Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.573/2003 /svc

Arrêt du 30 juillet 2004
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Wurzburger, Président,
Betschart et Müller.
Greffière: Mme Revey.

Parties
X._____ International, (USA),
X._____ SA en liquidation,
agissant par leurs organes MM. A._____ et B._____,
A._____, agissant en son nom personnel,
recourants,
tous représentés par Me Jaroslaw Grabowski, avocat,

contre

Commission fédérale des banques,
Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne.

Objet
exercice d'une activité de négociant et utilisation des termes "banque" et "fonds de placement" sans autorisation / liquidation,

recours de droit administratif contre la décision de la Commission fédérale des banques du 23 octobre 2003.

Faits:
A.
Le 25 octobre 2002, R._____ a adressé à la Commission fédérale des banques une dénonciation selon laquelle X._____ SA, à Genève, soit sa société-mère X._____ International, (USA), pourrait exercer en Suisse une activité soumise à autorisation selon la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1). Simultanément, R._____, agissant comme organe de révision de X._____ SA, a avisé le Tribunal de première instance de Genève que cette société était en situation de surendettement manifeste (art. 729b al. 2 CO). Après les premières investigations usuelles, la Commission fédérale des banques a, par décision superprovisoire du 14 juillet 2003, désigné comme observateur O._____, à Lausanne, avec mission d'examiner les activités effectivement exercées par X._____ SA, soit par la société la dominant X._____ International (USA). Cette décision comportait également diverses mesures conservatoires (blocage de comptes, interdiction d'activité commerciale...). Le 20 août 2003, O._____ a remis son rapport à la Commission fédérale des banques. Cette dernière constata alors par décision du 23 octobre 2003 que X._____ SA et X._____ International
(USA) (celle-ci par l'intermédiaire de sa succursale à Genève, sise dans les locaux de X._____ SA), dont les activités se confondaient, exerçaient sans autorisation une activité de négociant en valeurs mobilières (maison d'émission) tombant sous le coup de la loi sur les bourses, sans que l'autorisation nécessaire puisse leur être accordée après coup. Dès lors, X._____ SA et X._____ International, succursale de Genève, à inscrire au Registre du commerce de Genève, étaient dissoutes et mises en liquidation avec effet immédiat. Les frais de l'observateur étaient mis à la charge des deux sociétés, solidairement entre elles.

B.
Agissant le 27 novembre 2003 par la voie du recours de droit administratif, X._____ SA, X._____ International (USA), ainsi qu'A._____ comme ayant-droit économique, ont requis le Tribunal fédéral d'annuler la décision de la Commission fédérale des banques du 23 octobre 2003, de constater que les organes de X._____ SA et de X._____ International peuvent exercer tout acte juridique pour lesdites sociétés, d'ordonner au Registre du commerce du canton de Genève de procéder à la radiation de l'inscription de la dissolution et de la liquidation de X._____ SA, ainsi qu'à la radiation de l'inscription de X._____ International, succursale de Genève, de sa dissolution et de sa liquidation, d'ordonner à la Commission fédérale des banques de mettre fin au mandat d'O._____ et d'ordonner la restitution des frais payés à l'observateur O._____. Au surplus, ils ont requis l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Entre-temps, soit le 6 novembre 2003, la faillite de X._____ SA a été prononcée, décision contre laquelle un recours a été déposé le 17 novembre 2003 à la Cour de justice du canton de Genève.

