



Eidgenössische Bankenkommission  
Commission fédérale des banques  
Commissione federale delle banche  
Swiss Federal Banking Commission

## **Mandataires de la CFB**

**Rapport de la Commission fédérale des banques**

**Mars 2008**



## Table des matières

<b>Liste des abréviations .....</b>	<b>4</b>
<b>Résumé.....</b>	<b>5</b>
<b>1 Les mandataires, instruments de la surveillance prudentielle.....</b>	<b>7</b>
1.1 Mesures d'exécution relatives aux marchés financiers .....	7
1.2 Evolution des bases juridiques .....	7
1.3 Fonctions des mandataires.....	8
1.4 Chargés d'enquête et sociétés d'audit .....	9
<b>2 Pool de mandataires.....</b>	<b>9</b>
2.1 Principe de sélection ouverte.....	9
2.2 Critères de sélection des candidats.....	10
2.3 Liste des mandataires.....	11
2.4 Activités de formation de la CFB .....	11
<b>3 Sélection en vue de l'attribution de mandats individuels.....</b>	<b>12</b>
3.1 Critères de sélection .....	12
3.2 Large répartition des mandats entre les candidats.....	13
3.3 Nombre et répartition des mandats .....	13
3.4 Applicabilité du droit des marchés publics?.....	15
<b>4 Nomination du mandataire.....</b>	<b>16</b>
4.1 Déroulement concret de la procédure .....	16
4.2 Nomination par décision de la CFB .....	16
4.3 Confirmation du mandat .....	17
4.4 Rapport CFB – mandataire: un contrat de droit public? .....	18
<b>5 Tâches des mandataires de la CFB.....</b>	<b>19</b>
5.1 Tâches du chargé d'enquête .....	19
5.2 Tâches du délégué à l'assainissement.....	20



5.3	Tâches du liquidateur .....	20
5.4	Tâches du liquidateur de faillite bancaire .....	20
5.5	Tâches du gérant .....	21
<b>6</b>	<b>Situation du mandataire au regard du droit procédural.....</b>	<b>21</b>
6.1	Prérogatives de puissance publique?.....	21
6.2	Situation du mandataire au regard du droit procédural .....	22
6.3	Interventions à titre d'expert .....	22
<b>7</b>	<b>Surveillance des mandataires par la CFB .....</b>	<b>23</b>
7.1	Procédure uniforme .....	23
7.2	Contacts entre la CFB et ses mandataires.....	23
7.3	Evaluation de l'intervention.....	24
7.4	Contrôle des coûts.....	24
7.5	Contrôle interne .....	25
<b>8</b>	<b>Coûts de la mise en œuvre de la surveillance par des mandataires .....</b>	<b>25</b>
8.1	Coûts imputés à l'établissement.....	25
8.2	Coûts imputés à la CFB.....	26
8.3	Honoraires des mandataires de la CFB .....	27
8.4	Traitement fiscal des honoraires.....	27
<b>9</b>	<b>Responsabilité .....</b>	<b>28</b>
9.1	Régime actuellement applicable en matière de responsabilité .....	28
9.2	Régime applicable en vertu de la LFINMA .....	28
9.3	Risques potentiels liés à la responsabilité .....	29
<b>10</b>	<b>Conclusion générale.....</b>	<b>30</b>
	<b>Annexe.....</b>	<b>31</b>
	<b>Bibliographie.....</b>	<b>32</b>



## Liste des abréviations

aart.	ancien article
AFC	Administration fédérale des contributions
al.	alinéa
AMP	Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CFB	Commission fédérale des banques
CO	Loi fédérale complétant le code civil suisse (Livre cinquième: droit des obligations) (RS 220)
CP	Code pénal suisse (RS 311.0)
DFE	Département fédéral de l'économie
FF	Feuille fédérale
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (RS 0.632.21)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)
let.	lettre
LFINMA	Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics (RS 172.056.1)
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LResp	Loi fédérale sur la responsabilité (RS 170.32)
LTAF	Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral (RS 172.32)
LTVA	Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20)
OFB	Ordonnance sur la faillite bancaire (RS 952.812.32)
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics (RS 172.056.11)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021)
RS	Recueil systématique du droit fédéral



## Résumé

La révision de la disposition légale concernant les chargés d'enquête, entrée en vigueur en milieu d'année 2004, marque pour la CFB le début d'un recours accru à des mandataires dans le cadre de ses "mesures d'exécution relatives aux marchés financiers". Les expériences en la matière, qui font l'objet du présent rapport, sont extrêmement positives et d'une grande utilité pour l'ensemble de la place financière. La CFB décharge ainsi son propre personnel et bénéficie des compétences spécialisées de ces experts. La teneur des mandats est variable: il peut s'agir par exemple d'analyser pour la CFB des situations relevant du droit de la surveillance, ou de mener des procédures de liquidation. Lorsque la CFB ordonne une enquête dans un établissement autorisé, il ne faut pas y voir un vote de défiance à l'égard de la société d'audit de ce dernier: pour éviter tout conflit d'intérêts, ce sont généralement des tiers experts qui se voient confier les mandats de ce type (chapitres 1 et 10).

La CFB s'attache à ce que le processus de sélection des mandataires repose sur des critères transparents et objectifs. Sur la base d'appels d'offres ouverts, elle se constitue un pool de mandataires qui collaborent régulièrement avec elle. Les nouvelles offres reçues sont traitées selon des critères définis au préalable. Les offres existantes sont mises à jour chaque année. Actuellement, le pool de mandataires de la CFB compte 52 candidats, dont 29 cabinets d'avocats et 7 sociétés d'audit agréées, qui participent régulièrement à des activités de formation organisées par la CFB (chapitre 2).

La sélection en vue de l'attribution de mandats individuels se fait elle aussi selon des critères clairement définis. La CFB veille à une répartition aussi large que possible au sein du pool. C'est ainsi que sur les 52 candidats qui le composent, 39 se sont d'ores et déjà vu confier des mandats. Depuis le milieu de l'année 2004, la CFB a attribué 177 mandats, dont 85 pour la seule année 2007. Elle se conforme à cet égard au droit des marchés publics dès lors qu'il est applicable (chapitre 3).

La CFB nomme ses mandataires dans le cadre d'une décision formelle, qu'elle adresse aux établissements faisant l'objet de la procédure. Cette décision précise le mandat confié aux mandataires. L'établissement concerné peut l'attaquer directement en justice ou, s'agissant de décisions superprovisoires, demander à la CFB une décision susceptible de recours. La CFB confirme le mandat par un courrier aux mandataires, où elle rappelle aussi les honoraires négociés pour l'affaire en cause. L'acceptation du mandat par les mandataires vaut conclusion d'un contrat de droit public avec la CFB (chapitre 4).

A ce jour, la CFB a nommé 83 "chargés d'enquête". Ceux-ci analysent pour elle des faits relevant du droit de la surveillance, puis lui en rendent compte. Ils n'ont pas pour mission de confirmer à tout prix le soupçon initial de la CFB, mais de fournir à cette dernière une base de décision aussi solide que possible. La CFB peut aussi habiliter ses chargés d'enquête à agir en lieu et place des organes de l'établissement concerné.



Ceci s'est avéré parfois très judicieux, notamment à l'étranger, pour éviter les évasions d'actifs (chapitre 5).

Les mandataires de la CFB ont, au sens le plus large du terme, les mêmes pouvoirs souverains que la CFB elle-même. A la différence de cette dernière, ils ne peuvent toutefois pas prendre de décisions formelles. Les rapports des chargés d'enquête ne constituent pas des avis de droit, ils doivent se limiter à présenter la situation juridique. Ils doivent fournir un état de fait étayé afin que les parties puissent prendre position (chapitre 6).

La CFB contrôle l'activité de ses mandataires et, selon la nature du mandat, elle peut être en contact très étroit avec eux. Ce contrôle porte notamment sur les coûts, par le biais de décomptes intermédiaires fréquents. Mais ce sont surtout les liquidations qui constituent le principal défi du contrôle interne au sein de la CFB (chapitre 7).

Conformément au principe de causalité, les coûts liés aux mandataires sont à la charge des établissements qui font l'objet des procédures de la CFB. Dans certains cas, la CFB accepte toutefois d'accorder des garanties de frais car autrement, aucune investigation relative à l'obligation d'obtenir une autorisation ne serait possible au sein d'établissements non autorisés dont la situation financière est précaire. Depuis 2004, les mandats de la CFB ont généré des honoraires à hauteur de quelque 21 millions de CHF, dont environ 12 millions en 2007 et 7 millions en 2006. Les montants varient beaucoup selon les mandats: ces derniers sont en général beaucoup plus conséquents lorsqu'ils portent sur des établissements autorisés, ils sont donc aussi plus coûteux que ceux concernant des établissements non autorisés (chapitre 8).

Jusqu'ici, la responsabilité de l'Etat et des mandataires du fait de l'activité de ces derniers n'a donné lieu à aucune procédure judiciaire. Les dispositions légales à cet égard changeront avec l'entrée en vigueur de la "loi sur les marchés financiers" (LFINMA) au 1<sup>er</sup> janvier 2009. Ce seront alors la FINMA et, à titre subsidiaire, la Confédération qui répondront de l'activité des mandataires selon le principe de causalité. Leur responsabilité ne pourra toutefois être engagée qu'en cas de violation d'un devoir de fonction essentiel par le mandataire (chapitre 9).



## 1 Les mandataires, instruments de la surveillance prudentielle

### 1.1 Mesures d'exécution relatives aux marchés financiers

En tant qu'autorité de surveillance, la CFB n'exerce ses pouvoirs, y compris ses pouvoirs de contrainte, que lorsque cela est nécessaire pour atteindre les objectifs de surveillance fixés par la loi. Il s'agit là d'une réponse aux attentes légitimes du marché et du public, mais aussi d'une obligation légale pour la CFB. Il est dans l'intérêt de la place financière et des établissements surveillés dans leur ensemble que les mesures d'exécution relatives aux marchés financiers soient efficaces. Ils ne peuvent en effet développer pleinement leurs activités transfrontalières que si leur pays d'origine est réputé bénéficier d'une réglementation conforme aux normes internationales: l'efficacité des mesures d'exécution relatives aux marchés financiers en fait partie. Le présent rapport entend présenter les expériences de la CFB en la matière lorsqu'elle a eu recours à des mandataires.

### 1.2 Evolution des bases juridiques

La révision de la loi sur les banques finalisée en 2003 portait sur l'assainissement et la liquidation des banques ainsi que sur la garantie des dépôts. Mais elle n'a pas été sans modifier en profondeur le rôle des chargés d'enquête de la CFB. C'est là en effet que les "observateurs" sont devenus des "chargés d'enquête": à lui seul, ce changement de nom montre que le mandat qui leur est attribué peut aller au-delà de la constatation passive suivie d'un rapport à la CFB, ce que le droit antérieur ne permettait que sous certaines conditions<sup>1</sup>. La CFB peut désormais décider que le chargé d'enquête, dans une certaine limite, sera habilité à se substituer aux organes de la banque.

