

BGE 116 IB 73 vom 4. Mai 1990

Bundesgericht (BGE), 1990-05-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_116 IB 73](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_116_IB_73)

FR: BGE 116 IB 73 du 4 mai 1990

IT: BGE 116 IB 73 del 4 maggio 1990

Regeste

Regeste BG über die Anlagefonds (SR 951.31). Auflösung eines widerrechtlichen Anlagefonds, dessen Leitung nie eine Bewilligung zur Geschäftstätigkeit beantragt und erhalten hat. 1. Es handelt sich jedenfalls dann um eine gemeinschaftliche Kapitalanlage im Sinne von Art. 2 AFG, wenn die Fondsleitung nicht in der Lage ist, die einzelnen Guthaben der Anleger unter Hinweis auf die konkrete Verwendung und den genauen Bestand ihrer Vermögen zu individualisieren, sondern sich auf eine allgemeine Auskunft beschränken muss (E. 2). 2. Ist eine Bewilligung zur Geschäftstätigkeit nie beantragt worden, so sind die Art. 44 ff. AFG nur sinngemäss anwendbar. Hingegen finden Auflösung und Liquidation ihre gesetzliche Grundlage in Art. 28 und 43 AFG. Haben sich die Anleger auf eine rein spekulative Anlagetätigkeit eingelassen, kann die Aufsichtsbehörde die Gesetzmässigkeit herbeiführen, indem sie die sofortige Auflösung des nicht bewilligten Fonds anordnet. Dabei braucht sie die Folgen, welche diese Massnahme für die Anleger bewirken kann, nicht zu berücksichtigen, da Spekulanten vom Gesetz nur mittelbar geschützt werden (E. 4). 3. Die Aufgaben des Sachwalters bedingen (in Analogie zu Art. 46 Abs. 2 AFG) den vollen Zugriff auf den widerrechtlichen Anlagefonds (E. 5).

Erwägungen

E. 1

a) Interjeté contre une décision de l'autorité de surveillance des fonds de placement, le présent recours de droit administratif BGE 116 Ib 73 S. 78 est recevable en vertu de la disposition spéciale de l'art. 47 LFP. B. S.A., visiblement touchée dans ses intérêts par les mesures contestées, dispose par ailleurs d'un intérêt suffisant pour agir au sens de l'art. 103 OJ. Le Tribunal fédéral peut donc se prononcer sur les mérites de son recours. b) Bien qu'elle soit indépendante de l'administration, la Commission fédérale des banques n'est pas une autorité de recours au sens de l'art. 105 al. 2 OJ. Le Tribunal fédéral peut donc revoir librement les constatations de fait retenues dans la décision attaquée (ATF 115 Ib 57). Sur le plan juridique, le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit public fédéral - y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation -, sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 114 al. 1 in fine OJ); il ne peut cependant pas revoir en l'occurrence l'opportunité de la décision attaquée (art. 104 lettre c OJ a contrario; ATF 103 Ib 310). Comme en matière de surveillance des banques, le Tribunal fédéral vérifie notamment si les conditions de l'intervention de la Commission agissant en tant qu'autorité de surveillance des fonds de placement sont réunies. C'est là une question juridique qu'il examine en principe librement tout en s'astreignant à une certaine retenue lorsque le litige porte sur des problèmes techniques que l'autorité inférieure est plus apte à résoudre en raison de son expérience en la matière (ATF 96 I 182/183). De plus, la Commission fédérale dispose d'une certaine liberté dans l'appréciation des circonstances du cas particulier (cf. en matière

de surveillance des banques, ATF 115 Ib 58 et les arrêts cités). Hormis l'hypothèse de l' art. 44 LFP qui exige le retrait de l'autorisation lorsque les conditions en sont réunies (ATF 98 Ib 513), la Commission fédérale des banques, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des banques et des fonds de placement, jouit par ailleurs d'une importante marge de manoeuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer (ATF 103 Ib 310 , ATF 115 Ib 58).

