39

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause A., B., C., D. AG et E. AG
contre Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
B-5535/2009 du 6 mai 2010

Surveillance des marchés financiers. Menace de retrait des autorisations d'exercer une activité de banquier privé et de négociant en valeurs mobilières. Garantie d'une activité irréprochable.

Art. 3 al. 2 let. c LB. Art. 10 al. 2 let. d LBVM.

1. **La « garantie d'une activité irréprochable » constitue une notion juridique indéterminée impliquant une certaine retenue de la part de l'autorité de recours (consid. 4.1.1).**
2. **L'examen de la garantie d'une activité irréprochable poursuit un but exclusivement préventif fondé sur un pronostic pour l'avenir sur la base d'événements passés (consid. 4.1.4).**
3. **La garantie d'une activité irréprochable vise la protection des intérêts des créanciers et préserve la crédibilité des banques et de l'ensemble de la place financière suisse (consid. 4.3.4).**

Finanzmarktaufsicht. Androhung des Entzugs der Bewilligungen zur Ausübung einer Tätigkeit als Privatbankier und als Effektenhändler. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG.

1. **Die « Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit » stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, bei dessen Überprüfung sich die Beschwerdeinstanz eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (E. 4.1.1).**
2. **Die Prüfung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit hat ausschliesslich präventiven Charakter und stellt, ausgehend von vergangenen Ereignissen, eine Zukunftsprognose dar (E. 4.1.4).**

3. Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit dient dem Schutz der Gläubigerinteressen, des Ansehens der Banken sowie des Finanzplatzes Schweiz (E. 4.3.4).

Vigilanza sui mercati finanziari. Minaccia di revoca delle autorizzazioni d'esercizio di un'attività di banchiere privato e di commerciante di valori mobiliari. Garanzia di un'attività irreprensibile.

Art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR. Art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM.

1. La « garanzia di un'attività irreprensibile » costituisce una nozione giuridica indeterminata che comporta un certo riserbo di esame da parte dell'autorità di ricorso (consid. 4.1.1).

2. La valutazione della garanzia di un'attività irreprensibile persegue uno scopo esclusivamente preventivo e dev'essere interpretata sulla base degli eventi passati in vista di una prognosi futura (consid. 4.1.4).

3. La garanzia di un'attività irreprensibile serve alla protezione degli interessi dei creditori e preserva la credibilità delle banche e della piazza finanziaria svizzera (consid. 4.3.4).

X. est une banque ayant son siège à Z., constituée sous la forme d'une société en commandite dont le but social est l'exploitation d'une banque privée. Elle se trouve au bénéfice des autorisations d'exercer une activité de banquier privé et de négociant en valeurs mobilières délivrées par la Commission fédérale des banques (CFB; depuis le 1er janvier 2009, Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [FINMA]).

Par décision du 6 juillet 2009, la FINMA a constaté que X. ne remplissait plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières en raison notamment de diverses irrégularités constatées par l'organe de révision et de plusieurs litiges ayant opposé les associés de la banque.

Par mémoire du 2 septembre 2009, mis à la poste le même jour, A., B., C., D. AG et E. AG ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) en concluant, sous suite de frais, préalablement à la suspension de la procédure jusqu'à la fin de l'année,

soit jusqu'au prononcé de la sentence au fond du tribunal arbitral sur l'exclusion de F. comme associé de la banque; au fond, ils concluent à son annulation s'agissant des conditions d'autorisation et de l'obligation de remise en conformité.

Par décision incidente du 10 novembre 2009, le TAF a rejeté la demande de suspension de la procédure des recourants.

En date du 15 décembre 2009, le tribunal arbitral a rendu sa sentence admettant en particulier la validité de l'exclusion de F.

Le TAF a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

4.
4.1 A teneur de l'art. 3 al. 2 let. c de la loi sur les banques du 8 novembre 1924 (LB, RS 952.0), une banque ne peut obtenir l'autorisation nécessaire à l'exercice de son activité que lorsque les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. L'art. 10 al. 2 let. d de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 (LBVM, RS 954.1) contient des conditions similaires pour ce qui est de l'activité de négociant en valeurs mobilières disposant que l'autorisation est délivrée lorsque ce dernier, ses collaborateurs responsables et les actionnaires principaux présentent toutes garanties d'une activité irréprochable.