Avec l'entrée en vigueur de la LFINMA, le 1<sup>er</sup> janvier 2009, les instruments prudentiels seront harmonisés. Les dispositions de cette loi concernant les chargés d'enquête<sup>2</sup> prévoient une extension de leur compétence à tous les domaines de surveillance impartis à la FINMA. Le chargé d'enquête pourra se voir confier l'ensemble des tâches d'un *réviseur extraordinaire*<sup>3</sup>: l'instrument de surveillance qu'est la révision extraordinaire est donc appelé à disparaître avec l'entrée en vigueur de la LFINMA. Contrairement aux réviseurs extraordinaires, les chargés d'enquête ne seront pas nécessairement des sociétés d'audit agréées par la CFB.

L'entrée en vigueur de la LFINMA modifiera dès lors le régime applicable à la CFB et à ses mandataires en matière de responsabilité<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> ATF 126 II 119 R. 5.

<sup>2</sup> Cf. art. 36 LFINMA

<sup>3</sup> Art. 23<sup>bis</sup> LB, art. 31 OBVM en relation avec l'art. 17 OBVM.

<sup>4</sup> Cf. chapitre 9.2.



### 1.3 Fonctions des mandataires

La CFB est chargée de veiller au respect des textes régissant la surveillance des marchés financiers et prend notamment les mesures nécessaires à l'application de la loi sur les banques, de la loi sur les bourses et de la loi sur les placements collectifs de capitaux<sup>5</sup>. A différents stades de la procédure, elle peut nommer des personnes physiques ou morales qui contribuent à l'élaboration, puis à la mise en œuvre de ses décisions. Juristes confirmés ou sociétés dans les domaines des marchés financiers, de la faillite et de la liquidation, ces mandataires font office d'"instruments" de la CFB. Les lois sur la surveillance que la CFB est chargée de faire appliquer prévoient les types de mandataires suivants:

- le *chargé d'enquête* (art. 23<sup>quater</sup> LB, art. 36a LBVM, art. 137 LPCC) peut intervenir dans des établissements autorisés, mais aussi auprès de personnes et de sociétés dont la situation au regard du droit de la surveillance est litigieuse<sup>6</sup>. Il peut en outre se voir confier l'ensemble des tâches d'un *réviseur extraordinaire*<sup>7</sup>.
- le *délégué à l'assainissement* (art. 28 LB, art. 36a LBVM) intervient en cas de risque avéré d'insolvabilité, lorsqu'il paraît vraisemblable qu'un assainissement aboutira. Les dispositions relatives aux délégués à l'assainissement ne sont toutefois pas applicables aux établissements non assujettis à la surveillance de la CFB.
- le *liquidateur* (art. 23<sup>quinquies</sup> al. 2 LB, art. 36 al. 2 LBVM, art. 134 al. 3 et 135 al. 1 LPCC) intervient en cas de retrait d'autorisation ou d'approbation, ou lorsqu'un établissement ne dispose pas de l'autorisation requise en vertu de la loi sur les banques, de la loi sur les bourses ou de la loi sur les placements collectifs de capitaux.
- le *liquidateur de faillite bancaire* (art. 33 al. 2 LB, art. 36a LBVM) intervient lorsqu'il y a risque d'insolvabilité et lorsque, à défaut de perspectives d'assainissement ou en cas d'échec de l'assainissement, la CFB a ouvert la faillite.
- le *gérant* (art. 138 LPCC), dans les placements collectifs de capitaux, remplace le titulaire lorsque celui-ci n'est plus à même d'exercer son activité.
- l'*expert chargé des estimations* (art. 136 en relation avec l'art. 64 LPCC) évalue les placements des fonds immobiliers ou des sociétés d'investissement immobilier.

Ces différents types de mandat ne s'excluent pas les uns les autres. Par exemple, il est fréquent qu'un mandat de chargé d'enquête se transforme en mandat de liquidateur (de faillite bancaire). En cas de procédure d'assainissement et dans l'intérêt de la continuité des activités, il peut être judicieux de nommer, outre le délégué à l'assainissement, un chargé d'enquête, ces deux mandats pouvant être confiés à un seul ou à deux mandataires selon les situations.

---

<sup>5</sup> Concernant la stratégie de la CFB en matière de mesures d'exécution relatives aux marchés financiers, cf. <http://www.ebk.admin.ch/f/aktuell/index.html>.

<sup>6</sup> Cf. ATF 126 II 115 et 129 II 446. Commentaires sur l'art. 23<sup>quater</sup> LB de Poledna/Marazzotta et Zobl.

<sup>7</sup> Cf. chapitre 1.2.



## 1.4 Chargés d'enquête et sociétés d'audit

Il convient de distinguer l'instrument de la surveillance prudentielle que constituent les chargés d'enquête de l'activité des sociétés d'audit agréées par la CFB auprès des établissements soumis à sa surveillance. Les banques et négociants en valeurs mobilières, ainsi que les formes de placements collectifs de capitaux soumises à autorisation<sup>8</sup>, sont tenus de mandater une société d'audit agréée aux fins de contrôler annuellement le respect du droit de la surveillance et d'en rendre compte à leur mandant et à la CFB (audit comptable et audit prudentiel). S'agissant en revanche des chargés d'enquête, ils interviennent sur mandat direct de la CFB. Ceci n'exclut toutefois pas qu'ils examinent les mêmes faits qu'une société d'audit. Dès lors, des sociétés d'audit agréées par la CFB peuvent intervenir comme chargés d'enquête. Contrairement aux mandats attribués dans le cadre d'une révision extraordinaire, les mandats de chargé d'enquête peuvent aussi être confiés par la CFB à des sociétés fiduciaires, des cabinets d'avocats ou des particuliers dotés de connaissances spécifiques.

S'agissant des établissements autorisés, la CFB ne confie généralement pas de mandats de chargé d'enquête aux sociétés d'audit attirées de ces établissements, mais il ne faut pas y voir un vote de défiance à leur encontre. Par principe en effet, afin d'éviter tout conflit d'intérêts et au regard des fonctions distinctes attribuées à chaque instrument de surveillance, la CFB confie le mandat à une personne indépendante: les chargés d'enquête interviennent ponctuellement, le plus souvent dans des circonstances difficiles ou délicates. Ils ne sont tenus de rendre compte que devant la CFB. En revanche, le travail d'une société d'audit agréée s'inscrit dans la durée.

## 2 Pool de mandataires

### 2.1 Principe de sélection ouverte

Jusqu'en 1999, à quelques exceptions près, la CFB confiait tous les mandats d'observateur et de liquidateur à des sociétés d'audit. Ces attributions se faisaient au cas par cas, selon les circonstances. Puis, la CFB en est venue progressivement à solliciter plusieurs offres avant de nommer telle ou telle personne physique ou morale comme observateur ou liquidateur. En 1999, par voie de presse, elle a demandé aux candidats potentiels non encore identifiés de faire parvenir leurs offres pour l'attribution de mandats. Sur les 40 réponses reçues à l'époque, environ la moitié émanait de cabinets d'avocats, et l'autre moitié de sociétés fiduciaires ou d'experts-comptables indépendants. En novembre 2004, la CFB a révisé sa procédure dans le but d'instaurer une sélection transparente et permanente, garante d'une mise en œuvre compétente de la surveillance par les mandataires. Dans des journaux des trois principales régions linguistiques de Suisse ainsi que sur le site Internet de la CFB, elle a diffusé une annonce intitulée "Mise en œuvre de la surveillance par des mandataires", qui invitait les personnes intéressées à transmettre leur dossier. A la suite de cette publication, 80 candidats se sont manifestés. Depuis lors, l'appel d'offres et les formulaires de candidature

---

<sup>8</sup> Cf. art. 126 LPCC



correspondants sont disponibles en permanence sur le site Internet de la CFB<sup>9</sup>. Toutes les personnes physiques et morales qualifiées pour exercer une activité de mandataire de la CFB peuvent ainsi se porter candidates à tout moment. Ce système vise à éviter un *numerus clausus* des mandataires. L'examen des dossiers reçus intervient une à deux fois par an.

## 2.2 Critères de sélection des candidats

Outre l'impression globale qui se dégage de l'offre (par rapport à des indications générales telles que le descriptif de l'entreprise, les informations concernant les responsables, les références, etc.), les particuliers et sociétés intéressés sont intégrés ou non au pool de mandataires en fonction des critères principaux suivants:

- *compétence*: la CFB s'assure que ses mandataires disposent des compétences spécialisées requises en les sélectionnant sur la base de critères précis, puis en assurant un suivi régulier. Les candidats doivent en effet posséder des connaissances générales concernant la loi sur les banques, la loi sur les bourses et la loi sur les placements collectifs de capitaux, mais aussi des connaissances spécifiques sur les conditions d'assujettissement à ces textes. L'expérience dans le domaine du droit des marchés financiers ainsi que du droit de la faillite et de la liquidation est importante également. Enfin, d'éventuelles compétences particulières (par exemple en informatique ou en comptabilité) peuvent constituer un atout. Dans le cadre d'un mandat, les compétences précitées peuvent se répartir entre plusieurs personnes.
- *assise internationale*: dans les cas complexes présentant des points de rattachement avec l'étranger, un réseau international est synonyme d'efficacité. Les sociétés d'audit agréées par la CFB ainsi que les grands cabinets d'avocats disposent en général d'une telle infrastructure, ainsi que des compétences spécialisées requises.
- *qualification des responsables de mandat*: ceux-ci répondent de l'intervention du mandataire à l'égard de la CFB.
- *nombre de collaborateurs*: cette information permet à la CFB d'apprécier quels mandats le candidat est à même de maîtriser en termes de ressources. Il peut en effet arriver que dans le cadre d'un mandat au sein d'un groupe de sociétés, le mandataire doive être présent sur plusieurs sites à la fois. En outre, en fonction de la situation, il faut pouvoir adapter rapidement la procédure et, le cas échéant, augmenter temporairement le nombre de collaborateurs impliqués. Ces derniers temps, le Secrétariat de la CFB a constaté que certains mandataires du pool, notamment les cabinets d'avocats de moyenne importance, s'étaient regroupés pour faire acte de candidature et pouvoir ainsi briguer des mandats plus importants. Dans ces conditions, les mandats complexes et de grande ampleur auprès d'établissements autorisés ne sont plus réservés exclusivement aux sociétés d'audit.

---

<sup>9</sup> Directive de la CFB (consultable sous: [http://www.ebk.ch/d/wegleit/pdf/wegl\\_070503\\_f.pdf](http://www.ebk.ch/d/wegleit/pdf/wegl_070503_f.pdf)).