E. 2

a) Selon l' art 2 LFP , un fonds de placement est constitué par les apports des porteurs de parts, effectués à la suite d'un appel au public en vue d'un placement collectif; il est géré par une direction pour le compte des porteurs de parts selon le principe de la répartition des risques. En vertu de l'art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les fonds de placement (OFP; RS 951.311), le Conseil fédéral a également soumis à la loi les fonds qui, d'après les dispositions BGE 116 Ib 73 S. 79 contractuelles, ne sont pas gérés selon le principe de la répartition des risques, mais qui répondent par ailleurs à la définition de l' art. 2 al. 1 LFP .

b) En l'espèce, il n'est pas douteux que B. S.A. fasse appel au public pour obtenir les fonds nécessaires à son activité. Il ressort clairement du dossier et de la décision attaquée que cette société a fait paraître des annonces publicitaires dans des revues financières et a entrepris des démarches promotionnelles qui lui ont permis d'atteindre un nombre important d'investisseurs potentiels. Dès lors qu'ainsi la sollicitation d'argent ne s'adresse pas seulement à un cercle restreint de personnes au sens de l' art. 1 OFP , la première des conditions d'application de l' art. 2 LFP est réalisée; peu importe sous cet angle que l'appel au public vise le marché suisse ou étranger (HIRSCH, La loi fédérale sur les fonds de placement, Fiches juridiques suisses No 1307, p. 4; EMCH, Das Geltungsbereich des Anlagefondsgesetzes, Zurich 1975, p. 56) ou qu'il ait cessé depuis un certain temps (ATF 94 I 79 /80). c) L'assujettissement à la loi sur les fonds de placement suppose par ailleurs un placement collectif. La notion de placement en capital recouvre l'utilisation, planifiée à long terme, de moyens financiers afin d'obtenir un rendement et/ou une augmentation de valeur ou, pour le moins, une conservation de substance des sommes investies (cf. Das Handbuch des Bank-, Geld- und Börsenwesens der Schweiz, 3e éd. 1977, p. 350; FF 1966 III p. 278). S'il est indéniable que la société recourante collecte des fonds afin de les faire fructifier et exerce de la sorte une activité qui, sur un plan objectif, se confond avec la notion de placement en capital, il convient toutefois de remarquer que, sur un plan subjectif, les sommes recueillies servent avant tout à la spéculation; la volonté des investisseurs est de réaliser le plus vite possible un gain maximum en revendant leurs valeurs à la première occasion (cf. ATF 83 I 313 ; Das Handbuch des Bank-, Geld- und Börsenwesens der Schweiz, p. 547). L'élément de durée d'un placement en capital fait donc ici défaut. Bien que cette circonstance de nature subjective ne modifie en rien les conditions d'un éventuel assujettissement à la loi sur les fonds de placement (EMCH, op.cit., p. 76/77; VON ALBERTINI, Grundlagenforschung zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Zurich 1974, p. 2), l'autorité de surveillance peut cependant tenir compte de la volonté purement spéculative des investisseurs lorsqu'elle dispose d'un certain pouvoir d'appréciation, notamment lorsqu'elle ordonne les mesures aptes à BGE 116 Ib 73 S. 80 rétablir la légalité (cf. ci-dessous. consid. 4d). Au stade de l'examen des conditions d'assujettissement à la loi, il suffit toutefois de constater que les opérations à terme que les courtiers passent au nom de la recourante constituent extérieurement des placements, nonobstant leur caractère spéculatif. Elles sont aptes à produire un rendement et offrent la possibilité de se négocier facilement (cf. FF 1965 III p. 278/279). Peu importe, en outre, sous l'angle de

l'assujettissement, que leur objet puisse être prohibé par la loi, notamment parce qu'elles portent sur des titres représentatifs de marchandises (art. 6 LFP). Pour être soumis à la loi, le placement considéré doit encore être collectif. La loi ne s'applique donc pas aux contrats portant sur la gestion de fortune d'un investisseur individuel, tant que son patrimoine reste individualisé et qu'il ne fait partie d'aucune communauté d'intérêt (HIRSCH, op.cit., p. 2). Selon la jurisprudence, le placement collectif se caractérise par la conclusion d'un contrat de mandat individuel avec prestation supra-individuelle du mandataire. La direction du fonds n'administre pas séparément les différentes sommes qui lui sont confiées; elle exécute en même temps et par une seule opération toutes les obligations qu'elle a contractées à l'égard des investisseurs, ces derniers étant traités de manière uniforme (ATF 110 II 86 , ATF 107 Ib 364 , ATF 101 Ib 424 ; voir également SCHUSTER, Kommentar zum Anlagengesetz, 2e éd., Zurich 1975, No 6 ad art. 2 al. 1 LFP). Dans le cas particulier, les fonds gérés par la recourante ne sont pas individualisés en fonction des différents clients. Ils sont regroupés et placés sous le nom de la société sans que l'investisseur ne connaisse jamais l'affectation précise de ses avoirs. Certes, chaque trimestre, un relevé renseigne le client sur l'état global de son investissement. Par ce biais, il n'est informé que du résultat général de la gestion, soit sur le montant investi, sur les frais administratifs et sur sa participation à la perte ou au gain enregistré. Il ne peut en revanche prendre connaissance des placements effectués par les courtiers avec son argent. En versant sans autre spécification les montants à investir sur un compte ouvert en son seul nom auprès des gestionnaires, la recourante se trouve par définition dans l'incapacité d'individualiser les placements. Dans ces conditions, on ne peut admettre son allégation selon laquelle elle ne procéderait pas à des placements collectifs mais uniquement à l'exécution de contrats de mandat individuels, regroupés et constitués de manière identique pour des raisons de rationalisation. Une telle manière BGE 116 Ib 73 S. 81 d'agir supposerait pour le moins qu'elle puisse présenter en tout temps à chaque investisseur l'état exact de sa fortune en fonction des placements effectivement réalisés pour son compte sans se contenter d'une information globale, déterminée simplement selon le pourcentage revenant à chacun par rapport à son investissement et aux résultats obtenus. C'est donc à bon droit que l'autorité intimée a retenu que la recourante procède à des placements collectifs. d) Dans la mesure où la réalisation des autres conditions de l' art. 2 LFP , voire de l' art. 5 OFP , n'est - à juste titre - pas contestée par la recourante, il faut constater que l'activité de B. S.A. est assujettie à la loi sur les fonds de placement et que, par conséquent, une autorisation au sens de l' art. 41 LFP lui était en principe nécessaire pour gérer les avoirs qu'elle a collectés.

