



La Commission des sanctions

DECISION DE LA COMMISSION DES SANCTIONS A L'EGARD DE LA SOCIETE FIVAL SA ET DE MM. A, B, C ET D

La 2^{ème} section de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF) ;

- Vu le code monétaire et financier, notamment ses articles L. 621-14, L. 621-15, L. 532-9, L. 532-10, L. 533-1, L. 533-2, L. 533-10 et L. 533-11 ;
- Vu le règlement général de l'AMF, notamment ses articles 312-3, 313-1, 313-6, 313-54, 313-57 et 314-3 ;
- Vu les notifications de griefs du 26 avril 2011 adressées à la société Fival et à MM. B, A, C et D par lettres recommandées avec demande d'avis de réception ;
- Vu la décision du 4 mai 2011 de la Présidente de la Commission des sanctions désignant M. Pierre Lasserre, membre de la Commission des sanctions, en qualité de rapporteur ;
- Vu les lettres recommandées avec demande d'avis de réception du 4 mai 2011 informant les mis en cause de la nomination de M. Pierre Lasserre en qualité de rapporteur et leur rappelant la faculté d'être entendus, à leur demande, conformément au I de l'article R. 621-39 du code monétaire et financier ;
- Vu les lettres recommandées avec demande d'avis de réception du 5 mai 2011 informant les mis en cause, en application de l'article R. 621-39-2 du code monétaire et financier, de ce qu'ils disposaient de la faculté de demander la récusation du rapporteur dans un délai d'un mois ;
- Vu les observations écrites présentées par la société Fival et par MM. A, B, C et D datées du 23 juin 2011 ;
- Vu les auditions réalisées par M. Pierre Lasserre le 12 juin 2012 ;
- Vu le rapport de M. Pierre Lasserre en date du 19 juillet 2012 ;
- Vu les lettres recommandées avec demande d'avis de réception du 20 juillet 2012 informant les mis en cause de la date de la séance de la Commission appelée à statuer sur les griefs notifiés auxquelles était joint le rapport du rapporteur ;
- Vu les lettres recommandées avec demande d'avis de réception du 31 août 2012 informant les mis en cause de la composition de la Commission des sanctions au cours de la séance du 27 septembre 2012 ainsi que du délai de quinze jours dont ils disposaient, en application de l'article R. 621-39-2 du code monétaire et financier, pour demander la récusation, dans les conditions prévues aux articles R. 621-39-3 et R. 621-39-4, d'un ou de plusieurs de ses membres ;
- Vu les autres pièces du dossier ;

Après avoir entendu au cours de la séance du 27 septembre 2012 :

- M. Pierre Lasserre, en son rapport ;
- M. Hubert Gasztowtt, représentant du directeur général du Trésor, qui a indiqué ne pas avoir d'observations à formuler ;
- M. Alexandre Musnier, représentant le Collège de l'AMF ;
- La société Fival SA représentée par M. C ;
- MM. A, B, C et D ;
- Maître Gilles Martin, pour le compte des personnes mises en cause ;

les mis en cause ayant eu la parole en dernier.

FAITS ET PROCÉDURE

La société Fival SA (ci-après « **Fival** ») est une société de gestion de portefeuille de type 2, agréée le 22 mai 1990 par la Commission des opérations de bourse en vue d'exercer, à titre principal, les services de gestion individuelle et de gestion collective et, à titre accessoire, les services de réception et transmission d'ordres pour le compte de tiers et de conseil en investissement.

Dès la fin de l'année 2007, la société Fival a rencontré d'importantes difficultés financières qui l'ont conduite, d'une part, à procéder à des opérations sur son capital social, d'autre part, à des reports de pertes et, enfin, à des avances en compte courant réalisées par son actionnaire majoritaire.

En dépit des pertes constatées, la société Fival a décidé, au cours de l'assemblée générale extraordinaire du 30 juin 2008, de ne pas procéder à une dissolution anticipée et de poursuivre son objet social malgré un actif net devenu inférieur à la moitié de son capital social.