Les 5 décembre 2003 et 9 février 2004, le Président de la IIe Cour de droit public a admis très partiellement la requête d'effet suspensif en ce sens que le liquidateur ne pouvait plus procéder à des actes de liquidation, mais devait se limiter à adopter des mesures conservatoires, pour autant qu'il ne soit pas dessaisi au profit de l'administration de la faillite. La Commission fédérale des banques a conclu le 23 janvier 2004 au rejet du recours. Dans le cadre du second échange d'écritures, les recourants et la Commission fédérale des banques ont maintenu leurs conclusions.
C.
La Cour de justice de Genève ayant confirmé le 26 février 2004 l'ouverture de la faillite à l'encontre de X._____ SA et le Tribunal fédéral n'étant pas entré en matière le 19 mai 2004 sur un recours de droit public contre cette décision (5P.143/2004), les parties et l'Office des faillites du canton de Genève ont été invités à se déterminer sur le fait que le recours pouvait cas échéant être considéré comme devenu sans objet. Les intéressés avaient également l'occasion de s'exprimer sur le sort des frais et dépens pour le cas où la cause serait radiée du rôle. Le 11 juin 2004, l'administration de la faillite a renoncé à prendre position sur le fond, en demandant à ce que les frais et dépens ne soient de toute façon pas mis à la charge des masses en faillite. A cette occasion, l'Office des faillites informait également le Tribunal fédéral de ce que la faillite de X._____ International, succursale de Genève, avait été prononcée par arrêt de la Cour de justice de Genève du 3 juin 2004. Les recourants ont demandé le 25 juin 2004 que la procédure soit poursuivie, en maintenant leurs conclusions. La Commission fédérale des banques a conclu le 29 juin 2004 à ce que la procédure devant le Tribunal fédéral soit rayée du rôle comme
devenue sans objet.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Les décisions en matière de surveillance rendues par la Commission fédérale des banques en application de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières peuvent être portées devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (art. 39 LBVM en relation avec l'art. 98 lettre f OJ). Selon l'art. 103 lettre a OJ, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En principe, un intérêt digne de protection n'est donné que s'il existe encore au moment où le jugement est rendu (cf. ATF 128 II 34 consid. 1b; 123 II 285 ss; 118 Ib 356 consid. 1a; 111 Ib 56 consid. 2a avec références). Tel n'est pas le cas lorsque le préjudice découlant de la décision attaquée ne peut plus être supprimé même en cas d'admission du recours (cf. ATF 118 Ia 488 consid. 1a; arrêt 2A.443/1995 du 6 novembre 1995, consid. 1b). Si l'intérêt actuel existe au moment du dépôt du recours mais disparaît au cours de la procédure, celle-ci doit être rayée du rôle comme devenue sans objet (art. 72 PCF en relation avec l'art. 40 OJ), à moins qu'il n'y ait lieu exceptionnellement de faire abstraction de l'intérêt actuel,
s'agissant d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi au contrôle de la Cour suprême (ATF 128 II 34 consid. 1b avec références). Il n'en va pas ainsi en l'espèce, dès lors que le Tribunal fédéral a déjà eu à réitérées reprises l'occasion de se prononcer en temps utile sur les pouvoirs de surveillance de la Commission