E. 3

Cette constatation n'est pas modifiée par des considérations tenant à la protection de la bonne foi de la recourante. a) Lorsque, en septembre 1985, la Commission fédérale des banques a décidé de ne pas approfondir ses investigations et s'est contentée des explications reçues de B. S.A. en laissant cette société poursuivre son activité, l'autorité de surveillance a considéré, sur la base de la correspondance échangée, que l'intéressée gérait de manière individualisée les fonds des quelques clients qu'elle avait à l'époque. Peu importe, sous cet angle, que le nombre très limité des investisseurs - qu'ils aient été une vingtaine ou une quarantaine - ait pu inciter les agents fédéraux à se contenter d'un examen relativement sommaire de l'organisation de B. S.A. et que la portée exacte de l'opération puisse leur avoir échappé. Il suffit de constater que, selon leur représentation de l'affaire à ce moment, l'activité de la société recourante ne justifiait pas une intervention de la Commission fédérale des banques. Cette absence de décision ne contient cependant aucune assurance

donnée à la recourante sur la légalité de son entreprise. Cette dernière ne peut en effet inférer de la tolérance dont elle a bénéficié - visiblement à tort - en 1985 que l'autorité de surveillance a donné son aval complet et durable à une construction juridique dont les développements se révèlent aujourd'hui contraires à la loi sur les fonds de placement. La situation a visiblement évolué depuis la première intervention de la Commission; la multiplication non contestée des investisseurs - dont le nombre a passé de 20 (voire 40) en 1985 à plus de 120 en octobre 1989 - et l'accroissement du patrimoine géré qui en est résulté BGE 116 Ib 73 S. 82 appellent nécessairement une nouvelle appréciation de la situation, même si, sur le principe, l'organisation de la gestion mise en place par B. S.A. en 1985 reste en vigueur. Les conjectures que la recourante a éventuellement pu tirer de l'attitude de la Commission fédérale des banques il y a quatre ans - quelle qu'en ait été la légalité - sont ainsi de toute manière dépassées et n'ont donc pas à être protégées. Partant, le grief de violation de l' art. 4 Cst. s'avère sans pertinence. b) Au surplus, la recourante ne pouvait, de bonne foi, interpréter le comportement de l'autorité comme un blanc-seing l'habilitant à transgresser à sa guise les règles sur le fonds de placement - qu'elle ne pouvait ignorer - et à jouir de cette illégalité comme d'un droit acquis (cf. dans ce sens, SCHUSTER, op.cit. No 14 ad art. 43 et la jurisprudence non publiée citée). L'intervention de l'autorité de surveillance en 1985 devait au contraire avoir l'effet d'un coup de semonce et inciter l'intéressée à ne développer ses activités qu'avec la plus extrême prudence, en veillant toujours à éviter de tomber sous le coup de la loi sur les fonds de placement, ce qu'elle n'a pas su faire. c) Dans ces conditions, la prétendue bonne foi de la recourante ne saurait sérieusement s'opposer à un rétablissement de la légalité.

