

Présentation et Commentaires

de la loi n° 2016 - 48 en date du 11 juillet 2016 relative aux
BANQUES ET ETABLISSEMENTS FINANCIERS

AOÛT 2016

SOMMAIRE

Préambule : Aperçu général sur la réforme de la loi bancaire

Titre I : Les acteurs et les activités consacrés dans la nouvelle loi bancaire

- 1/ Les activités : les opérations bancaires
- 2/ Les acteurs : les banques et les établissements financiers

Titre II : La gouvernance

- 1/ Les organes d'administration
- 2/ Les organes de gestion

Titre III : Le contrôle

- 1/ Le contrôle interne
- 2/ Le contrôle externe
- 3/ Le contrôle de la BCT
- 4/ Le contrôle de l'APBEF

Titre IV : Les banques et les établissements financiers en difficulté

- 1/ Le redressement
- 2/ Le sauvetage
- 3/ La liquidation

Titre V : Dispositions transitoires

Aperçu général sur la réforme du droit bancaire

► Champ d'application

La loi n°2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et établissements financiers abroge et remplace la loi n°2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit.

Les banques et les établissements financiers demeurent soumis également aux dispositions du Code des Sociétés Commerciales.

Les banques et les établissements financiers non résidents demeurent soumis également aux dispositions du code de prestations de services financiers aux non résidents.

Les sociétés de leasing demeurent soumises aux dispositions de la loi n°1994-89 du 26 Juillet 1994 relative aux sociétés de leasing.

► Evolution quantitative

Avec ses **198 articles**, la nouvelle loi s'apparente à un code bien que les textes qui organisent le secteur bancaire et financier, demeurent toujours éparpillés.

► Constitutionnalité

Suite à la saisine de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de lois, de la conformité à la constitution du projet de loi n° 2016-9 relative aux banques et aux établissements financiers, adopté par la chambre des députés le 9 juin 2016, cette instance a décidé que ce projet est conforme à la constitution.

► Les objectifs

Les objectifs de cette loi sont annoncés dans son article 1^{er}.

Il s'agit de l'organisation des conditions d'exercice des opérations bancaires et le contrôle des banques et des établissements financiers dans le but de préserver leur stabilité financière et de protéger **les déposants et les usagers** des services bancaires.

L'impératif de s'aligner sur la loi récente relative à la Banque Centrale¹, semble avoir déterminé le législateur dans son élaboration de la loi nouvelle régissant les banques et les établissements financiers.

Cette loi s'inscrit, en outre, dans le cadre des réformes structurelles préconisées par le FMI.

¹ Loi n°2016-35 du 25-04-2016, portant statuts de la Banque Centrale de Tunisie.

Titre I : Les activités et les acteurs

1/ Les activités

Les opérations bancaires sont :

- La réception des dépôts du public
- L'octroi de crédits
- Le leasing
- Le factoring
- La finance islamique² :
 - Mourabaha, المرابحة
 - Ijaraa, التمويل بالاجارة مع خيار التملك
 - Moutharaba, المضاربة
 - Moucharaka, المشاركة
 - Istissnaa, الاستصناع
 - Salam, السلم
 - Wadaii istithmariya, الودائع الاستثمارية
- La mise à la disposition de la clientèle et la gestion des moyens de paiement

Les opérations bancaires connexes sont :

- L'assistance, la gestion financière et l'ingénierie financière
- La constitution, le développement et la restructuration des entreprises
- La gestion de patrimoine et des actifs

Les banques et les établissements financiers ne peuvent exercer les services d'assurance, de micro-finance et d'investissement qu'à travers des filiales (article 4).

La nouvelle loi a réduit de 30% à 20% le taux maximum de participation des banques dans le capital d'autres sociétés.

Cependant, ce seuil n'est pas applicable aux participations des banques dans le capital de sociétés qui exercent leurs activités dans le secteur des services bancaires, d'intermédiation en bourse ou d'assurance.

Le plafond de 20% n'est pas non plus applicable aux participations des banques ou des établissements financiers dans le capital de leurs filiales dans le cadre d'une assistance logistique lorsque cette assistance revêt un caractère exclusif.

La nouvelle loi confirme le monopole en prévoyant que l'exercice à titre habituel des opérations bancaires est réservé aux banques et aux établissements financiers.

2/ Les acteurs

► La nouvelle configuration des acteurs :

Loi n°2001-65				Loi n°2016-48	
Etablissements de crédit				Banques	Etablissements financiers
Banques	Etablissements financiers				- Factoring - Leasing - Banques d'affaires - Etablissements de paiement
	Factoring	Leasing	Banques d'affaires		
				Système de fenêtre ³ Finance islamique Autorisation BCT	

► Les conditions d'accès à la profession pour l'exercice des opérations bancaires :

Selon l'article 24, l'**agrément** est nécessaire non seulement pour l'exercice des opérations bancaires, mais, également pour les changements de catégorie (d'établissement financier à banque par exemple) ou d'activité (du factoring au leasing ou à l'exercice d'une activité de banque d'affaires ou d'établissement de paiement).

