

Bulletin des Affaires Juridiques

Publication trimestrielle de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ)

Éditorial

La Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de la BRH lançait, il y a quelques mois, son “Bulletin des Affaires Juridiques”. Cette initiative s’adressait non seulement aux cadres de la BRH, mais aussi aux membres des secteurs juridiques et financiers. Les réactions et commentaires des lecteurs nous ont montré que nous n’avions pas fait fausse route en anticipant l’intérêt du public pour notre publication. Après un accueil aussi favorable, nous ne comptons pas en rester là. Loin s’en faut.

Nous nous faisons un plaisir de présenter dans cette nouvelle édition de notre Bulletin la réflexion de certains cadres de la DAJ sur des sujets d’actualité. Le principal apport de ce Bulletin est qu’il se veut être un forum où tous ceux qui y trouvent un intérêt peuvent répondre, commenter, ou fournir des éléments supplémentaires d’éclaircissement ou de discussion pour nos lecteurs.

Le premier article de fond se penche sur un sujet brûlant: les coopératives. En effet, qui ne s’intéresse, à un titre ou à un autre, aux coopératives? Ce mouvement qui se développe à un rythme effréné suscite l’engouement du public et de vives préoccupations dans les milieux financiers. Certes, nous ne saurions lever toutes les interrogations, mais l’approche développée aura le double mérite de présenter des pistes de solutions et de relancer le débat de manière constructive.

Le second article de fond et la note jurisprudentielle abordent un même thème: les garanties, instrument juridique très utilisé au niveau des banques. Tandis que l’article traite la question sous l’angle de la réglementation prudentielle, la note jurisprudentielle entend familiariser le public avec un instrument peu connu, la lettre d’intention, dont la nature réelle n’est pas si évidente.

Nous ne pouvons pas rester indifférents aux sujets d’actualité internationale, surtout depuis l’adhésion d’Haïti comme membre au GAFIC. En effet, après les événements du 11 septembre 2001, la communauté internationale s’est engagée dans une nouvelle croisade: la lutte contre le financement du terrorisme, lutte intimement liée à celle contre le blanchiment de capitaux. Compte tenu de ce contexte, nous avons jugé bon de présenter un aspect de la loi haïtienne relative au blanchiment des capitaux ainsi que les derniers développements internationaux.

Nous avons constaté avec satisfaction la réponse donnée à la première parution, mais nous souhaitons aller au-delà des encouragements en invitant des apports écrits pour permettre un échange ouvert où toutes les facettes et positions pourront être présentées et débattues. A cet effet, une adresse électronique a été créée: bulletindaj@brh.net, pour recueillir vos commentaires qui pourront être publiés dans les prochains numéros.

Par ailleurs, le Bulletin des Affaires Juridiques peut être consulté sur le site <http://www.BRH.net> de la Banque de la République d’Haïti.

Bonne lecture.

Les opinions émises dans ce bulletin n’engagent que leurs auteurs qui sont en outre responsables de l’exactitude des références citées. En aucun cas, ces opinions ne doivent être perçues comme la position de la BRH sur une question donnée.

Volume 2
Numéro 1
Mars 2002

Sommaire

- 1 Éditorial
- 2 Cadre réglementaire des CECs: compétence, enjeux et options
- 7 Réglementation prudentielle et mitigation des risques de crédit
- 10 Le Terrorisme et le blanchiment de capitaux. Etat des Lieux après le 11 septembre 2001
- 12 Le secret bancaire au regard de la loi sur le blanchiment des capitaux
- 14 La lettre d'intention: garantie ou simple engagement moral ?

Dépôt Légal : 01-09-297
ISSN 1683-2744

Bibliothèque Nationale d'Haïti
Pour toutes informations,
s'adresser à :

Banque de la République d'Haïti
Direction des Affaires Juridiques
Port-au-Prince, Haïti
Boîte Postale: BP 1570
e-mail: bulletindaj@brh.net

CADRE REGULATORIOIRE DES CECs: COMPÉTENCE, ENJEUX ET OPTIONS

Charles CASTEL

Les coopératives d'épargne et de crédit (CECs) ont connu récemment un développement remarquable. Les taux d'intérêt élevés que certaines d'entre elles offrent aux épargnants, dépassant parfois 10% le mois¹, augmentent leur visibilité et suscitent des questions sur la nature, la durabilité et la réglementation de leurs opérations. La durabilité ne sera pas abordée dans cet article. La nature et la réglementation des activités sont deux questions intimement liées puisque la nature des opérations détermine in fine la compétence des organes de régulation. Le présent article s'attache à : i) démarquer les responsabilités quant à la réglementation et la supervision des CECs ; ii) souligner la nécessité de mettre en place un cadre réglementaire spécifique et adapté pour les CECs, et proposer un cadre réglementaire spécifique avec un organe de réglementation et de supervision spécialisé ainsi qu'un système de contrôle hiérarchisé où le regroupement des CECs jouerait un rôle vital compte tenu de leur multiplicité.

I. La notion de propriétaire-usager et la compétence exclusive du Conseil National des Coopératives (CNC)²

La CEC est une coopérative, i.e. une société dont les membres ont choisi le régime coopératif pour régir leurs rapports et le fonctionnement de leur entreprise commune. Il faut donc se référer au régime général des coopératives fixé par le décret du 2 avril 1981 pour

déterminer sa nature, son mode de fonctionnement et de réglementation.

L'article 1 du décret du 2 avril 1981 dispose : « *La société coopérative est une association de personnes physiques qui ayant reconnu la similitude de leurs besoins économiques s'unissent en vue de la satisfaction de ces besoins par le moyen d'une entreprise commune.* »³

Il s'ensuit que le concept de propriétaire-usager et d'entreprise servant exclusivement ses propriétaires est une caractéristique fondamentale de la coopérative qui ne fait pas affaire avec les non-membres, et dont la seule finalité est la satisfaction des besoins communs. La coopérative ne fait donc pas affaire avec le public. Cette déduction a des implications importantes pour lever tout doute qui subsisterait encore sur la compétence des organes de régulation puisqu'il en découle que le CNC est non seulement compétent mais aussi qu'il l'est à l'exclusion de tout autre organe, notamment de la BRH, du fait de l'inapplicabilité aux coopératives des dispositions du décret du 14 novembre 1980.

1. La Compétence Exclusive du CNC sur les coopératives en général

Force est de constater que le CNC est investi du pouvoir de régir toute la vie d'une coopérative, depuis la naissance avec l'agrément officiel jusqu'à la mort avec la liquidation et la dissolution.

Sur l'agrément par le CNC

Les sociétés coopératives sont agréées et contrôlées par le Conseil National des Coopératives (CNC). Le décret du 2 avril 1981 dispose en effet que l'agrément est

¹ Le décret du 2 avril 1981 sur les coopératives (Moniteur # 45 du 8 juin 1981) dispose en son article 45 : « *Le montant des intérêts à payer sur les prêts consentis par les caisses populaires est fixé à 12% l'an.* » Cependant, cette disposition a été abrogée par le décret du 17 mai 1995 (Moniteur #50 du 19 juin 1995) qui vise explicitement le décret du 2 avril 1981 et dispose : « *Toutes les dispositions légales établissant un plafond pour les taux d'intérêt conventionnels en quelque matière que ce soit sont et demeurent abrogés.* » Ce décret abroge en plus l'article 1 du décret du 1^{er} décembre 1960 fixant le taux d'intérêt sur le crédit agricole à 9% ; et les articles 1 et 2 du décret du 8 avril 1980, le premier fixant le taux conventionnel à 20% et le deuxième autorisant la BRH à fixer les taux sur les prêts bancaires, en accord avec le Ministère de l'Economie et des Finances sans toutefois dépasser 22%. Dès lors, a disparu le concept d'usure qui, selon l'article 3 du décret du 8 avril 1980, était fondée sur la notion de « *perceptions excessives* », i.e. en sus des taux plafonds fixés par la loi. Ainsi, tous niveaux de taux d'intérêt semblent être légaux eu égard à l'article 1675 du Code Civil : « *L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas...* »

² Le CNC est créé par décret du 31 mars 1981 (Moniteur # 44 du 4 juin 1981) et placé sous la tutelle du Ministère de la Planification et de la Coopération Externe.

