

Publication du rapport sur les mandataires

Par Claude Bretton-Chevallier le 15 mai 2008

Tout ce que vous auriez voulu savoir mais que vous n'avez pas osé demander, voilà ce que contient le [rapport de mars 2008 de la CFB sur les mandataires](#). La CFB y décrit en détail sa collaboration – qualifiée de très positive et efficace avec des mandataires. Cette collaboration s'est intensifiée depuis juillet 2004, suite à l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 23quater LB, qui a remplacé les observateurs de la loi de 1971 par des chargés d'enquête. Le mandat de chargé d'enquête, bien que de loin le plus fréquemment attribué (83 sur un total de 117) ne représente cependant qu'une des catégories de mandat que peut confier la CFB. On trouve aussi, dans la LB, la LBVM et la LPCC, des délégués à l'assainissement, liquidateurs, liquidateurs de la faillite bancaire, gérants et experts chargés des estimations, dont la CFB rappelle les fonctions respectives (Ch. 1.3), qu'elle distingue de celles des réviseurs externes, qui établissent annuellement un audit comptable et prudentiel pour les établissements soumis à autorisation.

Transparente, la CFB indique la procédure appel d'offres public, remise d'offres par les particuliers et examen par la CFB et les critères de sélection des mandataires compétence, assise internationale, qualification des responsables du mandat, nombre de collaborateurs, honoraires (le taux horaire de CHF 450.- représentant un maximum). Elle précise que le droit des marchés publics n'est pas applicable dans la mesure où les coûts d'intervention du mandataire sont à la charge des établissements et non des pouvoirs publics (Ch. 3.4). Elle révèle que, aujourd'hui, la liste des mandataires comporte 52 candidats, dont 29 études d'avocats et 7 sociétés d'audit agréées. Par rapport à 1999, la situation a diamétralement changé : la quasi totalité des mandats était alors confiée à des réviseurs bancaires agréés. Au sein du pool des mandataires, l'attribution des mandats, qui peuvent être conjoints, est fonction, d'une part, de l'adéquation des compétences, de la disponibilité et de l'indépendance des candidats et, d'autre part, des exigences du mandat particulier. L'attribution fait l'objet d'une décision formelle notifiée à l'établissement concerné et susceptible de recours. En pratique, l'urgence impose souvent la nomination d'un chargé d'enquête par décision superprovisoire du Secrétariat de la CFB, contre laquelle l'établissement visé ne dispose d'aucun recours. Il peut néanmoins prendre position par écrit et obtenir, le cas échéant, une décision de confirmation, susceptible, elle, de recours. Cependant, les délais relativement brefs dans lesquels les rapports doivent être rendus, rendent souvent un tel recours sans objet.

A l'égard du mandataire, la CFB précise, outre le contenu du mandat et les pouvoirs du mandataire (aujourd'hui le chargé d'enquête peut se voir attribuer les compétences de certains organes), ses modalités : échéances des rapports intermédiaires et final, périodicité des décomptes, obligations en matière de conservation des documents et secret professionnel. Après avoir exclu la qualification de rapport de délégation, de concession et de mandat de droit

privé, la CFB retient qu'elle est liée à ses mandataires par un mandat de droit public. Ceux-ci ont à son égard des obligations de diligence et de fidélité largement inspirées de des art. 394 ss CO (Ch. 4.4). A l'égard de l'établissement concerné par la mesure, le mandataire, sujet de droit privé, remplit une mission de service public. Ne devenant pas une autorité fédérale, il ne peut rendre de décisions. C'est donc toujours la CFB qui décide des mesures à prendre, cas échéant, sur demande du mandataire. Celui-ci ne dispose, sur le plan procédural, d'aucun pouvoir de contrainte. En revanche, il a un droit d'information et de regard sur tous les documents pertinents pour l'exécution du mandat, de même qu'un droit d'accès aux locaux et systèmes informatiques (Ch. 6.2). L'appréciation juridique finale d'une situation appartient à la CFB, qui se déterminera sur la base des éléments réunis par le mandataire, après avoir donné à l'établissement concerné la possibilité de faire valoir sa position.

Par des contacts réguliers durant l'exécution du mandat et l'examen des rapports périodiques, la CFB exerce une certaine surveillance sur l'activité des mandataires. Pour les affaires plus complexes, le CFB peut nommer un mandataire-coordonateur, qui procède aussi à une forme de contrôle. Lorsque le mandataire a pour tâche de liquider les activités – généralement non autorisées – de personnes (physique ou morale), la surveillance exercée par la CFB sur l'activité du mandataire est souvent la seule, d'où son importance capitale, notamment pour les créanciers et actionnaires ou associés de l'établissement visé.

La surveillance porte aussi sur les coûts de l'intervention du mandataire qui font l'objet de décomptes rapprochés. A ce propos, la CFB a précisé que les honoraires générés depuis 2004 par ces mandats s'élèvent à CHF 12 millions. Comme mentionné précédemment, ces coûts sont à la charge des établissements visés par la mesure, quand bien même les soupçons de départ n'auraient pas été confirmés. Si l'établissement est insolvable, la CFB garantit, moyennant certaines conditions, le versement d'un montant maximum d'honoraires, fixé d'avance. A ce jour les montants garantis représentent près de 16 % du total es honoraires générés par les mandats de la CFB.

De *lege lata*, les mandataires engagent leur responsabilité personnelle par leur comportement fautif (art. 39 LB, 36a LBVM et 752-260 CO). Celle de l'Etat peut aussi être engagée en cas de manquement caractérisé de la CFB à ses obligations causant un dommage. De *lege ferenda*, avec l'introduction de la FINMA, la responsabilité première, civile et personnelle des mandataires sera supprimée, le principe étant la responsabilité de la FINMA et subsidiairement, pour le découvert, la Confédération (ch. 9.2). Les mandataires ne pourront être recherchés personnellement, sur recours de la CFB, que pour leurs actes commis intentionnellement ou par négligence grave.

En conclusion, la CFB souligne les avantages de la mise en oeuvre de la surveillance par les mandataires (rapidité, efficacité, adjonction de compétences, possibilité d'adapter les mesures à prendre au cas d'espèce) dépassent largement les dangers potentiels (filtrage des informations, contrôle indirect, manque d'expérience pratique des mandataires, dérapage des coûts). On soulignera que trois premiers inconvénients mentionnés se retrouvent également dans le cadre de la surveillance ordinaire exercée par les réviseurs agréés. Pour compléter l'intéressant tableau dressé par la CFB, on serait curieux d'avoir l'écho des établissements ou sociétés qui ont fait l'objet d'une intervention de mandataires de la CFB.

<https://cdbf.ch/fr/592/>