

Établissements de taille moyenne

Des dispositions d'application parfois incertaine

L'ensemble des dispositions en matière de contrôle interne, renforcées par le nouveau règlement n° 97-02 suscite des interrogations sur la mise en place pratique des procédures nécessaires et sur les différents responsables requis, en particulier au sein d'établissements de taille moyenne.



Christophe Jacomin
Avocat, associé
Lefèvre Pelletier & associés, Avocats

■ Le contrôle interne est une des préoccupations majeures des régulateurs bancaires et financiers européens, et en particulier français. La volonté de renforcer les dispositions législatives et réglementaires en la matière est tout à fait louable. Les exemples encore récents de faillites de grandes entreprises, américaines ou européennes, militent incontestablement en faveur de l'approfondissement de l'ensemble des processus de contrôle interne au sein des entreprises. Les risques systémiques associés à d'éventuelles défaillances dans les domaines bancaires et financiers amènent sans nul doute à considérer que la qualité et la parfaite maîtrise de ces dispositifs sont essentielles pour les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, et les places financières en général. Et ce d'autant plus que les établissements financiers ont vu leurs risques s'accroître en raison de la plus grande complexité des opérations, souvent réalisées dans plusieurs juridictions, dont certaines très émergentes.

Ces dernières années, le législateur ainsi que les autorités bancaires et financières françaises ont considérablement renforcé les obligations incombant aux entreprises assujetties en matière de contrôle interne. La Commission bancaire a en outre diligenté un nombre important d'inspections sur ce thème, ayant débouché sur de nombreuses procédures et sanctions disciplinaires.

Après de longues concertations avec

la profession, l'arrêté du 31 mars 2005, modifiant le règlement CRBF n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, est paru au Journal officiel le 9 avril 2005 (*encadré*). Cet arrêté constitue un des textes réglementaires majeurs de l'année 2005. Il devra faire l'objet d'un examen attentif et d'une mise en œuvre précise de la part de l'ensemble des entreprises assujetties. Le règlement dans sa nouvelle version entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2006. S'agissant des activités externalisées pour une durée indéterminée à cette date, les entreprises assujetties ont jusqu'au 1^{er} janvier 2007 pour apporter les modifications nécessaires aux fins d'assurer la conformité de ces activités.

Il est également à noter que dans le prolongement de ces modifications, l'Autorité des marchés financiers devrait compléter dans les prochains mois son règlement général de dispositions spécifiques en matière de contrôle interne pour les sociétés de gestion de portefeuille pour compte de tiers. Ces dispositions devraient s'inspirer de celles du règlement n° 97-02 modifié.

Toutefois, ce renforcement réglementaire des dispositifs n'est pas sans susciter certaines interrogations d'application pour nombre d'établissements, en particulier pour les établissements de taille moyenne, qu'il s'agisse de petits établissements français ou d'établissements étrangers installés en France sous forme

de filiale ou de succursale. Ces interrogations peuvent être source d'incertitudes juridiques, parfois sévèrement sanctionnées sur un plan disciplinaire. De plus grandes précisions de la part des autorités dans ce domaine seraient de nature à répondre à ces incompréhensions.

Une application délicate suscitant des interrogations

En effet, le dispositif réglementaire français apparaît avant tout conçu pour le fonctionnement et l'organisation de groupes bancaires et financiers de grande taille. L'ensemble des rubriques proposées par le secrétariat général de la Commission bancaire pour l'établissement du rapport annuel sur le contrôle interne et sur la surveillance des risques tend à illustrer ce sentiment.

Le contentieux disciplinaire en résultant semble ainsi traduire une certaine incompréhension entre les autorités de tutelle et ce type d'établissements. Une des principales interrogations porte sur les personnes devant assumer les différentes fonctions prévues par la réglementation en matière de contrôle interne.