³ Cette disposition est d'ailleurs en ligne avec les principes et valeurs prônées par l'Alliance Coopérative Internationale (ACI), notamment la définition de la coopérative : « *Une coopérative est une association autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété est collective et où le pouvoir est exercé démocratiquement.* » ; « *la prise en charge et la responsabilité mutuelles* » en tant que l'une des valeurs fondamentales prônées ; et le premier principe coopératif : « *Les coopératives sont des organisations fondées sur le volontariat et ouvertes à toutes les personnes aptes à utiliser leurs services et déterminées à prendre leurs responsabilités en tant que membres, et ce sans discrimination fondée sur le sexe, l'origine sociale, la race, l'allégeance politique ou la religion.* »

accordé par le Conseil du CNC et est rendu public par avis signé du Président du Conseil et du directeur général, publié dans « Le Moniteur ».

Sur la Surveillance et le Contrôle par le CNC

Selon l'article 11 du décret du 31 mars 1981 portant organisation du CNC, celui-ci doit aussi « *veiller fermement au respect de la législation coopérative* ». Il importe de relever les précisions de ce décret quant au contrôle et à la surveillance à exercer par cet organisme, notamment :

- par le service d'inspection et de contrôle des coopératives qui a entre autres tâches :
« *de procéder auprès des sociétés coopératives à toutes inspections et enquêtes jugées nécessaires, notamment en ce qui concerne leur fonctionnement, la tenue de leur comptabilité et leur situation* » (article 14.f.); « *de proposer en cas de besoin toutes mesures propres à redresser la situation des groupements dont le fonctionnement n'est pas en conformité avec la loi* » (article 14.h);
- par le service de gestion des coopératives qui a pour mission entre autres :
« *d'organiser et d'assurer le fonctionnement satisfaisant des organisations coopératives* » (article 16.a.); « *d'organiser et superviser éventuellement la comptabilité de ces organisations coopératives* » (article 16.b); « *d'analyser les rapports financiers des coopératives adressées au directeur général et le cas échéant, faire des recommandations nécessaires à la direction générale* » (article 16.d);
- et surtout par le service de crédit et d'assurance des coopératives qui, selon l'article 17, a pour mission, inter alia, de :
« *contrôler et superviser d'une façon plus spécifique le fonctionnement des caisses populaires* » (alinéa b) ;
« *surveiller l'observance des principes directeurs, des modalités d'attribution du crédit, des modalités de remboursement* » (alinéa f).

L'on ne peut omettre l'article 31 du décret du 2 avril 1981 qui dispose que la coopérative « *...doit tenir une comptabilité selon les méthodes arrêtées par le CNC;*

elle est tenue de produire cette comptabilité, son bilan annuel et les justifications nécessaires prouvant qu'elle fonctionne conformément aux dispositions du présent décret à toute réquisition d'un représentant du CNC. » (alinéa 1)

Sur la dissolution et la liquidation

L'article 26 du décret du 2 avril 1981 habilite le CNC à faire le retrait de l'agrément de toute coopérative se trouvant en inactivité ou agissant en violation des dispositions légales 30 jours à compter de l'injonction donnée par le CNC de cesser la transgression. Le retrait de l'agrément a pour corollaire obligé la dissolution et la liquidation de l'entité visée.

2. La compétence exclusive du CNC sur les CECs en particulier

Il ressort des dispositions des décrets de mars et d'avril 1981 que le CNC est pleinement compétent pour contrôler et superviser les coopératives. En dépit de la clarté et du caractère non équivoque des dispositions sus-évoquées, un point de vue tend à soutenir que les CECs, parce qu'elles mènent des activités financières et sont des institutions financières, devraient être, soit également soit exclusivement, réglementées et contrôlées par la BRH. Ce point de vue entretient l'idée d'un conflit ou d'un chevauchement de compétences sur les CECs.

Au fond, il n'en est rien, et ce point de vue ne résiste pas à une analyse rigoureuse. Il importe de souligner que les deux décrets de 1981 qui organisent fondamentalement le régime coopératif haïtien ne visent pas la loi organique de la BRH de 1979, bien qu'étant postérieures à celle-ci. Cela semble indiquer que le législateur a bien voulu aménager aux coopératives un régime particulier, et faire du CNC le régulateur et contrôleur de ces entités.

Mais il y a mieux. Les CECs sont les seules coopératives auxquelles un chapitre du décret du 2 avril 1981 est consacré. En effet, les articles 38 à 46 de ce décret :

- prévoient que les prêts aux membres doivent être garantis, soit par le salaire du débiteur (article 39), soit par une hypothèque pour les prêts importants (article 40) ;
- rendent obligatoire l'autorisation du CNC pour tous emprunts des CECs auprès des banques en indiquant clairement que la décision du CNC doit se fonder sur la situation de la coopérative et la rentabilité des projets proposés (article 41) ;
- et surtout exigent que « le service de crédit et d'assurance du CNC contrôle d'une façon plus spécifique les activités de caisses populaires...et veille à la stricte observance des articles 39 et 40... » (article 43)

Il n'y a donc pas de vide législatif qui habiliterait la BRH à intervenir seule ou avec le CNC. Le législateur a tout prévu, et la lettre de la législation ne souffre aucune confusion. Le CNC a la compétence exclusive en matière de réglementation et de supervision des CECs, et les carences institutionnelles d'un organe clairement désigné pour mission, n'autorisent pas un autre organe à s'y subroger sous prétexte d'une efficacité plus grande⁴.

3. La Non-Applicabilité de la Législation Bancaire

Aujourd'hui, les CECs semblent recevoir des fonds du public en général à grand renfort de publicité. En fait, ce n'est pas le cas puisque les épargnants paient une part sociale en pourcentage du premier montant déposé. Ce mécanisme est utilisé pour coopter et tirer hors du « public » tous les épargnants qui déposent leur argent dans les coopératives. Dès lors que l'on devient propriétaire-usager, on ne saurait être confondu avec le public dont on ne fait plus partie. Et le décret de 2 avril 1981 prévoit, en son article 15, 2^e alinéa, que

⁴ Les missions d'une institution publique étant déterminées par la loi, elles revêtent un caractère impératif et l'institution elle-même ne saurait y déroger, au delà ou en deçà ; elle doit suivre strictement la ou les missions qui lui sont dévolues. D'ailleurs, comme le rappelle René Chapus, la méconnaissance du champ d'application de la loi constitue un moyen d'ordre public. (In René Chapus, Droit Administratif Général, Tome I, 13^{ème} édition, Editions Montchrestien).

« [Le]... carnet de sociétaire tient lieu de titre nominatif au membre d'une coopérative d'épargne et de crédit. »

Or la BRH ne peut intervenir dans une institution que si celle-ci reçoit des fonds du public,

- soit en tant que banque selon l'article 2 du décret du 14 novembre 1980 :

« Est considérée comme banque : l'entreprise ou établissement dont la profession habituelle est le commerce de l'argent, et qui, à cet effet, reçoit du public, sous forme de dépôt, des fonds qu'il emploie pour son propre compte en opérations de crédit, d'escompte ou en opérations financières. »,

- soit illégalement, i.e. sans l'autorisation de fonctionnement préalable, selon les articles 29 à 31 du même décret⁵.

II. Nécessité d'un Cadre Régulatoire Spécifique pour les CECs

Il est établi que le CNC a la responsabilité de réglementer et de superviser les coopératives. Cela étant, on ne résout pas pour autant tous les problèmes inhérents à la complexité particulière des CECs, et on n'invalide pas la nécessité de les doter d'institutions et de mécanismes de régulation spécialisés qui puissent prendre en compte leurs spécificités.