En l'espèce, la banque est simultanément au bénéfice d'une autorisation d'exercer une activité de banquier privé ainsi que d'une autre de négociant en valeurs mobilières délivrées par la CFB.

Les deux normes lui sont dès lors applicables (cf. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz [éd.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurich, nº 223 ad art. 3 [édition avril 2005]). Cela étant, la doctrine a admis que les deux dispositions précitées possèdent le même contenu, la seconde ayant été reprise directement de la LB de sorte qu'il se justifie d'en faire une interprétation uniforme (cf. PHILIPPE A. HUBER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [éd.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, Bâle 2007, nº 59 ad art. 10 al. 1–4; GÉRARD HERTIG/URS SCHUPPISSER, Kommentar zum

Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zurich 2000, nº 43 ad art. 10).

4.1.1 Aux termes de l'art. 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité de la décision attaquée; le TAF dispose généralement d'une pleine cognition. Cela vaut en principe également pour les recours contre les décisions de la FINMA. Toutefois, s'agissant du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation, la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) admet que, dans les domaines qui requièrent de hautes connaissances techniques, l'autorité de recours fasse preuve de retenue et s'en remette à l'appréciation des autorités spécialisées lesquelles doivent, de par la loi, procéder aux contrôles requérant lesdites connaissances (ATF 108 Ib 196 consid. 1b; cf. FRANCESCO BERTOSSA, Der Beurteilungsspielraum: Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht, Berne 1984, p. 91; ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, nº 644 s.).

Un pouvoir d'appréciation doit également être reconnu à la FINMA lorsqu'il s'agit de contrôler l'application, dans un cas particulier, d'une notion juridique indéterminée ressortissant au droit bancaire (ATF 108 Ib 196 consid. 1b). Or, la garantie d'une activité irréprochable constitue précisément une notion juridique indéterminée (ATAF 2008/23 consid. 3.3; cf. MARCEL LIVIO AELLEN, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Berne/Stuttgart 1990, p. 123; KLEINER/SCHWOB, op. cit. nº 174 ad art. 3).

Dès lors, dans ce cas également, l'autorité de recours se doit de faire preuve d'une certaine retenue. En effet, il serait contraire à l'essence même du contrôle juridictionnel que le TF rejette une interprétation soutenable de la notion juridique indéterminée en cause dont il s'écarterait à la faveur d'un réexamen librement effectué (cf. ATF 108 Ib 196 consid. 3b). Cela ne signifie toutefois pas que l'autorité de surveillance disposerait de la compétence, dans ses décisions, de définir l'activité irréprochable avec une entière liberté de jugement; au contraire, la liberté d'appréciation dont elle bénéficie ne doit être admise que dans

un cadre aussi délimité que possible afin que le contrôle juridictionnel ne soit pas restreint de manière excessive (ATAF 2008/23 consid. 3.3; cf. BEAT KLEINER, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz [éd.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurich 2001, nº 2 s. ad art. 23ter [édition juin 1996]).

4.1.2 En tant que parties intégrantes du droit public, les normes de la législation sur les banques revêtent généralement un caractère impératif. En particulier, les éléments qui, conformément à l'art. 3 LB, constituent une condition à l'octroi de l'autorisation doivent en tout temps être respectés. C'est notamment le cas des exigences en matière de bonne réputation et de garantie d'une activité irréprochable. La FINMA veille à ce que les établissements soumis à sa surveillance observent l'ensemble des dispositions impératives; elle retire l'autorisation d'exercer si la banque ne remplit plus les conditions requises ou viole gravement le droit de la surveillance (art. 37 de la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 [LFINMA, RS 956.1]; ATF 108 Ib 196 consid. 2b; cf. AELLEN, op. cit., p. 216 s.).