Le changement significatif de la structure financière est également soumis à agrément.

L'agrément qui sous l'empire de la loi ancienne revêtait un caractère discrétionnaire et était accordé par arrêté du ministre des Finances, sur rapport de la BCT (article 8 de la loi 2001-65), est désormais de la compétence **d'une commission des agréments présidée par le Gouverneur de la BCT**. (Articles 25, 26).

La composition de cette commission reflète une nouvelle politique législative marquée par l'objectivité à travers la désignation de quatre membres indépendants désignés par le conseil d'administration de la BCT parmi les experts intègres ayant une compétence éprouvée dans le domaine bancaire, financier et économique.

Le fonctionnement de cette commission est entouré de certaines garanties. C'est ainsi qu'une obligation de motivation lui est imposée en cas de refus d'agrément.

La loi nouvelle consacre la mise en place d'une étape **d'agrément provisoire**. En vertu de son article 30, cet agrément provisoire peut être délivré au requérant, en attendant la réalisation des conditions requises pour l'obtention de l'agrément définitif.

² C'est la grande nouveauté par rapport à la loi de 2001, même si certaines banques de la place (Al Baraka et Zitouna) pratiquaient déjà les opérations de finance islamique dont le régime juridique n'était pas défini par le législateur. L'article 11 de la nouvelle loi a prévu dans un délai de 2 mois une circulaire de la BCT pour définir les opérations de finances islamiques et déterminer leur mode et leurs conditions d'exercice. La loi nouvelle a, cependant, pris le soin de définir dans ses articles 12 à 15 les opérations de mourabaha, المرابحة, ijaraa, التمويل بالاجارة مع خيار التملك, Istissnaa, الاستصناع, Salam, السلم et Wadaii istithmariya, الودائع الاستثمارية, en gardant le silence sur les contrats de Moutharaba, المضاربة et de Moucharaka, المشاركة.

³ L'exercice des opérations de la finance islamique par les banques et les institutions financières est subordonné à l'accord de la BCT.

Concernant la forme de la société exigée, il s'agit toujours d'une société anonyme, mais la loi nouvelle a augmenté le montant du **capital minimum requis** comme suit :

Catégorie	Capital minimum	
	Loi n°2001-65	Loi n°2016-48
Banques	25 millions de dinars	50 millions dinars
Banques d'affaires et établissements de factoring	Banques d'affaires : 3 millions dinars	10 millions dinars
	Etablissements de factoring : 10 millions dinars	
Etablissements de paiement	-	5 millions dinars
Autres Etablissements financiers	10 millions dinars	25 millions dinars

La nouvelle loi a crée aussi **un registre des banques et des établissements financiers agréés**.

Il s'agit d'une nouveauté tendant à instaurer une grande transparence en la matière. L'article 33 exige la tenue par la BCT d'un registre des banques et des établissements financiers agréés. Ce registre qui doit être publié sur le site web de la BCT contient l'ensemble des informations relatives aux établissements agréés (catégorie de l'établissement, siège social, liste des actionnaires, dirigeants sociaux etc...). Les banques et les établissements financiers sont appelés à fournir à la BCT les informations et documents nécessaires pour l'actualisation de ce registre.

En outre, la loi n°2016-48 consacre les notions **d'actionnaire de référence et d'actionnaire principal**.

La notion d'**actionnaire de référence** existait déjà dans la loi 2006-19 modifiant et complétant la loi 2001-65 (article 40). Selon l'article 27 de la loi de 2016, l'agrément est soumis à l'appréciation de la qualité des actionnaires directs et indirects et notamment de l'actionnaire de référence. De même, l'article 35 de la loi nouvelle soumet à certaines conditions la cession totale ou partielle par l'actionnaire de référence de ses actions.

L'actionnaire de référence est défini dans l'article 102 comme étant un ou plusieurs actionnaires liés par un pacte déclaré, détenant directement ou indirectement une fraction du capital leur conférant la majorité des droits de vote ou le contrôle de la banque ou de l'établissement financier.

Quant à **l'actionnaire principal** qui est défini comme étant celui qui détient au moins 10% du capital social (article 102 in fine), sa qualité est également prise en considération tant

lors de l'agrément que lorsque la situation financière de la société appelle un soutien financier.

Le gouverneur de la BCT peut lui enjoindre de fournir un tel soutien, même si le manquement à cette obligation ne semble pas se traduire le cas échéant par une exécution forcée sur son patrimoine.

La nouvelle loi bancaire consacre aussi la notion de **banque systémique**.