Il semble inadapté pour un établissement de taille moyenne de se doter de personnes distinctes non opérationnelles entièrement dédiées au contrôle interne, au contrôle permanent, au contrôle de la conformité, voire en sus un responsable du contrôle des services d'investis-

sement et un déontologue, si l'établissement de crédit propose des services d'investissement. En effet, dans la mesure où un établissement de taille moyenne réalise par définition peu d'opérations, il est en mesure de mieux les contrôler. Ensuite, devant respecter strictement le coefficient d'exploitation, autre sujet sensible pour les autorités, les établissements de taille moyenne ne peuvent pas se doter d'un personnel non opérationnel trop nombreux.

À notre sens, le contrôle des opérations bancaires et financières au sein d'un établissement réglementé passe d'abord par une parfaite maîtrise des opérations par un personnel expérimenté et compétent, devant appliquer des procédures internes claires et précises dans le traitement des opérations dont il a la charge.

L'organisation du contrôle interne de premier niveau est donc tout à fait essentielle. Incontestablement, les dirigeants, sous le contrôle de l'organe délibérant, doivent maîtriser ces processus, et savoir réagir au moindre dysfonctionnement. Dans ce type d'établissements, les dirigeants valident un grand nombre d'opérations et disposent d'un reporting précis. Disposant par conséquent des compétences nécessaires, ils sont souvent les mieux placés pour assurer de façon efficace le contrôle interne.

Les textes actuels prévoient ainsi des dérogations au principe général de nomination de contrôleurs internes, permanents et de conformité distincts, en fonction de la taille et de l'activité des établissements. Malheureusement, ces textes ne donnent aucune précision quant au seuil de personnel et/ou en montant de chiffre d'affaires permettant de caractériser un établissement de taille moyenne ou de petite taille. Il nous semblerait utile que le régulateur indique des seuils en dessous desquels l'ensemble de ces fonctions peut être assuré soit par un des deux dirigeants responsables sous le contrôle de l'organe délibérant, soit par une seule personne.

Les seuils et conditions d'externalisation des contrôles permanents et périodiques mériteraient également d'être précisés. En effet, l'article 7-6 du règlement n° 97-02 modifié prévoit expressément la possibilité pour les entreprises assujetties d'externaliser, sous leur responsabilité, les contrôles permanents et périodiques dans les conditions

prévues par l'article 37-2 du règlement relatif à l'externalisation des prestations de services essentielles (*cf. point 3 de l'encadré sur ces conditions*).

On comprend que cette possibilité d'externalisation concerne les établissements de taille moyenne. En effet, l'article 7-6 renvoie à l'article 7-3, lequel envisage le cumul des fonctions de contrôleur permanent et périodique lorsque la taille de l'entreprise ne justifie pas de désigner deux responsables distincts. On notera au passage qu'en application de l'article 11, 5^e paragraphe prévoyant le cumul des fonctions de contrôleur permanent et de la conformité pour les établissements de taille moyenne, le contrôle de la conformité semble pouvoir être externalisé. Une définition de l'établissement de taille moyenne permettrait de mieux répondre aux interrogations des établissements sur les possibilités d'externalisation de l'ensemble de ces fonctions. Il conviendrait également de préciser les "conditions particulières" prévues par l'article 7-6 pouvant justifier cette externalisation, de même que les prestataires envisageables.

Des groupes financiers internationaux présents en France

L'organisation plus globale des établissements étrangers présents en France, en particulier en matière d'organisation du contrôle interne, doit également être prise en compte par les autorités de tutelle bancaires et financières. En effet, nombre d'établissements disposent de procédures de contrôle interne groupe avec un examen des opérations souvent réalisées par des équipes spécifiques qui peuvent être localisées au siège ou au sein de pôles régionaux, en dehors du territoire français.

