière de l'établissement de crédit. Au-delà de ces rapports trimestriels, l'administrateur provisoire doit, au bout d'une année maximum à compter de sa désignation, présenter à la Banque centrale et à la Commission bancaire, un rapport qui précise la nature, l'origine et l'importance des difficultés de l'établissement de crédit ainsi que les mesures susceptibles d'assurer son redressement. Enfin, il lui incombe de produire un rapport final au terme de sa mission.

¹⁹⁴ C'est ce type d'opération qui a permis le sauvetage de la BFCI en 1998 par sa fusion-absorption de la CAI et de l'UREBA. Suite à cette opération l'Etat a cédé sa part de capital à la Générale des Banques occasionnant la naissance d'une nouvelle banque au Burkina Faso : la SGBB devenue aujourd'hui Société Générale de Banque du Faso (SGBF).

¹⁹⁵ Voir article 87 de loi bancaire qui instaure alors à cet effet la procédure suivante : le représentant légal d'un établissement de crédit, qui envisage de déposer une requête aux fins d'ouverture d'une procédure collective de règlement préventif, doit, par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise contre récépissé, saisir la Commission bancaire d'une demande d'avis préalablement à la saisine du président de la juridiction compétente. Cette demande comporte les pièces nécessaires à l'information de la commission bancaire ; la commission bancaire donne par écrit son avis dans un délai d'un mois à compter de la date de

procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, instituées par l'AUPC, ne peuvent être ouvertes à l'égard d'un établissement de crédit qu'après avis conforme de la Commission bancaire¹⁹⁶. De ce fait, avant qu'il ne soit statué sur l'ouverture d'une de ces procédures à l'égard d'un établissement de crédit, le président de la juridiction compétente est tenu d'aller recueillir par écrit l'avis de la Commission bancaire¹⁹⁷. C'est elle qui est habilitée à décider à ce sujet, compte tenu de la spécificité de l'entreprise bancaire. Si elle émet un avis contraire, même en cas de saisine d'un créancier à ce sujet, la procédure collective ne devrait pas pouvoir s'appliquer.

Une fois cette étape franchie, le législateur admet non seulement l'ouverture du règlement préventif¹⁹⁸, mais aussi des procédures collectives

réception de la demande ; l'avis est transmis par tout moyen au demandeur ; la commission bancaire, une fois saisie, informe sans délai l'organisme chargé de la gestion du système de garantie des dépôts et le ministre chargé des finances.

¹⁹⁶ Article 88 selon la procédure suivante : le président de la juridiction saisit par écrit la Commission bancaire d'une demande d'avis. Le greffier transmet cette demande sans délai. Il en informe le procureur du Faso ; la Commission bancaire Celle-ci donne son avis par écrit dans un délai maximal de vingt et un jours francs à compter de la réception de la demande d'avis. L'avis de la Commission bancaire est transmis par tout moyen au greffier, qui le remet au président de la juridiction compétente et au procureur du Faso. Après la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'égard d'un établissement de crédit, le greffier adresse immédiatement un extrait de la décision à la commission bancaire ; la Commission bancaire, une fois saisie, informe l'organisme chargé de la gestion du système de garantie des dépôts et le ministre chargé des finances.

¹⁹⁷Voy. M. NIAMBA, « *Ouverture et mise en œuvre des procédures collectives* », Communication au forum sur les relations Banques-Justice, Ouagadougou, 12 juillet 2014, p. 16 sur 17

¹⁹⁸ Article 87 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op cit

proprement dites¹⁹⁹. La mise en liquidation est faite conformément à la circulaire n°007/CB de janvier 2011²⁰⁰. La présence de filiales dans d'autres Etats membres peut susciter la nomination de liquidateurs secondaires si nécessaire. Les missions proprement dites du liquidateur sont pour l'essentiel, précisées dans des termes de référence qui en précisent la durée, le mode de rémunération, les diligences spécifiques attendues dans le cadre de la liquidation de l'activité bancaire²⁰¹. Il est tenu de produire trois types de rapports à l'attention du Ministre des finances, de la Banque centrale et de la Commission bancaire²⁰². La liquidation de la banque est soumise aux formalités de publicité et de notification²⁰³.

CONCLUSION

Au terme de cette étude sur les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales deux idées maîtresses peuvent être retenues : les spécificités de l'entreprise bancaire existent non

¹⁹⁹ Article 93 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, op cit

²⁰⁰ Circulaire n°007-2011/CB/C du 04 janvier 2011 relative à la liquidation des établissements de crédit et des systèmes financiers décentralisés de l'UMOA

²⁰¹ Selon l'article 7 de la circulaire n°007-2011/CB/C relative à la liquidation des établissements de crédit et des systèmes financiers de l'UEMOA, op cit.