A l'époque des faits, les dirigeants en charge de la direction de la société Fival étaient MM. A, [...], B, [...] et C, [...]. M. D était administrateur jusqu'au 21 juillet 2009, date à laquelle il a été nommé [...]. M. B était également [...] de la société Fival.

Par convention datée du 25 juin 2008, la société Fival a délégué les travaux de contrôle interne et de suivi de la conformité à un cabinet externe. Les conditions d'exercice de cette délégation ont été approuvées par l'AMF conformément aux articles 313-43 et 313-44 du règlement général de l'AMF.

En sa qualité de prestataire de services d'investissement, la société Fival a transmis, de façon régulière, à l'AMF les informations comptables et financières relatives à sa gestion, ce qui a permis de constater, au cours des années 2009 et 2010, que la société ne disposait pas de fonds propres suffisants au regard de la réglementation.

En conséquence, le secrétaire général de l'AMF a décidé le 23 avril 2010 « *de procéder au contrôle du respect par la société Fival SA de ses obligations professionnelles* ».

Le contrôle, effectué par le Service du contrôle des prestataires et des infrastructures de marché de l'AMF, s'est déroulé du 29 avril au 22 juin 2010 et a eu pour objet, d'une part, de s'assurer que les modalités de l'activité, de l'organisation et du fonctionnement de la société de gestion Fival étaient conformes aux engagements figurant dans le dossier d'agrément déposé auprès de l'AMF et, d'autre part, d'apprécier le respect des exigences réglementaires en matière de fonds propres.

Le 14 juin 2010, le commissaire aux comptes de la société Fival a informé l'AMF de l'ouverture d'une procédure d'alerte en raison de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Le rapport de contrôle, établi le 6 août 2010, a été communiqué le 20 septembre 2010 à Fival, qui a produit des observations en réponse le 19 octobre 2010.

Le rapport de contrôle et les observations de la société Fival ont été examinés le 8 mars 2011 par la Commission spécialisée n° 3 du Collège de l'AMF, constituée en application du III de l'article L. 621-2 du code monétaire et financier, qui a décidé de notifier des griefs à la société Fival et à MM. A, B, C et D en leur qualité de dirigeants à l'époque des faits.

Par lettres recommandées avec demande d'avis de réception en date du 26 avril 2011, le Président de l'AMF a notifié des griefs à Fival et à MM. A, C, B et D, en les informant, d'une part, de la transmission des lettres de notification au Président de la Commission des sanctions pour attribution et désignation d'un rapporteur et, d'autre part, du délai de deux mois dont ils disposaient pour présenter des observations écrites en réponse aux griefs énoncés dans ces lettres, ainsi que de la possibilité de se faire assister de toute personne de leur choix et de prendre connaissance des pièces du dossier dans les locaux de l'AMF.

Par lettre du même jour, le Président de l'AMF, en application de l'article R. 621-38 du code monétaire et financier, a transmis les notifications de griefs au Président de la Commission des sanctions, qui a désigné M. Pierre Lasserre en qualité de rapporteur le 4 mai 2011.

En substance, il est reproché à Fival et à MM. A, C, B et D, d'une part, de ne pas avoir respecté le seuil minimum des fonds propres réglementaires et de ne pas avoir suivi leur évolution et, d'autre part, une absence de gestion saine et prudente de la société.

Le rapporteur a, par lettres recommandées avec demande d'avis de réception en date du 4 mai 2011, avisé les mis en cause de sa désignation et leur a rappelé leur faculté d'être chacun entendu, à sa demande, dans les locaux de l'AMF, en application du I de l'article R. 621-39 du code monétaire et financier. Ils ont également été informés le lendemain, selon les mêmes modalités, du fait qu'ils disposaient d'un délai d'un mois pour demander la récusation du rapporteur dans les conditions prévues par les articles R. 621-39-3 et R. 621-39-4 du code monétaire et financier.

Par courrier du 23 juin 2011, les mis en cause ont déposé des observations écrites et demandé à être auditionnés par le rapporteur.

