Urteilskopf

103 Ib 303

49. Extrait de l'arrêt du 21 octobre 1977 en la cause Société anonyme S. contre Commission fédérale des banques
Regeste (de):
Anlagefonds.

1. Art. 43 Abs. 2 AFG: Die Eidgenössische Bankenkommission kann die Fondsleitung oder Depotbank nicht nur, wenn der Fonds selber geschädigt ist oder gefährdet erscheint, sondern auch wenn nur die Rechte eines Teils der Anleger gefährdet erscheinen, zur Sicherheitsleistung verpflichten. Abgrenzung der Kompetenzen der Aufsichtsbehörde und des Zivilrichters (Erw. 3).

2. Es liegt im Ermessen der Eidgenössischen Bankenkommission, den Anlegern, die geschädigt wurden oder deren Rechte gefährdet erscheinen, eine Mitteilung über ihre rechtliche Lage zukommen zu lassen; sie kann die Anleger namentlich über die Möglichkeit unterrichten, einen gemeinsamen Beauftragten einzusetzen, um ihre Rechte vor dem Zivilrichter geltend zu machen (Erw. 4).

Regeste (fr):
Fonds de placement.

1. Art. 43 al. 2 LFP: la Commission fédérale des banques a le pouvoir et le devoir d'obliger la direction du fonds ou la banque dépositaire à fournir des sûretés non seulement lorsque le fonds lui-même est ou risque d'être lésé, mais aussi lorsque les droits d'une partie des porteurs de parts sont menacés. Répartition de compétences entre l'autorité de surveillance et le juge civil (consid. 3).

2. La Commission fédérale des banques peut adresser aux porteurs de parts dont les droits sont lésés ou menacés une information sur la situation juridique et notamment sur la possibilité qui leur est offerte de confier à un mandataire commun le soin de faire valoir leurs droits devant le juge civil (consid. 4).

Regesto (it):
Fondi d'investimento.

1. Art. 43 cpv. 2 LFI: la Commissione federale delle banche può e deve obbligare la direzione del fondo o la banca depositaria a prestare garanzie non soltanto laddove il fondo stesso sia o rischi di essere leso, bensì anche laddove i diritti di una parte dei partecipanti siano in pericolo. Ripartizione della competenza tra l'autorità di vigilanza e il giudice civile (consid. 3).

2. La Commissione federale delle banche può informare i partecipanti, i cui diritti siano lesi, o rischino di esserlo, sulla situazione giuridica e, in particolare, sulla possibilità loro offerta d'incaricare un mandatario comune della tutela dei loro diritti dinnanzi al giudice civile (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 304

La société anonyme S. assume la direction du fonds de placement P. X., qui dirige un bureau d'études économiques et financières dénommé B., est actionnaire majoritaire de la société S. En 1973, le secrétariat de la Commission fédérale des banques (CFB) a informé la société précitée et X. qu'il entreprenait une enquête sur les méthodes et les modalités de distribution des parts P. Il a exigé de X. qu'il fournisse certains renseignements (Cf. ATF 99 Ib 415 ss). A la suite de cette enquête, la CFB a constaté que, de décembre 1971 à novembre 1972, X. avait souscrit la quasi-totalité des parts émises par le fonds de placement P., puis les avait placées dans le public à un prix supérieur au prix d'émission. Le 16 septembre 1974, la CFB retira à la société S. l'autorisation de gérer les fonds de placement P. et S. La société S. forma contre cette décision un recours de droit administratif, que le Tribunal fédéral admit au sens des considérants, par arrêt du 19 septembre 1975 (ATF 101 Ib 422 ss). Le Tribunal a retenu que X. avait gravement violé ses obligations à l'égard de tous les acquéreurs de parts P. auxquels il avait réclamé le paiement d'un prix supérieur au prix d'émission, et que, n'ayant rien fait pour empêcher X. de commettre ces irrégularités, les administrateurs de S. avaient engagé la responsabilité de cette société. En raison de la gravité des irrégularités commises, le retrait de l'autorisation pouvait paraître justifié; il était cependant plus conforme à l'intérêt des porteurs de parts de prendre les mesures prévues à l'art. 43 LFP. Saisie à nouveau de la cause, la CFB se prononça le 2 septembre 1976. A la même date, la CFB prit également la décision suivante:
"1. S. est tenue, pour sauvegarder les droits des acquéreurs de parts P. ayant payé à B. un prix supérieur au prix d'émission officiel, de fournir des sûretés pour une somme de 2 millions de francs. 2. S. peut constituer ces sûretés sous forme d'espèces ou de papiers-valeurs facilement réalisables à déposer auprès de la banque X., soit sous forme d'un cautionnement d'une banque cantonale ou d'une des grandes banques suisses, selon les exigences de l'article 8 alinéa 2 lettre b et alinéas 3 et 5 de l'Ordonnance d'exécution du 20 janvier 1967 sur les fonds de placement. 3. La Commission fédérale des banques, dès la constitution des sûretés, informera les acquéreurs de parts, de leurs droits en dommages-intérêts selon un projet de lettre en annexe."