- *honoraires*: la structure des honoraires des mandataires se base notamment sur les "Recommandations concernant les honoraires" de la Chambre fiduciaire. Même dans les cas complexes, la CFB ne conclut en principe aucune convention d'honoraires prévoyant, pour le responsable du mandat, un taux horaire supérieur à CHF 450.-.

### 2.3 Liste des mandataires

Appel d'offres public de la CFB, remise d'offres par les particuliers et les sociétés intéressés, examen de ces offres par la CFB sur la base d'une grille d'évaluation prédéfinie: telles sont les trois étapes de la constitution du pool de mandataires. Les candidats qui en font partie n'ont toutefois aucun droit à se voir confier un mandat.

Actuellement, la liste des mandataires de la CFB compte 52 candidats, dont 29 cabinets d'avocats et 7 sociétés d'audit agréées instituées par des lois spéciales. L'analyse approfondie des 80 candidatures reçues en 2004 a permis de constituer une première liste de 40 candidats. Bien que les mandats de la CFB fassent l'objet d'une publicité accrue (inscription au registre du commerce des mandataires faisant office d'organes, citation nominative des mandataires dans la presse, etc.), le nombre des candidatures a nettement baissé par la suite. En 2006, dix nouveaux candidats ont été ajoutés à la liste et cinq candidatures rejetées. En 2007, on n'a accepté que trois nouveaux candidats et on en a rejeté cinq. Actuellement, quatre demandes sont en cours d'examen à la CFB.

Les candidats qui figurent sur la liste doivent mettre régulièrement à jour les données les concernant. Ils peuvent être exclus du pool des mandataires en cas de caducité ou de modifications substantielles des critères de sélection précités, en cas d'exécution insatisfaisante de mandats qui leur ont été confiés ou pour autre comportement fautif en relation avec leurs activités de mandataires. Comme l'attribution d'un mandat n'est nullement un droit, l'exclusion de la liste se fait, comme l'inscription, sans procédure formelle.

### 2.4 Activités de formation de la CFB

La formation technique et l'acquisition des compétences requises relèvent de la responsabilité individuelle des mandataires. La CFB les soutient en rendant sa pratique accessible au public (rapport annuel, bulletin de la CFB, site Internet, communiqués de presse, etc.). Par ailleurs, en juin 2005 et janvier 2007, son Secrétariat a invité les candidats du pool de mandataires à participer à des activités de formation. A cette occasion, les collaborateurs responsables de la CFB et les candidats mandataires ont examiné ensemble certains aspects des mandats ainsi que des questions spécifiques concernant la préparation et l'exécution desdits mandats. Les réactions à ces manifestations dans leur ensemble, et au système des ateliers en particulier, ont été extrêmement positives. Les ateliers ont d'ailleurs contribué de manière efficace à optimiser la collaboration entre la CFB et ses mandataires.



### 3 Sélection en vue de l'attribution de mandats individuels

#### 3.1 Critères de sélection

Les mandats individuels sont attribués à un ou plusieurs mandataires du pool<sup>10</sup>. La sélection s'opère au regard de l'adéquation entre, d'une part, les compétences et possibilités d'intervention identifiées lors du processus de sélection<sup>11</sup> et, d'autre part, les exigences liées au mandat concerné: sont prises en compte notamment les connaissances et expériences professionnelles requises (au regard de l'objet du mandat), l'étendue du mandat, la disponibilité des candidats et leur indépendance (conflits d'intérêts), la structure des coûts et la zone géographique d'intervention (région linguistique). Les cas complexes présentant des points de rattachement à l'étranger nécessitent en général l'infrastructure et le savoir-faire de mandataires disposant d'un réseau international.

Les exigences quant à l'indépendance du mandataire sont pour l'essentiel les mêmes que celles applicables aux sociétés d'audit instituées par des lois spéciales. Elles se basent sur les relations personnelles, économiques et fonctionnelles entre le mandataire et la société où il est appelé à intervenir. Divers types de conflits d'intérêts peuvent en effet surgir en relation avec des mandataires de la CFB: ainsi, il n'est pas exclu que par le passé, le mandataire potentiel ait déjà été en contact personnel ou professionnel avec les personnes physiques ou morales impliquées dans la procédure en cause. Dans ce cas, la CFB s'abstiendra de lui confier le mandat.

S'agissant des établissements autorisés, la CFB mandate souvent des sociétés d'audit agréées. Comme la palette de candidats pour ce genre de mandats est restreinte, la question des éventuels conflits d'intérêts revêt une importance cruciale et rend le choix d'un mandataire indépendant particulièrement difficile.

En revanche, les liquidateurs ordinaires et liquidateurs de faillite bancaire ne seront pas considérés comme partiels du seul fait qu'ils sont déjà intervenus comme chargés d'enquête et ont eu à ce titre des contacts avec la CFB<sup>12</sup>. En vertu du principe d'efficacité, c'est en général le chargé d'enquête qui se voit confier la liquidation dès lors que celle-ci s'avère nécessaire<sup>13</sup>.

Afin d'assurer une surveillance aussi économique que possible, les honoraires des candidats sont négociés avec eux au regard des exigences spécifiques liées au mandat concerné, puis formalisés dans la confirmation de mandat<sup>14</sup>. Leur montant dépend notamment, selon les cas, de la complexité de l'affaire et de la taille de l'établissement concerné. Les taux horaires convenus avec les responsables de mandat se situent en général entre CHF 220.- et 350.-. Des taux nettement supérieurs ne sont acceptés que pour les cas très complexes (et concernant souvent des établissements autorisés).

---

<sup>10</sup> Cf. chapitre 2.3.

<sup>11</sup> Cf. chapitre 2.2.

<sup>12</sup> ATF 2A.332/2006 du 6.3.2007 (in Bulletin CFB 50/2007, p. 161 s.) renvoyant à l'ATF 130 II 351 R. 3.3.2 et R. 3.4 (ce dernier non publié).

<sup>13</sup> ATF 132 II 282, reproduit dans le Bulletin CFB 49/2006, p. 157, 166.

<sup>14</sup> Cf. chapitre 4.3.



Ces trois dernières années, le taux horaire négocié applicable aux responsables de mandat s'est inscrit nettement en retrait par rapport au montant initialement proposé. Mais même si les taux pratiqués par la CFB devaient se situer nettement en dessous des taux habituels, ces mandats demeurent manifestement attrayants pour plusieurs raisons: les questions de droit spécial qu'ils permettent d'aborder, leur ampleur souvent conséquente, mais aussi la couverture médiatique régulière qu'ils procurent.

### 3.2 Large répartition des mandats entre les candidats

La liste des candidats permet d'identifier rapidement les mandataires potentiels les plus compétents pour une affaire donnée – et compte tenu des conditions propres à chaque mandat, ils sont généralement peu nombreux. Lors de sa sélection finale, le Secrétariat de la CFB s'efforce de privilégier les candidats qui n'ont pas encore eu de mandat de la CFB, ou seulement quelques-uns, ou qui n'ont effectué que de petits mandats. Sur les 52 candidats actuels, 39 se sont déjà vu confier un ou plusieurs mandats<sup>15</sup>.

Il y a plusieurs explications au fait qu'une minorité des candidats figurant sur la liste ne s'est pas encore vue confier un mandat: certains d'entre eux ne font partie du pool que depuis peu; trois candidatures ne portent que sur des mandats d'expert chargé des estimations ou celles-ci restreignent leur domaine de compétence aux seuls placements collectifs de capitaux. Or, depuis 1999, la CFB n'a eu aucun mandat d'expert chargé des estimations à attribuer, et les cas relevant uniquement de la LPCC sont extrêmement rares. Cinq candidats n'ont pas pu être retenus jusqu'ici parce que leur taux horaire annoncé est égal ou supérieur à CHF 450.-, ce qui dépasse nettement les honoraires versés pour un mandat ordinaire. En effet, lorsque la problématique n'est pas très complexe et les moyens financiers très réduits, c'est-à-dire dans la majorité des cas, ces candidats ne peuvent pas être pris en considération. Enfin, trois autres personnes ont fait acte de candidature en tant que particuliers, de sorte que la CFB n'a pu recourir à leurs services faute de mandats adéquats.

Parmi les autres critères déterminants, on citera la situation géographique et les zones d'intervention souhaitées par les candidats, ainsi que la question de savoir si le mandataire doit intervenir dans des établissements autorisés ou non autorisés. La Suisse romande compte ainsi un nombre élevé de prestataires potentiels proportionnellement au nombre de mandats à attribuer.

### 3.3 Nombre et répartition des mandats

Depuis le milieu de l'année 2004, la CFB a attribué 177 mandats qui ont concerné 274 personnes physiques et morales. Le nombre des mandats attribués chaque année s'est inscrit en forte augmentation:

---

<sup>15</sup> Cf. Annexe (Liste des candidats qui se sont vu confier des mandats depuis 2004 ou qui ont actuellement des mandats en cours).



Type de mandat	total	<i>dont mandats concernant des établissements autorisés</i>		2007	2006	2005	2004
			<i>dont mandats achevés</i>				
Chargé d'enquête	83	12	55	39	25	11	4
Liquidateur de faillite	70	3	10	33	22	12	5
Liquidateur	16	1	1	12	2	-	2
Réviser extraordinaire	4	4	4	1	-	2	1
Gérant	3	0	1	-	2	-	1
Observateur (caduc)	1	1	1	-	-	-	1
<b>Total</b>	<b>177</b>	<b>21</b>	<b>72</b>	<b>85</b>	<b>51</b>	<b>25</b>	<b>14</b>

Géographiquement, les mandataires et les mandats attribués depuis le milieu de l'année 2004 se répartissent comme suit:

Canton	Mandataires ayant leur siège dans le canton	Mandats auprès de sociétés ayant leur siège dans le canton (à compter de la mi-2004) <sup>16</sup>	<i>dont mandats auprès d'établissements autorisés</i>
AG	1	1	-
AI	-	-	-
AR	-	2	-
BE	10	2	-
BL	2	4	-
BS	3	-	-
FR	2	-	-
GE	7	10	3
GL	-	1	-
GR	-	2	-
JU	-	-	-
LU	-	-	-
NE	-	1	-
NW	-	-	-
OW	-	3	-
SG	1	18	-
SH	-	1	-
SO	-	6	-
SZ	-	14	-
TG	-	-	-
TI	6	20	7
UR	-	-	-
VD	2	1	1
VS	-	2	-
ZG	1	19	-
ZH	17	34	7

<sup>16</sup> Pour les mandats concernant plusieurs sociétés, n'est prise en compte dans ce tableau que la première citée dans la décision d'attribution du mandat.



Ces chiffres font apparaître d'importants écarts régionaux. La Suisse alémanique est en tête, et de loin, en termes de nombre de mandats attribués. La majeure partie de ces mandats concerne des intermédiaires financiers non autorisés. Les mandats auprès d'établissements financiers autorisés reviennent toutefois exclusivement au canton de Zurich et ne sont pas plus nombreux que dans le reste du pays. Un élément marquant est que quasiment aucun mandataire n'a son siège en Suisse orientale, alors que cette région concentre un grand nombre d'établissements concernés – exclusivement des intermédiaires financiers opérant illégalement.