Parallèlement, le Collège de l'AMF, lors de sa séance du 6 septembre 2011, a décidé de prononcer le retrait d'agrément de Fival en qualité de société de gestion de portefeuille, dès lors qu'elle ne remplissait plus les conditions auxquelles était subordonné son agrément, s'agissant de la permanence des moyens, notamment financiers et humains. Le retrait d'agrément a pris effet le 1^{er} décembre 2011.

Le 12 juin 2012, le rapporteur a procédé aux auditions de la société Fival et de MM. C, A, B et D.

Le 19 juillet 2012, M. Pierre Lasserre a déposé son rapport, sur lequel les mis en cause n'ont pas formulé d'observations.

Par lettres recommandées avec demande d'avis de réception du 31 août 2012, les mis en cause ont été informés de la composition de la Commission des sanctions appelée à délibérer sur les griefs reprochés, ainsi que du délai de quinze jours dont ils disposaient, en application de l'article R. 621-39-2 du code monétaire et financier, pour demander la récusation, dans les conditions prévues aux articles R. 621-39-3 et R. 621-39-4, d'un ou de plusieurs de ses membres.

MOTIFS DE LA DECISION

1. Sur les griefs tirés du non-respect du niveau réglementaire minimum de fonds propres

Considérant qu'il est reproché aux personnes mises en cause de ne pas avoir respecté, en violation des articles L. 532-9 du code monétaire et financier et 312-3 du règlement général de l'AMF, les exigences réglementaires relatives au niveau de fonds propres dont devait justifier la société Fival au 31 décembre 2008, au 31 mars 2009, au 31 décembre 2009 et aux 30 mars et 30 juin 2010 ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier « *Les sociétés de gestion de portefeuille sont les entreprises d'investissement qui fournissent, à titre principal, le service d'investissement mentionné au 4 de l'article L. 321-1, ou qui gèrent un ou plusieurs organismes de placement collectifs mentionnés aux 1, 2, 5 et 6 du I de l'article L. 214-1 ou un ou plusieurs organismes de placement collectif en valeurs mobilières de droit étranger agréés conformément à la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009. / Les sociétés de gestion de portefeuille sont agréées par l'Autorité des marchés financiers. / Pour délivrer l'agrément à une société de gestion de portefeuille, l'Autorité vérifie si celle-ci : / (...) 2. Dispose d'un capital initial suffisant ainsi que des moyens financiers adaptés et suffisants ; (...) / Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise les conditions d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille. / Les sociétés de gestion de portefeuille doivent satisfaire à tout moment aux conditions de leur agrément* » ;

Considérant que l'article 312-3 du règlement général de l'AMF prévoit que : « (...) *II. Lors de l'agrément et au cours des exercices suivants, la société de gestion de portefeuille doit pouvoir justifier à tout moment d'un niveau de fonds propres au moins égal au plus élevé des deux montants mentionnés aux 1° et 2° ci-après : 1° 125 000 euros complété d'un montant égal à 0,02% du montant de l'actif géré par la société de gestion de portefeuille excédant 250 millions d'euros. (...) 2° Le quart des frais généraux annuels de l'exercice précédent* » ;

Considérant que l'instruction n° 2008-03 du 8 février 2008 relative aux procédures et modalités d'agrément des sociétés de gestion précise, en son article 9, que : « *Le montant minimal des fonds propres de la société de gestion de portefeuille est calculé conformément à l'article 312-3 du règlement général de l'AMF qui prévoit que « lors de l'agrément et au cours des exercices suivants, la société de gestion de portefeuille doit pouvoir justifier à tout moment d'un niveau de fonds propres au moins égal au plus élevé des deux montants mentionnés aux 1° et 2° : 1° 125 000 euros (...) 2° le quart des frais généraux de l'exercice précédent* ». A ce titre, dès lors que les organes sociaux se sont réunis en année N+1 pour arrêter les comptes de l'année N, la situation des frais généraux à prendre en compte est celle de l'année N » ;