Agissant par la voie du recours de droit administratif, la société S. demande au Tribunal fédéral d'annuler cette décision.

Erwägungen

Considérant en droit:

3. Dans son acte de recours, S. ne dit pas clairement pourquoi la CFB ne serait pas fondée à formuler une demande de sûretés (voir les chiffres 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée). Elle fait valoir que cette demande ne correspond à aucun risque à garantir, aucun porteur n'ayant présenté une réclamation quelconque à la suite du marché hors bourse, et qu'au surplus les réclamations éventuelles seraient couvertes par la consignation, en mains de S., de la somme de 900'000 fr. remise par X. en septembre 1976, ainsi que par les réserves dont elle dispose. S. a par la suite fourni une garantie sous la forme d'un cautionnement solidaire d'une banque pour le montant maximum de 2 millions de francs. Toutefois, cette garantie est conditionnelle, étant donnée "pour autant que le chiffre 1 du dispositif de la décision de la CFB ne soit pas annulé par le Tribunal fédéral". De manière implicite tout au moins, la recourante conteste ainsi à la CFB la compétence de l'obliger à fournir des sûretés pour ce montant de 2 millions de francs. a) Lorsque les droits des porteurs de parts sont menacés, la société de direction - ou la banque dépositaire - peut être contrainte de fournir des sûretés. C'est là une compétence que le législateur a expressément conférée à la CFB (art. 43 al. 2 LFP). La recourante ne le conteste pas, mais elle a soutenu que la disposition précitée n'est pas applicable in casu. A son avis, l'obligation de fournir des sûretés ne pourrait être imposée à la direction du fonds que lorsque tous les porteurs de certifi-

cats sont lésés, soit lorsque le fonds lui-même a subi un dommage. En revanche, les sûretés ne sauraient être exigées si un dommage n'a été subi que par certains porteurs seulement. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, le Tribunal fédéral n'a eu l'occasion d'appliquer l'art. 43 al. 2 LFP que dans des cas où, pratiquement, les droits de l'ensemble des porteurs de parts étaient menacés; il n'a cependant jamais exclu la possibilité pour la CFB d'exiger des sûretés lorsque les droits d'une partie seulement des porteurs se trouvent en danger (ATF 99 Ib 515 ss consid. 6, ATF 96 I 81 ss consid. 3, 481 ss consid. 3;

voir aussi les arrêts non publiés du 6 décembre 1974 dans la cause Montim Verwaltungsgesellschaft A.G., consid. 2, du 5 octobre 1973 dans la cause Bank Widemann & Co, A.G., consid. 4, et du 1er mars 1968 dans la cause Interfer Verwaltungsgesellschaft, consid. 6 non publié aux ATF 94 I 77 ss). Pour sa part, la doctrine ne s'est pas prononcée nettement sur la question. KURT AMONN soutient que les sûretés exigées par la CFB n'ont vraiment un sens que si le gérant peut agir en réparation du dommage que tous les porteurs subissent; il n'expose cependant pas les raisons pour lesquelles la CFB ne pourrait pas exiger ces sûretés lorsque les droits d'une partie seulement des porteurs sont menacés (Die Aufgaben des Sachwalters nach dem Bundesgesetz über die Anlagefonds, Wirtschaft und Recht 22/1970, p. 64 n. 13). En revanche, PETER JÄGGI n'exclut nullement cette possibilité (La loi sur les fonds de placement, Jdt 1967 I, p. 241). Les autres auteurs n'ont pas évoqué la question (voir J.B. SCHUSTER, Anlagefondsgesetz, 2e éd., ad Art. 43 Abs. 2, p. 95 et 96; PETER FORSTMOSER, Zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Berne 1972, p. 30; ANDREAS VON ALBERTINI, Grundlagenforschung zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, p. 190 et 191; URS SCHÄFER, Die öffentliche Aufsicht im Sinne des Anlagefondsgesetzes, thèse Zurich 1971, p. 105 ss; BRUNO GEIGER, Der zivilistische Schutz des Anlegers, thèse Zurich 1971, p. 167 ss; voir aussi FRANZ LUSSER, Die Haftungsverhältnisse bei Anlagefonds, thèse Fribourg 1964, p. 104 ss). Enfin, dans son Message, le Conseil fédéral n'a pas non plus pris position (voir FF 1965 III p. 336).
b) Il n'y a en réalité aucune raison d'interpréter de manière restrictive la disposition de l'art. 43 al. 2 LFP. On peut déjà, à cet égard, constater que le législateur donne à la CFB le pouvoir d'exiger des sûretés "si les droits des porteurs de parts sont menacés"; il ne dit pas qu'un tel pouvoir ne peut être exercé que lorsque les droits de tous les porteurs de parts sont en péril. Il en est d'ailleurs de même en ce qui concerne la disposition de l'art. 14 al. 1 de l'ordonnance sur les fonds de placement étrangers, du 13 janvier 1971: les droits des porteurs de parts sont réputés menacés et des sûretés peuvent être exigées non seulement dans les trois cas mentionnés aux lettres a à c - où, pratiquement, ce sont les porteurs qui risquent d'être lésés -, mais aussi "lorsque les obligations conventionnelles,

statutaires ou légales contractées envers les porteurs de parts ne sont pas respectées" (lettre d). Or, il est clair que ces obligations peuvent être violées au détriment d'une partie seulement des porteurs. Par ailleurs, d'après la jurisprudence, l'énumération des mesures prévues aux art. 43 al. 2 à 4 et 44 à 46 LFP n'est pas exhaustive (ATF 95 I 583 consid. 3). Conformément au principe posé à l'art. 43 al. 1 LFP, la CFB doit rétablir l'ordre contractuel et légal et supprimer les irrégularités commises; en l'espèce, elle doit faciliter dans la mesure du possible la réparation du dommage que les agissements de X. ont pu causer à un certain nombre de porteurs de parts P. Certes, le fonds lui-même n'étant pas lésé, la CFB ne peut pas charger un gérant - ou un représentant de l'ensemble des porteurs - d'intenter action devant le juge civil (ATF 100 II 60 ss consid. 3a). L'autorité de surveillance doit laisser à chaque porteur la liberté d'intenter une action civile en vue d'obtenir la réparation du

préjudice subi, s'il s'estime en droit d'agir. Mais l'expérience montre que les porteurs isolés ne prennent pas volontiers le risque de mener un procès civil. Si l'on devait adopter l'interprétation restrictive de l'art. 43 al. 2 LFP que la recourante préconise, on interdirait toute intervention de l'autorité de surveillance aussi longtemps que le fonds lui-même n'est pas lésé. Il faudrait alors constater que la direction du fonds - ou la banque dépositaire - échapperait à ses responsabilités pratiquement dans la plupart des cas où les agissements illicites ou déloyaux de ses organes n'ont pas causé un dommage au fonds lui-même, mais à une partie des porteurs. Une telle solution aboutirait en fait à une protection déguisée des organes en faute; la loi serait détournée de son but et aurait un effet contraire à celui qui était recherché (voir, dans ce sens, ATF 100 II 61 consid. 3a). Il convient donc d'écarter l'interprétation restrictive de l'art. 43 al. 2 LFP. Lorsqu'elle constate que la loi ou le règlement ont été violés ou que d'autres irrégularités ont été commises, la CFB a le pouvoir et le devoir d'obliger la direction du fonds ou la banque dépositaire à fournir des sûretés non seulement lorsque le fonds lui-même est ou risque d'être lésé, mais aussi lorsque les droits d'une partie des porteurs de parts sont menacés. c) Avant de prendre cette mesure administrative, l'autorité de surveillance procède à une enquête. Selon la jurisprudence,

il suffit que les droits des porteurs paraissent menacés; il n'est donc pas nécessaire que la preuve stricte d'une atteinte à ces droits soit apportée (ATF ATF 96 I 81 consid. 3). En l'espèce, le Tribunal fédéral a déjà constaté, dans son arrêt du 19 septembre 1975, que X. avait gravement violé ses obligations à l'égard de tous les acquéreurs de parts P. auxquels il avait réclamé le paiement d'un "prix d'émission" supérieur au prix d'émission officiel (ATF 101 Ib 435 consid. 4c); de plus, le Tribunal fédéral a aussi retenu qu'en sa qualité d'organe, X. avait pu engager la responsabilité de la société S. en vertu des art. 55 al. 1 CC et 718 al. 3 CO (ATF 101 Ib 436 consid. 5). C'est après avoir donné à la recourante, ainsi qu'à X., la possibilité de s'expliquer sur ces points et après avoir lui-même procédé à une étude détaillée des nombreuses pièces produites que le Tribunal fédéral est parvenu à ces constatations. Il ne saurait dès lors admettre la remarque de la recourante, selon laquelle la CFB, en revenant dans sa décision sur les prémisses de l'arrêt du 19 septembre 1975, aurait "fidèlement repris certaines allégations non conformes à la réalité, sur lesquelles le Tribunal fédéral lui-même a été induit en erreur". Il est ainsi vraisemblable que les acquéreurs de parts P. pourront faire valoir contre la société S. un droit au remboursement des montants qu'ils ont payés en trop, au titre de "prix d'émission" de leurs parts. Cela suffit, en principe, pour justifier une demande de sûretés selon l'art. 43 al. 2 LFP. D'après la jurisprudence, il n'est pas besoin que les porteurs de parts aient annoncé des prétentions, ni même que le dommage soit déjà réalisé; un risque sérieux et concret suffit (ATF 99 Ib 516 consid. 6a), ce qui est manifestement le cas en l'espèce et ce que la recourante ne conteste pas sérieusement. Il est clair qu'en cas d'ouverture d'action, le juge civil aura à se prononcer définitivement non seulement sur la nature juridique de cette action, mais aussi, dans chaque cas particulier, sur l'existence actuelle des prétentions que les porteurs de parts feraient valoir contre la recourante. En raison du temps relativement long qui s'est écoulé depuis le moment où X. a agi de manière illicite ou déloyale (de décembre 1971 à novembre 1972), le juge civil devra notamment examiner, dans chaque cas, si la prescription est acquise, pour autant que cette exception soit soulevée; c'est là une question de droit

civil que ni la CFB, ni le Tribunal fédéral ne peuvent trancher dans une procédure administrative. d) Sur la base des pièces qui avaient été produites dans la procédure ayant abouti à l'arrêt du 19 septembre 1975, la CFB a déterminé, pour chaque mois (de décembre 1971 à fin novembre 1972), d'une part, le prix officiel d'émission de la part P. (en tenant compte des chiffres qui avaient été officiellement indiqués par la banque dépositaire) et, d'autre part, les prix que les acquéreurs avaient dû payer à X. Elle a ainsi établi que ce dernier, de décembre

1971 à fin novembre 1972, avait encaissé des suppléments de prix pour un total de 2'114'363 fr. 50. Certes, il paraît peu probable que la recourante soit finalement obligée de rembourser la totalité de ce montant, mais il est aujourd'hui pratiquement impossible de fixer un chiffre, même approximatif; on ne peut en effet savoir quels seront les porteurs qui ouvriront action devant le juge civil, ni dans quelle proportion leurs prétentions seront admises. En fixant à 2 millions de francs le montant des sûretés que la société S. doit fournir, l'autorité de surveillance a retenu un chiffre, probablement supérieur au total des sommes que la recourante devra payer, bien que légèrement inférieur au dommage causé par les agissements illicites de X. En considérant qu'il se justifiait d'aller jusqu'à la limite supérieure, la CFB n'a pas abusé du large pouvoir d'appréciation que la jurisprudence lui reconnaît en ce domaine (ATF 99 Ib 517 consid. 6b et les arrêts cités). Par ailleurs, c'est en vain que la société S. fait valoir que les droits des porteurs de parts seraient de toute façon garantis par les réserves dont elle dispose et par le montant de 900'000 fr. que X. a consigné en ses mains. En réalité, du seul bilan produit par la recourante, il ressort que S. avait, au 30 septembre 1975, un capital social de 1'375'000 fr., une réserve légale (en principe indisponible) de 225'282 fr. 85 et une réserve spéciale de 250'000 fr.; ses liquidités (soit le solde en compte courant dans les banques) se montaient à 646'482 fr. 36. Cela ne représente nullement une garantie suffisante du paiement effectif des sommes dues par la recourante. En outre, ni S., ni X. n'ont pris, à l'égard de la CFB et des porteurs de parts, l'engagement, formel et irrévocable, de tenir en réserve cette somme de 900'000 fr. jusqu'à la fin des procès

civils. Les porteurs de parts n'ont donc pas l'assurance que leurs créances, une fois admises par le juge civil, seront intégralement payées. Même s'il n'est peut-être pas sérieux, le risque existe aussi que X. utilise sa position d'actionnaire largement majoritaire de S. pour diminuer les réserves et pour reprendre la libre disposition de la somme de 900'000 fr. qu'il avait remise à la recourante dans l'espoir de pouvoir conclure un arrangement avec la CFB. e) Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de se prononcer sur l'opportunité de la mesure que la CFB a prise en application de l'art. 43 al. 2 LFP (voir, dans ce sens, l'arrêt non publié du 5 octobre 1973 dans la cause Bank Widemann). La décision attaquée ne consacre pas une violation du droit fédéral, un abus ou un excès du pouvoir d'appréciation, qui seuls pourraient justifier l'admission du recours en vertu de l'art. 104 lettre a OJ. Le présent recours doit dès lors être rejeté, en tant qu'il est dirigé contre les chiffres 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée.

4. La CFB a également pris la décision d'informer les acquéreurs de parts P. de leurs droits en dommages-intérêts. Elle a communiqué à la recourante le texte d'un projet de lettre, du 20 août 1976, auquel renvoie le chiffre 3 du dispositif de la décision déférée et qui fait ainsi partie de cette dernière. Le Tribunal fédéral peut dès lors se prononcer sur son contenu. Il le fera néanmoins en usant d'une certaine retenue. La rédaction d'une telle lettre fait en effet largement appel au pouvoir d'appréciation de la CFB. Il s'agit par ailleurs d'un "projet" qui, en tant que tel, paraît être appelé à subir encore quelques modifications. a) Il convient tout d'abord d'examiner si la CFB peut adresser à certains porteurs de parts dont les droits sont lésés ou menacés une information sur la situation juridique et, notamment, sur la possibilité qui leur est offerte de confier à un mandataire commun le soin de faire valoir leurs droits devant le juge civil. Certes, la mesure envisagée par la CFB n'est pas prévue expressément dans la loi, mais, d'après la jurisprudence, l'énumération des mesures prévues aux art. 43 al. 2 à 4 et 44 à 46 LFP n'est pas exhaustive (ATF 95 I 583 consid. 3). En outre, aux termes de l'art. 43 al. 1 LFP, la CFB a le pouvoir, et le devoir, de prendre les mesures nécessaires au rétablissement