4.1.3 L'art. 3 al. 2 let. c LB vise en premier lieu à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse. Il est ainsi nécessaire que les personnes chargées d'administrer et de gérer une banque possèdent les compétences professionnelles requises par leur charge qui dépendent de l'étendue et de la nature de la fonction, de même que de la taille et de la complexité de l'établissement. Ces personnes doivent en outre se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur – soit les dispositions en matière bancaire et boursière mais également civile et pénale –, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes (cf. arrêt du TF 2A.261/2004 consid. 1 et les réf. cit. publié in: Bulletin CFB 46/2004 p. 31; ATAF 2008/23 consid. 3.1). Elles sont également tenues au respect des accords contractuels les liant aux clients et observent les devoirs de diligence et de loyauté à l'encontre de ces derniers (cf. KLEINER/SCHWOB, op. cit., nº 191 ss ad art. 3; CHRISTOPH WINZELER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [éd.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Bâle/Genève/Munich 2005, n° 16 et 25 ad art. 3; HUBER, op. cit., nº 60 ad art. 10 al. 1–4 et les réf. cit.; Bulletin CFB 45/2003, p. 164 consid. 1c).

S'agissant des négociants en valeurs mobilières, les devoirs d'information, de diligence et de loyauté sont expressément ancrés, de manière similaire, à l'art. 11 LBVM.

Nonobstant, la notion de bonne réputation figurant à l'art. 3 al. 2 let. c LB ne présente pas de signification propre; elle est comprise dans celle de garantie d'une activité irréprochable dont elle constitue la composante morale et se définit comme un comportement correct dans les affaires (cf. AELLEN, op. cit., p. 85; KLEINER/SCHWOB, op. cit., nº 180 ad art. 3). La jurisprudence a en outre précisé que dite notion implique de l'intégrité, de la droiture, de la conscience et de la fermeté de caractère ainsi que des compétences professionnelles (Bulletin CFB 3, p. 12 consid. 1).

De la sorte, un directeur de banque, par exemple, doit posséder des dispositions de caractère et des compétences professionnelles suffisantes pour conduire aux destinées d'un établissement de crédit. L'exigence de la garantie d'une activité irréprochable revêt une importance primordiale dans la mesure où les relations d'une banque sont basées sur la confiance que l'on peut accorder à ses dirigeants. Elle tend à prévenir l'accès à des fonctions dirigeantes dans des banques de personnes qui, par leur incompétence, peuvent ruiner un établissement, causer des pertes aux créanciers et mettre en jeu le sérieux de la place financière suisse (cf. Bulletin CFB 3, p. 12 consid. 1 et la réf. cit.; cf. également art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB s'agissant des personnes exerçant, de diverses manières, une influence notable sur la gestion de la banque). C'est pourquoi le caractère et les compétences des organes d'une banque doivent être de tout premier ordre (cf. Bulletin CFB 1, p. 14 consid. 1).

4.1.4 Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 3 al. 2 let. c LB poursuit un but exclusivement préventif – que l'on retrouve dans le terme « garantie » – et non répressif. L'autorité inférieure ne prononce pas de sanctions pour les comportements répréhensibles; sa tâche consiste uniquement à évaluer les risques futurs. Ainsi, la garantie fait défaut lorsqu'il y a lieu de craindre, pour l'avenir, que les personnes impliquées constituent un danger pour les intérêts de la banque, de ses clients ainsi que pour la réputation de la place financière suisse (cf. AELLEN, op. cit., p. 200). En d'autres termes, l'autorité inférieure est tenue de rechercher si, en raison d'événements passés, les conditions de la garantie d'une activité

irréprochable sont toujours remplies et quel pronostic peut être fait pour la suite (cf. Bulletin CFB 45/2003, p. 164 consid. 1b). Toutefois, pour que la garantie d'une activité irréprochable soit contestée dans un cas particulier, il faut encore que les faits reprochés s'avèrent d'une certaine importance de sorte qu'il apparaisse comme vraisemblable qu'un acte similaire se reproduise à l'avenir. La simple possibilité ne suffit pas (cf. KLEINER/SCHWOB, op. cit., nº 181 ad art. 3; AELLEN, op. cit., p. 140 et 199 ss).

4.2 La décision entreprise fait état de divers conflits, étendus sur plusieurs années, entre les associés. La FINMA retient une première scission ayant opposé, en 1991, les branches dites française (composée alors de G., de son fils F. ainsi que de H., frère de G.) et suisse (composée de L., M. et N.) du groupe et ayant conduit à l'intervention des autorités françaises; ce litige a été tranché par sentence arbitrale excluant la branche suisse pour justes motifs.

La FINMA relève qu'un second litige opposant G. et ses fils F. et A. à H. a éclaté en mai 2003; un tribunal arbitral a, par sentence du 3 mai 2005, refusé l'exclusion de H. pour justes motifs estimant que les différents reproches formulés à son encontre étaient insuffisants.