Considérant que les sociétés de gestion de portefeuille doivent en conséquence disposer à tout moment de ressources financières adaptées à leur activité ;

Considérant qu'en application des dispositions citées plus haut et de l'importance de ses frais généraux, Fival aurait dû justifier au 31 décembre 2008 d'un montant minimum de fonds propres de 161 000 euros ; que cependant, elle ne disposait que de 88 000 euros de fonds propres, ce qui est corroboré par les éléments comptables transmis par la société Fival à l'AMF le 29 janvier 2009 ; qu'au demeurant, la société ne conteste ni le niveau minimum qu'aurait dû atteindre ses fonds propres au 31 décembre 2008, ni leur niveau réel ; que le grief tiré du non-respect des fonds propres réglementaires est en conséquence caractérisé au 31 décembre 2008 ;

Considérant que par courrier daté du 31 mars 2009, les services de l'AMF ont sollicité de la société Fival la transmission, « *selon un rythme trimestriel, de l'évolution de la situation des fonds propres de la société Fival SA, au regard des dispositions de l'article 312-3 du règlement général de l'AMF* » ; que pour répondre à cette demande la société Fival a transmis à l'AMF, le 29 avril 2009, les informations comptables relatives aux fonds propres réglementaires arrêtées le 31 mars 2009 en précisant que le « *niveau de fonds propres réglementaires requis* » s'élevait à 68 000 euros ;

Considérant cependant que, compte tenu de l'importance des frais généraux de l'exercice précédent, la société Fival devait pouvoir justifier à cette dernière date de fonds propres réglementaires d'au moins

163 488,25 euros et non d'un montant de 68 000 euros ; que les fonds propres de la société Fival s'élevaient, au 31 mars 2009, à 86 162 euros, ce qui est corroboré par les éléments comptables transmis par la société Fival à l'AMF le 19 octobre 2010 ; que le grief tiré du non-respect des fonds propres réglementaires est également caractérisé au 31 mars 2009 ;

Considérant que, selon les notifications de griefs, et indépendamment de ce qui sera dit plus loin à l'occasion de l'examen du grief tiré de l'enregistrement d'une écriture comptable injustifiée à la clôture des comptes de l'exercice 2009, les fonds propres de la société Fival s'élevaient à 82 000 euros au 31 décembre 2009, alors qu'à raison des frais généraux supportés par la société leur montant minimum pour respecter les textes cités plus haut aurait dû être de 296 000 euros ; que ces chiffres sont corroborés par les éléments comptables transmis par la société Fival, aux termes desquels il apparaît que ses fonds propres s'élevaient à 81 573 euros alors que le quart de ses frais généraux annuels atteignait 296 828 euros au 31 décembre 2009 ; que dès lors, contrairement à l'obligation qui était la sienne, la société Fival ne disposait pas du niveau requis de fonds propres au 31 décembre 2009 ;

Considérant qu'il est encore établi par les informations fournies par Fival dans ses observations qu'au 31 mars 2010, le quart de ses frais généraux s'élevait à 296 828 euros, alors qu'elle ne justifiait que de 114 033 euros de fonds propres ; que, de la même manière, alors que le quart des frais généraux était à un niveau inchangé au 30 juin 2010, les fonds propres de la société Fival n'atteignaient que 178 156 euros ; que dès lors la société Fival ne disposait ni au 31 mars 2010, ni au 30 juin 2010, contrairement à l'obligation qui était la sienne, du niveau réglementaire de fonds propres requis ;

Considérant que le manquement relatif au non-respect du niveau réglementaire minimum de fonds propres est en conséquence caractérisé ;