La Suisse romande a tendance à se placer en retrait en termes de nombre de mandats, et les mandats auprès d'établissements non autorisés y sont particulièrement rares.

Le canton du Tessin, en revanche, se situe à égalité avec la Suisse alémanique: sept mandats auprès d'établissements autorisés sur les trois dernières années. Les mandats liés à des activités exercées sans autorisation y sont relativement fréquents au regard de la taille de la place financière.

### 3.4 Applicabilité du droit des marchés publics?

A la question de savoir si le droit des marchés publics<sup>17</sup> s'applique lorsque la CFB recourt à des mandataires<sup>18</sup>, il convient de répondre par la négative: le droit des marchés publics ne s'applique pas, car les coûts résultant du recours à des mandataires sont à la charge des intéressés<sup>19</sup> et non des pouvoirs publics.

Par ailleurs, les garanties données par la CFB dans le cadre d'enquêtes, et qui visent à couvrir les coûts des interventions initiales des mandataires pour le cas où les établissements concernés ne disposeraient pas des moyens suffisants, n'atteignent en général pas la valeur seuil de CHF 248'950.-<sup>20</sup> donnant lieu à des sanctions et ne sont le plus souvent pas épuisées<sup>21</sup>. Les coûts moyens à la charge des établissements concernés sont eux aussi inférieurs à ce seuil et sont en outre difficiles à estimer d'emblée. Enfin, ne sont soumis à la LMP que les services figurant à l'annexe 1 de l'Ordonnance d'exécution afférente à ladite loi<sup>22</sup>. S'agissant de l'activité des délégués à l'assainissement et des liquidateurs, cette condition n'est pas remplie.

---

<sup>17</sup> Le 1<sup>er</sup> janvier 1996 est entré en vigueur en Suisse l'accord GATT/OMC sur les marchés publics (AMP). L'objectif de cet accord est la suppression des entraves à la concurrence, des mesures entraînant des distorsions de concurrence ainsi que des pratiques protectionnistes en matière de marchés publics. La LMP est le texte qui transpose l'AMP en Suisse.

<sup>18</sup> Cf. Emmenegger, *Finanzmarktaufsicht und Vergaberecht* [Surveillance des marchés financiers et droit des marchés publics], in BR/DC 2/2006, p. 97; Emmenegger, *Bankhaftungsrecht* [Droit de la responsabilité bancaire], p. 15 ss.

<sup>19</sup> Cf. chapitre 8.1.

<sup>20</sup> L'art. 6 al. 1 let. b LMP en relation avec l'art. 1 let. b de l'ordonnance du DFE du 26 novembre 2007 sur l'adaptation des valeurs seuil des marchés publics pour l'année 2008 (RS 172.056.12). Les art. 32 ss LMP sont applicables aux services qui n'atteignent pas la valeur seuil. Il n'existe toutefois pas de voie de recours contre une éventuelle violation de ces dispositions.

<sup>21</sup> Cf. chapitre 8.2.

<sup>22</sup> Art. 3 al. 1 OMP.



Même en admettant l'applicabilité du droit des marchés publics à certains mandats confiés par la CFB à des mandataires, il faut tenir compte du fait que la loi permet une adjudication de gré à gré lorsqu'en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une procédure ouverte ou sélective<sup>23</sup>. Le recours à des mandataires résultant par définition de situations de crise, cette exception légale est appelée à trouver régulièrement application<sup>24</sup>.

Avec le passage de la CFB à la FINMA, un établissement de droit public doté de la personnalité juridique, l'applicabilité du droit des marchés publics est de toute façon exclue. La FINMA ne fait pas partie de "l'administration fédérale générale"<sup>25</sup> et ses actes n'entrent donc pas dans le champ d'application du droit des marchés publics<sup>26</sup>.

## 4 Nomination du mandataire

### 4.1 Déroulement concret de la procédure

Le responsable de la procédure joint par téléphone le candidat sélectionné par la CFB (les candidats contactés sont presque toujours disponibles rapidement: c'est indispensable, dans la mesure où la nomination d'un mandataire intervient le plus souvent en situation de crise et donc dans l'urgence). En règle générale, un entretien a lieu dans les quelques jours suivant l'appel. On remet au mandataire – si elles sont déjà disponibles – la décision d'attribution ainsi qu'une copie du dossier de procédure. La mission du mandataire démarre alors dans les jours qui suivent.

### 4.2 Nomination par décision de la CFB

L'octroi du mandat et la description du contenu de celui-ci font l'objet d'une décision de la CFB. Cette décision précise en détail les compétences et les tâches prévues par le droit de la surveillance. Si le mandataire (chargé d'enquête ou liquidateur) doit faire office d'organe, la décision précise dans quelle mesure il est autorisé à se substituer aux organes de la société.

Dans la pratique et en raison de l'urgence, la désignation d'un chargé d'enquête appelé à élucider des faits relevant du droit de la surveillance notamment, intervient souvent au titre de mesure provisionnelle par le biais d'une décision superprovisoire du Secrétariat de la CFB<sup>27</sup>. L'établissement concerné ne dispose d'aucun recours contre une telle décision, mais il peut prendre position par écrit et obtenir ainsi, le cas échéant, une décision de confirmation qui, elle, est susceptible de recours<sup>28</sup>. A noter toutefois que les

---

<sup>23</sup> Art. 13 al. 1 let. d OMP.

<sup>24</sup> Cf. Emmenegger, *Bankhaftungsrecht* [Droit de la responsabilité bancaire], p. 19.

<sup>25</sup> Cf. art. 2 al. 1 LMP.

<sup>26</sup> Cf. Avis de l'Office fédéral de la justice du 5 juin 2002 concernant le champ d'application, à propos de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC) 67.4.

<sup>27</sup> Art. 1 ch. 11 de l'ordonnance de délégation de la CFB.

<sup>28</sup> Cf. ATF 130 II 357.



mandataires rendent généralement leur rapport dans un délai de quelques semaines (107 jours en moyenne sur les trois dernières années). Compte tenu de cette volonté d'avancer rapidement, il n'y a généralement pas lieu de confirmer par une décision susceptible de recours, sur demande expresse d'une des parties, les mesures préventives superprovisoires: ces mesures sont confirmées directement dans le cadre d'une décision définitive susceptible de recours, puis complétées ou remplacées par d'éventuelles mesures apparaissant nécessaires.

L'instauration d'autres mandataires (notamment liquidateurs, liquidateurs de faillite bancaire ou délégués à l'assainissement) intervient ensuite sur décision de la CFB ou, en cas d'urgence, de son Président, qui constate l'activité illicite au regard du droit de la surveillance et ordonne les mesures appropriées.

### 4.3 Confirmation du mandat

Un courrier du Secrétariat de la CFB confirme au mandataire les modalités du mandat qui lui est attribué en vertu de la décision. Celles-ci varient selon les cas d'espèce. Sont fixés en particulier la date du premier rapport intermédiaire, le rythme approprié des rapports ultérieurs sur le déroulement et les résultats de l'enquête, la périodicité des décomptes à faire valider par la CFB, ou encore les obligations du mandataire en matière de conservation de documents et de secret professionnel. La CFB garde un pouvoir souverain sur tous les documents en rapport avec le mandat. En d'autres termes, c'est elle qui décide du contenu des dossiers de procédure et est seule habilitée à en autoriser la consultation. En revanche, l'obligation de conservation des documents pendant les délais légaux incombe au mandataire, qui est soumis aux dispositions relatives au secret professionnel et au secret de fonction.

La confirmation de mandat formalise également les taux horaires convenus pour les différentes fonctions. S'agissant des mandats de chargé d'enquête auprès d'intermédiaires financiers non autorisés, en cas d'insolvabilité de la personne physique ou morale concernée, la CFB donne une garantie dont le montant est fixé au cas par cas.

Enfin, dans ses confirmations de mandat, la CFB porte à l'attention des mandataires que, lorsqu'ils acceptent des mandats de la CFB, ils doivent prendre en considération d'éventuels conflits d'intérêts. Ainsi, pendant la durée des mandats qui leur sont confiés par la CFB, ils ne peuvent pas intervenir dans d'autres affaires dirigées contre la CFB. S'agissant des avocats, leurs règles déontologiques leur interdisent d'accepter des mandats de parties adverses à la CFB dès lors qu'ils sont mandataires de cette dernière<sup>29</sup>. Même si les tâches des mandataires de la CFB n'entrent pas typiquement dans le champ d'activité des avocats, et même si le monopole des avocats ne les concerne pas, il y a là une protection (indirecte) des intérêts de la CFB. Il en va de même des fiduciaires. En règle générale, ceux-ci sont tenus envers leurs clients d'une obligation contrac-

---

<sup>29</sup> Aux termes de l'art. 12 let.c LLCA, les avocats doivent éviter tout conflit entre les intérêts de leurs clients et ceux des personnes avec lesquelles ils sont en relation sur le plan professionnel ou privé. Il y a d'ores et déjà conflit d'intérêts prohibé lorsque les intérêts du client sont potentiellement menacés par un risque d'antagonisme qui apparaît mineur (cf. Fellmann/Zindel, art. 12. N 84 ss).



tuelle de loyauté<sup>30</sup>.

#### 4.4 Rapport CFB – mandataire: un contrat de droit public?

Jusqu'ici, ni la doctrine ni la jurisprudence ne se sont prononcées en détail sur la qualification juridique du rapport liant la CFB et ses mandataires. La doctrine parle notamment, sans plus de précisions, d'un "rapport de délégation" entre la CFB et le mandataire<sup>31</sup>.

On pourrait envisager de qualifier de délégation (appelé aussi "concession de service public") la nomination d'un mandataire par décision de la CFB: dans le cadre d'une délégation, la collectivité transfère à une personne privée l'exercice d'une prérogative étatique ou administrative donnée<sup>32</sup>. Toutefois, tous les critères ne sont pas remplis. Une délégation n'est certes pas équivalente à une concession<sup>33</sup>, mais il existe néanmoins une certaine proximité entre ces deux notions. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>34</sup>, une concession est un acte mixte fondé d'une part sur une décision et d'autre part sur un contrat. La partie fondée sur une décision comprend les règles concernant des aspects particulièrement importants de l'intérêt public, tandis que la partie contractuelle regroupe les éléments moins importants au regard de l'intérêt public comme par exemple la durée de la concession et la description des droits du concessionnaire. Dans ce cadre, la partie contractuelle relève également du droit public<sup>35</sup>.