Selon l'article 69 de la loi de 2016 qui a introduit cette notion nouvelle par rapport à la loi de 2001, la **banque ou l'établissement financier systémique** est toute banque ou établissement financier dont les difficultés ou la liquidation peuvent se répercuter sur d'autres établissements du secteur financier et menacer leur stabilité.

La qualification de « systémique » est déterminée par le volume d'activités de l'institution, la complexité de celles-ci, la connexité avec les autres institutions du secteur financier et l'absence d'alternatives pour les services qui sont fournis par la banque ou l'établissement financier systémique.

La loi de 2016 autorise la BCT à soumettre les banques et les établissements financiers systémiques à des règles prudentielles spécifiques notamment en termes de fonds propres et de contrôle (article 69 alinéa 2).

Titre II : La gouvernance⁴

La loi nouvelle prescrit aux banques et aux établissements financiers de se doter d'un système de bonne gouvernance assurant leur stabilité et la protection des déposants, des créanciers et des actionnaires.

Les instruments juridiques mis en œuvre pour asseoir une bonne gouvernance sont axés sur :

1/ Les organes d'administration

La nouvelle loi instaure un **comité des nominations et rémunérations** et ce en plus du **comité d'audit** et du **comité des risques**. Le cumul des fonctions de membre du comité de l'audit interne et du comité des risques est interdit.

L'article 47 prescrit la nomination de deux administrateurs indépendants ou de deux membres indépendants du conseil de surveillance. Il impose, en outre, la désignation d'un administrateur représentant les petits porteurs au sens de la loi régissant le marché financier pour les banques et les établissements financiers dont les titres sont cotés à la Bourse de Tunis.

Le conseil d'administration est dans l'obligation de désigner un responsable de l'audit interne sur proposition du Directeur Général ou du directoire.

A l'instar de ce qui est prévu ailleurs dans les banques islamiques, l'article 54 de la loi nouvelle consacre le **comité de supervision charaïque** appelé à se prononcer sur la conformité des opérations financières pratiquées par la banque ou l'établissement financier à la chariâa.

La référence à la chariâa a suscité au sein de l'Assemblée des Représentants du Peuple des débats passionnés lors de l'élaboration de la loi.

Il est également prévu un contrôle de cette conformité par un auditeur spécialisé.

Les membres de la commission doivent être de nationalité tunisienne et remplir les conditions de compétence et d'intégrité requises.

La loi de 2016 maintient le contrôle de la BCT sur la composition des organes d'administration et de gestion des banques et des établissements financiers en prévoyant une **obligation d'information** pour toute nomination d'un président ou d'un membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, d'un directeur général, d'un directeur général adjoint, d'un président ou d'un membre du directoire.

La BCT dispose d'un délai d'un mois pour s'opposer le cas échéant à la désignation dont elle est informée. La loi nouvelle a, cependant, exigé que le veto de la BCT soit motivé et que cette motivation soit basée sur les critères fixés par le législateur lui-même dans l'article 56 de la même loi (intégrité, compétence, absence d'interdiction ou d'incompatibilité)⁵.

La réforme met ainsi fin au pouvoir discrétionnaire dont les autorités financières étaient dotées en la matière.

2/ Les organes de gestion

L'article 46 impose pour les banques la **séparation** des fonctions de directeur général et de président du conseil d'administration. Pour les établissements financiers en revanche, on peut déroger exceptionnellement à cette règle avec l'autorisation de la BCT si la nature de l'entreprise et le volume de ses activités le justifie.

L'article 46 interdit aux directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints des banques et des établissements financiers d'être membres du conseil d'administration. Cette interdiction n'exclut pas à notre avis leur participation aux travaux du conseil sans droit de vote.

⁴ Certaines règles relatives à la bonne gouvernance des établissements de crédit sont actuellement régies par les dispositions de la circulaire BCT n° 2011-06.

Les établissements de paiement sont exclus de l'application des dispositions relatives à la gouvernance des établissements financiers (article 20).

⁵ Sous l'empire de la loi ancienne, le silence de la BCT pendant un mois valait acceptation (article 9 in fine) ; mais aucune obligation de motivation du refus n'était prévue par le texte.

Titre III : Le contrôle

1/ Le contrôle interne

Un dispositif de contrôle interne, de gestion des risques, de conformité aux exigences réglementaires et de lutte anti-blanchiment est prévu.

2/ Le contrôle externe

Les critères pour la nomination des CAC sont prévus dans l'article 95.

La nomination du CAC nécessite **l'accord préalable de la BCT**. Même en cas de démission du CAC, il faut informer la BCT et lui fournir les motifs de sa démission. Il s'agit là d'une nouveauté qui semble s'expliquer par le fait que la démission du commissaire aux comptes peut être motivée par des considérations graves qui appellent de la part des autorités financières des investigations particulières.