1. Justifications et Objectifs

En postulant que les coûts d'une défaillance (essentiellement en termes d'impact sur l'efficacité et l'efficacité économiques) du marché sont plus élevés

⁵ Article 29 : « Toutes les fois que la BRH a des raisons de croire qu'une personne ou société fait des opérations de banque sans l'autorisation exigée par la loi, elle exigera d'examiner les livres, comptes et dossiers de cette personne ou de cette société pour s'assurer que tel est le cas. »

Article 30 : « Toute personne ou société faisant des opérations de banque sans autorisation de fonctionnement, et refusant de produire pour examen des livres, comptes et dossiers requis, sera passible d'une amende allant de vingt mille à cinquante mille gourdes. »

Article 31 : « Toute personne ou société surprise en flagrant délit, à faire des opérations de banque sans être en possession d'une autorisation délivrée en vertu du présent décret, sera passible de la même amende prévue à l'article précédent. »

La BRH s'est d'ailleurs basée récemment sur ces dispositions pour contraindre certaines entités, au moins deux, l'une à cesser ses opérations illégales, et l'autre, une coopérative, à cesser d'utiliser le qualificatif de coopérative-banque.

que les coûts imposés par la régulation⁶, la réglementation des CECs devrait viser essentiellement trois objectifs. Premièrement, s'assurer que les CECs respectent strictement les principes et pratiques coopératifs, et n'abusent pas de leur statut privilégié pour prendre, de façon opportuniste, des avantages injustifiés. Un tel déséquilibre violerait le principe fondamental d'égalité devant la loi, les règlements et les services publics, induirait la perte de compétitivité des agents défavorisés, et à terme, leur faillite.

Deuxièmement, dans la perspective de la protection des épargnants, offrir aux CECs un filet de sécurité similaire ou assimilable à celui dont jouissent les déposants du système bancaire. Pour le moment, ce filet comporte deux éléments : d'une part, le corpus de règles prudentielles et le régime de surveillance auxquelles les institutions régulées sont assujetties, et d'autre part, le rôle de prêteur en dernier ressort de la banque centrale. Le troisième pilier du filet, savoir l'assurance-dépôts, n'a pas encore été établi en Haïti⁷.

⁶ C'est là un parti pris libéral où d'emblée l'on part du principe que l'Etat ne peut jouer qu'un rôle résiduel et où ses interventions sont justifiées par la défaillance du marché. Ce parti pris est délibéré parce que, même dans cette perspective non dirigiste, la réglementation des institutions bancaires est vue comme un bien public satisfaisant un besoin collectif. C'est un point qui ne souffre pas, de nos jours, de beaucoup de controverses. D'une façon générale, il est admis depuis A.C. Pigou (*Economie du Bien-Etre*, 1920) que « une intervention correctrice de l'Etat est nécessaire quand les coûts et avantages privés, intégrés dans le calcul économique des individus, divergent d'avec les coûts et avantages sociaux », ce qui amène à la définition classique du bien public, i.e. un bien qui satisfait un besoin collectif mais qu'aucun agent privé ne peut produire du fait de l'impossibilité d'exclure les usagers qui ne paient pas (free riders). Voir à ce sujet: Abram Bergson, *A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics*, Quarterly Journal of Economics, livre II, 1938, p. 310-334; aussi N. Kaldor, *Welfare Propositions in Economics*, Economic Journal, XLIX, 1939, p. 696-712.

⁷ L'existence de ces trois éléments de protection découle de la logique de la prévention, autant que possible, des difficultés financières, et de la compensation des pertes quand les difficultés n'ont pas pu être évitées. Les règles de gestion prudente et la surveillance de leur application devraient prévenir, non pas éliminer, l'insolvabilité et l'illiquidité. En général, il est admis que la banque centrale devrait intervenir pour pourvoir en liquidité une institution solvable mais faisant face à une crise de liquidité. Il faut néanmoins noter que dans la pratique, il est souvent difficile de déterminer si l'illiquidité n'est pas associée à une insolvabilité. Ce discernement reste un puzzle pour toutes les banques centrales. L'assurance-dépôts, en tant que troisième pilier du filet de sécurité existe dans pratiquement tous les pays de l'OCDE, mais existe à peine dans la Caraïbe. La Jamaïque a établi un système d'assurance-dépôts très proche de ceux des pays de l'OCDE, notamment les USA, le Canada et l'Angleterre, où un montant maximum est garanti dans une institution bancaire. Ce maximum est de cent mille dollars aux USA, et de soixante mille dollars canadiens au Canada. Au Québec, la prime chargée pour le fonds d'assurance-dépôts de la Régie d'Assurance-Dépôts est, depuis 1987, de 1/15 de 1% d'un montant égal au total de la partie de chaque dépôt garantie par la Régie d'Assurance-Dépôts. Les coopératives d'épargne et de crédit jouissent d'une réduction de prime de moitié quand elles sont inscrites et affiliées à une corporation de fonds de sécurité, ce qui est le cas pour les caisses du Mouvement Desjardins.

Le filet de sécurité doit s'appliquer aux CECs, en tant qu'institutions de dépôts (deposit-taking institutions)⁸, même quand ceux-ci viennent de propriétaires-usagers, pour au moins deux raisons. D'une part, le levier financier est très fort dans toutes ces institutions, et les épargnants de ces institutions méritent également la protection des pouvoirs publics, sans égard à leur statut de simple déposant dans le système bancaire ou de propriétaire-déposant dans le système des CECs. Ainsi, dans celles-ci comme pour les banques, il faut prévenir la faillite individuelle aussi bien que les crises systémiques par le filet de sécurité dont il est parlé plus haut. D'autre part, la prévention d'une crise financière globale milite en faveur d'une réglementation et d'une surveillance efficaces des CECs dans la mesure où le risque existe que le public confonde les institutions de dépôts et fasse un amalgame entre banques et CECs. Dans cette perspective, rien ne garantit qu'une perte de confiance du public dans les CECs se confine à celles-ci sans atteindre le système bancaire. Sans compter que d'autres sources de contagion sont envisageables, notamment la déconfiture de débiteurs du système bancaire résultant de dépôts dans des CECs en faillite.

Troisièmement, permettre l'intégration du secteur coopératif financier au reste du système financier, notamment en lui offrant l'accès au système de compensation de la BRH. Ce dernier objectif, vu les risques systémiques⁹ qui y sont associés, ne peut raisonnablement se poursuivre avant que la preuve de la solvabilité et de la viabilité des CECs ne soit donnée.

⁸ La nomenclature classique utilisée tend à classer les institutions financières en trois grandes catégories : les institutions qui prennent des dépôts comme les banques, les « thrifts » ou « building societies » aux Etats-Unis, et les coopératives d'épargne et de crédit vis-à-vis desquelles l'épargnant a une créance certaine; les institutions qui permettent aux agents de partager les risques (risk-pooling institutions) comme les compagnies d'assurance, vis-à-vis desquelles l'assuré a une créance qui sera évaluée si et quand le dommage ou le risque se réalise; et les institutions d'investissement collectif (contractual savings institutions) dans lesquelles l'épargnant devient formellement ou implicitement un actionnaire comme les fonds de pension et les fonds mutuels. Dans cette dernière catégorie, le risque inhérent à l'investissement est supporté par l'épargnant en tant qu'actionnaire.

⁹ Il ne s'agit pas uniquement de risques directs d'insolvabilité et d'illiquidité. Par exemple, les CECs, comme toute personne physique ou morale opérant en Haïti, doivent respecter strictement la législation anti-blanchiment pour ne pas faire courir aux banques les risques de réputation et d'isolement contre lesquelles elles se prémunissent en respectant les pratiques et procédures dictées par la BRH, et inspirées des recommandations des instances internationales compétentes, notamment le GAFIC.

2 Moyens

Il ressort clairement de ce qui précède que la régulation spécifique des CECs est souhaitable, et que, en dépit de sa nature de coopérative, l'activité d'une CEC s'apparente beaucoup plus à celle d'une banque qu'à celle d'une coopérative agricole. Cette amélioration du cadre réglementaire est d'ailleurs demandée par bon nombre d'agents du secteur, et par les pouvoirs publics qui ont mis sur pied une commission intersectorielle pour élaborer un projet de loi à cette fin. La spécialisation financière de la CEC appelle l'établissement d'un organe spécialisé qui puisse se concentrer sur les problèmes des CECs et y apporter des solutions appropriées. Cet organe aurait pour mission de réglementer et de superviser les CECs, et de veiller au strict respect de l'ensemble des lois et règlements auxquels elles sont assujetties.

Cet organe devrait être rattaché d'une certaine façon aux autorités monétaires pour des raisons d'équité et d'efficacité d'une part, et d'efficience d'autre part. Au plan de l'équité et de l'efficacité, il est difficilement envisageable de donner à un organe des responsabilités sans l'investir des pouvoirs adéquats qui assurent son efficacité et qui constituent le moyen primordial de sa mission. Il est donc impérieux de maintenir un équilibre salubre entre responsabilité et pouvoir. De plus, la BRH a déjà développé une expertise et un savoir-faire dans la supervision des banques qui mènent des activités assimilables à celles des CECs. Au plan de l'efficience, les risques associés à la compensation et la possibilité que les CECs bénéficient de concours en dernier ressort de la BRH présuppose pour celle-ci, de toute façon, un droit de regard, une connaissance profonde et un suivi de ces entités.