En appliquant à la délégation et au rapport de droit entre la CFB et le mandataire, *mutatis mutandis*, la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les concessions, on serait donc en présence d'un contrat de droit public pour toutes les règles qui ne concernent pas des aspects particulièrement importants de l'intérêt public. Les créances d'honoraires, qui représentent le potentiel de conflit majeur, en font partie. Ceci influe aussi sur la voie à suivre en cas de litige entre la CFB et son mandataire. En effet, pour les contrats de droit civil, ce sont les tribunaux civils qui sont compétents, tandis que pour les contrats de droit public, les litiges doivent être portés devant le Tribunal administratif fédéral<sup>36</sup>.

La qualification de mandat de droit privé n'apparaît pas pertinente eu égard au fait que le mandataire agit pour la CFB dans l'exercice de la puissance publique et que le contrat a pour objet direct l'accomplissement d'une mission de service public<sup>37</sup>. La qualification la mieux adaptée au rapport juridique liant la CFB et son mandataire semble être plutôt celle de "mandat de droit public". Pour l'essentiel, le mandataire doit à la

---

<sup>30</sup> En vertu de l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. Si ces dispositions interdisent d'accepter un mandat de droit privé lorsqu'on a déjà un mandat de la CFB, ceci a aussi des incidences dans les cas inverse.

<sup>31</sup> P. Moor, Droit administratif, volume II, Berne, 2<sup>e</sup> éd., Staempfli 1994, p. 91 ss.

<sup>32</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, chiffres en marge 1512 s.

<sup>33</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, chiffres en marge 2591 ss.

<sup>34</sup> ATF 109 II 76 s., 127 II 69 ss.

<sup>35</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, chiffre en marge 1093.

<sup>36</sup> Art. 35 let. a LTAF.

<sup>37</sup> A. Mächler, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege* [Contrat et droit administratif], 2005, chiffre en marge 75.



CFB une exécution scrupuleuse et réfléchie du mandat, des rapports et une comptabilité professionnels remis en temps voulu, ainsi que le respect du secret de fonction. En outre, il ne doit pas démissionner de son mandat en temps inopportun.

En retour, le mandataire est en droit d'attendre de la CFB qu'elle le soutienne et le conseille avec discernement dans l'exécution de son mandat. Mais la CFB est notamment aussi tenue de définir les coûts légitimes liés au mandat, si nécessaire par voie de décision, et ainsi de procurer au mandataire un titre exécutoire. Si la nomination d'un mandataire se révèle injustifiée (par exemple en l'absence de tout soupçon fondé), il incombe à la CFB de supporter les coûts légitimes y afférents.

## 5 Tâches des mandataires de la CFB

Fondamentalement, la mission des mandataires de la CFB consiste à élucider des faits relevant du droit de la surveillance auprès d'intermédiaires financiers opérant en qualité de banques, de négociants en valeurs mobilières ou dans le domaine des placements collectifs de capitaux, ou lorsqu'il existe des soupçons qu'ils exercent une activité soumise à autorisation. Les tâches des mandataires de la CFB varient toutefois selon la nature du mandat.

### 5.1 Tâches du chargé d'enquête

Il appartient au chargé d'enquête de constater des faits relevant du droit de la surveillance et d'appliquer les mesures prudentielles, y compris préventives, ordonnées par la CFB. Pour désigner un chargé d'enquête, il n'est pas nécessaire qu'une infraction précise ait été établie: il suffit que l'on dispose d'indices objectifs donnant à penser qu'une telle infraction existe, et que la situation ne puisse être clarifiée définitivement que par un contrôle sur place. Le manquement auquel il convient de remédier réside alors dans le manque de clarté de la situation initiale, que la désignation du chargé d'enquête vise à résorber<sup>38</sup>.

Les chargés d'enquête n'ont pas pour mission de confirmer à tout prix les soupçons initiaux de la CFB. Il leur appartient plutôt d'examiner objectivement la situation et de fournir à la CFB une base de décision aussi claire que possible. Un chargé d'enquête a ainsi été amené à constater sans tarder que parmi plusieurs sociétés auprès desquelles il devait intervenir et qui avaient le même domicile et une raison sociale similaire, il y en avait une qui ne faisait pas partie du même groupe que les autres: l'enquête ordonnée à son encontre n'avait plus lieu d'être et a été immédiatement suspendue. Dans d'autres cas, le soupçon initial s'est certes confirmé, mais l'activité soumise à autorisation ne constituait qu'une activité accessoire ou pouvait être assimilée, sans compromettre la protection des investisseurs, à une activité non soumise à autorisation. On peut alors permettre aux sociétés concernées d'annuler ou de modifier les opérations en cause, avec le suivi du chargé d'enquête, avant de lever les mesures ordonnées.

---

<sup>38</sup> ATF 132 II 282, reproduit in Bulletin CFB 49/2006 p. 157, 167.



Il est demandé au chargé d'enquête de remettre régulièrement un rapport au Secrétaire de la CFB. S'agissant des établissements soumis au droit de la surveillance, ce rapport peut porter sur la délimitation des activités à examiner, les vérifications et les éventuelles preuves des carences reprochées, le contrôle des risques de placement, ou encore l'évaluation de la situation financière. Dans les établissements non soumis au droit de la surveillance, et toujours dans la perspective d'éventuels manquements à l'obligation d'obtenir une autorisation, le mandat consiste à examiner les activités exercées, à identifier les relations juridiques et économiques avec des personnes physiques et morales proches, à vérifier que les intérêts de certains investisseurs et créanciers ne sont pas compromis, ou encore à analyser la situation financière desdits établissements, notamment en termes de patrimoine et de revenus.

Le chargé d'enquête peut aussi se voir attribuer les compétences de certains organes. Ceci est fréquent dans les sociétés opérant illégalement. Les compétences concernées sont alors décrites plus précisément, au cas par cas, dans la décision d'attribution du mandat. Ce pouvoir de décision porte souvent sur l'ensemble des activités de la société, y compris des avoirs situés en Suisse ou à l'étranger dont ladite société est l'ayant droit économique. Il peut être demandé au registre du commerce concerné de modifier l'inscription en conséquence, et notamment d'indiquer que les personnes précédemment inscrites n'ont plus qu'un pouvoir de signature restreint. Il s'est avéré dans la pratique que les chargés d'enquête agissant en qualité d'organes ont plus facilement accès aux actifs de la société, en particulier à l'étranger, ce qui leur permet de les sauvegarder pour les investisseurs et de les rapatrier en Suisse.

## **5.2 Tâches du délégué à l'assainissement**

Le délégué à l'assainissement prépare un plan d'assainissement intégrant une stratégie de résolution des problèmes financiers. Il analyse notamment l'actif et le passif, évalue les risques juridiques et financiers et élabore la stratégie de sortie de la crise financière. Il est en contact direct avec les créanciers et les associés et procède à l'assainissement conformément au plan d'assainissement. A ce jour, la CFB n'a encore jamais eu recours à un délégué à l'assainissement.

## **5.3 Tâches du liquidateur**

Conformément aux dispositions du Code des obligations, les liquidateurs dressent un bilan de liquidation et somment les créanciers de faire connaître leurs réclamations<sup>39</sup>. Ils terminent les affaires courantes, réalisent l'actif et exécutent les engagements de la société. Il leur appartient de prendre des mesures conservatoires, d'avertir la CFB en cas de surendettement, de répartir l'actif, de radier la société du registre du commerce et de se substituer pour certaines fonctions aux organes de la société. Leur nomination et leur surveillance relèvent toutefois du pouvoir souverain de la CFB.

## **5.4 Tâches du liquidateur de faillite bancaire**

Le liquidateur de faillite bancaire mène la procédure de liquidation conformément aux

---

<sup>39</sup> Art. 742 CO.



prescriptions applicables en matière de faillite bancaire<sup>40</sup>. La liquidation se fait sous la surveillance de la CFB qui, dans le cadre de la procédure, reste l'autorité décisionnaire<sup>41</sup>.

## 5.5 Tâches du gérant

Dans le cadre des placements collectifs de capitaux, le gérant remplace le titulaire de l'autorisation lorsque celui-ci n'est plus à même d'exercer son activité. Dans les six mois suivant sa nomination, il lui appartient de proposer à l'autorité de surveillance des mesures visant à rétablir la légalité ou à dissoudre la société. C'est en 2006 que la CFB a nommé pour la dernière fois un gérant, en remplacement d'une direction de fonds empêchée d'exercer faute de satisfaire aux exigences légales; cette nomination a été publiée auprès des organes de publication du fonds de placement<sup>42</sup>.

## 6 Situation du mandataire au regard du droit procédural

### 6.1 Prérogatives de puissance publique?

Le chargé d'enquête est un organe de l'autorité de surveillance, celle-ci l'institue souverainement. Comme les sociétés d'audit agréées par la CFB, il est un sujet de droit privé qui remplit une mission de service public sans pour autant devenir une "autorité fédérale"<sup>43</sup>. Il ne peut donc pas rendre de décisions. Les prérogatives de puissance publique, au sens propre du terme, sont réservées à la CFB<sup>44</sup>: c'est elle qui prend les mesures requises pendant la durée de la procédure, le cas échéant sur demande du chargé d'enquête. Par ailleurs, la décision d'attribution du mandat oblige le mandataire à informer immédiatement le Secrétariat de la CFB de tout événement qui compromet les intérêts des créanciers et des investisseurs, ou qui constitue une violation des instructions données dans le cadre de la procédure. La CFB a ainsi connaissance des faits et peut prendre les mesures qui s'imposent. Le chargé d'enquête n'est qu'un "auxiliaire" en matière d'exécution et les rapports qu'il rend n'ont aucun caractère obligatoire<sup>45</sup>. De même, les liquidateurs (de faillite) ne sont pas des "autorités". C'est le Secrétariat de la CFB qui prend les décisions requises dans le cadre des procédures concernées et donne des instructions quant à leur mise en œuvre.

D'un autre côté, le chargé d'enquête accomplit pour la CFB des tâches incombant à l'autorité publique de surveillance, lesquelles relèvent de la puissance publique. La CFB pourrait aussi les accomplir elle-même. Le mandataire tient son mandat exclusivement de la CFB. Dès lors, son activité doit être qualifiée d'exercice de la puissance publique au sens large. Ceci a certaines implications sur le traitement fiscal des honoraires des

<sup>40</sup> Cf. Rapport de la CFB sur l'insolvabilité bancaire, [http://www.ebk.ch/f/aktuell/20080128/20080128\\_f.pdf](http://www.ebk.ch/f/aktuell/20080128/20080128_f.pdf).

<sup>41</sup> Cf. art. 24 LB en relation avec l'art. 7 OFB.

<sup>42</sup> Exemple de nomination d'un gérant in Bulletin CFB 49/2006, p. 188 ss.

<sup>43</sup> FF 2002 7491.

<sup>44</sup> ATF 130 II 359.

<sup>45</sup> ATF 130 II 359.



mandataires de la CFB ainsi que sur le régime de responsabilité qui leur est applicable, notamment en vertu de la nouvelle LFINMA<sup>46</sup>.