2. Sur le grief tiré de l'insuffisance de dispositif de suivi des fonds propres

Considérant qu'il est fait grief à la société Fival et MM. A, B, C et D de ne pas avoir mis en place de dispositif de suivi adapté des fonds propres, en violation des articles L. 533-10 du code monétaire et financier et 313-1 et 313-54 du règlement général de l'AMF ; que les notifications de griefs relèvent à cet égard que la société Fival n'a pas « assuré un correct calcul des FPR [fonds propres réglementaires] » puisqu'elle a, d'une part, intégré des avances en compte courant qui ne pouvaient être prises en compte dans le calcul des fonds propres au 31 mars 2010 et n'a, d'autre part, pas retenu les frais généraux sur une année pleine s'agissant du calcul des fonds propres du premier trimestre 2010 ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 533-10 du code monétaire et financier : « Les prestataires de services d'investissement doivent : / 1. Mettre en place des règles et procédures permettant de garantir le respect des dispositions qui leur sont applicables ; (...) / 4. Prendre des mesures raisonnables en utilisant des ressources et des procédures appropriées et proportionnées pour garantir la continuité et la régularité de la fourniture des services d'investissement, notamment lorsqu'ils confient à des tiers des fonctions opérationnelles importantes » ;

Considérant que l'article 313-1 du règlement général de l'AMF dispose que « Le prestataire de services d'investissement établit et maintient opérationnelles des politiques, procédures et mesures adéquates visant à détecter tout risque de non-conformité aux obligations professionnelles mentionnées au II de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier ainsi que les risques en découlant et à minimiser ces risques. / Pour l'application de l'alinéa précédent, le prestataire de services d'investissement tient compte de la nature, de l'importance, de la complexité et de la diversité des services d'investissement qu'il fournit et des activités qu'il exerce » ;

Considérant que l'article 313-54 du règlement général de l'AMF prévoit par ailleurs que « I. La société de gestion de portefeuille utilise en permanence des moyens, notamment matériels, financiers et humains adaptés et suffisants. (...) » ;

Considérant qu'il résulte du rapport de contrôle que « la société Fival a mis en place un contrôle formalisé des FPR » ; qu'ainsi le cahier des procédures de la comptabilité et du contrôle de gestion de Fival précise, en son

article VII, que « *chaque trimestre civil, un arrêté doit être fait et envoyé à l'AMF. Cet arrêté est fait par la comptabilité selon les mêmes règles que celles d'un arrêté annuel. Toutes les étapes ci-dessous doivent être validées par le RCCI* » et expose la procédure à suivre pour le calcul et l'enregistrement des fonds propres dans les fichiers de Fival ; que la société Fival avait donc formellement établi, conformément à l'obligation qui était la sienne, des procédures destinées à analyser et suivre le niveau des fonds propres dont elle disposait ;

Considérant que les notifications de griefs retiennent que ces procédures n'étaient cependant ni effectives ni opérationnelles, en s'appuyant, d'une part, sur le caractère incorrect du calcul par Fival de ses fonds propres réglementaires au premier trimestre 2010 qui « *ne prenait pas en compte les frais généraux sur un an mais sur le premier trimestre uniquement* » et, d'autre part, sur l'inclusion à tort des avances en compte courant dans le calcul des fonds propres au 31 mars 2010, alors que la tolérance accordée par l'AMF aux sociétés de gestion pour une telle prise en compte était limitée à une période maximale de six mois ;

Considérant, en premier lieu, que s'il ressort de l'audition du RCCI déléataire du contrôle interne et de la conformité que la société Fival lui a soumis, à tout le moins entre le 31 décembre 2008 et le 30 juin 2010, les procédures mises en œuvre en son sein et que s'il résulte des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration et de l'assemblée générale des actionnaires de Fival que le niveau de ses fonds propres et leur insuffisance y ont été évoqués, ces circonstances ne suffisent pas, à elles seules, à démontrer le caractère effectif des règles et le caractère opérationnel des procédures que la société Fival a formellement mises en place pour analyser et suivre le niveau de fonds propres dont elle disposait ;