En outre, des équipes de contrôle interne, réalisant dans la plupart des cas pour le groupe des missions sur place, sont également souvent centralisées au siège étranger de ces établissements. Ce type d'organisation concourt à un contrôle interne efficace des établissements situés en France et à la sécurité de la réalisation de leurs opérations. Cette organisation semble devoir dispenser les établissements présents en France de maintenir des équipes locales de contrôleurs permanents, de conformité et

périodiques. Le régulateur français doit incontestablement apprécier à sa juste valeur l'efficacité de ces dispositifs, à condition bien évidemment que ces derniers répondent à l'ensemble des obligations réglementaires françaises. L'exemple du régulateur britannique (FSA) réalisant des inspections au siège hors Espace économique européen (EEE) d'établissements étrangers présents au Royaume Uni nous semble à cet égard devoir être cité.

Un dialogue ouvert et constructif

On notera que ce type d'organisation est celle prévalant pour les établissements de l'EEE agissant en France en libre établissement. En outre, l'article 7-5 du règlement n° 97-02 modifié prévoit bien que lorsqu'une entreprise appartient à un groupe (implicitement, groupe sous la supervision du régulateur français), les contrôles permanents et périodiques peuvent être assurés au niveau d'une autre entreprise du même groupe, après accord des organes délibérants des deux entreprises concernées. Il semblerait pertinent dans certains cas que le régulateur français puisse envisager d'étendre l'application de cette disposition aux groupes étrangers présents en France, y compris sous forme de succursale. À défaut, les établissements étrangers pourront réfléchir à l'externalisation de ces fonctions auprès des entités intra-groupe concernées dans les conditions prévues par l'article 37-2 du règlement.

Au-delà des prescriptions réglementaires, les entreprises assujetties doivent, afin de renforcer de façon efficace et intelligente leurs processus de contrôle interne, avoir une bonne compréhension de l'esprit des textes et un dialogue ouvert et constructif avec les régulateurs. Des procédures formalisées mais complexes et mal comprises par le personnel n'améliorent pas le contrôle interne. Les régulateurs doivent à notre sens dans l'application des textes sur le contrôle interne (comme de l'ensemble des textes prudentiels) et la supervision de son respect faire preuve d'un certain pragmatisme et d'une approche différenciée des problématiques, adaptées en particulier à la taille des établissements et à leurs activités. Cette approche constitue un élément essentiel de la qualité et de l'attractivité d'une place bancaire et financière ●

Un dispositif réglementaire renforcé

● **L'arrêté du 31 mars 2005 modifiant le règlement n° 97-02 apporte trois innovations majeures : la création du risque de non-conformité, la volonté de clarifier la notion de contrôle permanent et le contrôle des activités externalisées.**

1. La création du risque de non-conformité

Le risque de non-conformité est d'ores et déjà une préoccupation de nombreux établissements de crédit¹. Plusieurs établissements français ont élaboré des chartes de la conformité et des états spécifiques du suivi du risque de non-conformité². Toutefois, dans la lignée des travaux du Comité de Bâle³, le régulateur a souhaité institutionnaliser une nouvelle catégorie de risque dit de "non-conformité". Une réglementation spécifique en matière de conformité était déjà en vigueur dans un certain nombre de pays occidentaux comme les États-Unis, le Royaume-Uni ou la Belgique. Le risque de non-conformité est défini de façon très large par le nouveau règlement puisqu'il comprend le risque de "sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative, d'atteinte à la réputation, né du non-respect de dispositions législatives ou réglementaires, de normes professionnelles et déontologiques, propres aux activités bancaires et financières, ainsi que d'instructions de l'organe exécutif prises notamment en application de l'organe délibérant". Aux fins d'assurer la cohérence et l'efficacité du contrôle de ce risque de non-conformité, les entreprises assujetties doivent désigner un responsable du contrôle de la conformité (Compliance Officer), dont l'identité doit être communiquée

à la Commission bancaire. Cette personne ne doit effectuer aucune opération commerciale, financière ou comptable. Les entreprises assujetties doivent en outre mettre en place des procédures spécifiques d'examen de la conformité (comprenant en particulier des procédures d'approbation préalable systématique concernant des produits nouveaux ou fortement modifiés), des procédures de centralisation des informations relatives aux éventuels dysfonctionnements des obligations de conformité et d'évaluation des actions correctrices. Les entreprises assujetties doivent également former régulièrement leur personnel aux dites procédures et s'assurer que leurs filiales ou succursales à l'étranger se conforment aux dispositions du nouveau règlement et aux règles locales en la matière. Il s'agit en effet de permettre la diffusion la plus large possible d'une véritable culture de la conformité.