Dans le cadre de sa mission de réglementation, cet organe serait habilité à émettre des règles de gestion visant à la saine gestion des institutions régulées, notamment en matière de suffisance des fonds propres, de division des risques, de classification et de provisionnement des risques, de contrôle interne, de liquidité, etc. Cette réglementation s'inspirerait du corpus de règles prudentielles imposées aux banques, lui-même étant une application adaptée des

recommandations du Comité de Bâle¹⁰.

La contrainte de taille qu'il faut prendre en compte est la multiplicité des coopératives, estimées à plus de quatre cents aujourd'hui¹¹. Cette multiplicité commande la mise en place d'un système de contrôle hiérarchisé où le regroupement joue un rôle capital. Dans un tel système, les coopératives se regroupent en fédérations. Les fédérations contrôlent les coopératives membres, et l'organe de surveillance contrôle les fédérations. Cela n'exclut pas, loin s'en faut, la possibilité d'une intervention directe de l'organe régulateur dans une coopérative toutes les fois qu'il le juge nécessaire.

Certes, il n'est pas question de rendre la fédéralisation obligatoire. Cependant, la loi devrait y inciter en offrant des avantages significatifs aux CECs fédérées, notamment sur le plan fiscal, au niveau du capital minimum pour la constitution, et au plan de l'accès à la chambre de compensation. Ces avantages se justifieraient dans la mesure où le regroupement serait la clé de voûte du système, et qu'il faudrait y arriver. Comme alternative, les regroupements imposés par acte d'autorité sont à écarter. Une telle approche heurterait les idéaux et principes démocratiques. Sa faisabilité serait mise à mal par les difficultés pratiques de décider des CECs qui se mettent ensemble, sans occulter les suspicions qui planeraient sur un tel processus. Comme pour tous mariages forcés, il est permis de douter de leur efficacité et de leur durabilité avec la complication de l'imputabilité de leur échec aux pouvoirs publics qui en avaient pris ou forcé l'initiative. ■

¹⁰ Le Comité de Bâle pour la supervision bancaire a été créé en 1974 par les Gouverneurs des Banques Centrales du G-10. Ce Comité regroupe des représentants des banques centrales et des autorités de surveillance de l'Allemagne, de la Belgique, du Canada, de l'Espagne, des Etats-Unis, de la France, de la Hollande, de l'Italie, du Japon, du Luxembourg, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Suisse. Le Secrétariat du Comité siège à Bâle, en Suisse, au local de la Banque des Règlements Internationaux.

¹¹ Voir à ce sujet : Etude sur les Coopératives d'Épargne et de Crédit, ECOSOF, 1998.

Réglementation prudentielle et mitigation des risques de crédit

Michele DELERME

Au cours de ces cinq dernières années, la Banque de la République d'Haïti (BRH), pour porter les banques à une meilleure gestion des risques auxquelles elles se trouvent exposées, a émis une série de normes s'inspirant des diverses recommandations et principes prudentiels pour un contrôle bancaire efficace édictés par le Comité de Bâle¹.

A travers ces différents principes, sont abordés les grands risques bancaires notamment le risque de crédit. Notre propos sera de revoir les instruments financiers qualifiés de garanties admissibles aux fins de calcul de plusieurs types de coefficients ou ratios dans le but de réduire le risque de crédit.

Tout d'abord, il convient de retenir une définition du risque de crédit. Il ressort des différentes circulaires de la BRH et des recommandations du Comité de Bâle que le risque de crédit *est le risque qu'une partie à une opération financière manque à ses obligations, occasionnant ainsi une perte pour l'institution financière. Il constitue l'un des principaux risques afférents aux prêts et aux substituts de prêts figurant au bilan. Il est également l'un des principaux risques afférents aux instruments hors bilan, comme les engagements de prêt et les lettres de crédit.*

Cette définition appelle un traitement comptable des créances, garanties ou non, et permet de catégoriser non seulement les différents types de crédit mais aussi les garanties y attachées. Il faut noter toutefois que cette catégorisation ne prend pas en compte la nature juridique fondamentale de la garantie mais plutôt l'efficacité de sa mise en oeuvre et au-delà de celle-ci, la confiance placée dans l'émetteur de la garantie. A ce propos, il est fort intéressant de retenir l'approche globale du Comité de Bâle sur la question. En effet, ce dernier admet l'importance des garanties pour la

réduction du risque de crédit, mais dans une mesure limitée seulement. En raison de la variété des pratiques suivies par les banques des différents pays en matière de sûreté et de la diversité de l'expérience concernant la stabilité de la valeur des garanties, il n'a pas été jugé possible d'élaborer des modalités communes en vue de l'intégration générale des sûretés dans le système de pondération adoptée par exemple pour la suffisance des fonds propres².

Se référant aux lignes directrices du Comité de Bâle, la BRH a émis des circulaires qui prennent explicitement en compte la mitigation des risques de crédit:

- la classification des prêts, la constitution des provisions pour créances douteuses et la comptabilisation des intérêts courus sur prêts (circulaire # 87);
- la suffisance des fonds propres (circulaire # 88);
- la concentration des risques de crédit (circulaire # 83-3);

En fait, l'analyse de ces circulaires révèle que des actifs sont pondérés en fonction du degré dans lequel les risques sont mitigés. L'actif est alors enregistré pour l'application de la circulaire de la BRH à un certain pourcentage de sa valeur au livre, lequel peut varier de 0% à 100%. Or, l'une des manières de mitiger les risques est l'obtention de garantie.

Il est cependant important de retenir que si le régulateur retient certaines garanties pour le calcul de différents ratios, ceci n'exclut pas l'emploi d'autres types de garanties lors des opérations quotidiennes. La réglementation adoptée par la Banque Centrale ne limite pas le banquier dans son choix de garanties, loin s'en faut. Elle détermine uniquement les garanties admissibles pour la pondération des actifs.

¹ Le Comité de Bâle pour la supervision bancaire, créé en 1974 par le Gouverneurs des Banques Centrales du G-10, se compose des représentants des banques centrales et des autorités de surveillance de la Belgique, du Canada, de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, du Japon, du Luxembourg, de la Hollande, de l'Espagne, de la Suède, de la Suisse, du Royaume-Uni et des Etats-Unis. Le siège du secrétariat du Comité est à Bâle, en Suisse, au local de la Banque des Règlements Internationaux. L'actuel président du Comité est M. William J. McDonough, Président et CEO de la Federal Reserve Bank of New York. Pour plus d'informations, vous pouvez consulter le site : <http://www.bis.org>.

² Compendium of Documents produced by the Basle Committee on banking supervision, Volume One, Basic Supervisory Methods, Basle, April 1997.

Caractéristiques des garanties admissibles

On relève tout d'abord des caractéristiques générales mais non des critères distinctifs pour chacun d'eux, ceci étant valable pour toutes les circulaires sous étude. A titre d'exemple, la circulaire 87 retient comme admissibles, pour le calcul des provisions pour créances douteuses, des garanties qui ont:

- ☐ *une documentation légale adéquate;*
- ☐ *une valeur nette de réalisation évaluée de façon conservatrice;*
- ☐ *une possibilité de réalisation dans un délai raisonnable;*
- ☐ *l'absence de liens antérieurs sur elles-mêmes.*

Ainsi, pour qu'une lettre de garantie émise par une banque opérant en Haïti ou par une banque ayant son siège social dans un pays de l'OCDE³ soit considérée comme "admissible", il faut qu'elle remplisse ces conditions de validité. De là cette lettre de garantie peut venir en déduction de l'encours du prêt éventuellement classé et incidemment réduire la provision à constituer sur ledit prêt. A l'exception des prêts classés comme "A Signaler" (AS) dont la provision minimale est de 1.5% de l'encours, cette déduction est envisagée pour les trois autres classes de prêts (Faibles, Douteux, Pertes).

De plus, une pondération de 20% est appliquée à cette même lettre de garantie émise par la banque lorsqu'il faut appliquer un facteur de pondération de risque⁴ suivant la circulaire 88 sur la suffisance des fonds propres. Elle peut venir en déduction dans le calcul de la limite relative aux risques non apparentés et aux

risques apparentés. Ces limites varient de 20% à 200%, étant individuelles ou cumulatives.