## 6.2 Situation du mandataire au regard du droit procédural

Les mandataires de la CFB ne disposent d'aucun pouvoir de contrainte, mais ils ont en principe un droit d'information et de regard sur tous les documents de l'établissement concerné qui sont pertinents pour l'exécution du mandat, ainsi qu'un droit d'accès à ses locaux et systèmes informatiques<sup>47</sup>. Ils peuvent donc examiner l'ensemble de l'activité commerciale et consulter tous les dossiers. A cet égard, ils ont la possibilité de demander aux organes compétents de l'établissement une "déclaration d'intégralité" confirmant que toutes les informations et tous les documents pertinents ont bien été mis à leur disposition.

Les obligations d'informer, de mettre à disposition et de collaborer ne concernent pas seulement les établissements autorisés, mais aussi les personnes physiques ou morales concernées par les vérifications de la CFB et susceptibles d'exercer une activité soumise à autorisation<sup>48</sup>. Ces obligations s'imposent à tous les organes, y compris l'organe de révision. Si l'établissement concerné ne les respecte pas, ou ne les respecte que partiellement, il appartient à la CFB de prendre une décision sur la base des informations dont elle dispose. Dans le cadre de l'appréciation des preuves, elle peut tenir compte du refus de collaborer ou de la réticence de l'entreprise à cet égard. Le manque d'informations en interne ainsi que l'ignorance feinte des organes sont toujours mis à la charge de l'établissement<sup>49</sup>.

La loi sur la procédure administrative (PA) s'applique aux procédures devant la CFB, mais pas aux vérifications du chargé d'enquête. Dès lors, les notes d'entretien sur lesquelles se fondent ses rapports n'ont pas à répondre aux exigences en matière d'établissement des procès-verbaux qui s'imposent dans le cadre des interrogatoires formels de témoins ou des renseignements communiqués par des tiers<sup>50</sup>. La procédure dans son ensemble doit toutefois respecter les garanties minimales prévues par le droit procédural<sup>51</sup>. Il en va de même des actes des liquidateurs et des gérants.

## 6.3 Interventions à titre d'expert

Les rapports, notamment ceux des chargés d'enquête, doivent se limiter à analyser les faits relevant du droit de la surveillance, sans en tirer de conclusion juridique. A cet égard, le chargé d'enquête est toutefois tenu de se forger une opinion quant aux faits analysés puis, sur cette base, de porter une appréciation. Il va de soi aussi qu'il doit procéder aux vérifications juridiques préalables permettant de définir les faits relevant du droit de la surveillance, faute de quoi il ne serait pas en mesure de mener à bien la

<sup>46</sup> Cf. à cet égard les chapitres 8.4 et 9.

<sup>47</sup> FF 2002 7491.

<sup>48</sup> ATF 130 II 358, art. 1 OB.

<sup>49</sup> Décision de la Commission fédérale des banques du 26.10.2005, in Bulletin CFB 48/2006, p. 295, 300.

<sup>50</sup> Cf. ATF 130 II 169 consid. 2.3. Cf. aussi Bulletin CFB 46/2004, p. 63, 98 ss.

<sup>51</sup> ATF 130 II 360.



mission exigeante confiée par la CFB. Ceci fait partie de son mandat et constitue en principe la base de tout avis d'expert<sup>52</sup>. En revanche, l'appréciation juridique de la situation au regard du droit applicable en matière de surveillance – par exemple, la question de savoir si l'activité identifiée est bel et bien soumise à autorisation en Suisse – appartient à l'autorité de surveillance<sup>53</sup>. Celle-ci prend en compte non seulement les conclusions du chargé d'enquête, mais aussi les prises de position des intéressés quant au rapport et, le cas échéant, quant à la situation qui leur a été soumise au préalable. Ces prises de position s'inscrivent dans le cadre du droit d'être entendu.

## **7 Surveillance des mandataires par la CFB**

### **7.1 Procédure uniforme**

La CFB applique des mesures d'exécution uniformisées. Afin d'optimiser le déroulement des procédures d'autorisation, d'enquête et de faillite, la CFB a établi des listes de contrôle internes assorties de modèles et de documents types. Accessibles à tous les collaborateurs via l'Intranet, elles garantissent un traitement et un suivi cohérents et complets. Le cas échéant, la CFB veille à coordonner les interventions de ses mandataires avec d'autres autorités et examine la possibilité de mandater sur place des collaborateurs de son Secrétariat.

De même, toutes les publications relatives aux procédures passent par le Secrétariat, ce qui assure une communication homogène.

### **7.2 Contacts entre la CFB et ses mandataires**

Même si des principes uniformes s'appliquent à toutes les procédures, chaque mandat est unique. Afin de pouvoir réagir rapidement aux questions et aux problèmes qui se posent au cas par cas, il est important que la CFB reste en contact étroit avec ses mandataires. L'expérience a montré que si ces interactions monopolisent beaucoup de temps, elles sont indispensables, de sorte qu'il faut dégager les ressources nécessaires. La communication entre le chargé d'enquête et son "correspondant" au sein de la CFB doit toutefois rester dans les limites du raisonnable en termes de temps.

Il peut arriver qu'un mandataire ne soit pas capable de travailler de manière autonome, qu'il évite les décisions et demande l'aval de la CFB pour la moindre broutille. Le juste "degré d'intensité" de la collaboration entre le mandataire et la CFB s'apprécie alors au regard de la complexité et de l'importance des questions qui se posent, dossier par dossier. Mais inversement, il est également arrivé que le chargé d'enquête agisse de manière trop autonome, sans consulter la CFB, ou qu'il s'abstienne sciemment d'intervenir – et dans ce dernier cas, il n'a pu être remédié qu'à grands frais aux conséquences de ses actes. Des contacts réguliers permettent toutefois d'identifier à temps d'éventuelles erreurs dans l'ordre des priorités ou dans l'appréciation de la pertinence

---

<sup>52</sup> Cf. art. 12 PA.

<sup>53</sup> Cf. ATF 130 II 360 et ATF 2A.360/2006 du 12.9.2006 (in Bulletin CFB 50/2007, p. 145).



d'un fait, et ainsi de corriger le tir. C'est à cela que servent les rapports réguliers exigés par la CFB de ses mandataires.

Dans les affaires complexes et de grande ampleur, la désignation d'un mandataire coordinateur facilite parfois la collaboration entre la CFB et ses mandataires. C'est une mesure judicieuse qui, d'une part, garantit le bon déroulement de l'enquête et, d'autre part, facilite la rédaction d'un rapport exhaustif. Le mandataire coordinateur peut se voir conférer les mêmes droits et compétences que les mandataires qui interviennent directement auprès des différents établissements. En outre, il est tenu informé en permanence des résultats des autres mandataires. Il coordonne donc les investigations et veille à ce que tous les mandataires travaillant sur un dossier donné soient au courant à tout moment des derniers résultats de l'enquête et des dernières conclusions. Enfin, sur la base du travail de chacun, il élabore un rapport de synthèse.

### **7.3 Evaluation de l'intervention**

Pour la CFB comme pour les mandataires, l'évaluation du travail effectué dans le cadre des mandats est très importante. Jusqu'à présent, il était déjà indiqué dans la confirmation de mandat qu'à l'issue de celui-ci, sur demande de la CFB ou du mandataire, un entretien final pourrait avoir lieu, et ce à titre gracieux. En pratique toutefois, seules les affaires importantes et complexes ont donné lieu à de tels entretiens. Le plus souvent, le feed-back aux mandataires s'effectue spontanément, pendant la durée du mandat ou lorsqu'un mandat de chargé d'enquête se transforme en mandat de liquidation.

Désormais, on dispose d'un outil d'évaluation qui répond à deux objectifs: d'une part, uniformiser le processus d'évaluation des interventions des mandataires par les collaborateurs de la CFB et, d'autre part, en communiquant régulièrement les évaluations, permettre une amélioration continue des interventions en termes qualitatifs. De même, en intégrant les résultats collectés dans les activités de formation, la CFB entend en faire bénéficier l'ensemble du pool de mandataires. Sont évalués la qualité du rapport, le comportement envers les établissements concernés (cohérence, équité, esprit constructif, approche concrète), la collaboration avec la CFB (équilibre entre autonomie et concertation), le respect des délais et l'adéquation des coûts par rapport au travail effectué. Une mauvaise évaluation peut signifier, pour le mandataire concerné, son exclusion du pool<sup>54</sup>.

Dans le même temps, la CFB cherche à améliorer en permanence ses processus: elle demande donc désormais régulièrement à ses mandataires de lui donner un feed-back sur leur collaboration avec elle.

### **7.4 Contrôle des coûts**

Durant leur mandat, les mandataires doivent remettre à la CFB des décomptes de frais réguliers (généralement hebdomadaires ou mensuels). Ces décomptes intermédiaires doivent faire apparaître en détail ce qui a été fait, quand, par qui et pour quel montant. La CFB veille à ce que les honoraires soient proportionnés. Elle vérifie qu'ils sont justi-

---

<sup>54</sup> Cf. chapitre 2.3.



fiés au regard de la complexité du cas, du volume des dossiers à examiner, des difficultés pratiques rencontrées dans l'administration des preuves, ou encore des mesures requises pour protéger les intérêts des investisseurs. Ce contrôle est très important, car c'est le seul moyen d'éviter que des coûts soient générés sans création de valeur ajoutée.

L'expérience a montré dans quelques cas que les mandataires ne faisaient pas preuve de toute la rigueur requise au niveau des coûts. Il est parfois arrivé que des interventions non nécessaires à l'exécution du mandat soient effectuées et facturées. Dans un cas (il est vrai tout à fait spécifique), la CFB est parvenue à obtenir du mandataire une réduction très substantielle de sa facture. Depuis lors, elle exige des décomptes intermédiaires plus fréquents, afin de pouvoir contrecarrer en temps utile tout dérapage des coûts. Dans certains cas, ces derniers n'en demeurent pas moins considérables.

## 7.5 Contrôle interne

Dans un nombre croissant de cas, la CFB confie à des tiers la tâche de liquider (le cas échéant par voie de faillite) l'activité de personnes physiques ou, le plus souvent, morales. Il n'est pas rare que les avoirs à collecter, réaliser et répartir entre les créanciers soient considérables. Or, en règle générale, les organes ont été destitués, les créanciers et associés n'ont qu'un droit de regard limité sur les interventions des mandataires et il n'y a plus d'organe de révision: le seul contrôle qui demeure est la surveillance de la CFB. Celle-ci s'exerce principalement sur la base des décomptes de frais et des plans de répartition présentés, mais il n'y a pas de contrôle des flux de fonds effectifs. Dans certains cas, les collaborateurs de la CFB assument eux-mêmes la fonction de liquidateur (de faillite).

