CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Jugement du Tribunal administratif fédéral

Par Anne Héritier Lachat le 18 avril 2008

Par jugement du 4 mars 2008, B-3708/2007, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a largement confirmé une décision de la Commission fédérale des banques (CFB) qui interdisait à X, directeur d'une banque, d'occuper une position exigeant la garantie d'une activité irréprochable.
Ce jugement est intéressant à plus d'un titre : c'est ainsi la première décision de cette nouvelle autorité sur ce sujet délicat, mais c'est aussi un texte long et fouillé, qui met en lumière quelques intéressantes questions tant sur le plan juridique que sur le rôle que le TAF pourrait jouer en la matière.
Les faits sont les suivants : le 12 octobre, le responsable de la gestion de la banque Z chargea sa collaboratrice d'acquérir pour une cliente sous gestion 15'000 actions Y que la banque considérait comme « bonnes » sur la base de ses analyses. Suite à une erreur informatique, la collaboratrice acquit 210'000 actions en 2 jours à un prix moyen de 45,68 euros. Lorsque l'erreur fut découverte le 14 octobre, le cours avait baissé à 42,50 euros. Ce même jour, les employés concernés et le directeur X, responsable des clients privés et de l'*asset management*, décidèrent de placer la majorité des actions Y acquises par erreur dans les comptes de clients gérés en remplacement d'autres titres équivalents (« *switch* »). Les actions Y ainsi transférées aux clients furent comptabilisées au prix de 45,68 euros en moyenne. Le Directeur général fut informé dès l'origine de cette manière de diminuer la perte virtuelle de la banque ; le 19 octobre, les autres membres de la direction et le chef de l'inspectorat furent informés. Ce dernier ordonna de comptabiliser les actions Y au cours de 42,50 euros dans les comptes des clients. Dans la foulée, la banque licencia X et son Directeur général et annonça le cas à la CFB.
Par décision du 26 avril 2007, la CFB considéra que X avait violé les articles 3 al. 2 lit. c LB et 10 al. 2 lit. d LBVM et ne présentait plus en conséquence la garantie d'une activité irréprochable ; la CFB infligea à X une interdiction d'occuper pendant 5 ans une position soumise à l'exigence de cette garantie, jusqu'en 2010.
Le jugement du TAF a réduit la durée de l'interdiction de 2 ans, ce qui permettra à X d'occuper dès octobre 2008 le poste de responsable des clients privés dans l'établissement auprès duquel il a rapidement retrouvé un emploi (non soumis à l'obligation de garantie).
Le TAF s'est penché longuement et en détail sur cette affaire.
Il a confirmé la pratique de la CFB selon laquelle la personne licenciée qui entend reprendre une activité soumise à une obligation de garantie peut exiger que son cas soit tranché (cons. 2.2) ; il a aussi rappelé la distinction entre l'interdiction de pratiquer de l'article 35 LBVM et les mesures administratives liées à la garantie d'une activité irréprochable (cons 3.2). La première mesure est répressive, la seconde préventive et vise à rétablir l'ordre légal et à éviter la récidive. Dans ce même cadre, le TAF souligne que la procédure relative à la garantie est bien

de nature purement administrative et non pénale (cons. 4.1), ce qui exclut entre autre l'application du principe « *in dubio pro reo* ». Enfin, comme avant lui le TF, le TAF a reconnu à la CFB, un large pouvoir d'examen, découlant non seulement du caractère indéterminé de la norme applicable, mais aussi des compétences particulières de l'autorité (« *fachkundige Behörde* », cons. 3.3 in fine).

Si le TAF a raccourci la durée de l'interdiction, c'est en application des principes généraux qui guident l'activité administrative, notamment celui de proportionnalité. Le Tribunal a ainsi procédé à un examen détaillé des cas publiés par la CFB en la matière et à une comparaison avec les deux cas où la CFB avait prononcé une interdiction d'une durée de 5 ans. Le Tribunal a considéré que s'agissant d'une seule violation de la loi, il fallait tenir compte aussi du fait que X avait informé la direction, qu'il n'avait pas violé de manière intentionnelle son devoir de fidélité et qu'enfin X avait été licencié. Le TAF accorde aussi de l'importance au bon certificat fourni par l'employeur actuel de X. Le TAF n'a par contre pas pris en compte le fait relevé par la CFB comme aggravant, soit la tentative de X de reporter la responsabilité de l'opération de « *switch* » sur ses collaborateurs.

Ce jugement revoit aussi la répartition des frais, mais admet la possibilité pour l'autorité de facturer ses frais effectifs.

Le soin avec lequel le TAF a examiné tant les arguments de X que la pratique antérieure de la CFB, repris les faits à plusieurs reprises dans son raisonnement, démontre que cette autorité entend jouer un rôle non pas de « chambre d'enregistrement » des décisions de la CFB, mais bien plutôt exercer pleinement les compétences dont la loi l'a dotée. Cette attitude va imposer à l'autorité de première instance une motivation peut-être encore plus détaillée de ses décisions, dans le cadre du large pouvoir d'appréciation que le TAF lui a (heureusement) reconnu. L'avenir s'annonce intéressant….

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Anne Héritier Lachat, Jugement du Tribunal administratif fédéral, publié le 18 avril 2008 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/585/