Certaines créances sont toutefois exclues du risque de crédit, ce sont:

- les créances sur la BRH;
- les créances sur les gouvernements et les banques centrales des pays de l'OCDE;
- 80% des créances sur le Fonds de Développement Industriel (FDI), les banques opérant en Haïti ou des banques ayant leur siège social dans un pays de l'OCDE et dont l'échéance résiduelle ne dépasse pas un an;
- 75% de l'encours des prêts au logement garantis par une hypothèque de premier rang;
- 50% de l'encours des prêts immobiliers commerciaux garantis par une hypothèque de premier rang;
- 50% de l'encours de tout autre créance à condition que celle-ci soit entièrement garantie par une hypothèque de premier rang.

Quelles sont donc les garanties admissibles?

- ✓ Les titres émis par la BRH, les gouvernements et les banques centrales des pays de l'OCDE;
- ✓ les cash collatéral;
- ✓ les lettres de garanties⁵ émises par des banques opérant en Haïti ou des banques ayant leur siège social dans un pays de l'OCDE et par le FDI ;
- ✓ les placements en obligations cotées Aaa, aa et a par une agence de cotation reconnue ou garantie par un gouvernement ou une banque centrale d'un pays de l'OCDE;

³ L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) a succédé à l'Organisation Européenne de Coopération Economique (OECE) en 1961. Elle a pour mission de renforcer l'économie de ses pays membres, d'en améliorer l'efficacité, de promouvoir l'économie de marché, de développer le libre-échange et de contribuer à la croissance des pays aussi bien industrialisés qu'en développement. Elle regroupe 30 pays membres dont l'Allemagne, l'Australie, le Canada, la Corée, les Etats-Unis, la Finlande, la Grèce, la France, l'Islande, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la République Slovaque, la Turquie, etc. Pour plus d'informations, vous pouvez consulter le site : <http://www.oecd.org>.

⁴ Le facteur de pondération des risques sert à calculer l'équivalent-risque des éléments d'actif bilan et de hors-bilan. Les taux de pondération applicables (0%, 20%, 50%, 75% et 100%) dépendent de trois facteurs différents : la nature des éléments exposants l'établissement bancaire à un risque de contrepartie, la nature de la contrepartie concernée et la zone géographique dans laquelle se situe cette contrepartie.

⁵ Il faut relever l'emploi abusif du terme « *lettre de garantie* ». Une garantie peut se présenter sous la forme d'un contrat, d'une lettre ou d'un formulaire à remplir par le client. Le plus important réside dans les termes et non dans la structure adoptée par l'émetteur. Les informations contenues dans la garantie et sa formulation détermineront l'étendue de l'engagement qui sera dénommée : cautionnement, lettre d'intention, lettre de crédit, etc. La lettre de garantie bancaire est définie par Jean-Pierre Mattout comme *une lettre signée soit par la seule banque du réclamateurs, mais le plus souvent par le réclamateurs et son banquier*. Elle est exigée dans la pratique du commerce international par le transporteur lorsqu'un connaissance à ordre a été émis. Voir pour plus de détails : Droit bancaire international, Jean-Pierre Mattout, 2e Edition, Banque Editeur.

- ✓ les placements en actions privilégiées cotées Aaa, aa et a par une agence de cotation reconnue;
- ✓ les placements en actions ordinaires de sociétés cotées à une Bourse présent dans un pays de l'OCDE et dont la valeur de capitalisation boursière dépasse 50 millions de dollars américains;
- ✓ les placements en fonds mutuels ou fonds communs de placement exclusivement dans les instruments ci-dessus décrits;
- ✓ les créances certaines sur les banques et agences bilatérales et multilatérales de développement.

Vers une autre définition de la garantie

Ainsi, se dessine une définition plus pragmatique de la garantie telle que mentionnée par certains auteurs⁶ également: “*Sont des sûretés tous les procédés tendant*

directement à la garantie de l'exécution des obligations (dans notre cas à réduire au maximum le risque de crédit), y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions.”

Si l'on s'en tient à pareille définition, l'applicabilité des normes de la banque centrale ne semble pas être restrictive à première vue, ni se confiner à certains types de garanties. Elle tient compte des caractéristiques propres à chaque garantie, du délai de réalisation de la garantie et de sa valeur réelle.

Le caractère non accessoire et indépendant d'une garantie, mis à part la solvabilité de son émetteur, reste certainement l'un des points forts à la base de cette approche de la banque centrale. ■

⁶ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, in *Les sûretés, La publicité foncière*, 3e Ed. Dalloz, p. 26.

Le Terrorisme et le blanchiment de capitaux Etat des Lieux après le 11 septembre 2001

Dona-Lisa DANIES / Alix Sandra THOMAS

La lutte contre le blanchiment d'argent a débuté dans les années 70. Il s'agissait alors de contrecarrer toute activité ou action tendant à déguiser en tout ou en partie la nature, le lieu, la source, la propriété ou le contrôle de fonds (argent ou équivalent, par exemple: chèque, transferts électronique, etc.) dans le but d'échapper aux exigences légales ou de dissimuler le fait que ces fonds ont été acquis dans des conditions illégales et d'empêcher que ces capitaux ne soient introduits dans les circuits financiers et bancaires réguliers¹.

Les attaques terroristes² du 11 septembre dernier sur les Etats-Unis d'Amérique du Nord, ont ajouté une composante particulière à la stratégie mondiale de la lutte contre le blanchiment d'argent, dimension politique associée à la sécurité globale et à la géopolitique. Ainsi, alors qu'auparavant, l'accent était mis presque exclusivement sur l'origine criminelle des fonds blanchis, désormais, leur utilisation à des fins criminelles constitue une préoccupation constante.

Au-delà des crimes financiers dérivés des infractions habituelles (drogue, évasion fiscale, marché noir du peso, armes, prostitution, etc.) toutes les nations se sont ralliées, en toute urgence, autour du problème du terrorisme et des moyens à mettre en oeuvre pour éviter que leurs auteurs ne puissent utiliser les circuits financiers internationaux pour réaliser leurs intentions criminelles.

Les Initiatives Régionales

Moins d'un mois après ces événements, le Groupe d'Action Financière de la Caraïbe (GAFIC),

organisation régionale de lutte contre le blanchiment de capitaux, a convoqué sa 14e réunion plénière et la 7e réunion de son Conseil des Ministres en République Dominicaine du 9 au 11 octobre 2001³. Le GAFIC avait inclus dans son agenda et réuni sur le thème du blanchiment et du terrorisme pour discussion par les participants un ensemble de déclarations et de plan d'actions des différents membres du Groupe d'Action Financière Internationale (GAFI). Ceci a permis la définition d'un plan commun de lutte contre le terrorisme d'un point de vue financier pour la région.

Le GAFIC a fait sortir une note de presse relative à sa position sur le terrorisme et le financement des terroristes. Parmi les efforts envisagés avec ses pays membres, le GAFIC prévoit de continuer à promouvoir la coopération entre les autorités de réglementation et la Justice pour éviter que les terroristes n'abusent des systèmes financiers de la région, d'aider au renforcement des lois nationales et de la réglementation, d'encourager la coopération internationale pour l'échange d'informations et la mise à niveau des normes internationales au sein de la Caraïbe.

De plus, vu les implications et l'impact des attaques terroristes de septembre dernier sur l'économie globale et par suite des préoccupations que le financement du terrorisme à travers les systèmes financiers suscite, le GAFIC a inclus, dans son agenda de travail pour la nouvelle année fiscale, des séances de travail sur le sujet. Egalement, le GAFIC envisage déjà, avec ses membres, d'inclure le terrorisme au nombre des infractions punissables en relation avec le crime du blanchiment. Les pays membres du GAFIC s'accordent sur le fait qu'il s'agit d'un dossier prioritaire auquel les gouvernements de la région doivent accorder la plus grande importance. Tout comme l'organisation mère qu'est le GAFI et les autres organisations régionales identiques, le GAFIC entend soumettre les 19 recommandations auxquelles ses membres sont assujettis à des modifications substantielles prenant en compte le blanchiment du fait du terrorisme.