fédérale des banques et de définir les activités sujettes à autorisation selon la loi sur les bourses.
2.
2.1 D'après la jurisprudence, les organes d'une société mise en liquidation sont autorisés, malgré le retrait des pouvoirs de représentation par la Commission fédérale des banques dans sa décision, à attaquer celle-ci pour l'entreprise concernée par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (voir ATF 98 Ib 269 consid. 1). En revanche, l'actionnaire unique ou majoritaire n'a en règle générale pas qualité pour recourir en son nom propre (ATF 125 II 65 consid. 1; 116 Ib 331 consid. 1c). Il en va de même de l'administrateur ou du représentant de la société, auquel les pouvoirs de représentation ont été enlevés dans la décision attaquée, car il s'agit alors d'un simple effet indirect de la liquidation contestée (cf. consid. 2b/aa non publié de l'ATF 126 II 71). A._____ n'a donc pas qualité pour recourir en l'espèce à titre personnel, même si sa gestion est mise en cause dans la décision attaquée (voir à cet égard consid. 2.4 ci-dessous).
2.2 La faillite de X._____ SA et de X._____ International, succursale de Genève, a été prononcée et est maintenant entrée en force. Dès lors que celles-ci doivent maintenant être de toute façon liquidées (voir Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7e éd., Berne 2003, § 41 n. 3; ATF 117 III 39 consid. 3b), le préjudice lié à la décision attaquée (liquidation) ne peut plus être supprimé. Certes, X._____ International (USA), est recourante; toutefois, cette société se confond pratiquement avec X._____ SA, soit avec X._____ International, succursale de Genève, de sorte que la considération qui précède vaut également pour elle. Les recourantes ne pourraient conserver un intérêt actuel à ce que la cause soit jugée que si la décision pouvait créer les conditions d'une révocation de la faillite (voir art. 195 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1; consid. 2b/cc non publié de l'ATF 126 II 71, où la question a été laissée ouverte). Les recourantes ne le prétendent cependant pas dans leur prise de position du 25 juin 2004 (voir ch. 6c), mais indiquent simplement qu'une société en faillite continue d'exister jusqu'à la clôture de la faillite,
élément qui ne suffit pas à lui seul pour admettre en l'espèce la persistance d'un intérêt actuel. Au vu du dossier, une révocation de la faillite apparaît au surplus peu réaliste (voir sur la situation et l'arrière-plan de la faillite les lettres d'O._____ des 3 et 7 novembre 2003; d'une manière générale à ce sujet, Alexander Brunner, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG-Kommentar, Bâle/Genève/Munich 1998, ad art. 195).
2.3 Il n'en va pas différemment en ce qui concerne l'objection des recourantes, selon lesquelles un intérêt actuel subsisterait par rapport à une éventuelle procédure en responsabilité de l'Etat ou par rapport à une procédure pénale concernant ses organes pour activité illégale comme négociants en valeurs mobilières (voir ATF 118 Ia 488 consid. 1c). Le principe selon lequel la légalité de décisions passées en force ne peut plus être contrôlée dans la procédure en responsabilité doit éviter que des questions jugées définitivement dans la procédure administrative ne soient soulevées à nouveau dans le procès en responsabilité. Si un recours ne permet pas de corriger la décision contestée mais ne conduit plus qu'à la constatation éventuelle de son illicéité, l'examen de la décision incriminée reste admissible dans le procès en responsabilité contre l'Etat, même si la possibilité de recours n'a pas été utilisée (voir ATF 129 I 139 consid. 3.1 avec références). A partir du moment où X._____ SA et X._____ International succursale de Genève, se trouvent en faillite et qu'un arrêt du Tribunal fédéral ne pourrait aboutir dans son résultat qu'à la constatation d'une éventuelle illicéité des dispositions prises par la Commission
fédérale des banques, le problème devra être cas échéant examiné dans une éventuelle procédure en responsabilité. Par ailleurs, la question de savoir si les organes des recourantes ont commis des infractions au plan pénal n'est directement l'objet ni de la décision attaquée ni de la présente procédure. L'obligation de demander une autorisation pour l'activité incriminée devra donc être au besoin examinée à titre préjudiciel dans une éventuelle procédure pénale. Il en va de même dans la mesure où les recourantes voudraient parer, par une décision dans la présente procédure, à d'éventuelles actions en responsabilité de tiers contre les sociétés ou leurs organes.
2.4 A._____, qui n'est habilité à recourir ni comme actionnaire unique ou majoritaire, ni comme organe des recourantes précédemment autorisé à les représenter (consid. 2.1), ne peut dès lors pas non plus faire valoir un intérêt actuel à ce que le recours soit traité pour obtenir en quelque sorte une réhabilitation dans sa bonne réputation. Certes, au chiffre 38 de la décision attaquée, la Commission fédérale des banques a constaté qu'A._____, en tant que président du conseil d'administration de X._____ SA et Chairman de X._____ International, succursale de Genève, avait démontré une totale méconnaissance des règles applicables pour l'exercice d'une activité de négociant; son expérience professionnelle avait été effectuée dans le cadre de la constitution ou de la gestion de plusieurs sociétés dont l'activité s'était soldée par une faillite, ce

qui permettait de douter qu'il remplisse la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable. Cependant, la procédure n'était pas dirigée directement contre A._____. La constatation faite par la Commission fédérale des banques se rapportait à l'exercice concret de sa fonction dans les sociétés tombées en faillite dans l'intervalle. Si l'intéressé entendait à
l'avenir exercer une activité soumise à autorisation, ses qualifications devraient alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision. Les connaissances professionnelles nécessaires, soit les conditions pour l'exercice d'une activité irréprochable, se définissent chaque fois dans le cas concret en tenant compte de la nature de la fonction à occuper, comme de la grandeur et du genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation (voir arrêt 2A.261/2004 du 27 mai 2004, consid. 1).
2.5 Les recourantes font encore valoir un intérêt actuel au jugement de leur recours en ce qui concerne les montants totalement disproportionnés selon elles demandés par l'observateur pour son activité. A cet égard, le recours n'est pas suffisamment motivé, car il se limite à demander le remboursement des frais payés à l'observateur sans autres explications, alors que celles-ci sont une condition d'entrée en matière (art. 108 al. 2 OJ; cf. ATF 118 Ib 134; arrêt 2A.58/2004 du 21 mai 2004, consid. 2.2). De son côté, l'Office des faillites n'a pas présenté de conclusions dans ce sens. De toute façon, la désignation d'un observateur était matériellement justifiée, de sorte que ses prestations doivent être dédommagées. Dans la procédure d'examen d'une activité soumise à autorisation, les recourantes ont donné des indications incomplètes et contradictoires sur leurs activités et ont elles-mêmes admis partiellement qu'il y avait matière à autorisation, ce qu'elles ont ensuite à nouveau contesté, de sorte que l'état de fait devait être établi par un contrôle sur place, les recourantes devant en supporter les frais dans le cadre des coûts normalement pratiqués (voir arrêt 2A.119/2002 du 11 décembre 2002, consid. 3.6; arrêt 2A.111/2004 du
15 juillet 2004 destiné à la publication, consid. 2.2 et 4; ATF 126 II 111 consid. 4d; arrêt 2A.65/2002 du 22 mai 2002, consid. 4.2 publié in: Bulletin CFB 43/2003 p. 15). Même si leurs activités n'avaient pas été soumises à autorisation, elles auraient dû dédommager l'observateur pour son activité (cf. ATF 126 II 111 consid. 4d).
2.6 Vu ce qui précède, l'intérêt actuel à ce qu'une décision soit rendue n'existe plus, sauf en ce qui concerne les frais de l'administrateur, ce grief étant mal fondé dans la mesure où il est recevable (consid. 2.5).

