Urteilskopf

99 Ib 512

72. Extrait de l'arrêt du 14 décembre 1973 dans la cause A. SA contre Commission fédérale des banques.
Regeste (de):
Entzug der Bewilligung zur Leitung von Anlagefonds; Sicherstellungsverfügung. Art. 43 und 44 AFG.

Dem Entzug der Bewilligung brauchen nicht notwendigerweise weniger einschneidende Massnahmen vorauszugehen (Erw. 3 a).

Tragweite der Tatsache, dass die Verwaltung der Leitungsgesellschaft gewechselt hat (Erw. 3 b).

Tragweite der Tatsache, dass ein Mitglied der Verwaltung ohne Wissen der anderen Mitglieder gehandelt hat (Erw. 3 c).

Kann das Bundesgericht mildernden Umständen, die nach der angefochtenen Verfügung eingetreten sind, Rechnung tragen? Frage offengelassen (Erw. 3 d).

Begründetheit, Höhe und Art der Sicherstellung (Erw. 6).

Regeste (fr):
Retrait de l'autorisation de gérer des fonds de placement et obligation de constituer des sûretés. Art. 43 et 44 LFP.

Le retrait de l'autorisation ne doit pas nécessairement être précédé de mesures moins graves (consid. 3 a).

Portée du fait que l'administration de la société a changé (consid. 3 b).

Portée du fait que l'un des administrateurs a agi à l'insu des autres (consid. 3 c).

Le Tribunal fédéral peut-il tenir compte de circonstances atténuantes survenues après la décision attaquée? Question laissée indécise (consid. 3 d).

Justification, montant et nature des sûretés exigées (consid. 6).

Regesto (it):
Ritiro dell'autorizzazione ad amministrare fondi d'investimento e obbligo di prestare garanzie. Art. 43 e 44 LFI.

Il ritiro dell'autorizzazione non deve necessariamente essere preceduto da provvedimenti meno gravi (consid. 3 a).

Rilevanza del cambiamento intervenuto nell'amministrazione della società di direzione (consid. 3 b).

Rilevanza del fatto che uno degli amministratori ha agito all'insaputa degli altri (consid. 3 c).

Può il Tribunale federale tener conto di circostanze attenuanti intervenute dopo la decisione impugnata? Questione lasciata aperta (consid. 3 d).

Giustificazione, ammontare e natura delle garanzie richieste (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 513

BGE 99 Ib 512 S. 513

Résumé des faits:
Par décision du 6 décembre 1972, la Commission fédérale des banques (ci-après: la CFB) a retiré à la société A. SA l'autorisation de gérer des fonds de placement, désigné une banque comme gérante du Fonds de placement A. précédemment géré par ladite société et obligé celle-ci à fournir des sûretés pour un montant de 800 000 fr. sous forme d'espèces ou de papiers-valeurs facilement réalisables. La société A. SA a formé un recours de droit administratif, que le Tribunal fédéral a rejeté.

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. Sur le fond, il convient tout d'abord d'examiner si c'est à bon droit que la CFB a retiré à la recourante l'autorisation de gérer des fonds de placement, en particulier le Fonds A. a) Selon l'art. 44 al. 1 LFP, l'autorité de surveillance retire à la direction l'autorisation d'exercer son activité dans le cas notamment où elle a violé gravement ses obligations légales ou contractuelles. Il y a là pour l'autorité de surveillance une obligation, et non pas une simple faculté (RO 96 I 480). Savoir s'il y a eu infraction grave est une question de droit, que le Tribunal fédéral peut revoir librement, sauf à faire preuve d'une certaine retenue lorsqu'on est à la limite et qu'il convient de ne pas priver l'autorité de surveillance de la possibilité de faire face à la responsabilité qui est la sienne au premier chef. Lorsque la loi ou le règlement ont été violés, ou que d'autres irrégularités ont été commises, l'art. 43 al. 1 LFP charge l'autorité de surveillance de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et contractuel et à la suppression des irrégularités. Au vu de ce texte, on pourrait se demander si, conformément au principe de la proportionnalité, il ne faut pas commencer par appliquer l'art. 43 al. 1 avant de prendre la mesure extrême que constitue le retrait de l'autorisation. Mais si les infractions commises sont graves au point que la direction ne paraît plus digne de confiance et qu'il en résulte des risques pour les porteurs de parts, le retrait immédiat de l'autorisation se justifie, dans l'intérêt de ceux-ci. L'autorité de surveillance ne pourrait y renoncer que dans le cas où la direction a pris des mesures propres à rétablir pleinement la confiance (RO 96 I 480). Les art. 43 al. 1 et 44 al. 1 LFP ne s'excluent donc pas l'un l'autre. Même si les irrégularités