¹ La loi du 21 février 2001 relative au « Blanchiment des Avoirs Provenant du Trafic Illicite de la Drogue et d'Autres Infractions Graves », publiée dans Le Moniteur No 97 du lundi 3 décembre 2001 définit en son article 1.1 les faits et actes considérés comme blanchiment de l'argent.

² Le terrorisme se définit comme étant toute activité dirigée contre des personnes et comprenant des actes violents ou susceptibles de mettre en danger la vie humaine. Dans certains pays, le terrorisme est considéré comme une infraction criminelle dont le but est d'intimider ou de contraindre une population civile en vue d'influencer la politique gouvernementale ou d'affecter la conduite du gouvernement par assassinat ou enlèvement. Le terrorisme désigne également tous agissements criminels destinés à semer l'épouvante dans la population civile, par leur caractère meurtrier systématiquement aveugle. Voir in Vocabulaire Juridique de Gérard Cornu, 8ème édition, PUF.

³ Au cours de cette réunion, Haïti a été admise comme membre à part entière du GAFIC.

Les Initiatives Internationales

Au niveau international, avant même les attentats du 11 septembre 2001, les Nations-Unies avaient élaboré une Convention pour la Répression du Financement du Terrorisme⁴ qui a été adoptée par la résolution 54/109 du 9 décembre 1999 de l'Assemblée Générale de l'ONU. Après le 11 septembre 2001, par la résolution 1368 du 12 septembre 2001, les Nations-Unies ont fermement condamné ces actes terroristes. Le 28 septembre 2001, le Conseil de Sécurité des Nations-Unies a adopté la résolution 1373 qui précise les obligations des Etats dans la lutte contre le financement du terrorisme.

Le Royaume Uni, de son côté, dans son plan d'action du 6 octobre 2001, a fait ressortir en 17 points les progrès réalisés et indiqué que plus de 63 millions de livres sterling de comptes talibanais et/ou appartenant à Bin Laden avaient été gelées. Les Britanniques continuent à engager des ressources de toute nature pour empêcher le flux de fonds servant au financement du blanchiment à travers leur système financier et celui de leurs territoires d'outre-mer ou dépendances.

Un communiqué des Ministres des Finances et Gouverneurs de Banque Centrale du G-7 en date du 6 octobre 2001, fait état de leurs efforts pour combattre le financement du terrorisme et pour traiter l'impact des attaques terroristes sur l'économie mondiale. Dans ce communiqué, les pays du G-7 déclarent s'unir pour traquer et intercepter les fonds appartenant aux terroristes et de poursuivre les individus ou pays qui financent le terrorisme.

Une réunion extraordinaire du GAFI a eu lieu à Washington à la fin du mois d'octobre pour discuter précisément des actions conjointes qui seront menées par les nations membres dans le combat contre le terrorisme.

La Réaction Américaine

Les Etats-Unis, première victime des attentats, ont également pris des mesures, traduites dans la loi du 26 octobre 2001 titrée "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001", mais mieux connue sous l'appellation USA PATRIOT Act of 2001. Cette loi comporte un titre III intitulé "International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001" dont les dispositions se rapportent spécifiquement au blanchiment d'argent et à la lutte contre le terrorisme financier.

Alors que les mesures des institutions internationales concernent surtout les Etats et aurait plutôt un caractère d'obligation morale, la loi américaine va à la source même du problème et s'adresse en premier lieu aux institutions financières en leur imposant de nouvelles obligations ou en renforçant celles qui existaient déjà.

L'impact de la loi américaine réside surtout dans les pouvoirs accordés aux instances américaines et leurs conséquences à l'égard des institutions financières étrangères. A titre d'exemple, la USA PATRIOT Act permet la confiscation d'un compte de correspondant détenu par une banque étrangère dans une banque américaine, dès lors que cette banque étrangère aurait pour client un particulier (ou une personne morale) suspecté de mener des activités de blanchiment. Par fiction, la loi américaine considère le compte de correspondant comme appartenant exclusivement au client de la banque étrangère et, en raison de la localisation dudit compte aux Etats-Unis, susceptible de confiscation.

Il est évident que la lutte contre le blanchiment de capitaux, depuis les attentats du 11 septembre 2001, a pris une nouvelle tournure marquée par le rôle de plus en plus croissant des institutions financières. La volonté des Etats de mettre en place un système efficace de lutte contre le blanchiment de capitaux et de prévenir toute utilisation criminelle de fonds est claire, mais pour que le mécanisme fonctionne sans heurt, la coopération et la vigilance du secteur financier sont plus que jamais requises. ■

⁴ Le texte de cette convention (en format pdf) peut être consulté à partir du site de l'ONU: <http://untreaty.un.org>. Cette convention était ouverte à la signature du 10 janvier 2000 au 31 décembre 2001.

Note législative

Le secret bancaire au regard de la loi sur le blanchiment des capitaux

Michele DELERME / Alix Sandra THOMAS

La loi du 21 février 2001¹ relative au blanchiment des avoirs provenant du trafic illicite de la drogue et autres infractions graves intéresse les institutions financières, notamment les banques, à plus d'un titre. Cette loi:

- 1) définit les obligations du secteur financier et le cadre de leur participation dans la lutte contre le blanchiment de capitaux;
- 2) établit la base des relations devant exister entre ces institutions et l'Unité Centrale des Renseignements Financiers (UCREF), qui joue le rôle d'unité d'intelligence financière;
- 3) limite la responsabilité des membres du secteur financier, et plus particulièrement les banquiers, par la levée du secret bancaire.

C'est surtout ce dernier point qui retient, pour le moment, notre attention.

Le secret bancaire, ou plus généralement le secret professionnel peut être défini, comme *l'obligation dont le respect est sanctionné par la loi pénale, imposant à certains professionnels de taire les confidences recueillies au cours de l'exercice de leur profession*². En règle générale, cette obligation du banquier se résume à un devoir de discrétion à l'égard des informations relatives à son client.

Le secret bancaire ne couvre, cependant, que les informations confidentielles, plus particulièrement, les informations précises et chiffrées (position de compte, report d'échéances, montant du plafond du crédit consenti, etc.). Ce secret, prévu aux articles 108 à 111 du décret du 14 novembre 1980 réglementant le fonctionnement des banques et les activités bancaires en Haïti, est passible de sanctions pénales, sans préjudice des sanctions civiles qui pourraient être prononcées contre tout contrevenant à cette obligation.

Selon l'article 108 suscitée, *“Tous les membres du Conseil d'Administration ou du personnel de toute banque établie en Haïti sont individuellement tenus au secret professionnel et ne peuvent communiquer à qui que ce soit les renseignements sur la clientèle à l'exception des informations d'ordre professionnel qui ne peuvent être communiquées qu'à une autre banque, en vertu des*

règlements intérieurs des banques ou des renseignements devant être fournis aux autorités monétaires ou à la justice, conformément à la loi.”

L'article 109 ajoute que *“le secret professionnel du banquier porte sur les avoirs de la clientèle et tous les faits dont il a connaissance, sauf s'il en est dégagé par autorisation écrite du client ou de ses héritiers ou légataires.”*

Les dispositions légales reprises ci-dessus définissent donc d'une part le type d'informations pouvant être communiquées et, d'autre part les autorités ou entités auxquelles elles peuvent être communiquées.

Cette conception traditionnelle du secret bancaire est revue par la loi du 21 février 2001 puisque cette dernière permet au banquier de déroger à son obligation de réserve et de discrétion dans des cas précis et élargit le cadre de la levée du secret bancaire.

Ainsi, peuvent et doivent être communiqués:

- les documents relatifs à l'identité des clients;
- les documents relatifs aux opérations, notamment un rapport confidentiel écrit relatif à la transaction suspecte. Il est évident, à partir de ceci, que les informations d'ordre professionnel ne sont plus les seules de nature à être transmises aux autorités compétentes³.
- les déclarations automatiques de transaction⁴ et les déclarations de soupçon^{5 6}.

³ Outre aux autorités monétaires et à la justice, les institutions financières doivent communiquer des informations aux agents et fonctionnaires chargés de la détection et de la répression des infractions liées au blanchiment, mais seulement lorsque ceux-ci agissent dans le cadre d'un mandat judiciaire. Seuls les agents de l'Unité Centrale des Renseignements Financiers (UCREF) sont habilités à demander des informations sans mandat, lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs attributions.