Par conséquent, le recours de droit administratif doit, en ce qui concerne les frais de l'administrateur, être rejeté dans la mesure où il est recevable. Pour le surplus, il convient de constater que le recours est devenu sans objet et que la cause doit être rayée du rôle.
2.7 Lorsque la cause est devenue sans objet, le Tribunal fédéral statue sur les frais de la procédure par une décision sommairement motivée, en tenant compte de l'état de choses existant avant le fait qui met fin au litige (art. 40 OJ en relation avec l'art. 72 PCF). Dans ce cadre, il n'y a pas lieu d'examiner en détail quelle eût été normalement l'issue du procès. Il convient de procéder simplement à une appréciation sommaire au vu du dossier. La décision sur les frais n'équivaut pas à un jugement matériel et ne doit, selon les circonstances, pas préjuger d'une question juridique délicate. Si l'issue probable de la procédure dans le cas concret ne peut être établie sans plus ample examen, il convient d'appliquer par analogie les critères valables en procédure civile. En conséquence, les frais et dépens seront supportés en premier lieu par la partie qui a provoqué la procédure devenue sans objet ou chez qui sont intervenues les causes qui ont conduit à ce que cette procédure devienne sans objet (cf. ATF 118 Ia 488 consid. 4a).
2.8 En l'occurrence, la procédure est devenue sans objet en raison du surendettement de X._____ SA et de X._____ International, succursale de Genève, et de la faillite en résultant. Dès lors, les recourantes, de même qu'A._____, doivent supporter les frais de la procédure devant le Tribunal fédéral et n'ont pas droit à des dépens.

De plus, au vu d'un examen sommaire du dossier, le recours aurait probablement été rejeté dans la mesure où il était recevable. Sont réputés maisons d'émission les négociants qui, à titre professionnel, prennent ferme ou à la commission des valeurs mobilières émises par des tiers et les offrent au public sur le marché primaire (art. 3 al. 2 de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; RS 954.11). Dans le cas particulier, le caractère public de l'offre n'est pas contesté, pas plus que le caractère professionnel de l'activité exercée à titre principal par les sociétés X._____ dans le domaine financier. Il est toutefois allégué que les sociétés X._____ n'achetaient ni ne revendaient des titres, mais offraient uniquement une aide logistique et de conseil. Au vu du dossier, on doit pourtant admettre qu'il y a eu pour le compte

de l'émetteur recherche d'investisseurs et remise à ceux-ci des titres contre une commission (15%) à charge de l'émetteur. Les activités incriminées allaient au-delà d'un simple conseil ou d'un simple "coaching" dans la recherche d'investisseurs, même si le contrat de souscription entre l'"investor" et les sociétés X._____ était passé au nom et pour le compte
de l'émetteur. Va dans ce sens le fait que le produit financier des diverses émissions a passé par des comptes au nom des sociétés X._____ ou y est même resté. Si la Commission fédérale des banques a dès lors admis qu'une telle activité était soumise en Suisse à autorisation, elle n'a, en tenant compte de son pouvoir d'appréciation sur le plan technique (ATF 126 II 111 consid. 3b avec références), à première vue pas agi de manière contraire au droit fédéral, de sorte que le recours aurait probablement été rejeté.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours de droit administratif est, en ce qui concerne les frais de l'administrateur, rejeté dans la mesure où il est recevable; pour le surplus, il est constaté que le recours est devenu sans objet et la cause est rayée du rôle.
2.
Un émolument judiciaire de 5'000 fr. est mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, à la Commission fédérale des banques et à l'Office des faillites du canton de Genève.
Lausanne, le 30 juillet 2004
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: