Urteilskopf

115 Ib 55

7. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 10 mars 1989 dans la cause X. Bank S.A. c. Commission fédérale des banques (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Art. 6 BankG; Erstellen der Jahresrechnung.

1. Voraussetzungen für ein Einschreiten der Eidgenössischen Bankenkommission; Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts (E. 2-4).

2. Grundsätze für die Risikobewertung bei unsicheren Forderungen (E. 5a-5f).

3. Der Alleinaktionär einer Bank kann grundsätzlich für unsichere Forderungen Sicherheit leisten und so Rückstellungen vermeiden; die von ihm erbrachten Leistungen müssen in der Jahresrechnung klar zum Ausdruck kommen (E. 5e).

4. Verpflichtung zur Bildung einer Rückstellung; Bedeutung der Defizitdeckungsgarantie (E. 6).

Regeste (fr):
Art. 6 LB; présentation des comptes annuels.

1. Conditions de l'intervention de la Commission fédérale des banques; pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral (consid. 2-4).

2. Principes applicables à l'appréciation des risques encourus sur des créances douteuses (consid. 5a-5f).

3. L'actionnaire unique d'une banque peut en principe constituer des sûretés en garantie des créances douteuses et éviter ainsi la création de provisions; les prestations qu'il fournit doivent apparaître clairement dans les comptes annuels (consid. 5e).

4. Obligation de créer une provision; portée de la garantie de couverture du déficit (consid. 6).

Regesto (it):
Art. 6 LBCR; presentazione dei conti annuali.

1. Condizioni a cui è subordinato l'intervento della Commissione federale delle banche; potere di controllo del Tribunale federale (consid. 2-4).

2. Principi applicabili all'apprezzamento dei rischi incorsi per crediti pericolanti (consid. 5a-f).

3. L'azionista unico di una banca può, in linea di principio, garantire crediti pericolanti ed evitare così la costituzione di accantonamenti; le prestazioni da lui fornite a titolo di garanzia devono figurare nei conti annuali (consid. 5e).

4. Obbligo di costituire un accantonamento; portata della garanzia di coprire il deficit (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 56

BGE 115 Ib 55 S. 56

Le 4 mars 1987, l'organe de revision de la société X. Bank S.A. a présenté à la Commission fédérale des banques un rapport sur l'activité de sa cliente afin d'obtenir l'approbation de la présentation des comptes au 31 décembre 1986. Selon ce rapport, l'exercice se traduisait par une perte d'exploitation de 473'300 francs à laquelle il fallait ajouter un amortissement de 565'100 francs sur les frais de constitution ainsi que la création d'une provision de 1'689'400 francs nécessitée par trois créances douteuses. Afin de compenser ce résultat déficitaire, l'organe de contrôle indiquait que l'actionnaire unique de la banque avait versé trois millions de francs sur un compte bloqué auprès de la banque, de sorte qu'en définitive l'exercice se traduisait par un bénéfice de 22'200 francs. L'intervention de l'actionnaire était expressément indiquée sous la rubrique "Produits divers" du compte de résultats. Deux autres créances, l'une d'un montant de 7'874'700 francs, contre la société T. S.A., l'autre d'une somme de 1'918'800 francs contre la société antillaise P., ont été considérées par l'organe de revision comme des risques ne pouvant être appréciés correctement en raison du manque de documentation à leur propos. Dans la mesure où, pour ces deux créances, les sûretés, sous forme de pierres précieuses, n'atteignaient qu'une valeur de liquidation de 2,5 millions de francs, le risque encouru a été fixé à 7'318'800 francs. Afin de pallier ce risque, l'actionnaire de la banque avait versé une somme de 10 millions de francs sur un deuxième compte bloqué; estimant que cette opération suffisait à écarter les risques, l'organe de revision a renoncé à exiger de la banque la constitution de provisions et a accepté que l'intervention de l'actionnaire demeure occulte. La Commission fédérale des banques a refusé son consentement à cette manière de publier les comptes de la banque. Par décision du 22 juin 1987, elle a considéré que les deux créances dont les risques ne pouvaient être appréciés correctement étaient compromises et qu'elles nécessitaient la création d'une provision correspondant au risque; la rubrique "Pertes, amortissements et provisions" du compte de pertes et profits devait dès lors être augmentée en conséquence. L'autorité fédérale admettait en revanche de considérer que le blocage du deuxième compte par l'actionnaire unique constituait également un apport à fonds perdu - à indiquer expressément comme tel sous la rubrique "Produits divers" du compte de résultats - compensant l'augmentation du passif due à la création des provisions.