⁴ Les déclarations automatiques de transaction doivent être faites pour toute transaction (ou groupe de transactions) égale ou supérieure à deux cent mille (200,000.00) gourdes. Toutefois, il est à noter que l'article 2.1.2 de la loi du 21 février 2001 interdit tout paiement en espèces ou par titres au porteur d'une somme dépassant globalement ce plafond. En outre, la Banque de la République d'Haïti a la latitude de modifier la limite des deux cent mille gourdes pour tenir compte de l'évolution de la gourde par rapport aux principales devises étrangères.

⁵ La déclaration de soupçon est nécessaire toutes les fois qu'une transaction est effectuée dans des conditions de complexité inhabituelles ou injustifiées ou paraît ne pas avoir de justification économique ou d'objet licite (article 2.2.5), ou encore lorsque la transaction porte sur des fonds paraissant provenir de l'accomplissement d'un crime punissable de plus de trois ans d'emprisonnement (Article 3.1.4).

⁶ La déclaration automatique de transaction se fait électroniquement, à l'aide d'outils d'informations qui permettent d'identifier de manière systématique des transactions portant sur une somme supérieure ou égale à 200,000.00 gourdes et d'éditer des rapports automatiques correspondants à ces transactions.

La déclaration de soupçon se fait électroniquement, par télécopie ou par tout moyen écrit. Cette déclaration doit indiquer les raisons pour lesquelles l'opération suspecte a été exécutée ou le délai dans lequel l'opération suspecte doit être exécutée. (Articles 3.1.4 et 3.1.5)

¹ Publiée au Journal Officiel “Le Moniteur” No 97 du lundi 3 décembre 2001.

² In Lexiques des Termes Juridiques, Raymond Guillien et Jean Vincent, 11^{ème} édition, Dalloz.

En outre, de nouvelles entités sont habilitées à requérir des informations aux banques sans que ne puisse leur être opposé le secret bancaire. Il s'agit de l'Unité Centrale de Renseignements Financiers et des fonctionnaires chargés de la détection et de la répression des infractions liées au blanchiment dans le cadre d'un mandat judiciaire. De plus, si les autorités mentionnées dans la loi sur le blanchiment l'autorisent expressément, les renseignements et documents qui peuvent leur être communiqués peuvent également être transmis à d'autres personnes physiques ou morales. Dans ce cas, les banques et autres institutions peuvent même être appelées à fournir des informations à des instances étrangères, pour peu que l'Etat haïtien ait consenti à accorder son aide à celles-ci dans le cadre d'une investigation portant sur le blanchiment des capitaux.

La banque (et plus généralement toute institution financière) est donc, en vertu de cette loi, le premier vigile en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux⁷. Sans la collaboration de ce secteur, les efforts des institutions publiques peuvent se révéler vains. Aussi, certaines garanties juridiques sont accordées aux personnes, physiques ou morales, qui auraient effectué les déclarations prévues par la loi. La plus efficace est sans conteste, l'exemption de la responsabilité des déclarants.

Selon l'article 3.2.1 alinéa 1 de la loi du 21 février 2001, *"Aucune poursuite pour violation du secret bancaire ou professionnel ne peut être engagée contre le banquier (dirigeant ou employé) qui a transmis de bonne foi des informations ou effectué les déclarations requises"*.

De même, les alinéas suivants de l'article suscitent précision qu' *"Aucune action en responsabilité civile ou pénale ne peut être intentée, ni aucune sanction professionnelle prononcée contre le banquier ayant agi de bonne foi, même si d'une part les enquêtes ou décisions judiciaires n'ont donné lieu à aucune condamnation, et que d'autre part des dommages matériels ou immatériels résulteraient du blocage d'une opération par le Doyen du Tribunal de première instance, sur requête de l'UCREF"*

⁷ Le suivi des transactions et la détection au niveau bancaire d'opérations suspectes ou frauduleuses relèvent de l'application de la politique "KYC" (Know Your Customer). La banque doit avoir une parfaite connaissance de son client, de ses activités, de ses possibilités financières et, le cas échéant, suivre l'évolution du secteur auquel appartient ce client pour pouvoir repérer toute transaction anormale ou irrégulière.

Par ailleurs, les institutions financières sont tenues, sous peine d'être punies, de ne pas divulguer aux tiers ou communiquer aux personnes concernées le contenu de la déclaration faite à l'UCREF ou les suites données à cette déclaration.

Mais plus que les garanties, les sanctions pénales prévues par la loi sont de nature à favoriser la coopération du secteur financier en décourageant toute velléité de se soustraire à l'obligation de déclarer. Non seulement les banques ne peuvent plus invoquer le secret professionnel est levé, mais en plus elles s'exposent à des sanctions au cas où elles contreviendraient aux exigences de la loi.

Par exemple, les personnes qui n'auront pas procédé à la déclaration de soupçon alors que les circonstances de l'opération amenaient à déduire que les fonds pouvaient provenir d'une infraction criminelle seront punis d'un emprisonnement de trois (3) à quinze ans et/ou d'une amende de vingt millions (20,000,000.00) à cent millions (100,000,000.00) de gourdes⁸. Toutefois, la peine des personnes qui auraient sciemment omis de faire la déclaration de soupçon est moindre, soit un emprisonnement de un (1) à cinq (5) ans et/ou une amende de cinq millions (5,000,000.00) à vingt millions (20,000,000.00) de gourdes⁹.

De plus, des sanctions administratives peuvent être prises contre toute institution financière ou toute personne morale qui, *"par suite d'un grave défaut de vigilance ou d'une carence dans ses procédures internes de prévention du blanchiment, a méconnu l'une des obligations qui lui sont assignées par la loi"*¹⁰.

Le secret bancaire est bel et bien levé dès qu'il s'agit d'enquête portant sur le blanchiment de capitaux et les institutions financières n'ont pas à craindre les répercussions juridiques et judiciaires négatives que pourrait entraîner la violation du secret bancaire. Toutefois, la tâche va se révéler ardue pour elles. Elles devront s'habituer à leur nouveau rôle très délicat, celui de gardien de l'intégrité du système contre les tentatives de blanchiment. ■

⁸ Voir l'article 4.2.5.1 alinéa g) de la loi du 21 février 2001.

⁹ Voir l'article 4.2.5.2 alinéa b) de la loi du 21 février 2001.

¹⁰ Voir l'article 4.2.4 de la loi du 21 février 2001.

Note jurisprudentielle

La lettre d'intention: garantie ou simple engagement moral ?

Michele DELERME

Par opposition aux sûretés réelles où le débiteur offre un bien réel en garantie, les sûretés personnelles reposent sur une obligation d'une tierce personne. On peut citer à titre de sûretés personnelles la lettre de crédit, la garantie à première demande et le cautionnement. Néanmoins, il est un autre instrument utilisé lors des facilités de crédit, la lettre d'intention¹ dont l'étendue de l'obligation n'est pas claire. Est-ce une sûreté personnelle au même titre que la lettre de crédit ou un engagement moral ?

Utilisée en général par les sociétés mères qui veulent assurer l'exécution de certains engagements pris par leur filiale et/ou par les banques en vue de garantir les engagements de leurs clients, la lettre d'intention ou de confort ou de patronage exprime la volonté d'un tiers non de payer la dette du débiteur, mais de faire en sorte que ce dernier soit en mesure de remplir ses engagements.

Ces sociétés mères qui y ont recours profitent surtout de la relation existant déjà entre elles et la banque destinataire. Des critères tels que la solidité financière, l'honorabilité de ces sociétés inspirent confiance au banquier et lui font accepter un engagement aussi imprécis.

L'imprécision de la lettre d'intention apparaît lorsque le destinataire croit être en possession d'une garantie et que le souscripteur atteste qu'il n'y a pas d'engagement juridique. Il importe cependant de noter que la jurisprudence relève que la lettre d'intention est une obligation de faire pouvant aboutir à des dommages-intérêts.

C'est ainsi que la Cour de Cassation française par l'un de ces premiers arrêts sur la question a permis de clarifier les zones d'ombre et de spécifier les caractéristiques principales de la lettre d'intention. En effet, par un arrêt rendu le 21 décembre 1987 suite à

un pourvoi formé à la suite d'un arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier en date du 10 janvier 1985, la haute juridiction française en précise la nature et le régime juridique.

