



Cour II
B-2896/2007/scl
{T 0/2}

Arrêt du 12 juillet 2008

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Claude Morvant, Hans-Jacob Heitz, juges ;
Pascal Richard, greffier.

Parties

X._____,
représenté par Maître Michel A. Halpérin, avocat,
avenue Léon-Gaud 5, 1206 Genève,
recourant,

contre

Commission fédérale des banques CFB,
Schwanengasse 12, Case postale, 3001 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Retrait des autorisations d'exercer et garantie d'une
activité irréprochable.

Faits :**A.**

X._____ est actif dans différents domaines du secteur bancaire et financier. Il exerce notamment la fonction de gérant de fortune indépendant à Genève.

Y._____ SA est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Genève. Elle a obtenu une autorisation d'exercer une activité de négociant en valeurs mobilières par décision du 1^{er} juillet 1999 de la Commission fédérale des banques (CFB) puis une autorisation d'exercer l'activité bancaire, par décision du 22 janvier 2003. X._____, des sociétés dans lesquelles il est impliqué, ainsi que des membres de sa famille en sont les principaux actionnaires.

X._____ a été directeur général de Y._____ SA de janvier 1983 à juin 1999. De mars 2005 à fin 2006, il en a également été l'administrateur.

À la suite des requêtes d'entraide administrative de l'Autorité française des marchés financiers de janvier et novembre 2005, il est apparu que la société offshore A._____ avait pour contacts auprès du courtier (broker) français utilisé pour effectuer les transactions, B._____ SA, des personnes employées de Y._____ SA. En outre, il s'est avéré que A._____ avait pour adresse celle détenue anciennement par C._____ SA laquelle est aujourd'hui domiciliée à la même adresse que Y._____ SA (dont X._____ et son épouse constituent les actionnaires majoritaires). À la suite des premières investigations usuelles, la CFB a nommé, par décision superprovisoire du 6 octobre 2006, D._____ en qualité de chargé d'enquête avec pour mission d'établir, notamment, si Y._____ SA satisfaisait pleinement aux prescriptions organisationnelles et aux conditions nécessaires à l'octroi des autorisations de négociant en valeurs mobilières et de banque.

B.

Le 22 décembre 2006, D._____ a rendu son rapport à la CFB. Par décision du 1^{er} mars 2007, celle-ci a constaté : que Y._____ SA n'avait pas respecté les conditions et charges liées à l'autorisation d'exercer et à l'accession de X._____ au conseil d'administration ; qu'elle avait violé ses obligations quant à une organisation adéquate et

touchant notamment à son champ d'activité ; qu'elle avait transmis des informations erronées à la CFB ; que, enfin, elle avait commis des manipulations du marché. L'autorité de surveillance en a conclu que ni Y._____ SA, ni X._____ ne satisfaisaient à la garantie d'une activité irréprochable. Dès lors, elle a retiré les autorisations de banque et de négociant en valeurs mobilières. Elle a, en outre, prononcé la dissolution de Y._____ SA et sa mise en liquidation à inscrire au registre du commerce. Elle a prévu que ces mesures prendraient effet au 1^{er} octobre 2007. La CFB a également pris des mesures immédiatement exécutoires et mis les frais à la charge de Y._____ SA.

C.

Par mémoires du 23 avril 2007, Y._____ SA et X._____ ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Ils ont principalement conclu à l'annulation de la décision entreprise et à la constatation selon laquelle Y._____ SA remplit les conditions d'autorisation pour exercer l'activité de banque et de négociant en valeurs mobilières. Préalablement, ils ont requis l'octroi de l'effet suspensif ainsi que la suspension de l'instruction de la procédure de recours jusqu'au 1^{er} octobre 2007.

D.

Par décision incidente du 13 août 2007, le Tribunal administratif fédéral a suspendu la procédure jusqu'au 1^{er} octobre 2007, la CFB ne s'opposant par ailleurs pas à une telle mesure. La suspension a été prolongée à la demande des parties jusqu'au 3 janvier 2008 par ordonnance du 10 octobre 2007.

E.