BGE 115 Ib 55 S. 57

Agissant en temps utile par la voie du recours de droit administratif, la société X. Bank S.A. a conclu à l'annulation de la décision attaquée en tant qu'elle considère que les deux créances auprès de T. S.A. et P. sont compromises. A l'appui de ses critiques, elle a fait valoir que les sociétés débitrices avaient effectué en 1987 des paiements montrant qu'elles avaient la capacité de faire face à leurs obligations; par ailleurs, en date du 23 décembre 1987, la société M. Ltd., dominée par l'actionnaire de la banque, avait repris les deux créances litigieuses à leur valeur nominale, faisant ainsi disparaître définitivement le risque de perte. Face à la nécessité pressante de publier les comptes 1986 sans accumuler trop de retard, la recourante a été autorisée, par mesure provisionnelle, à procéder à la publication en excluant les deux créances litigieuses du passif de son compte de pertes et profits. Les griefs de la recourante ont tous été rejetés; le Tribunal fédéral a estimé toutefois que l'ordre de publier des comptes rectifiés contenu dans la décision attaquée serait, après plusieurs années de procédure, de nature à entraîner un préjudice disproportionné pour la recourante. Il a donc admis partiellement le recours, annulé la décision attaquée et renvoyé le dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. a) Bien qu'elle soit indépendante de l'administration, la Commission fédérale des banques n'est pas une autorité de recours au sens de l'art. 105 al. 2 OJ. Le Tribunal fédéral peut donc revoir librement les constatations de fait retenues dans la décision attaquée (ATF 108 Ib 274). b) Dans le cadre d'un recours de droit administratif en matière de surveillance des banques, les recourants ne peuvent invoquer l'inopportunité de la décision attaquée (cf. art. 104 lettre c OJ a contrario; ATF 108 Ib 275). Ils peuvent faire valoir en revanche une violation du droit fédéral, y compris l'excès ou abus du pouvoir d'appréciation (art. 104 lettre a), ainsi que la constatation incomplète ou inexacte des faits pertinents (art. 104 lettre b). Le Tribunal fédéral revoit cependant d'office l'application du droit fédéral (art. 114 al. 1 in fine OJ) sans être lié par les conclusions ou les motifs des parties, de sorte qu'il pourrait admettre le recours pour d'autres raisons que celles indiquées par

la recourante ou, au contraire, confirmer la décision attaquée pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (ATF 107 Ib 91). c) Le Tribunal fédéral vérifie notamment si les conditions de l'intervention de la Commission fédérale sont réunies. C'est là une question juridique qu'il examine en principe librement, tout en s'astreignant à une certaine retenue lorsque le litige porte sur des problèmes techniques que l'autorité inférieure est plus apte à résoudre en raison de son expérience en la matière. De plus, la Commission fédérale dispose d'une relative liberté dans l'appréciation des circonstances du cas particulier (ATF 108 Ib 275, ATF 103 Ib 354). d) Le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète est une question d'appréciation. Hormis l'hypothèse de l'art. 23quinquies al. 1 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0) qui exige le retrait de l'autorisation lorsque les conditions en sont remplies (cf. ATF 98 Ib 272), la Commission fédérale des banques, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des banques et des fonds de placement, jouit d'une importante marge de manoeuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer. Elle doit cependant se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction générale de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement, de la proportionnalité ainsi que de la bonne foi; la mesure choisie devra également correspondre au but essentiel de la législation sur les banques, à savoir la protection des créanciers (ATF 108 Ib 276).

3. Chargée de la haute surveillance des banques, la Commission fédérale des banques n'a pas à contrôler directement les comptes de toutes les banques soumises à la loi. Ce contrôle incombe principalement aux organes de revision qui doivent cependant signaler à la Commission les infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités (art. 19 al. 2 et 21 al. 3 LB); mais leurs conclusions ne lient pas la Commission. En vertu de l'art. 23ter al. 1 LB, lorsqu'elle apprend que des infractions aux prescriptions sur la comptabilité des banques (art. 6 LB) ou d'autres irrégularités ont été commises, la Commission fédérale des banques a le pouvoir - et même le devoir - d'intervenir pour rétablir l'ordre légal (ATF 105 Ib 408 /409). Dans son principe, l'intervention de l'autorité intimée échappe donc à la critique.