2. Le contrôle permanent

La seconde innovation consiste à clarifier la distinction entre contrôles "permanent" et "périodique" des opérations et des procédures internes. Ces contrôles doivent être effectués en amont du contrôle de conformité, par des agents autres que le responsable de la conformité. Le contrôle permanent (et non plus contrôle "régulier") consiste en la validation de toute prise de décision, au regard de l'ensemble des risques à maîtriser, par des agents indépendants. Le contrôle périodique consiste à vérifier l'efficacité du contrôle permanent. Il doit être effectué par des agents indépendants et différents de ceux à qui incombe

le contrôle permanent, sauf si la taille de l'entreprise ne justifie pas de confier ces responsabilités à des personnes différentes. Lorsque l'entreprise assujettie fait partie d'un groupe au sens du règlement CRBF n° 2000-03 ou relève d'un organe central, les contrôles permanents et périodiques ainsi que le contrôle de conformité peuvent être assurés au niveau d'une entreprise du même groupe ou affiliée au même organe central. Il est intéressant de souligner que le règlement n° 97-02 modifié prévoit expressément qu'en fonction de la taille ou dans certaines circonstances (non précisées) les entreprises assujetties peuvent externaliser l'exécution des contrôles permanents et périodiques dans le respect des conditions prévues par le règlement.

3. Les activités externalisées

La troisième innovation concerne l'hypothèse d'externalisation de leurs activités par les entreprises assujetties. Le champ des activités externalisées est défini de façon très large par le règlement modifié. Les activités externalisées sont en effet celles "pour lesquelles l'entreprise assujettie recourt de manière durable et à titre habituel à un tiers par sous-traitance au sens de la loi n° 75-1344 du 31 décembre 1975, par démarchage au sens des articles L 341-1 et L 341-4 du Code monétaire et financier susvisé ou par toute autre forme, afin de fournir une prestation essentielle". Les "prestations essentielles" sont principalement les opérations de banque, les services d'investissement, les opérations connexes à ces opérations et services, ainsi que toute prestation présentant un

effet significatif sur la maîtrise des risques. Afin de se conformer aux exigences de contrôle interne, les entreprises assujetties devront imposer certaines conditions à leurs prestataires. Ainsi devront-elles s'assurer, dans certains cas déterminés par le règlement, que le prestataire est agréé à exercer les services concernés, qu'il s'engage à maintenir un niveau de qualité normal du service, même en cas de difficulté grave en affectant la continuité, qu'il ne modifiera pas unilatéralement une partie substantielle de la prestation, cette dernière devant en outre être soumise aux procédures de contrôle interne applicables au sein de l'entreprise assujettie. Le prestataire devra encore s'engager à communiquer à l'entreprise assujettie ou à la Commission bancaire toute information sur les prestations fournies, à rendre régulièrement compte de sa situation financière à l'entreprise assujettie, ainsi que de la manière dont est exercée l'activité externalisée. Les obligations incombant tant aux entreprises assujetties qu'aux prestataires sont donc considérablement renforcées. En tout état de cause, il convient de souligner que la responsabilité finale de la conformité des activités externalisées incombe à l'entreprise assujettie.

1. Cf. Comité de Bâle – "Saines pratiques de gestion et de contrôle du risque opérationnel", février 2003.

2. Cf. Rapport annuel 2003 de la Commission bancaire.

3. Voir en particulier le document consultatif du Comité de Bâle du 27 octobre 2003 sur la fonction de conformité dans les banques et l'appréhension dans le calcul des exigences de fonds propres des risques autres que les risques de crédit et de marché dans le Nouvel accord sur les fonds propres (Bâle II).