de l'ordre légal et contractuel ainsi qu'à la suppression des irrégularités commises. Elle doit veiller à ce que les porteurs de parts puissent obtenir la réparation du préjudice qu'ils ont subi. Lorsque tous les porteurs sont lésés, la CFB peut charger un gérant - ou un mandataire commun - de mener le procès civil, à la place des porteurs (ATF 100 II 60 ss consid. 3); en revanche, si les droits d'une partie seulement des porteurs sont lésés, il n'est pas possible de désigner un mandataire qui puisse se substituer aux porteurs. Mais il n'y a aucune raison d'interdire à la CFB d'offrir aux porteurs la possibilité de mener les procès civils contre la direction du fonds ou la banque dépositaire en leur donnant d'abord l'information nécessaire et, ensuite, la faculté d'agir ensemble devant le juge civil par l'intermédiaire d'un mandataire commun. Si l'autorité de surveillance ne pouvait pas prendre au moins cette mesure d'information, on devrait alors constater que, pratiquement dans tous les cas où un gérant ne peut pas être désigné (parce que le fonds lui-même n'est pas lésé), aucune action ne serait dirigée contre la direction ou la banque dépositaire. A cet égard, l'expérience tirée du cas présent est particulièrement significative: malgré la gravité des actes commis par X., aucun porteur ne semble avoir ouvert action contre la société S. Laisser les porteurs dans l'ignorance de leurs droits et les obliger à prendre l'initiative d'actions isolées, avec tous les risques que cela comporte, serait, en réalité, permettre à la direction du fonds et à la banque dépositaire d'échapper à leurs responsabilités. On aboutirait ainsi à une protection déguisée des organes en faute; la loi serait détournée de son but et aurait un effet contraire à celui qui était recherché (dans ce sens, ATF 100 II 61 consid. 3a; voir aussi PETER FORSTMOSER, op.cit., p. 31). La décision prise par la CFB, sous chiffre 3 du dispositif, n'est donc pas en soi contraire à la loi. b) La recourante reproche à l'autorité de surveillance d'avoir, à l'avance, tranché une contestation de droit civil en informant les lésés qu'ils peuvent faire valoir des dommages-intérêts solidairement contre X. et la société S.; en outre, la Commission outrepasserait gravement ses compétences, car, pratiquement, elle conduirait elle-même un procès civil; enfin, en informant les porteurs de parts et en utilisant les pièces produites dans la procédure, elle violerait le devoir de discrétion

que le Tribunal fédéral lui a imposé selon un arrêt du 21 septembre 1973 (ATF 99 Ib 421 consid. 2c). Ces reproches ne sont pas fondés.
Il est clair que la CFB n'a pas tranché elle-même une contestation de droit civil. C'est au juge civil qu'il appartiendra, le cas échéant, de se prononcer définitivement sur les contestations éventuelles de la recourante. En outre, dans la lettre qu'elle se propose d'adresser aux porteurs lésés, la CFB précise qu'il "appartient à chaque acheteur concerné de décider librement s'il désire faire valoir ses droits à la restitution ou s'il préfère y renoncer". On ne saurait dès lors prétendre que la Commission se substitue aux porteurs pour mener à leur place le procès civil. Enfin, la recourante ne peut que s'en prendre à elle-même si l'autorité de surveillance se voit aujourd'hui contrainte d'adresser une lettre aux porteurs de parts P. qui ont pu être lésés par les agissements illicites de X. L'envoi de cette lettre serait inutile si S. avait exécuté son obligation légale d'information selon l'art. 15 al. 2 lettre f LFP. c) La mesure prise par la CFB au chiffre 3 de la décision attaquée ne consacre ainsi pas une violation du droit fédéral, un abus ou un excès du pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 104 lettre a OJ. Le présent recours doit dès lors être rejeté sur ce point également. Il appartiendra à la CFB d'examiner s'il ne conviendrait pas, dans l'intérêt des porteurs de parts, de revoir à certains égards le texte de la lettre qu'elle leur enverra sous sa responsabilité. On peut en effet se demander si une information plus précise sur la situation juridique ne serait pas souhaitable. Il est probable que la plupart des porteurs de parts ignorent les règles relatives à la répartition des compétences entre l'autorité de surveillance et le juge civil. De plus, le temps relativement long qui s'est écoulé depuis le moment où X. a agi de manière illicite peut également apparaître comme un élément d'appréciation de la situation, sur lequel l'attention des porteurs de parts devrait être attirée. L'objet et l'étendue de l'intervention de l'autorité de surveillance pourraient ainsi être explicités de manière plus claire, afin que soit exclue toute information susceptible d'être mal interprétée par les porteurs de parts.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Rejette le recours.