4. Selon l'art. 6 al. 1 LB, les banques doivent établir des comptes annuels comprenant un bilan et un compte de pertes et profits. Le bilan est dressé conformément aux prescriptions du code des obligations sur les sociétés anonymes et à celles de la loi sur les banques (al. 2). En outre, les comptes annuels et les bilans intermédiaires doivent être publiés ou rendus accessibles au public (al. 4) sous une forme et dans des délais prévus par

l'ordonnance d'exécution de la loi (al. 5). Alors que les art. 23 et 24 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (OB; RS 952.02) précisent les rubriques et les indications devant figurer au bilan des banques, l'art. 25 OB contient les exigences concernant le compte de pertes et profits. De plus, les dispositions de l'ordonnance en matière de comptes sont complétées par une annexe intitulée "Instructions régissant l'établissement des comptes annuels conformément aux art. 23 à 25 de l'ordonnance d'exécution". Sous lettre A de l'annexe sont énoncées les exigences relatives au bilan; sous lettre B, celles concernant le compte de pertes et profits et sous lettre C figurent des instructions générales.

5. En l'espèce, la première question à résoudre est de déterminer si, comme l'affirme l'autorité intimée, les créances contre les sociétés T. S.A. et P. présentent effectivement un risque rendant nécessaire la constitution d'une provision. a) Le droit des sociétés et le droit bancaire ne contiennent aucune disposition particulière réglementant l'évaluation des risques encourus sur les créances; il convient donc de se référer à ce propos à la règle générale aménagée par l'art. 960 al. 2 CO, selon laquelle la valeur de tous les éléments de l'actif ne peut figurer au bilan pour un chiffre dépassant celui qu'ils représentent pour l'entreprise à la date du bilan (ATF 105 Ib 410 consid. 4a; BODMER, KLEINER, LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankgesetz, Zurich, n. 12 ad art. 6). Dans la mesure où la valeur que représente un actif pour l'entreprise n'est pas déterminée par cette disposition, l'admissibilité d'une évaluation se jugera en appliquant les principes généralement admis dans le commerce et auxquels fait référence l'art. 959 CO (KÄFER, Berner Kommentar, n. 85 ad art. 960). b) En matière d'évaluation d'actifs, un des principes les plus importants est celui de la prudence. Il implique que, dans le doute, les comptes seront présentés sous la forme la moins favorable à l'entreprise, compte tenu de la marge d'incertitude et des limites

légales fixées au pouvoir d'appréciation (JOURNOT, Obligations comptables et revision des comptes, Winterthour 1984, p. 55/56; KÄFER, op.cit., n. 87 ad art. 960). A ce principe se rattachent en outre deux corollaires, soit le principe de la réalisation, qui stipule qu'un bénéfice non encore réalisé ne peut être incorporé dans le bénéfice de l'exercice, et le principe de l'imparité, qui requiert d'enregistrer immédiatement une perte non encore réalisée si celle-ci est prévisible (JOURNOT, op.cit., p. 56; BODMER, KLEINER, LUTZ, op.cit., n. 9 ad art. 6 cf.; pour le principe de l'imparité, ATF 105 Ib 410 consid. 4a).
Le risque de perte sur une créance résulte principalement de la solvabilité douteuse du débiteur. Celle-ci doit être évaluée sur la base des faits passés ou présents, par exemple en fonction des retards intervenus dans les paiements, de l'évolution antérieure de la situation financière, de l'état des poursuites en cours ou de la qualité des éventuelles garanties. Certains auteurs proposent également de juger les risques en tenant compte d'événements futurs prévisibles ou encore en considérant certains faits survenus entre la date de clôture de la période comptable et la date de l'établissement du bilan (BOURQUIN, Le principe de la sincérité du bilan, Genève 1976, p. 466/467; LOCHNER, La prise en considération dans les comptes annuels des événements post-clôture, Zurich 1988, p. 182, 234/235). c) Selon l'art. 44 lettre c OB, l'organe de revision doit établir un tableau complet de tous les risques et de toutes les réévaluations d'actifs, ainsi que des provisions et des réserves latentes leur servant de couverture. Dans ce but, il doit disposer des documents nécessaires pour apprécier correctement les opérations de la banque et notamment les octrois de crédits (art. 9 al. 3 OB). Dans le cas particulier, la direction de la banque n'a pas pu remettre à l'organe de revision une documentation suffisante - conforme à l'art. 9 OB concernant les créances contre les deux sociétés T. S.A. et P. Ne disposant d'aucune information crédible sur la situation financière ou économique des sociétés débitrices, les contrôleurs n'ont donc pas pu apprécier correctement les risques encourus sur les créances. Se conformant aux exigences du principe de la prudence, ils ont retenu par conséquent l'existence d'un risque de perte sur ces crédits.
Leur appréciation des risques échappe à la critique. En effet, à défaut d'éléments objectifs sur la situation des débiteurs, le risque de perte sur les créances doit être estimé égal au degré d'incertitude