BGE 99 Ib 512 S. 514

commises sont de nature à être redressées au profit des porteurs de parts et qu'elles l'ont été, la révocation de l'autorisation est admissible suivant les circonstances. b) La recourante soulève une autre question de principe, en soutenant que la CFB ne pouvait faire intervenir, pour justifier le retrait de l'autorisation, les irrégularités commises sous l'ancienne administration de la société. La CFB répond en parlant de l'unité et de la continuité des personnes morales. La question est délicate; d'une part, en effet, le retrait vise la société de direction comme telle, et non pas ses administrateurs personnellement; mais, d'autre part, si l'administration a entièrement changé et que la nouvelle offre les meilleures garanties, il peut y avoir là une circonstance de nature à rétablir la confiance et à rendre par conséquent injustifié le retrait immédiat de l'autorisation. On ne saurait donc

poser de règle générale et absolue à ce sujet, ni dans un sens ni dans l'autre. De toute façon, la question peut ici rester indécise, car les infractions finalement retenues concernent des faits survenus après le changement d'administration au printemps 1972. c) La présente affaire offre encore une autre particularité. Les irrégularités les plus graves semblent avoir été commises en fait par C. - détenteur des actions assurant le contrôle sur la recourante - à l'insu des autres administrateurs ou à un moment où ceux-ci n'étaient pas encore en fonctions. A ce propos, il subsiste quelque doute. On sait que le transfert d'actions s'est opéré le 11 avril 1972, et que le changement survenu dans la composition du Conseil d'administration de la recourante n'a été inscrit au registre du commerce que le 17 juillet de la même année. Mais on ignore à quel moment précis le nouveau Conseil a en fait commencé son activité. Cela semble s'être produit progressivement, C. s'étant en tout cas occupé de l'affaire dès le mois d'avril, et le nouveau Président du Conseil étant entré en activité au plus tard au mois de juin, puisqu'à ce titre il a eu le 28 juin une entrevue avec le secrétariat de la CFB. Mais tout cela importe peu. En effet, qu'il ait agi seul ou non, C. l'a fait au nom de la société, en engageant la crédibilité de celle-ci et en l'exposant aux sanctions administratives que la loi prévoit contre la direction d'un fonds de placement. La question de savoir s'il a agi sans pouvoirs est de nature interne, à l'égard de l'autorité de surveillance tout au moins. Si, au moment où certaines des irrégularités

retenues par cette autorité ont été commises, la société de direction était mal organisée au point qu'un administrateur pouvait à lui tout seul prendre d'importantes décisions, elle doit en supporter les conséquences sur le plan administratif. Seul compte pour le retrait de l'autorisation le fait objectif que la loi ou le règlement ont été violés, car c'est cela seulement qui importe pour déterminer si les intérêts des porteurs de parts sont menacés. d) Une dernière question de principe est enfin de savoir si le Tribunal fédéral peut tenir compte de circonstances aggravantes ou au contraire atténuantes qui se sont produites avant la décision attaquée mais qui ont été découvertes après, ou qui lui sont postérieures. En matière de recours de droit administratif, cette question est généralement résolue par l'affirmative. On ne pourrait avoir un doute qu'en ce qui concerne des circonstances postérieures et atténuantes, dans le cas par exemple où après la décision attaquée la direction du fonds de placement aurait pris des mesures propres à redonner à tout le monde entière confiance en elle. Mais, on le verra, cette dernière question ne se pose pas ici. C'est sur le vu de ces considérations préalables qu'il convient d'examiner les reproches adressés à la recourante et de décider s'ils justifiaient le retrait de l'autorisation.

