

Update

Newsflash juillet 2019

Droit de la responsabilité de l'Etat : pas d'indemnisation du dommage indirect de l'actionnaire

Dans un arrêt récemment publié (2C_809/2018), le Tribunal fédéral a rejeté les prétentions en dommages-intérêts d'anciens actionnaires de la banque privée TEMPUS SA en se fondant sur la Loi sur la responsabilité (LRFC). Les actionnaires – parmi lesquels l'ancien actionnaire majoritaire Oskar Holenweger, qui possédait près de 90% des titres -alléguaient avoir été contraints de vendre la banque en urgence en raison d'actes illicites de plusieurs autorités et avoir ainsi subi un dommage du fait de la perte de valeur de leurs actions. Selon le Tribunal fédéral, un tel dommage indirect n'est pas sujet à indemnisation.

Faits

En juin 2003, la police judiciaire fédérale ("fedpol") a informé la Commission fédérale des banques ("CFB", aujourd'hui Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ou FINMA) que Oskar Holenweger – ancien président du conseil d'administration et alors directeur général de TEMPUS Privatbank SA (la "Banque") – blanchissait des fonds provenant du crime organisé et du trafic de drogue. Cette information émanait d'un narcotraffiquant lui-même condamné. Par ordonnance superprovisoire de décembre 2003, la CFB a notamment désigné KPMG comme observatrice de la Banque. Simultanément, M. Holenweger a été placé en détention provisoire pendant près de deux mois par le Ministère public de la Confédération ("MPC").

Les rapports de KPMG ont conclu que la situation financière de la Banque était difficile et que ses

activités opérationnelles ne pouvaient être poursuivies qu'à très court terme. De plus, ils indiquaient que la situation rendait nécessaire une rapide amélioration des fonds propres de la Banque par un partenaire stratégique ou un acheteur.

Suite à l'enquête pénale et à la procédure de surveillance, la Banque a été vendue en urgence le 2 février 2004.

En mai 2010, après plusieurs années d'enquête, le MPC a rendu un acte d'accusation à l'encontre de M. Holenweger pour faux dans les titres, gestion déloyale, (tentative de) blanchiment d'argent qualifié et corruption d'agents étrangers. Le Tribunal pénal fédéral a classé l'une de ces infractions et a acquitté M. Holenweger de toutes les autres. Il a en particulier retenu que les soupçons du MPC ayant mené aux investigations étaient "maigres" ("dürftig") et que les allégations selon lesquelles M. Holenweger aurait blanchi de

l'argent pour la mafia de la drogue n'avaient pas été concrétisées, fût-ce partiellement.

En avril 2012, sur la base du jugement du Tribunal pénal fédéral, M. Holenweger et un ancien coactionnaire de la Banque ont fait valoir des prétentions en dommages-intérêts à l'encontre de la Confédération en se fondant sur la Loi sur la responsabilité ("LRCF"). Ils alléguaient avoir été contraints de vendre la Banque de manière précipitée et à un prix inférieur à celui du marché en raison d'actes illicites du MPC, de fedpol, de la CFB et de KPMG en sa qualité d'observatrice, ce qui leur aurait causé un dommage.

Par décision du 18 juin 2019, la deuxième chambre de droit public du Tribunal fédéral a définitivement rejeté la demande en dommages-intérêts.

La perte de valeur des actions due à la vente d'urgence forcée ("*erzwungener Notverkauf*") constitue un dommage

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral souligne que la responsabilité de l'Etat selon l'art. 3 LRCF requiert un acte illicite, qui consiste soit en la violation d'un droit absolu de la personne lésée (propriété, personnalité), soit en la violation d'une norme protégeant le patrimoine du lésé. Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que, selon la pratique, le dommage correspond à une diminution involontaire du patrimoine pouvant prendre la forme d'une diminution des actifs, d'une augmentation des passifs ou d'un gain manqué.

Dans le cas présent, le Tribunal fédéral différencie trois groupes de dommages :

- (1) Le dommage subi par Monsieur Holenweger en raison de son statut de prévenu dans la procédure pénale. Ce dommage a été pris en compte par le Tribunal pénal fédéral conformément à l'art. 429 CPP et n'est pas litigieux devant le Tribunal fédéral.
- (2) Le dommage subi par la banque en raison de l'arrestation de Monsieur Holenweger, de l'enquête pénale à son encontre et des actes de la CFB et de KPMG. Ce point n'est pas non plus abordé par le Tribunal fédéral, car la banque (disparue suite à une fusion consécutive à sa vente) n'est pas intervenue comme lésée dans le cadre de la procédure.

- (3) Le dommage subi par les (anciens) actionnaires de la Banque en raison de la dépréciation de leurs actions causée par la vente d'urgence forcée. C'est ce préjudice qui fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral. Les anciens actionnaires l'ont évalué à la différence entre la valeur réelle des actions avant l'intervention de la CFB et le prix obtenu lors de la vente d'urgence.

Pour ce dernier groupe, le Tribunal fédéral retient que la vente des actions de la Banque sous la pression des poursuites pénales et la perte de valeur consécutive étaient involontaires et qu'elles constituent donc un dommage au sens de la jurisprudence fédérale. Toutefois, cela ne signifie pas encore que la Confédération était tenue d'indemniser ce dommage.

Le droit suisse de la responsabilité civile permet uniquement la réparation du "dommage direct" ("*direkter Schaden*")

Selon les principes du droit suisse de la responsabilité, seul le dommage direct peut être indemnisé. En d'autres termes, seule la personne directement touchée par l'acte et qui subit une atteinte directe à son patrimoine peut prétendre à une indemnité.

Le Tribunal fédéral déduit de la jurisprudence relative à la responsabilité des sociétés anonymes – d'après laquelle un dommage est direct ou indirect selon qu'il touche le patrimoine de la société ou de l'actionnaire – que la perte de valeur d'actions doit également être considérée comme un dommage direct de la société dans les autres domaines de la responsabilité. En revanche, les pertes subies par les actionnaires d'une société directement lésée sont des dommages indirects ne pouvant en principe pas être indemnisés. En conséquence, le Tribunal fédéral retient dans le cas d'espèce que le dommage allégué par les anciens actionnaires de la Banque, survenu suite à la vente d'urgence forcée de leurs actions, n'avait pas à être indemnisé.

Un résultat insatisfaisant et son importance pour le futur

La décision du Tribunal fédéral dans le cas d'espèce a pour conséquence (choquante) que l'actionnaire majoritaire d'une banque contraint de vendre ses actions en urgence en raison d'une

procédure pénale illicite et de mesures de surveillance parallèles ne peut pas réclamer d'indemnisation pour la dépréciation de ses actions. Même si cette décision est juridiquement compréhensible, elle laisse un arrière-goût amer.

Cet arrêt suggère que la Banque aurait pu faire valoir avec succès le dommage "direct" qu'elle a subi en raison des actes illicites des autorités. Dans des cas similaires de vente d'urgence, il est donc recommandé de définir les droits et obligations des parties et de la société touchée relatifs aux prétentions en dommages-intérêts directement dans le contrat de vente d'actions.

Une solution possible serait que la banque cède sa créance en dommages-intérêts contre l'Etat aux actionnaires vendeurs. Cela dit, outre le fait que, dans le cadre d'une vente d'urgence, les actionnaires vendeurs ne devraient guère avoir de pouvoir de négociation à cet égard, cette approche soulève une série de questions de droit des sociétés et de droit fiscal.

Nous sommes à votre disposition pour toute question complémentaire que vous pourriez avoir.

Avis légal: Le contenu de cet UPDATE Newsflash est de nature générale et ne constitue pas du conseil juridique. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question spécifique.

Contacts

Zurich

Harold Frey
harold.frey@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Dominique Müller
dominique.mueller@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Flavio Delli Colli
flavio.dellicolli@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Genève / Lausanne

Daniel Tunik
daniel.tunik@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Miguel Oural
miguel.oural@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Nos bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zürich
Tél: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue de Rhodanie 58
CH-1007 Lausanne
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com