quant à la solvabilité de l'emprunteur. Une prudence accrue est au surplus nécessaire lorsque, comme en l'espèce, un des débiteurs est une société antillaise dont la reconnaissance même de la personnalité morale en Suisse peut se révéler problématique (cf. Archives 55, p. 141). d) Par ailleurs, l'organe de revision a judicieusement chiffré le montant des risques en fondant son évaluation sur la valeur de liquidation des pierres précieuses mises en gage par la société T. S.A. Le principe de la prudence interdisait, en effet, de retenir pour ces pierres une valeur supérieure, égale au prix d'achat, dans la mesure où une telle estimation suppose que la banque soit en mesure de trouver, dans les circonstances défavorables d'une réalisation forcée du gage, un acheteur acceptant de payer le prix plein. C'est donc à bon droit que la valeur du gage a été limitée au prix qu'obtiendrait la banque en cas de liquidation. e) Reste à examiner si les circonstances postérieures à la date de clôture du bilan ne modifient pas l'appréciation des risques. A cet égard les versements de 591'435 francs et de 25'501 US$ effectués en 1987 au titre d'amortissement et d'intérêts par les deux sociétés débitrices n'apportent aucune information suffisante sur leur situation financière réelle. Sans renseignement véritable sur leur capacité à faire face à leurs obligations et notamment à effectuer les paiements qui leur sont crédités, le risque de perte demeure entier. En principe, l'intervention de l'actionnaire unique de la société bancaire garantissant les créances douteuses de certains clients de sa banque est de nature à modifier l'appréciation des risques encourus sur ces créances, si la garantie est donnée à temps, si elle s'avère suffisante et n'est soumise à aucune condition. L'actionnaire étant distinct de la personne morale qu'il domine, rien ne l'empêche de s'engager envers sa société au même titre qu'un tiers. Toutefois, les exigences particulières de transparence imposées aux banques pour des motifs de protection du public par l'art. 6 LB (ATF 105 Ib 411/412) requièrent dans un pareil cas que l'octroi de sûretés soit mentionné clairement lors de la publication des comptes annuels. Dans le cas particulier, toutefois, les pièces du dossier montrent que l'engagement de l'actionnaire de bloquer 10 millions de francs sur un compte auprès de la banque n'est pas suffisant pour influencer l'appréciation des risques encourus sur les créances litigieuses.

Dans une lettre du 13 août 1987, l'organe de revision a indiqué qu"'au début de novembre 1986", soit avant le bouclement des comptes 1986, le propriétaire s'est engagé à couvrir tout risque ne pouvant être objectivement apprécié. Cependant, lorsque cet engagement a trouvé son expression dans la lettre de l'actionnaire du 23 février 1987, il est apparu que le blocage des 10 millions de francs sur un compte n'avait pas pour but direct de garantir les créances litigieuses. Selon le texte de cette lettre, le montant bloqué devait être affecté, en cas de besoin, au seul rétablissement des fonds propres de la banque. L'opération ne présente dès lors qu'un lointain rapport avec la solvabilité des débiteurs douteux. Le fait pour eux de ne pas honorer leurs dettes ne provoque pas automatiquement une utilisation de la somme bloquée; il faut encore que la perte susceptible de se produire soit d'une ampleur telle qu'elle affecte l'équilibre nécessaire entre les fonds propres de la banque et l'ensemble de ses engagements. Dans cette hypothèse, l'intervention de l'actionnaire au profit de la banque serait limitée exclusivement au montant imposé par le rétablissement des fonds propres; elle n'évite pas l'enregistrement d'une certaine perte, plus ou moins grave selon la proportion prévue par l'art. 12 OB. En d'autres termes, dans la mesure où l'engagement de l'actionnaire se calcule par rapport aux fonds propres de la banque et non pas directement en fonction du paiement des créances contractées par T. S.A. et P., il ne s'agit pas d'une sûreté apte à modifier l'appréciation des risques sur ces crédits, mais bien plutôt d'une garantie sur le bon fonctionnement de la banque et en particulier sur le respect de l'art. 12 OB. Cet engagement s'apparente ainsi à une garantie de couverture du déficit de l'exercice. Faute de rapports suffisamment étroits avec l'évolution effective de la situation des débiteurs, cet engagement ne peut être pris en considération au stade de l'appréciation du risque.

Quant au rachat des créances le 23 décembre 1987 par la société M. Ltd., dominée par l'actionnaire unique de la banque, il convient d'emblée de constater que cette transaction, décidée en juin 1987 seulement, a eu lieu entièrement lors de l'exercice comptable 1987; or, au 31 décembre 1986, date à laquelle il faut se placer pour juger en l'espèce de l'appréciation des risques, aucune assurance concrète ne pouvait, par définition, être donnée quant à ce futur rachat. Le principe de l'étanchéité des périodes comptables exclut, par conséquent, d'en tenir compte.