S'agissant enfin du litige le plus récent, la FINMA explique que F. a, le 20 avril 2009, sollicité son intervention ainsi que la nomination d'un chargé d'enquête. Le reproche portait essentiellement sur la convocation d'une Assemblée des associés de la banque, émise par son frère A., dont l'objectif tendait à résilier son pouvoir de gestion et à le remplacer par son père G. en tant que nouvel associé indéfiniment responsable. Elle note avoir été informée de la détérioration des relations entre F. et l'ensemble des autres associés de la banque, en particulier avec les autres associés gérants, A. et B. Elle explique que, selon la direction de la banque, le conflit remonterait à l'été 2008 où une différence de conception était apparue s'agissant du rôle des associés gérants de la banque; à plusieurs reprises, le Comité des associés gérants de la banque n'avait pas pu statuer en raison de l'opposition régnant entre les associés gérants si bien que c'est l'Assemblée des associés qui a été amenée à trancher les questions ouvertes. La direction aurait ajouté que les relations entre F. et les autres associés ainsi que la direction de la banque se seraient dégradées complètement, amenant les autres associés à proposer le retrait des pouvoirs de gestion à F.; l'opposition entre les

associés gérants n'aurait toutefois jamais bloqué le fonctionnement de la banque ni de ses organes de sorte que tant la banque que ses clients ne courraient pas de risques particuliers.

La FINMA rappelle en outre que l'Assemblée des associés a, le 5 mai 2009, approuvé à la majorité de 75 % des parts de X. la résiliation de la participation de F. de la banque ainsi que la nomination de G. comme nouvel associé indéfiniment responsable; toutefois, les recourants ont admis par la suite que F. demeurait associé gérant de la banque jusqu'au 31 décembre 2009 et que la modification du contrat de société adoptée pour permettre la nomination de G. en remplacement de son fils F. nonobstant le dépassement de l'âge prévu dans dit contrat n'était pas valable.

La FINMA note que, compte tenu des divergences constantes opposant F. aux deux autres associés indéfiniment responsables, le Comité des associés gérants de la banque est paralysé et les décisions sont prises par l'Assemblée des associés à qui il revient de trancher; la grave mésentente entre les associés risquerait également de perturber la gestion des affaires de la direction dès lors que ceux-ci disposent d'un droit de veto à cet effet. La FINMA ajoute qu'il s'agit du troisième conflit familial opposant les associés au sein du groupe depuis 1991. Elle indique que ces litiges se sont étendus sur plusieurs années et que la réorganisation de la banque, fin 2007, à la suite de la sortie de H. n'a toutefois pas écarté définitivement tout risque de paralysie puisque le troisième conflit a débuté quelques mois à peine après dite réorganisation. Elle déclare enfin que les associés ont déployé toute leur énergie à la gestion de la crise au détriment des affaires de la banque malgré les nombreuses faiblesses qu'elle présentait.

Les recourants rétorquent que l'Assemblée des associés n'a jamais été paralysée par le litige entre les associés. Ils concèdent en revanche qu'un blocage pouvait se produire au sein du Comité des associés gérants en cas de veto de F. Ils précisent que deux nouveaux associés gérants – I. et J. – ont été nommés lors de l'Assemblée des associés du 19 juin 2009 justement pour surmonter ce blocage, F. n'étant, depuis lors, plus en mesure de s'opposer seul à une décision du Comité des associés gérants. Sur cette base et dès lors que les mesures provisionnelles déposées par F. auprès du tribunal arbitral tendant à suspendre les effets de la nomination des deux nouveaux associés ont été rejetées, ils considèrent que dites

nominations auraient dû être tenues pour valables par la FINMA jusqu'à la sentence arbitrale; à leurs yeux, le fonctionnement des organes de la banque n'était par conséquent pas bloqué – toutes les mesures utiles ayant été prises pour le garantir – et la banque remplissait, à la date de la décision, les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières. Ils comprennent cependant que les litiges successifs entre associés qui se sont produits dans la banque depuis une vingtaine d'années inquiètent la FINMA.

Par sentence du 15 décembre 2009, le tribunal arbitral a confirmé, d'une part, l'exclusion de F. et, d'autre part, la nomination des deux associés gérants votée lors de l'assemblée du 19 juin 2009, sauf toutefois dans la mesure où elle dispense ces derniers de participer aux pertes.