6. La seconde question à examiner est celle de la justification, du montant et de la forme des sûretés exigées. a) Selon l'art. 43 al. 2 LFP, l'autorité de surveillance peut obliger la direction à fournir des sûretés si les droits des porteurs de parts semblent menacés; sa décision est assimilée à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 LP. Dans son recours, la recourante conteste que cette disposition soit en principe applicable en l'espèce; elle soutient à ce propos que les seules opérations qui pourraient très éventuellement faire naître des prétentions au profit des porteurs de parts sont intervenues du temps de l'ancienne administration. Cet argument est manifestement mal fondé. En effet, c'est la société de direction en tant que personne morale qui est suivant les circonstances exposée aux prétentions des porteurs de parts en vertu des art. 23 et 24 LFP et, même si son administration a changé, elle reste tenue des actes antérieurs à ce changement, sous la seule réserve de la prescription. Cependant, cette première constatation ne tranche pas

encore la question de savoir si des sûretés pouvaient être exigées en l'espèce. Il reste à déterminer si les droits des porteurs de parts semblaient menacés. Dans le Message présentant le projet de loi au législateur (FF 1965 III 336), le Conseil fédéral disait que l'art. 42 al. 2 (devenu art. 43 al. 2) permettait de prendre des sûretés dans le cas surtout où l'autorisation d'exercer son activité a été retirée à la direction, celle-ci n'ayant alors plus intérêt à subsister et des mesures devant être prises pour que ses fonds propres continuent à couvrir d'éventuelles demandes de dommages-intérêts. C'était admettre la présomption que les droits des porteurs de parts semblent menacés du seul fait que l'autorisation a été retirée, ce qui allait peut-être un peu loin, dans le cas notamment où le retrait interviendrait pour le seul motif que la direction ne remplit plus toutes les conditions de l'autorisation (art. 44 al. 1 LFP). Mais on peut se dispenser d'approfondir la question. Il ressort en effet du rapport de gestion établi par le gérant pour l'exercice 1972/1973 que deux opérations pour le moins pourraient être éventuellement contestées par les porteurs de parts et les inciter à une action en exécution (art. 23 LFP) ou en dommages-intérêts (art. 24 LFP) contre la direction. Il n'est en outre pas exclu que des questions du même genre se posent aussi à propos de deux autres opérations. Enfin, dans son rapport détaillé sur l'exercice 1972/1973, le nouveau reviseur dit de son côté qu"'il conviendrait d'examiner de façon plus approfondie si, et dans quelle mesure, le devoir de loyauté aurait été violé, en raison de liens existant éventuellement entre la société recourante et certaines sociétés dont elle a souscrit des titres ou avec lesquelles elle a conclu des transactions". Il appartiendra certes au juge civil de se prononcer sur tout cela, s'il est saisi. Mais, pour que des sûretés puissent être exigées, point n'est besoin que les porteurs de parts aient annoncé des prétentions, ni même que le dommage subi par eux du fait de la direction soit déjà réalisé (RO 96 I 483; arrêt n.p. Bank Widemann et Co AG, du 5 octobre 1973, consid. 5 b); un risque sérieux et concret suffit. et il existe incontestablement en l'espèce. Il se justifiait donc d'exiger des sûretés, et cela se révèle aujourd'hui d'autant plus nécessaire que des titres facilement réalisables ont été remplacés dans le patrimoine de la recourante par des valeurs qui le sont beaucoup moins, ce qui n'est

apparu qu'après la décision attaquée. Cela éveille le soupçon que la recourante allait peut-être chercher à soustraire ses biens à une action civile éventuelle. b) La recourante ne conteste pas quant à leur montant les sûretés exigées. La décision attaquée a fixé ce montant à 800 000 fr., c'est-à-dire à un chiffre légèrement inférieur à celui du capital social libéré, en quoi elle s'est apparemment inspirée de l'arrêt publié au RO 96 I 483; il y est en effet dit que, lorsque les droits des porteurs de parts semblent menacés sans qu'un dommage soit encore survenu, l'autorité de surveillance peut se contenter de limiter les sûretés au montant des fonds propres de la direction. Il va de soi qu'elle doit rester en dessous de ce montant si les risques courus sont inférieurs selon son évaluation. Il faut cependant lui laisser à cet égard un large pouvoir d'appréciation, car elle doit souvent agir vite et à un moment où il est difficile d'estimer avec quelque précision l'importance des prétentions menacées des porteurs de parts, ce qui justifie qu'elle aille jusqu'à la limite supérieure (arrêt Bank Widemann précité). De toute façon, le montant fixé n'avait pour le moins rien d'exagéré, compte tenu de ce qui s'est révélé par surcroît après la décision attaquée. En effet, selon l'appréciation donnée par le gérant dans le rapport de gestion du Fonds pour l'exercice 1972/1973 sur la base des calculs du nouveau reviseur, c'est un montant de 883 672 fr. 10 "qui sera sans doute réclamé à la Direction du Fonds au cas où la banque K. ne ferait pas face à son engagement", ce qui ne paraît aucunement exclu d'après le même rapport et d'après la lettre du gérant du 19 novembre 1973. Et ce n'est là qu'un des chefs possibles d'action civile contre la direction. c) La décision attaquée prescrivait (ch. 3 du dispositif) que les sûretés devaient être fournies sous forme d'espèces ou de papiers-valeurs facilement réalisables. Par lettre du 30 décembre 1972, la recourante avait demandé un délai, en disant qu'elle avait pris la décision de concentrer tous ses avoirs sociaux auprès de la banque Z., et de négocier avec cet établissement la remise d'une garantie bancaire. Celle-ci fut établie le 25janvier 1973, mais la CFB la refusa par lettre du 20 février 1973, en annonçant en outre qu'elle avait demandé la mainlevée de l'opposition à son commandement de payer.