²⁰² des rapports trimestriels qui retracent les opérations accomplies, les difficultés rencontrées, les perspectives de la clôture de la liquidation, un rapport annuel d'activités si nécessaire, puis un rapport de clôture de la liquidation au terme de la mission selon l'article 8 de la circulaire de 2011.

²⁰³ Articles 55 de la loi n° 058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire et 9 de la circulaire n°007-2011/CB/C du 04 janvier 2011 relative à la liquidation des établissements de crédit et des systèmes financiers décentralisés, op cit. La notification est faite obligatoirement à l'Association professionnelle des banques et établissements financiers.

seulement au stade de sa constitution, mais également au moment de son fonctionnement. C'est de la spécificité de la profession bancaire que dépend celle des règles qui régissent la structure qui en constitue le fondement.

Au stade de sa constitution, la banque est une société commerciale au sens de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique mais, qui reste très influencée par la législation bancaire. Elle prend souvent la forme de société anonyme avec un capital social d'au moins dix (10) milliards porté par plusieurs actionnaires, donc largement au-dessus des seuils de dix (10) millions (pour la société anonyme ordinaire constituée sans appel public à l'épargne) et de cent (100) millions (pour la société anonyme ordinaire constituée avec appel public à l'épargne). Elle doit être agréée²⁰⁴, condition indispensable pour sa création, qui n'existe nulle part pour la société anonyme ordinaire. De ce fait, la banque est une société commerciale à statut particulier comme la société d'assurance qui, elle, est régie par le code CIMA.

Dans son fonctionnement, la banque est guidée par des principes et outils spécifiques de gestion, de surveillance et de contrôle découlant aussi de la spécificité de la profession, qui ne sont pas contenus dans la législation OHADA sur les sociétés commerciales. Il s'agit par exemples du système des réserves obligatoires, des ratios obligatoires du dispositif prudentiel de 2000, de la comptabilité tenue selon le plan comptable bancaire, de la soumission aux accords de classement...et bien d'autres.

S'agissant des principes de gouvernance de la banque, elles sont puisés à la fois

dans la législation OHADA (monisme ou dualisme) et dans la législation bancaire (mise sous administration provisoire par exemple²⁰⁵).

Si au stade de sa formation, la banque emprunte son régime à la fois aux règles OHADA et UEMOA, dans le cadre de sa gestion par contre, elle s'écarte nettement du droit OHADA pour un régime plus autonome issu de la législation bancaire. L'adoption du nouvel Acte uniforme par la 35^{ème} réunion du Conseil des ministres en 2014 a certainement permis de raffermir ces disparités par un rapprochement des normes OHADA et UEMOA: admission de valeurs mobilières composées (article 822), possibilité d'attribution d'actions gratuites aux salariés et aux dirigeants (art. 626-1 al. 1), possibilité de recours à l'administration provisoire (art. 160-1 et 2), ...Mais ce procédé est-il suffisant pour les adaptations nécessaires ?

En somme, on a un droit de la banque qui suit les vicissitudes d'une zone monétaire fortement influencée, si bien qu'on peut se demander si le droit bancaire peut être l'affaire de l'OHADA. Pourtant l'adoption d'un acte uniforme sur l'activité bancaire aurait l'avantage de doter la banque d'un régime plus commode et permettrait de résoudre en même temps la question de la conformité avec le droit OHADA des sociétés, et celle d'avec la législation bancaire internationale qui, de toute façon s'impose à tous.

Ce qui est certain, c'est qu'au cœur des objectifs du droit OHADA, il y a celui qui vise à assainir ce gros espace créé par les pays adhérents au traité de 1993 en vue d'attirer le maximum d'investisseurs pour booster l'économie africaine. Et les enjeux du droit bancaire ne sont pas bien loin de là puisqu'il s'agit aussi, à travers cette lourde

²⁰⁴ L'agrément est accordé par la Banque centrale après avis conforme de la Commission bancaire sur dossier présenté via le Ministre des finances

²⁰⁵ que le droit OHADA ne mentionnait pas jusqu'en 2014.

règlementation d'organiser, de suivre, de contrôler et de gouverner la banque pour mieux servir les investisseurs et les épargnants. Il y a forcément nécessité

d'avoir une bonne symbiose entre les deux espaces juridiques pour une saine gestion et administration de l'entreprise bancaire.