En l'absence de contrôle, l'exercice de cette activité pourrait donner lieu à des abus. C'est pourquoi la CFB examine actuellement les moyens de mettre en place rapidement des mécanismes plus pratiques et plus efficaces pour contrôler l'activité de ses mandataires et collaborateurs. Elle ne souhaite pas attendre l'instauration du contrôle interne prévu dans le cadre de la mise en œuvre de la FINMA. C'est ainsi que les confirmations de mandat précisent désormais à l'attention des mandataires que la CFB peut effectuer ou faire effectuer à tout moment un audit des comptes de liquidation ou de faillite des établissements concernés.

## 8 Coûts de la mise en œuvre de la surveillance par des mandataires

### 8.1 Coûts imputés à l'établissement

Les coûts liés à l'instauration d'un chargé d'enquête sont imputés à l'établissement, dans la mesure où c'est lui qui est responsable du manque de clarté de la situation initiale, et donc du manquement auquel la CFB, en tant qu'autorité de surveillance, entend remédier en instaurant un chargé d'enquête<sup>55</sup>. Sur injonction de la CFB, il est tenu

---

<sup>55</sup> cf. ATF 126 II 111 consid. 4d p. 118 s.



de faire une avance de frais. En cas de litige, les coûts sont transférés à l'établissement par décision de la CFB. Ils sont également à la charge de celui-ci dans les cas où le soupçon de la CFB était fondé au départ, mais s'est avéré injustifié à l'issue des vérifications du chargés d'enquête<sup>56</sup>. Les établissements qui font partie d'un groupe sont tenus solidairement des coûts liés aux chargés d'enquête.

Les coûts de liquidation sont eux aussi à la charge de l'établissement concerné et donc, en définitive, de ses actionnaires ou de ses créanciers en cas de liquidation par voie de faillite. Il en va de même des coûts liés à l'intervention d'un liquidateur de faillite en vertu de la loi<sup>57</sup>. Si, à l'ouverture de la faillite, une suspension de la procédure faute d'actifs est probable, la CFB peut s'abstenir provisoirement de nommer un liquidateur<sup>58</sup>. En d'autres termes, c'est alors son Secrétariat qui fait office de liquidateur et mène la procédure de faillite. A ce jour, la CFB a fait office de liquidateur dans 41 procédures de faillite bancaire ouvertes à l'encontre d'établissements non autorisés.

## 8.2 Coûts imputés à la CFB

En cas d'insolvabilité de l'établissement où intervient le chargé d'enquête, la CFB garantit à ce dernier le versement d'un montant maximum convenu par avance. Ce versement est effectué dès lors que le chargé d'enquête a demandé les avances de frais requises en temps utile, c'est-à-dire avant l'ouverture de la faillite, que celles-ci n'ont pu être payées et qu'il a cédé ses créances d'honoraires à la CFB à hauteur du montant couvert par elle. La CFB ne donne généralement pas sa garantie pour les mandats effectués auprès d'établissements autorisés, pour les mandats de liquidateur ou de liquidateur de faillite bancaire, ou pour les mandats résultant de la LPCC.

Depuis le milieu de l'année 2004, elle a accordé des garanties à hauteur d'un montant total de CHF 1'895'000.- pour 71 mandats. La garantie la plus élevée a été de CHF 250'000.-. Le tableau ci-après présente les garanties accordées et les montants effectivement appelés ces dernières années:

<b>Année</b>	<i>Montant total garanti [en CHF]</i>	<i>Montant appelé [en CHF]</i>
2007	865'000.--	83'036.60
2006	380'000.--	85'647.20
2005	165'000.--	6'511.15
2004	420'000.--	396'746.--

<sup>56</sup> FF 2002 7491.

<sup>57</sup> Cf. art. 32 OFB (frais de procédure couverts par la masse en faillite).

<sup>58</sup> Décision de la Commission fédérale des banques du 1.6.2006 dans l'affaire Dromex SA, in Bulletin CFB 50/2007, p. 175.

Ces chiffres montrent qu'en dépit d'un fort accroissement des cas traités et des montants accordés en garantie, les charges effectives résultant des garanties n'ont pas connu une progression proportionnelle et ont même diminué en 2007. Il apparaît toutefois aussi que certains cas exceptionnels, comme le cas Sogevalor SA en 2004, peuvent peser très lourd dans la balance.

### 8.3 Honoraires des mandataires de la CFB

Le tableau ci-après présente les montants totaux (en milliers de CHF) des honoraires versés ces dernières années aux mandataires pour les différents types de mandat:

	2007		2006		2005		2004	
	Total	Et. autorisés	Total	Et. autorisés	Total	Et. autorisés	Total	Et. autorisés
<b>Chargé d'enquête</b>	9'623	7'435	3'064	1'548	363	85	161	
<b>Liquidateur de faillite</b>	2'034	71	2'438	304	400		102	79
<b>Réviseur extraordinaire</b>	425	425	1'345	1'345				
<b>Liquidateur</b>	40	16	93	77	354	354	79	
<b>Gérant</b>	61		107		92		63	
<b>Observateur (caduc)</b>							250	250
<b>Total par an</b>	<b>12'183</b>	<b>7'947</b>	<b>7'047</b>	<b>3'274</b>	<b>1'209</b>	<b>439</b>	<b>655</b>	<b>329</b>

Ces coûts ont fortement progressé au cours des dernières années. Ils varient beaucoup selon le type de mandat, mais on constate également d'énormes écarts pour un même type de mandat. Ainsi, le mandat de chargé d'enquête le plus coûteux jamais effectué (et qui n'est pas encore achevé) a généré en sept mois près de CHF 2,4 millions d'honoraires. Le "meilleur marché" est revenu à CHF 8'853.95.

Les procédures concernant des établissements autorisés sont en général beaucoup plus onéreuses que celles concernant des établissements non autorisés. Ces dernières années, cinq mandats ont franchi la barre du million de francs. Les coûts des mandats de chargés d'enquête auprès d'établissements non autorisés se situent souvent dans la fourchette de CHF 15'000.- à 75'000.-, même si l'un d'eux a donné lieu à un montant d'honoraires de CHF 713'273.-. Les mandats de liquidateur ou de liquidateur de faillite peuvent se prolonger sur plusieurs années.

A noter dès lors que les coûts y afférents pour l'année 2007 ne sont pas encore chiffrés définitivement, puisque des factures concernant cette période continuent d'arriver.

### 8.4 Traitement fiscal des honoraires

Les personnes et organismes ne sont pas assujettis à la TVA pour les prestations qu'ils fournissent dans l'exercice de la puissance publique<sup>59</sup>. L'Administration fédérale des contributions (AFC) considère que les liquidateurs de faillite bancaire et les délégués à

<sup>59</sup> Art. 23 al. 1 LTVA.



l'assainissement agissent dans l'exercice de la puissance publique au sens large. Les rémunérations perçues au titre de ces activités ne sont donc pas assujetties. En revanche, les chargés d'enquête et liquidateurs ne fournissent pas leurs prestations dans l'exercice de la puissance publique, de sorte que leurs rémunérations sont assujetties à la TVA au taux normal.

## 9 Responsabilité

L'instauration de mandataires par la CFB comporte un risque de responsabilité mais fort heureusement, les tribunaux n'ont pas eu à connaître de telles affaires jusqu'ici. Dans un cas seulement, un établissement soumis à enquête a fait valoir un préjudice dans un recours devant le Tribunal fédéral<sup>60</sup>, mais sans engager d'action en responsabilité.

### 9.1 Régime actuellement applicable en matière de responsabilité

En vertu du droit en vigueur régissant les banques et les bourses et des dispositions du droit des sociétés anonymes (art. 752-760 CO), les chargés d'enquête, délégués à l'assainissement et liquidateurs mandatés par la CFB sont tenus personnellement responsables des dommages résultant de leur comportement fautif<sup>61</sup>. La LPCC prévoit elle aussi la responsabilité personnelle des mandataires dès lors qu'ils violent leurs obligations, à moins qu'ils prouvent qu'ils n'ont commis aucune faute<sup>62</sup>.

La partie lésée peut en outre intenter une action en responsabilité de l'Etat lorsque la CFB viole gravement ses obligations et qu'il en résulte un dommage. Il n'y a "violation grave" qu'en cas de manquement caractérisé et grave de la CFB touchant à ses compétences clés.

### 9.2 Régime applicable en vertu de la LFINMA

Avec l'introduction de la LFINMA, la responsabilité civile des mandataires de la CFB est supprimée: on en revient au principe de la responsabilité de l'Etat. En d'autres termes, c'est à nouveau la stricte responsabilité causale de la loi sur la responsabilité, illimitée en termes de montant, qui s'applique<sup>63</sup>. En tant qu'organisme extérieur à l'administration fédérale ordinaire, la FINMA est donc tenue responsable au premier chef des dommages causés aux tiers par elle, ses organes et ses employés. Si elle n'est pas en mesure de réparer le dommage avec ses réserves, alors seulement la Confédération répond subsidiairement envers la partie lésée du montant non couvert<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> ATF 131 II 324 s.: le recours concernait principalement les mesures ordonnées à l'encontre de la société ainsi que l'ouverture de la faillite; il a été rejeté. Le Tribunal fédéral n'a donc pas eu à statuer sur la question de la responsabilité.

<sup>61</sup> Cf. art. 39 LB et art. 36a LBVM en relation avec l'art. 39 LB.

<sup>62</sup> Cf. art. 145 al. 1 et 2 LPCC.

<sup>63</sup> Cf. art. 19 LFINMA.

<sup>64</sup> Message concernant la LFINMA, FF 2006, p. 2741; art. 19 LResp.



La loi prévoit un droit de recours contre les personnes fautives<sup>65</sup>. Celles-ci ne répondent toutefois que de leurs actes intentionnels et des négligences graves, mais pas, comme c'était le cas en vertu du régime de responsabilité institué par le droit des sociétés anonymes, de tout comportement fautif.

La LFINMA prévoit en outre une plus grande limitation de la responsabilité. La FINMA et les personnes qu'elle a mandatées ne sont responsables que si elles ont violé des devoirs essentiels de fonction et si les dommages ne résultent pas d'une violation des obligations d'un assujetti<sup>66</sup>. Jusqu'ici, l'exigence qualifiée de "violation des devoirs essentiels de fonction" comme critère d'illicéité ne valait que pour les décisions de justice et les décisions administratives. La pratique a montré que dans la plupart des cas où il a été fait appel à des mandataires, on était typiquement en présence de violations d'obligations par les établissements assujettis, avec les dommages qui en résultent. Le nouveau régime de responsabilité instauré par la LFINMA restreint donc largement la responsabilité de la FINMA et de ses mandataires.