L'article 92 déroge au droit commun en matière de commissariat aux comptes⁶ en limitant à un seul renouvellement le mandat de 3 ans pour les personnes physiques, comme pour les personnes morales, fixe les mandats des CAC à 6 ans et le nombre des banques ou établissements financiers contrôlés à deux au maximum.

La sécurité financière semble commander plus de rigueur que ce qui est normalement admis dans les autres secteurs, même si le même commissaire aux comptes peut reprendre ses fonctions dans la même banque ou le même établissement financier trois années après la cessation de son mandat initial.

3/ Le contrôle de la BCT

► C'est un contrôle très étendu qui traduit le caractère fort réglementé de la profession.

- Toute opération d'achat directe ou indirecte des actions et/ou droits de vote d'une banque ou d'une institution financière via concert est soumise à un accord exprès de la BCT.
- Une autorisation préalable est requise pour tout nouveau produit, commission, tarification ou service et toute modification des conditions de service, de la politique de rémunération interne, des administrateurs et dirigeants.
- Sont soumises à un cahier de charge fixé par la BCT, toute ouverture ou fermeture de toute agence ou succursale ou commercialisation à travers des canaux digitaux (article 84).
- Une autorisation pour l'exercice des activités de finance islamique et un contrôle sur la conformité de l'activité et des produits aux normes internationales de finance islamique, sont désormais exigés par le nouveau dispositif.

4/ Le contrôle de l'association professionnelle des banques et des établissements financiers (APBEF)

► Une **Instance de médiation** bancaire créée par l'APBEF est prévue par l'article 187. En outre, les banques et les établissements financiers peuvent créer leur propre structure de médiation bancaire.

► L'APBEF doit établir un **code déontologique** qui s'impose à tous les intervenants du secteur.

⁶ L'on sait qu'en droit commun, le code des sociétés commerciales prévoit des règles plus souples (article 13 bis CSC).

Titre IV : Les banques et établissements financiers en difficulté

C'est la partie la plus volumineuse de la nouvelle loi bancaire. Elle comporte plus que 60 articles.

L'apport majeur de la nouvelle loi bancaire est d'instaurer un régime spécial pour le redressement des banques et des établissements financiers qui passent par des difficultés économiques, même si la loi ancienne comportait elle aussi des dispositions dérogatoires au droit commun en la matière ; mais le droit commun lui-même a connu une refonte récente par la loi n° 36/2016 en date du 29 avril 2016.

1/ Le redressement

La BCT intervient pour soumettre la banque ou l'institution financière à un plan de redressement. Elle peut appeler **l'actionnaire de référence** à apporter son soutien à la banque ou l'institution financière en difficulté.

2/ Le sauvetage

La banque ou l'institution financière nécessitant un plan de sauvetage est celle dont la situation financière menace sa pérennité et expose les actionnaires et les créanciers aux pertes, ou celle dont les mesures nécessaires pour le redressement de sa situation financière difficile sont devenues non réalisables.

Le plan de sauvetage est établi et suivi par la **commission de sauvetage**.

3/ La liquidation

En cas de cessation de paiement et impossibilité de redressement, la commission de sauvetage décide le transfert du dossier de la banque ou l'institution financière en difficulté devant le tribunal de 1^{ère} instance pour liquidation.

Le jugement de liquidation engendre la désignation d'un liquidateur et le retrait de l'agrément de la banque ou l'institution financière en question.

Un classement des créanciers par ordre de priorité et de privilège, est prévu lors de la distribution du produit de la liquidation.

La loi crée aussi le « **fonds de garanties des dépôts bancaires** » sous forme d'établissement public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative pour la protection et l'indemnisation des déposants dans les limites d'un plafond fixé par décret.

Le fonds dont le capital est fixé à 5 millions de dinars, détenu par l'Etat et la BCT, est en outre appelé à contribuer à la sécurité financière en apportant son soutien aux banques en difficultés.

On sait que de grands débats ont eu lieu à l'ARP lors de l'institution de ce fonds qui a au moins le mérite d'exister malgré le caractère apparemment modeste de ses ressources par rapport aux risques qu'il est appelé à couvrir. Ceci explique les exclusions nombreuses que la loi a prévu en la matière (dépôts de l'Etat et des entreprises publiques, dépôts de la BCT, des banques et des établissements financiers, des actionnaires détenant plus de 5% du capital, des investisseurs institutionnels etc...).

Titre IV : Dispositions transitoires

Des délais ont été accordés aux banques et institutions financières pour se conformer aux dispositions de cette nouvelle loi:

- ▶ **Une année** pour se conformer à la condition du capital social.
- ▶ **Six mois** pour se conformer aux dispositions relatives aux règles de gouvernance.
- ▶ **Trois ans** pour se conformer aux dispositions relatives à la prise de participation.