A l'analyse de cet arrêt, il est manifeste que la lettre d'intention se caractérise particulièrement par les termes employés et l'intention des parties. Aussi, est-il important d'attirer l'attention sur les problèmes relatifs à la qualification de l'acte². En fait, certaines précautions doivent être prises lors de la formation de l'acte car des termes peuvent être mal employés et changer le contenu et le type de garantie. Ainsi, selon la Cour de Cassation française:

“ une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ”.

La lettre d'intention n'est donc pas un instrument juridique sui generis. C'est le contenu, qui peut varier substantiellement, et la force de l'engagement qui vont déterminer la nature de la lettre d'intention. Dès lors, on comprend la notion d'obligation introduite par la Cour de Cassation quant à la qualification de l'acte. Cette notion inclut non seulement un lien existant entre deux personnes, mais également un devoir. L'obligation de faire susmentionnée implique des degrés et peut déboucher sur une obligation de moyens³ ou de résultat⁴.

² A noter toutefois que l'appréciation des termes employés relève de la souveraineté des juges du fond. Les juges du fond doivent rechercher le contenu de l'obligation assumée : Cass. Com. 15 janvier 1991, Bull. Civ., IV, no. 28, p.18.

³ Obligation, pour le débiteur, non de parvenir à un résultat déterminé mais d'y appliquer ses soins et ses capacités de telle sorte que la responsabilité du débiteur n'est engagée que si le créancier prouve, de la part de ce débiteur, un manquement à ses devoirs de prudence et de diligence. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8e Ed., PUF.

⁴ Obligation pour le débiteur de parvenir à un résultat déterminé, de telle sorte que la responsabilité du débiteur engagée sur la seule preuve que le fait n'est pas réalisé, sauf à se justifier, s'il le peut, en prouvant que le dommage vient d'une cause étrangère. Opp. cit.

¹ La lettre d'intention ou de confort ou de patronage est un document par lequel un tiers exprime à un créancier, en des termes variables et volontairement imprécis, son intention de soutenir son débiteur afin de lui permettre de remplir ses engagements. Voir pour plus de détails : Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, 3e Ed. Dalloz, 2000, p. 242 et s.

En quoi consiste alors l'engagement du débiteur? Il ressort de cet arrêt qu'il faut un engagement contractuel, générateur selon les cas d'une obligation de moyens ou de résultat, dès lors que l'engagement juridique existe, quelles que soient sa nature et sa force, la lettre d'intention constitue une garantie.

Ainsi, les formules suivantes s'apparentent à un simple engagement moral:

“Nous avons l'honneur d'introduire auprès de vous et de recommander à votre meilleur accueil M..., de la société D..., bon client de notre établissement”;
“ elle (société mère) ne se désintéresserait pas de la bonne fin des concours consentis à sa filiale”.

Selon Simler et Delebecque la qualification de simple obligation de moyens est habituellement attachée aux lettres d'intention exprimant un engagement de:

...veiller à l'exécution des obligations du débiteur ou au bon déroulement des opérations bancaires;
...d'apporter son appui dans les engagements de la filiale;
...de faire tout son possible pour que le débiteur puisse remplir ses engagements.

Suivant les mêmes auteurs, ont été qualifiés d'obligations de résultat les engagements:

...de faire tout le nécessaire pour que le débiteur soit en mesure de faire face à ses obligations;
...de faire en sorte que aucun organisme n'éprouve de perte du fait des opérations de la société débitrice;
...d'assurer la couverture des besoins financiers de la filiale.

Le régime juridique de la lettre d'intention découle évidemment de sa nature. C'est le Code Civil qui va indiquer les effets découlant de l'obligation de faire. L'article 933 du Code Civil dispose: *“Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur”*. Il s'ensuit que l'inexécution d'une obligation de faire implique une faute contractuelle. Pour se libérer, le

débiteur doit prouver que l'inexécution est due à une cause étrangère non imputable à lui ou encore qu'il n'a pas commis de faute. L'article 937 du Code Civil poursuit: *“Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, (...), toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part”*. De ce qui précède, il apparaît que l'inexécution de l'engagement ne peut être sanctionnée que si la nature et le contenu de l'obligation sont suffisamment précisés⁵.

ARRET

“La Cour: - Attendu que, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Montpellier, 2e ch., 10 janv. 1985), la Soc. Textiles du Vallespir (Soc. T.V.), filiale de la Société de droit espagnol Viuda de José Tolra (Soc. Tolra), a obtenu, aux termes de contrats constatés par des actes notariés, respectivement établis au cours des mois de novembre 1973 et juin et septembre 1974, trois prêts de la Soc. de développement régional du Languedoc-Roussillon (Sodler) en vue de la construction d'une usine; qu'outre le cautionnement qu'elle avait donné pour le remboursement du premier de ces prêts, la Soc. Tolra a signé le 29 mai 1974 une lettre adressée à la Sodler par laquelle elle affirmait son intention de “soutenir sa filiale dans ses besoins financiers et, dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de se substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pouvait prendre à l'égard de la Sodler”, tout en exprimant son souci de veiller de façon durable à sa totale solvabilité et en confirmant que son “intention, en cas de nécessité, d'effectuer immédiatement les démarches nécessaires auprès des autorités espagnoles pour obtenir l'autorisation de transfert des fonds”; que cette lettre a été mentionnée dans l'acte notarié daté des 12 et 17 septembre 1974 relatif au troisième prêt, mais qu'elle vise également le deuxième; qu'à la suite du prononcé du règlement judiciaire de la Soc. T.V. et de la conversion de celui-ci en liquidation des biens, la Sodler a assigné la Soc.

⁵ Cass. Com., 15 janvier 1991, no. 88-18.231

Tolra en paiement du montant en principal et intérêts des deuxième et troisième prêts, sur le fondement de la lettre d'intention.

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches; - Attendu que la Soc. Tolra fait grief à la cour d'appel d'avoir considéré que la lettre d'intention l'engageait contractuellement, et d'avoir retenu à son encontre une obligation de résultat, alors, selon le pourvoi, d'une part, que, sauf exception, une déclaration d'intention unilatérale ne fait naître aucune obligation civile; qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt que la Soc. Tolra s'est bornée à exprimer unilatéralement son intention sans qu'aucune convention se soit formée, faute d'accord des parties; qu'en considérant que la lettre d'intention, établie par la Soc. Tolra, avait pu faire naître une obligation civile à sa charge, la cour d'appel a violé les articles 1101 s. c. civ.; et alors d'autre part, que l'obligation de résultat de se substituer, le cas échéant, à un débiteur pour faire face aux engagements pris envers un créancier, est l'obligation de la caution; qu'elle ne peut résulter que d'un contrat de cautionnement, lequel doit être exprès et avoir un objet déterminé ou déterminable; qu'en considérant que la lettre d'intention contenait une obligation de résultat distincte d'un cautionnement, la cour d'appel a violé les articles 2011 s. c. civ.;

Mais attendu, d'une part, que malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement; qu'il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée;

Attendu, d'autre part, que la cour d'appel relève que, dans sa lettre du 29 mai 1974, la Soc. Tolra avait entendu accepter de se substituer, le cas échéant à sa filiale pour faire face aux engagements pris vis-à-vis de la Sodler et ajoute que cette lettre visait de façon certaine la deuxième et la troisième emprunts; que, si le cautionnement ne se présume point, et s'il doit être exprès, celui qui, par une manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même, se rend caution de cette obligation; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux qui sont critiqués, se trouve justifiée la décision de la cour d'appel en ce qu'elle a constaté que la Soc. Tolra s'était engagée à payer à la Sodler, en cas de défaillance de la Soc. T.V., ce qui resterait dû par celle-ci au titre de prêts consentis; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli dans aucune de ses branches;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche: - Vu l'article 3 c. civ., ensemble l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966; - Attendu que, pour écarter les prétentions de la Soc. Tolra selon lesquelles, même si la lettre d'intention contenait un engagement de payer, celui-ci aurait été nul pour n'avoir pas été pris conformément au droit espagnol sur les sociétés, la cour d'appel s'est bornée à déclarer qu'elle était "saisie d'un litige consécutif à des faits et des actes qui se sont produits en France et auxquels la législation française doit s'appliquer";

Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir relevé que la Soc. Tolra était une société anonyme de droit espagnol et alors que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés; -

Par ces motifs, [...] casse". ■