Dans sa réplique du 14 mai 1973, la recourante s'élève contre ce refus, qu'elle considère comme illégal et chicanier. Dans sa duplique, la CFB explique qu'elle ne pouvait accepter la garantie établie par la banque Z., en raison de son libellé et du rôle joué par cette banque dans l'affaire; elle se déclare en revanche prête à accepter une garantie bancaire correspondant aux exigences de l'art. 8 al. 2 lit. b, 3 et 5 OFP et qui serait donnée par une des grandes banques suisses ou par une banque cantonale suisse. Ce point soulève d'abord une question de procédure. Le refus d'accepter la garantie établie par la banque Z. était en un certain sens une décision selon la définition de l'art. 5 LPA, vu qu'il obligeait la recourante à fournir des sûretés sous une autre forme; mais cette décision du Secrétariat ne faisait qu'exécuter celle du 6 décembre 1972, et le recours n'est pas ouvert contre les mesures d'exécution (art. 101 lit. c OJ). La question de recevabilité peut cependant rester indécise, le moyen étant mal fondé. L'art. 43 al. 2 LFP ne dit pas sous quelle forme les sûretés exigées doivent être fournies. En revanche, l'art. 8 OFP apporte des précisions à ce sujet, en ouvrant trois possibilités (dépôt à la Banque nationale suisse de papiers-valeurs n'appartenant pas à la direction; cautionnement solidaire d'une banque ayant son siège ou une succursale en Suisse; assurance de cautionnement conclue auprès d'une société d'assurances placée sous la surveillance de la Confédération). A vrai dire, cette disposition concerne les sûretés destinées à remplacer les fonds propres (art. 4 al. 3 LFP), mais on doit admettre qu'elle vaut aussi pour celles qui ont été imposées en application de l'art. 43 al. 2 LFP. On pourrait se demander si le choix qu'elle laisse n'appartient pas à l'administré, c'est-à-dire à la direction du fonds de placement. Mais le sixième alinéa répond à cette question par la négative, en disant que l'autorité de surveillance décide de l'acceptation et de l'évaluation des sûretés offertes. Il faut reconnaître à cette autorité une certaine liberté d'appréciation à ce sujet, encore qu'elle doive l'exercer uniquement du point de vue de la meilleure sauvegarde des droits des porteurs de parts.
La décision attaquée était contestable, en tant qu'elle donnait à la recourante une seule possibilité, à savoir le dépôt d'espèces ou de papiers-valeurs facilement réalisables auprès

d'un établissement bancaire déterminé. En revanche, le refus d'accepter la garantie établie par la banque Z. se justifiait, en vertu déjà de l'art. 8 al. 2 lit. a OFP; en effet, si le dépôt à la Banque nationale suisse ne peut avoir pour objet des papiersvaleurs appartenant à la direction, on ne saurait admettre non plus comme sûreté valable la garantie donnée par une banque à laquelle la direction a préalablement transféré ses avoirs sociaux en vue d'obtenir cette garantie. Par une déclaration qui la lie, la CFB a dans sa duplique assoupli sa position en disant qu'elle accepterait aussi un cautionnement donné par une des grandes banques suisses ou par une banque cantonale. Cette déclaration permet de rejeter sur ce point le recours, compte tenu de la liberté d'appréciation qui a été reconnue plus haut à l'autorité de surveillance.