4.3

4.3.1 Les dirigeants du groupe se sont ainsi opposés lors de trois litiges. Il est vrai que ces conflits se révèlent, à ce jour, tous réglés (séparation des branches suisse et française dans le premier cas, sortie de H. de la société dans le deuxième et exclusion de F. dans le dernier) et qu'un risque de nouveau différend avec ces mêmes personnes semble pouvoir être écarté. Il n'en demeure pas moins qu'ils témoignent en tout cas d'un climat de tension et d'une profonde instabilité au sein des associés de la banque nonobstant la sortie ou l'exclusion de divers associés.

4.3.2 Par ailleurs, dits litiges se sont étendus sur plusieurs années et ont tous nécessité l'intervention d'un tribunal arbitral, ce qui atteste de leur gravité. Dans le dernier cas en particulier, les divergences ont conduit à un blocage des organes car le droit de veto dont disposait de facto F. grâce à sa part sociale a suspendu la prise de certaines décisions importantes pourtant de la compétence du Comité des associés gérants; l'Assemblée des associés – soumise à des exigences formelles très spécifiques notamment quant à sa convocation – s'est trouvée dans l'obligation inhabituelle de se substituer au Comité des associés gérants et de trancher les questions ouvertes. Il s'ensuit que, même si la banque a, semble-t-il, pu fonctionner en dépit des divergences apparues entre F. et les autres associés gérants, celles-ci ont effectivement eu des répercussions sur le fonctionnement de la banque; les recourants l'ont d'ailleurs admis à réitérées reprises dans les pièces versées au dossier.

4.3.3 De plus, il ne ressort certes pas du dossier que les intérêts des créanciers auraient in casu été concrètement et directement mis en péril par des mesures ou décisions inadéquates résultant du conflit; l'autorité inférieure reconnaît du reste que les droits des créanciers n'ont pas été mis en danger puisque la banque ne présentait pas de risque immédiat de surendettement et que les associés s'accordaient sur le principe d'une transformation de la banque en société anonyme. S'agissant uniquement, en matière de garantie d'une activité irréprochable, de faire un pronostic sur l'avenir et non de sanctionner les risques passés (cf. consid. 4.1.4), la question de savoir si les intérêts des créanciers ont été véritablement mis en péril n'est toutefois pas déterminante; l'est en revanche celle de savoir si l'on doit craindre, dans l'éventualité où une telle situation se reproduirait, une mise en danger desdits intérêts. De ce point de vue et au regard des attributions particulières – (...) – du Comité des associés gérants chargé de la direction suprême de la banque, il appert qu'un litige susceptible de provoquer un blocage tel que celui qui a eu lieu s'avère indubitablement de nature à entraver de manière grave une gestion prudente et saine de la banque ainsi qu'à mettre sérieusement en danger les intérêts de celle-ci et de ses créanciers. En outre, le passé conflictuel de la banque rendait vraisemblable la survenue d'un nouveau litige.

4.3.4 Qui plus est, la garantie de l'activité irréprochable ne sert pas uniquement la protection des intérêts des créanciers (cf. Bulletin CFB 1, p. 14 consid. 4); il s'agit également par là de préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse. Or, l'énergie déployée par les associés s'est concentrée sur le conflit au détriment du bon fonctionnement de la banque; ce gaspillage de forces est précisément susceptible de porter préjudice non seulement à la crédibilité de la banque elle-même, mais également à la réputation de la place financière.

4.4 L'autorité inférieure a estimé que les divers conflits – certes liquidés à ce jour – ayant opposé les recourants et d'autres associés ne s'avèrent pas compatibles avec l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable. Au regard de l'ensemble de ce qui précède et considérant les risques que constituent, pour l'avenir, des litiges tels que ceux qui se sont déroulés de façon répétée au sein de la banque, le TAF, sur la base des allégués de la FINMA et faisant preuve de la retenue qui prévaut en

la matière dont rien ne justifie l'abandon, doit admettre que cette appréciation ne s'avère pas critiquable.

De ce fait, les recourants ne remplissent plus les conditions d'autorisation pour exercer une activité bancaire ou de négociant en valeurs mobilières. Pour ce motif déjà, le recours doit être rejeté.