### 9.3 Risques potentiels liés à la responsabilité

#### a) Dommage résultant de l'instauration d'un mandataire en tant que telle

Il peut y avoir un risque de responsabilité lorsque l'autorité de surveillance instaure un mandataire alors même qu'aucun comportement fautif ne peut être reproché à l'établissement soumis à enquête, de sorte que la mesure prise s'avère injustifiée. Cette mesure étant connue du public, elle peut avoir des répercussions négatives en termes de réputation et d'activité: un dommage sous forme de manque à gagner n'est pas exclu. La question qui se pose dans ce cas n'est pas celle de la responsabilité personnelle du mandataire, mais de la responsabilité de l'autorité de surveillance ou de l'Etat. Dans un premier temps, il appartient à l'établissement concerné d'attaquer en justice la décision instaurant la mesure litigieuse. Si cette plainte est reçue, il devra ensuite prouver dans le cadre d'une action en responsabilité que cette mesure de l'autorité de surveillance était illicite. Il n'y a illicéité qu'en cas de manquement caractérisé et qualifié de l'autorité de surveillance. Il ne suffit pas qu'une décision se révèle erronée du fait que la mesure prise était, par exemple, disproportionnée<sup>67</sup>. Il faut une faute inexcusable<sup>68</sup>.

#### b) Dommage causé par le mandataire intervenant en dehors du cadre de la mesure prise

Si la mesure prise par l'autorité de surveillance n'a pas été contestée ou alors si elle a été confirmée en justice, un dommage peut également résulter du fait que le mandataire enfreint les instructions figurant dans la décision d'attribution ou la confirmation de mandat. Tel est par exemple le cas lorsqu'il s'abstient d'agir en dépit d'instructions claires en ce sens. Mais il peut aussi y avoir un dommage lorsque le mandataire ne res-

<sup>65</sup> Art.7 s. LResp.

<sup>66</sup> Art. 19 al. 2 LFINMA.

<sup>67</sup> Cf. Emmenegger, Responsabilité, p. 41 ss.

<sup>68</sup> Message concernant la LFINMA, FF 2006, p. 2741; art. 19 LResp.



pecte pas le cadre imparti à la mesure prise par l'autorité de surveillance et prend de son propre chef des initiatives dommageables.

La responsabilité de l'Etat peut être engagée dans le cas où l'instauration de mandataires est certes justifiée en tant que telle, mais où l'autorité de surveillance n'a pas fait preuve de toute la diligence requise pour choisir lesdits mandataires, leur transmettre ses consignes et les contrôler. C'est par exemple l'hypothèse où la CFB s'abstient de réagir alors qu'un comportement fautif de son mandataire lui a été signalé<sup>69</sup>.

### **c) Dommage causé par le mandataire intervenant dans le cadre de la mesure prise**

Il y a enfin un risque de responsabilité lorsque le mandataire a un comportement fautif dans le cadre de son mandat. Tout d'abord, un dommage peut résulter du fait qu'il n'exécute pas son mandat avec toute la diligence requise. A l'égard des créanciers, la responsabilité peut aussi être causée par une omission fautive de la part du mandataire: tel est par exemple le cas lorsque la faute génératrice du dommage consiste à ne pas avoir identifié, ou à avoir identifié trop tard, des lacunes pourtant apparentes. Les créanciers ne peuvent toutefois pas porter l'affaire en justice tant que l'intermédiaire financier lésé ne fait pas l'objet d'une procédure de faillite<sup>70</sup>.

Dans la pratique, la CFB et ses mandataires sont souvent confrontés à la question des mesures d'urgence à prendre pour préserver les avoirs<sup>71</sup>, qu'il s'agisse de ceux de l'établissement soumis à enquête ou de fonds de la clientèle investis dans des placements à risque. Il s'agit de décider rapidement si les placements financiers existants doivent être simplement couverts, ou s'il faut les réaliser et opter pour de nouveaux placements non spéculatifs: en d'autres termes, il s'agit de décider si les positions ouvertes doivent être fermées et liquidées. Dans la pratique, c'est à l'évidence une situation des plus délicates au regard du droit de la responsabilité.

Il convient de noter à cet égard que la CFB et ses mandataires sont exposés à un plus grand risque de responsabilité lorsqu'ils perdent du temps en début de procédure, faisant ainsi naître un dommage. Il est donc important que les mandataires agissent vite et s'empressent de couvrir les avoirs existants et de les soustraire à la spéculation. En termes de responsabilité, le manque à gagner représente le plus souvent un risque moindre que les pertes résultant du maintien fautif de placements spéculatifs. Ceci vaut aussi dans les cas où il s'avérerait a posteriori qu'une autre décision aurait donné un meilleur résultat financier. Une appréciation purement ex post ne saurait en effet fonder la responsabilité.

## **10 Conclusion générale**

La mise en œuvre de la surveillance par des mandataires permet de mener les procédures de façon rapide et extrêmement efficace. Elle constitue donc un instrument très

---

<sup>69</sup> Cf. Emmenegger, Responsabilité, p. 41 ss.

<sup>70</sup> Cf. art. 757 CO.

<sup>71</sup> Cf. ATF 131 II 324 consid. 4.3.3.



important de l'arsenal grâce auquel la CFB remplit sa mission légale. Ses avantages sont notamment de permettre l'intervention rapide de ressources qualifiées supplémentaires, ainsi qu'une réelle liberté de décision quant aux mesures à prendre au cas par cas. Dépêchés dans les établissements concernés, les mandataires se forment en direct une opinion sur les personnes qui y travaillent ainsi que sur les locaux dans lesquels les activités sont exercées. Quant aux dangers, ils résident notamment dans le fait que toutes les informations concernant les établissements parviennent de manière filtrée à la CFB et qu'ainsi elle ne peut pas directement se faire sa propre opinion sur l'établissement concerné. En outre, il peut arriver que les mandataires manquent d'expérience pratique, qu'ils aillent trop loin dans leur démarche, ou qu'ils fassent déraiper le coût du mandat. La collaboration entre la CFB et ses mandataires, qui ne fait que s'améliorer, de même que le contrôle actif exercé par cette dernière sont toutefois de nature à minimiser ces dangers. Dès lors, les risques encourus sont sans commune mesure avec la contribution considérable apportée par le système des mandataires à l'efficacité de la surveillance, et donc à la place financière suisse.

## **Annexe**

Liste des candidats qui se sont vu confier des mandats depuis 2004 ou qui ont actuellement des mandats en cours.



## Bibliographie

Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 20 novembre 2002, in: FF 2002 n° 51, p. 7476 ss

Message concernant la loi fédérale du 1<sup>er</sup> février 2006 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, in: FF 2006 n° 11, p. 2741 ss

Emmenegger Susanne: *Die Haftung des EBK-Beauftragten* [La responsabilité du mandataire de la CFB], in: *Bankhaftungsrecht*, Bâle 2006 (cité en abrégé: Responsabilité)

Emmenegger Susanne: *Finanzmarktaufsicht und Vergaberecht* [Surveillance des marchés financiers et droit des marchés publics], in BR/DC 2/2006 p. 97 s.

Fellmann Walter/Zindel Gaudenz: *Kommentar zum Anwaltsgesetz* [Loi sur les avocats commentée], Zurich 2005

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix: *Allgemeines Verwaltungsrecht* [Droit administratif général], 5<sup>e</sup> éd., 2006

Mächler August: *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege* [Contrat et droit administratif], 2005

Moor Pierre: *Droit administratif*, volume II, Berne, 2<sup>e</sup> éd., Staempfli 1994

Poledna Tomas/Marazzotta Lorenzo: *Kommentierung zu Art. 23<sup>quater</sup> BankG* [Commentaire de l'art. 23<sup>quater</sup> LB], in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, 2005 (cité en abrégé: Poledna/Marazzotta)

Schwob Renate: *Kommentierung zu Art. 33 BankG* [Commentaire de l'art. 33 LB], in: Bodmer/Kleine/Lutz, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, livraison 17, 2006 (cité en abrégé: Schwob)

Zobl Dieter: *Kommentierung zu Art. 23<sup>quater</sup> BankG* [Commentaire de l'art. 23<sup>quater</sup> LB], in: Bodmer/Kleine/Lutz, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, livraison 17, 2006 (cité en abrégé: Zobl)



## **Mandataires CFB** (auxquels un mandat au moins a été confié depuis 2004 ou qui traitent actuellement un mandat)

<b>Adriano P. Vassalli</b>	Lugano
<b>Altenburger Rechtsanwälte</b>	Küsnacht
<b>ambralaw</b>	Bern
<b>Bankrevisions- und Treuhand AG</b>	Zürich
<b>BDO Visura</b>	Lausanne
<b>Berney &amp; Associés SA</b>	Genève
<b>Bill, Isenegger &amp; Ackermann</b>	Zürich
<b>Bühlmann &amp; Fritschi Rechtsanwälte</b>	Zürich
<b>Bürgi Nägeli Rechtsanwälte</b>	Zürich
<b>CHKP Conrad Höchli Kink &amp; Pilgrim</b>	Baden
<b>Deloitte AG</b>	Zürich
<b>Ernst &amp; Young AG</b>	Basel
<b>Fasel Bochatay Tsimaratos</b>	Genève
<b>Fidi BC SA</b>	Lugano
<b>FINSPECTA GmbH (Pfister, Lichtsteiner, Weltert)</b>	Zug
<b>Gemeinschaft Häusermann &amp; Partner / Grüninger Hunziker Roth / Schumacher Baur Hürlimann</b>	Bern
<b>Giorgio Della Santa</b>	Lugano
<b>Grüniger Hunziker Roth Rechtsanwälte</b>	Bern
<b>Häusermann &amp; Partner</b>	Bern
<b>IUXTA SA</b>	Lugano
<b>Kanzlei Roth Schwarz Roth</b>	Binningen
<b>KPMG AG</b>	Zürich
<b>Küng Rechtsanwälte</b>	Zürich
<b>Lutz Rechtsanwälte</b>	Zürich
<b>Mo Costabella Pirkl</b>	Genève
<b>PEQ GmbH</b>	Zunzgen
<b>Prager Dreifuss Rechtsanwälte</b>	Zürich
<b>PricewaterhouseCoopers AG</b>	Zürich



Eidgenössische Bankenkommission  
Commission fédérale des banques  
Commissione federale delle banche  
Swiss Federal Banking Commission

## **Mandataires CFB** (auxquels un mandat au moins a été confié depuis 2004 ou qui traitent actuellement un mandat)

<b>Remassa - Bratschi Emch &amp; Partner</b>	Bern
<b>ReviTrust Revision + Treuhand AG</b>	Buchs
<b>Schaer Partners Rechtsanwälte</b>	Bern
<b>Schumacher Baur Hürlimann</b>	Zürich
<b>Studio Giuseppe Ferrari</b>	Lugano
<b>Studio Legale Simonetti Calvarese Naef</b>	Lugano
<b>Transliq AG</b>	Bern
<b>Valeas Wirtschaftsberatung AG</b>	Zürich
<b>von Graffenried Gurtner Liechti</b>	Bern
<b>Wenger Plattner Rechtsanwälte</b>	Küsnacht
<b>WM Wernli + Müller</b>	Bern

**39 Mandataires**