Faisant suite à la cession des actions de X._____ à la banque italienne Z._____, la CFB a accordé une autorisation complémentaire à Y._____ SA par décision du 12 décembre 2007. Elle a également annoncé qu'elle révoquerait sa décision de retrait d'autorisation du 1^{er} mars 2007 si elle obtenait la confirmation de différentes mesures à prendre par Y._____ SA en vue de satisfaire aux conditions légales.

F.

Subséquent, la CFB a requis une nouvelle prolongation de la suspension de la procédure par courrier du 17 décembre 2007. En accord avec les parties, la suspension a été prolongée jusqu'au

31 mars 2008 par ordonnance du 7 janvier 2008, puis jusqu'au 30 mai 2008 par ordonnance du 8 avril 2008.

G.

Par courriers du 22 avril 2008 adressés à Y._____ SA et au recourant, la CFB a signalé : que, à la suite de sa décision du 1^{er} mars 2007, d'importantes mesures de restructuration – corrigeant les lacunes constatées – avaient été entreprises par Y._____ SA ; que, de même, X._____ n'était plus actionnaire qualifié de la société. Elle a en outre indiqué que, dès lors que les mesures auxquelles elle avait soumis la révocation de sa décision de retrait avaient été confirmées, les autorisations d'exercer les activités de banque et de négociant en valeurs mobilières étaient à nouveau octroyées à Y._____ SA.

Par courrier du même jour, la CFB a informé le Tribunal administratif fédéral que, selon elle, les recourants ne jouissaient plus d'un intérêt actuel suffisant à la procédure. À cet égard, elle expose que Y._____ SA a obtenu une nouvelle autorisation et que X._____ n'est plus actionnaire qualifié de la banque.

H.

Par ordonnance du 24 avril 2008, le Tribunal administratif fédéral a invité les recourants à se déterminer et à faire savoir s'ils maintenaient leur recours.

I.

Par écritures du 9 mai 2008, X._____ a maintenu son recours et ses conclusions. Il a contesté avoir perdu un intérêt juridique suffisant pour qu'il soit statué au sujet de la légitimité de la décision entreprise. Il expose que la recherche d'un nouvel actionnaire s'avérait essentiel pour la survie de la banque, raison pour laquelle il s'est dessaisi de ses actions. Il ajoute que son image dans le public a été atteinte et que la vente de ses participations dans une situation de faiblesse lui a causé un préjudice financier. Il fait enfin valoir que la procédure adoptée à l'encontre de Y._____ SA et lui-même est susceptible de se présenter à nouveau à l'égard d'autres établissements et leurs actionnaires – dont la situation exigerait une intervention de l'autorité de surveillance – sans qu'un examen judiciaire ne soit possible avant que le recours ne perde de son actualité (par exemple en raison de la cessation de l'activité de la banque). Il estime en conséquence qu'il convient d'entrer en matière.

J.

Par courrier du 22 mai 2008, Y. _____ SA a retiré son recours.

K.

Par décision du 26 mai 2008, le Tribunal administratif fédéral a pris acte du retrait du recours de Y. _____ SA et radié la cause du rôle.

L.

Invitée à se déterminer sur le courrier du recourant du 9 mai 2008, l'autorité inférieure a requis le Tribunal administratif fédéral, par écritures du 4 juin 2008, de ne pas entrer en matière sur le recours. À cet égard, elle fait valoir que le jugement sollicité n'est pas à même de supprimer le dommage causé par la décision attaquée. Elle signale en particulier que, compte tenu de l'effet suspensif produit par le recours, le recourant n'a aucunement été contraint à vendre ses actions. Elle indique, par ailleurs, que les constatations contenues dans sa décision du 1^{er} mars 2007 découlaient de la situation prévalant alors, savoir notamment la qualité d'actionnaire qualifié de Y. _____ SA du recourant ; ne l'étant plus, l'annulation de la décision entreprise aurait perdu, selon elle, tout intérêt pour le recourant. Elle ajoute que les frais ont été mis exclusivement à la charge de Y. _____ SA. Pour le surplus, elle fait valoir que, compte tenu du retrait du recours de Y. _____ SA, la décision entreprise est entrée en force pour la banque de sorte que le recourant n'est plus habilité à en obtenir l'annulation.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :**1.**

1.1 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.2 En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ledit Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF.

Demeurent réservées les exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF.

L'acte entrepris constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 33 let. f LTAF en relation avec l'art. 24 al. 1 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952).

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

2.

Si un recours devant le Tribunal administratif fédéral est en principe ouvert à l'encontre des décisions rendues par la CFB, il convient encore d'examiner si le recourant dispose, dans le cas d'espèce, de la qualité pour recourir.

À teneur de l'art. 48 al. 1 PA, la qualité pour recourir est reconnue à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). L'art. 48 al. 2 PA ajoute qu'a également qualité pour recourir toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir.

À titre liminaire, il sied de relever qu'aucune disposition légale de droit fédéral en matière bancaire ne confère au recourant un droit de recours contre les décisions rendues par la CFB. Le recourant ne peut dès lors fonder sa qualité pour recourir sur l'art. 48 al. 2 PA.

3.

C'est au regard de l'art. 48 al. 1 PA qu'il convient d'examiner si le recourant est légitimé à recourir contre la décision de la CFB, plus particulièrement s'il a encore un intérêt digne de protection actuel à l'annulation de la décision querellée.

3.1 En principe, un intérêt digne de protection n'est donné que s'il existe encore au moment où le jugement est rendu (cf. ATF 128 II 34 consid. 1b, ATF 123 II 285 consid. 4, ATF 118 Ib 356 consid. 1a, ATF 111 Ib 56 consid. 2a et les références citées). Tel n'est pas le cas

lorsque le préjudice découlant de la décision attaquée ne peut plus être supprimé même en cas d'admission du recours (cf. ATF 118 la 488 consid. 1a, arrêt du TF 2A.443/1995 du 6 novembre 1995 consid. 1b, arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 1). En d'autres termes, l'intérêt digne de protection consiste, sous cet aspect, en l'utilité pratique que le succès du recours constituerait pour le recourant (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 351). Si l'intérêt actuel existe au moment du dépôt du recours mais disparaît au cours de la procédure, celle-ci doit être rayée du rôle car devenue sans objet, à moins qu'il n'y ait lieu exceptionnellement de faire abstraction de l'intérêt actuel, s'agissant d'un acte susceptible de se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi au contrôle de l'autorité de recours (cf. ATF 128 II 34 consid. 1b et les références citées).

Selon la jurisprudence, les organes d'une société mise en liquidation sont autorisés, malgré le retrait des pouvoirs de représentation ordonné par la CFB dans sa décision, à attaquer celle-ci pour l'entreprise concernée par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (cf. ATF 98 Ib 269 consid. 1). En revanche, l'actionnaire unique ou majoritaire n'a en règle générale pas qualité pour recourir en son nom propre (cf. ATF 131 II 306 consid. 1.2.2 ; ATF 125 II 65 consid. 1, ATF 116 Ib 331 consid. 1c ; arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.1).

3.2 En l'espèce, la décision a été notifiée au recourant en qualité de destinataire. En effet, le chiffre 2 du dispositif contient expressément la constatation qu'il ne présente pas, en qualité d'actionnaire qualifié de Y._____ SA, toutes garanties d'activité irréprochable. Dans son mémoire de recours, le recourant requiert principalement l'annulation de la décision entreprise ainsi que sa réformation en ce sens qu'il soit constaté que Y._____ SA remplit les conditions d'autorisation de banque et de négociant en valeurs mobilières. Au demeurant, à la suite de la vente des actions du recourant à la banque italienne Z._____, l'autorité inférieure a octroyé une autorisation complémentaire à Y._____ SA par décision du 12 décembre 2007. Enfin, par décision du 26 mai 2008, le Tribunal administratif fédéral a pris acte du retrait du recours de Y._____ SA et rayé la cause du rôle.

À ce stade, il convient d'examiner si le recourant dispose toujours d'un intérêt actuel au recours.

3.3 À titre liminaire, il sied d'admettre que, à la lumière de la jurisprudence citée ci-dessus (cf. consid. 3.1), le recourant, actionnaire qualifié de Y._____ SA, ne devrait en principe pas avoir la qualité pour entreprendre la décision de la CFB. Toutefois, il s'avère destinataire de la décision attaquée constatant qu'il ne présente pas toutes garanties d'activité irréprochable. Cela étant, la question de savoir si le recours était recevable au moment où il a été formé peut rester indécise vu qu'il sera démontré ci-après que le recourant a perdu un éventuel intérêt au recours alors que celui-ci était pendant devant l'autorité de céans.

3.3.1 Dans ses écritures, le recourant a conclu, d'une part, à l'annulation de la décision. D'autre part, ses conclusions en réformation ne se rapportent pas expressément à la constatation qu'il ne présente pas toutes garanties d'activité irréprochable mais uniquement au fait que Y._____ SA ne remplit pas les conditions d'autorisation de banque et de négociant en valeurs mobilières. Or, s'agissant précisément de cette conclusion en réformation, il faut admettre qu'elle est devenue sans objet puisque Y._____ SA a obtenu une autorisation complémentaire et retiré subséquemment son recours.

Le recours ne peut plus, en conséquence, être examiné que sous l'angle de l'annulation de la décision entreprise.

3.3.2 Pour justifier un intérêt actuel au recours, le recourant fait valoir un préjudice en raison de la décision querellée le contraignant de quitter le conseil d'administration de la banque et de vendre ses participations. À cet égard, il convient tout d'abord de noter que le recourant a quitté le conseil d'administration au 31 décembre 2006, soit avant que l'autorité inférieure ne statue. De plus, contrairement à ce qu'il prétend, le recourant n'a pas été contraint dans son choix de vendre ses participations : vu qu'il a requis la suspension de la procédure dès le dépôt du recours – annonçant par ailleurs avoir engagé des pourparlers en vue d'une reprise de ses participations dans la banque –, il semble pour le moins évident que le recourant ait pris ce parti avant même de porter la cause devant la Cour de céans. En effet, la décision entreprise n'étant exécutoire qu'à partir du 1^{er}

octobre 2007 (soit près de six mois après le dépôt de recours – échéance qui aurait pu être encore prolongée en cas de d'octroi de l'effet suspensif –), il aurait tout à fait été en mesure d'obtenir une décision de l'autorité de recours avant de vendre ses actions si tel avait été son désir. Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que, si ces actes ont bel et bien été suggérés par l'autorité inférieure, il n'en demeure pas moins que le recourant y a finalement concédé de son propre gré. De plus, quand bien même il conviendrait par hypothèse d'admettre le recours, l'autorité de céans ne serait de toute façon pas en mesure de rétablir le recourant dans sa qualité d'actionnaire qualifié de Y._____ SA.

Le recourant ne saurait donc faire valoir un intérêt actuel suffisant à la procédure du fait de la vente de ses actions et de sa démission du conseil d'administration de Y._____ SA.

3.3.3 La décision, objet de la présente procédure, est entrée en force pour la recourante principale en raison du retrait de son recours. Il paraît de la sorte guère envisageable que le recourant puisse obtenir son annulation. Toutefois, il sied d'examiner s'il dispose d'un intérêt actuel suffisant à la procédure en raison de la constatation que, en qualité d'actionnaire qualifié, il ne présenterait pas toutes garanties d'activité irréprochable. Le recourant n'a certes pris aucune conclusion dans ce sens ; nonobstant, en concluant à l'annulation de la décision du 1^{er} mars 2007 de la CFB, le recourant a implicitement demandé l'invalidation de dite constatation.

Sous cet angle également, il ne jouit pas d'un intérêt digne de protection actuel au recours. En effet, il ne faut pas perdre de vue que cette constatation se réfère expressément à la situation d'actionnaire qualifié du recourant en relation avec Y._____ SA ; elle se rapporte donc à une situation concrète et individuelle. Or, le recourant n'est plus actionnaire qualifié de Y._____ SA puisqu'il a vendu ses participations à la banque italienne, Z._____. Il ne dispose ainsi plus d'un intérêt actuel à obtenir son annulation.

Le recourant ne saurait non plus faire valoir un intérêt actuel aux fins d'obtenir, en quelque sorte, une réhabilitation dans sa bonne réputation. En effet, les conditions pour l'exercice d'une activité irréprochable ne s'examinent pas de manière abstraite et générale mais au contraire se définissent au cas par cas dans chaque situation

concrète en tenant compte de la nature de la fonction prévue ainsi que de la taille et du genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation (cf. arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004, consid. 1). En l'espèce, l'analyse à laquelle a procédé la CFB concernait précisément l'activité concrète du recourant au sein de Y._____ SA. Si le recourant devait reprendre une activité dans un domaine soumis à la surveillance de l'autorité inférieure et exigeant le respect de la garantie de l'activité irréprochable, la CFB devrait alors rendre une nouvelle décision et examiner cette condition à la lumière de la nouvelle fonction occupée par le recourant (arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4).

Le recourant n'est, par conséquent, pas non plus habilité à faire valoir un intérêt actuel suffisant à l'annulation de la constatation selon laquelle il ne présentait pas toutes garanties d'activité irréprochable.

3.3.4 Par ailleurs, dans la mesure où les frais de la procédure de première instance ont été mis à la charge de la seule Y._____ SA, l'unique opportunité qu'offre encore le recours consisterait à examiner l'éventuelle illicéité de la décision. Or, selon la jurisprudence, si un recours ne permet plus de corriger la décision contestée et ne conduit qu'à la constatation éventuelle de son illicéité, l'examen de la décision incriminée reste admissible dans le procès en responsabilité contre l'État, même si la possibilité de recours n'a pas été utilisée (cf. arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.3 ; ATF 129 I 139 consid. 3.1 et les références citées). Dès lors que la décision entreprise est entrée en force pour Y._____ SA et qu'un arrêt du Tribunal administratif fédéral ne pourrait aboutir, dans son résultat, qu'à la constatation d'une éventuelle illicéité des mesures prises par la CFB, le problème devra être, cas échéant, examiné dans une procédure en responsabilité sortant du cadre du présent litige.

3.3.5 Enfin, il n'y a pas lieu de faire abstraction de l'intérêt actuel – s'agissant d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi au contrôle de l'autorité de recours – dès lors que le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral ont déjà eu, à répétées reprises, l'occasion de se prononcer sur les pouvoirs de surveillance de la CFB ainsi que sur la garantie de l'activité irréprochable (cf. arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 1 ; arrêt du TAF B-2464/2007 du 4 décembre

2007 ; arrêt du TAF B-1645/2007 du 17 janvier 2008 ; arrêt du TAF B-3708/2007 du 4 mars 2008).

3.3.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que le recourant ne dispose pas d'un intérêt actuel suffisant à la procédure de recours. La cause est donc devenue sans objet et doit être radiée de rôle.

4.

À teneur de l'art. 5 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), lorsqu'une procédure devient sans objet, les frais et les dépens sont en règle générale mis à la charge de la partie dont le comportement a occasionné cette issue. Si la procédure est devenue sans objet, sans que cela soit imputable aux parties, les frais de procédure sont fixés au vu de l'état des faits avant la survenance du motif de liquidation. L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1^{ère} phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, c'est parce que le recourant a vendu ses participations Y._____ SA que son recours est devenu sans objet. De plus, il sied de relever que celui-ci a été invité à faire savoir s'il maintenait son recours suite au courrier de l'autorité inférieure signalant que, à son avis, le recourant avait perdu tout intérêt au recours. C'est donc en pleine connaissance de cause qu'il a requis de l'autorité de céans la poursuite de l'examen de son recours. Dans ces circonstances, les frais de procédure s'élevant à Fr. 5'000.- (dans la mesure où le présent arrêt se limite à la question de la recevabilité) doivent être intégralement mis à sa charge.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

L'affaire devenue sans objet est radiée du rôle.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 5'000.-, sont mis à la charge du recourant. Ce montant est compensé par l'avance de frais

déjà versée de Fr. 20'000.-. Le solde de Fr. 15'000.- sera restitué au recourant une fois l'entrée en force du présente arrêt.

3.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 2006-12-19/258/1829 ; Acte judiciaire)

Le Président :

Le Greffier:

Jean-Luc Baechler

Pascal Richard

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition : 17 juillet 2008