E. 4

a) Dès lors que B. S.A. n'a en l'occurrence jamais demandé ni reçu l'autorisation d'exploiter un fonds de placement, il ne saurait, par définition, être question de lui appliquer directement les art. 44 et ss LFP qui ne concernent que la procédure de retrait d'une autorisation obtenue. Les mesures que la Commission fédérale des banques a prises trouvent en revanche leur base légale dans la disposition plus générale de l' art. 43 LFP (cf. FF 1965 III 336) ainsi que dans les art. 28 ss LFP qui concernent la dissolution d'un fonds de placement. b) Le principe de l'intervention de la Commission fédérale des banques ordonnant le rétablissement de la légalité figure à l' art. 43 LFP . Cette disposition prévoit que "si elle constate que la loi ou le règlement ont été violés, ou que d'autres irrégularités ont été commises, l'autorité de surveillance prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités". Dans le cas particulier, l'autorité de surveillance a constaté que le fonds illégal ne pouvait subsister en raison des très graves défauts affectant sa structure et l'organisation mise en place par B. S.A. Etablissant la liste des nombreuses irrégularités, la BGE 116 Ib 73 S. 83 Commission fédérale des banques a estimé que celles-ci étaient irrémédiables et interdisaient toute démarche visant à transformer la fortune gérée par la recourante en un fonds agréé. Cette appréciation échappe à la critique. En effet, outre l'absence d'institutions primordiales à un fonds de placement comme par exemple la désignation d'une banque de dépôt (art. 5 LFP) ou l'établissement d'un règlement en bonne et due forme précisant les droits et obligations des parties (cf. art. 11 LFP), il apparaît d'emblée que la recourante ne remplit pas, et de loin, les conditions pour exercer légalement l'activité de direction d'un fonds. Elle ne dispose pas plus du capital minimal requis (art. 3 al. 3 LFP) que des fonds propres obligatoires (art. 4 LFP). De plus, en tant que société anonyme, elle n'a pas pour but exclusif l'administration de fonds de placement (art. 3 al. 2 LFP). Au surplus, l'objet des opérations à terme qu'elle effectue

concerne en grande partie des titres représentatifs de marchandises, alors même que l' art. 6 al. 2 LFP interdit expressément ces placements. Toutes ces circonstances permettaient clairement à l'autorité intimée - intervenant sur la base de l' art. 43 LFP - d'exclure d'emblée le maintien du fonds sous une forme modifiée et, partant, de renoncer sans autre investigation à nommer une nouvelle direction. c) Du moment qu'une transformation de la gestion de fortune illégale en un fonds de placement agréé n'est pas envisageable, ce qui exclut par la même occasion un éventuel remplacement de la direction du fonds, l'art. 28 al. 1 lettre c LFP prescrit à l'autorité de surveillance de procéder à la dissolution du fonds. Cette règle s'applique également lorsque, comme en l'espèce, l'activité litigieuse n'a jamais été autorisée (SCHUSTER, op.cit. ad art. 28 al. 1 lettre c). Dans l'hypothèse où le fonds de placement est dissous, les avoirs doivent impérativement être réalisés (art. 30 al. 1 LFP). Si la dissolution intervient de plein gré, en raison d'un terme fixé par le règlement (art. 28 al. 1 lettre a LFP) ou sur dénonciation du contrat par la direction ou la banque de dépôt (art. 28 al. 1 lettre b LFP), la liquidation est normalement entreprise par la direction du fonds elle-même. En revanche, lorsque la mesure est ordonnée par l'autorité de surveillance en se fondant sur l'art. 28 al. 1 lettre c LFP ou en application de l' art. 46 al. 2 LFP en cas de retrait de l'autorisation, la liquidation est effectuée par un gérant (SCHUSTER, op.cit. No 2 ad art. 30). Certes, lorsqu'il n'y a pas une dissolution BGE 116 Ib 73 S. 84 du fonds par suite d'un retrait de l'autorisation accordée à la direction ou à la banque de dépôt (cf. art. 46 al. 2 LFP), mais, comme en l'espèce, une liquidation nécessitée par un fonds totalement illégal pour lequel aucune autorisation ou approbation n'a jamais été requise, la procédure à suivre ne figure pas expressément dans la loi. Toutefois, compte tenu du pouvoir d'appréciation dont jouit la Commission fédérale des banques sur les mesures à adopter en vertu de l' art. 43 LFP , on peut admettre qu'elle soit fondée à appliquer par analogie l' art. 45 LFP à la nomination du gérant et l' art. 46 al. 2 LFP à la procédure de liquidation proprement dite. C'est donc à bon droit que, prenant acte de la situation des biens gérés par B. S.A., l'autorité intimée a ordonné la dissolution du fonds illégal et nommé un gérant chargé de la liquidation des avoirs. Les critiques de la recourante sur ce point, notamment le grief de violation du principe de la proportionnalité, s'avèrent clairement dépourvues de pertinence. d) Il est vrai que l'autorité de surveillance n'a pas examiné en l'espèce les possibilités qui pourraient exister de transformer le fonds de placement illégal en une succession de mandats purement individuels de gestion par abandon de tout placement collectif au sens de l' art. 2 LFP . Si l'on peut admettre que, dans le cas de placements au sens précis du terme (cf. consid. 2c), l'intérêt des investisseurs - dont la protection constitue l'élément essentiel de la législation sur les fonds de placement (EMCH, op.cit. p. 1 et 2; FORSTMOSER, Zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Berne 1972, p. 9; ATF 110 II 83 , ATF 101 Ib 438) - commande à l'autorité d'examiner en détail la question de l'éventuelle transformation d'un fonds illégal en une institution admise (cf. notamment art. 46 al. 1 LFP), face à une activité purement spéculative, en revanche, l'autorité de surveillance ne commet aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation en ordonnant immédiatement le rétablissement de la légalité par dissolution du fonds sans s'attarder sur les conséquences que cette mesure peut entraîner pour les spéculateurs, qui ne bénéficient qu'indirectement de la loi. En tout état de cause, une éventuelle transformation des placements collectifs en une série de placements individuels n'entrerait pas en considération dans le cas particulier. Il apparaît en effet d'emblée que les contrats signés par les investisseurs prévoient déjà implicitement une convention de placement collectif. Dès lors, en l'absence de toute base légale, il ne saurait être question d'imposer BGE 116 Ib 73 S. 85 aux investisseurs collectifs une gestion

individualisée de leurs avoirs.

E. 5

Selon l' art. 46 al. 2 LFP - appliqué par analogie à la situation présente -, le gérant est chargé d'assumer dans la procédure de liquidation, les tâches de la direction ou de la banque dépositaire destituée. En l'espèce, compte tenu des défauts de structure existants, la société nommée en qualité de gérant-liquidateur doit s'occuper aussi bien des tâches de la direction que de celles de la banque de dépôt. Cela implique par conséquent une maîtrise totale du fonds de placement pendant la durée de la liquidation - sous surveillance de la Commission fédérale des banques - et non pas simplement un pouvoir limité aux pures opérations de liquidation. Ainsi, B. S.A. en tant qu'ancienne direction illégale n'a aucun droit de s'opposer à la prise de connaissance par le gérant de ses relations d'affaires avec les investisseurs; elle ne peut donc refuser de communiquer la liste complète de ses clients; de même, la substitution légale de direction aménagée par l' art. 46 al. 2 LFP a pour effet que le courrier adressé à la recourante concerne désormais en priorité le gérant qui dispose ainsi en principe du contrôle de la correspondance de B. S.A. Il est vrai que, selon son but, B. S.A. peut poursuivre d'autres activités que celle de gestion d'un fonds de placement. Si l'on peut admettre qu'exceptionnellement, cette situation peut lui laisser la possibilité de traiter des affaires nettement distinctes du présent litige, il convient cependant de souligner que, par ce biais, les prérogatives du gérant ne sauraient être limitées. La recourante ne peut en effet espérer tirer avantage du non-respect de l' art. 3 al. 2 LFP qui lui imposait comme but exclusif la direction d'un fonds de placement pour compliquer l'activité du gérant. Il appartient à ce dernier de veiller à ce que la liquidation s'effectue sans problèmes, en sauvegardant les intérêts des investisseurs (ATF 100 Ib 110); il lui incombe par conséquent de prendre les mesures nécessaires pour assurer le succès de sa mission, même si cela implique une réduction correspondante de l'autonomie de la recourante. Ce n'est que dans cette mesure strictement réduite qu'une activité de la recourante étrangère à la gestion d'un fonds de placement pourrait, à la rigueur, être tolérée. Les critiques de l'intéressée quant à l'exercice conforme du mandat attribué au gérant s'avèrent donc sans fondement. Au demeurant, les mesures prises par le gérant peuvent faire l'objet d'un recours à l'autorité de surveillance, de sorte que BGE 116 Ib 73 S. 86 les intérêts légitimes de la recourante ne s'avèrent pas sérieusement menacés par les prérogatives du liquidateur (cf. art. 43 al. 4 OFP).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.