BGE 115 Ib 55 S. 63

6. a) Lorsqu'un risque de perte est admis sur une créance, une correction de valeur doit obligatoirement être enregistrée dans les comptes sous la forme d'une provision. Celle-ci sert à saisir pour une période déterminée, d'une part, les charges et les pertes qui, à la date du bilan, sont connues quant à leur origine mais pas quant à leur importance ou, d'autre part, des engagements et des charges existant déjà à la date du bilan mais dont le montant et l'échéance ne peuvent être déterminés avec précision ou dont l'existence est incertaine (Manuel de revison comptable, tome I, p. 117). Figurant au passif du compte de pertes et profits (cf. art. 25 ch. 2.7 OB), la provision influence le résultat de l'exercice et peut, le cas échéant, entraîner une perte susceptible d'entamer les fonds propres de la banque, au risque de rompre la proportion nécessaire entre ceux-ci et l'ensemble des engagements de l'établissement (art. 4 LB et art. 11 ss OB). b) Dans la mesure où le blocage des 10 millions de francs sur un compte de l'actionnaire ne constitue pas une garantie de la solvabilité des sociétés débitrices (cf. consid. 5e), les créances litigieuses devaient être tenues pour douteuses. Partant, une provision correspondant aux risques devait nécessairement apparaître dans les charges du compte de pertes et profits. C'est donc à bon droit que l'autorité intimée a augmenté le passif du compte de pertes et profits d'une provision de 7,4 millions de francs et a arrêté la rubrique "pertes, amortissements et provisions" à 10'079'000 francs.
En revanche, la décision attaquée est erronée lorsqu'elle admet qu'une partie des 10 millions de francs bloqués par l'actionnaire - non pas en garantie des créances litigieuses, mais pour l'éventuel rétablissement des fonds propres de la banque - figure comme apports à fonds perdu à l'actif du compte de pertes et profits qui se trouve ainsi équilibré. Dès lors que l'engagement de l'actionnaire visait à garantir le respect de l'art. 12 OB et à couvrir dans cette mesure le déficit de l'exercice, les fonds mis à disposition ne pouvaient figurer - en tout ou partie - dans le compte de résultats que si la garantie de couverture des pertes a effectivement été utilisée; sa simple existence ne constitue pas un apport à fonds perdu. En effet, une garantie de couverture du déficit n'a de sens que lorsqu'elle est donnée avant la survenance de la perte résultant de l'exercice. Au moment où celle-ci est enregistrée, la garantie doit être mise en oeuvre et entraîner une mise à disposition effective des fonds nécessaires.

BGE 115 Ib 55 S. 64

En l'espèce, l'actionnaire a versé 10 millions de francs sur un compte bloqué jusqu'à ce que l'organe de contrôle soit en mesure d'attester que les fonds propres sont intacts. Ce faisant, l'intéressé a perdu de vue que la banque devait faire face immédiatement à un important déficit consécutif à la création des provisions. Or, ce résultat déficitaire étant à enregistrer au 31 décembre 1986, il ne pouvait, s'il voulait éviter une atteinte aux fonds propres de la banque, laisser l'argent sur son compte dans l'expectative d'une future consolidation des crédits accordés à T. S.A. et P.; il devait le verser sans réserve à la banque. Même si lui-même n'était plus autorisé à disposer du montant bloqué, la banque n'en avait, semble-t-il, pas non plus l'usage, ou tout au moins n'a-t-elle pas fait appel à cette garantie pour assainir sa situation, ainsi que l'atteste l'utilisation ultérieure du montant bloqué pour opérer le rachat des créances par la société M. Ltd. Dans ces conditions, le blocage des 10 millions de francs constitue au mieux une garantie de couverture des pertes - limitée au rétablissement des fonds propres de la banque - qui n'a pas été utilisée; elle ne peut, à ce titre, avoir la moindre influence sur l'exercice considéré.

Ultérieurement, les fonds bloqués ont changé d'affectation et plutôt que de garantir le respect de l'art. 12 OB, ils ont été employés le 23 décembre 1987 pour opérer le rachat des créances douteuses; c'est à ce moment seulement que l'actionnaire a effectué l'apport à fonds perdu et a assaini les finances de la banque. Ainsi qu'il a été vu précédemment (cf. consid. 5e in fine), cette manoeuvre ne peut être prise en considération dans le cadre d'un recours relatif exclusivement à l'exercice 1986.