Considérant, en second lieu, que si l'effectivité des règles et le caractère opérationnel des procédures relatives au suivi des fonds propres réglementaires ne sauraient être remis en cause sur le simple constat d'une erreur de calcul, la nature et l'importance des éléments pris en compte à tort par la société tant pour le calcul du montant réel de ses fonds propres à la fin du premier trimestre 2010 – qu'elle a surévalué – que pour celui du niveau réglementaire minimum que ses fonds propres devaient alors respecter – qu'elle a sous-évalué – révèlent que les procédures et les mesures mises en place par la société pour le suivi du respect de ses obligations réglementaires en matière de fonds propres comportaient des insuffisances substantielles ; que, dès lors, et abstraction faite d'une interruption non significative de la mission du RCCI déléataire pendant une courte période à la fin de l'année 2009, le manquement relatif à l'absence de dispositif adéquat de suivi des fonds propres est caractérisé ;

3. Sur les griefs tirés de l'absence de gestion saine et prudente et du défaut d'établissement de procès-verbaux de réunions du conseil d'administration

Considérant qu'il est reproché aux mis en cause de ne pas avoir procédé à une gestion saine et prudente de la société Fival, en violation des articles L. 533-1, L. 533-2 et L. 533-11 du code monétaire et financier et des articles 313-54, 313-57 et 314-3 du règlement général de l'AMF ;

Considérant que les notifications de griefs, qui rappellent que « *pour délivrer l'agrément à une SGP, l'AMF vérifie la qualité de ses actionnaires ainsi que l'honorabilité et l'expérience de ses dirigeants en vue de garantir sa gestion saine et prudente* » et soulignent que cette condition constitue un élément de sécurité pour les épargnants, retiennent à cet égard que, sur l'exercice 2009, les frais de location de deux appartements de fonction au profit de deux administrateurs et la somme fixe versée à un apporteur d'affaires étaient disproportionnés par rapport au chiffre d'affaires de Fival, et que « *la tenue des registres des procès-verbaux d'assemblées du conseil d'administration de la société a été défailante* » ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier « *Les sociétés de gestion de portefeuille sont agréées par l'Autorité des marchés financiers. / Pour délivrer l'agrément à une société de gestion de portefeuille, l'Autorité vérifie si celle-ci : / (...) 4. Est dirigée effectivement par deux personnes au moins possédant l'honorabilité nécessaire et l'expérience adéquate à leur fonction, en vue de garantir sa gestion saine et prudente. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers fixe les conditions dans lesquelles une société de gestion de portefeuille peut, par dérogation, être dirigée effectivement par une seule personne. Il précise les mesures qui doivent être prises pour garantir la gestion saine et prudente de la société concernée ; (...)* » ;

Considérant que l'article 312-6 du règlement général de l'AMF précise que : « *La société de gestion de portefeuille est dirigée effectivement par deux personnes au moins possédant l'honorabilité nécessaire ainsi que l'expérience adéquate à leurs fonctions, en vue de garantir sa gestion saine et prudente* » ;

Considérant, en premier lieu, que si, au sens de ces textes, une gestion saine et prudente d'une société de gestion de portefeuille est le résultat escompté de l'octroi de son agrément avec discernement par l'Autorité des marchés financiers à la suite notamment de la vérification de l'honorabilité et de l'expérience d'au moins deux de ses dirigeants effectifs, elle ne saurait en conséquence être appréciée par la Commission des sanctions aux fins de la caractérisation éventuelle d'un manquement ;

Considérant que si, aux termes de l'article L. 533-2 du code monétaire et financier mentionné au soutien du grief : « *Les prestataires de services d'investissement sont tenus, pour ce qui concerne leurs activités de services d'investissement, de respecter les normes de gestion destinées à garantir leur liquidité, leur solvabilité et l'équilibre de leur structure financière définies par le ministre chargé de l'économie en application de l'article L. 611-3* », les normes de gestion ainsi visées ne sont pas invoquées par les notifications de griefs qui exposent seulement que « *sur l'exercice 2009, les frais de location de deux appartements de fonction au profit de deux administrateurs de Fival représentaient 14,7% du chiffre d'affaires de Fival, alors que le montant des pertes s'élevait à environ 400 000 euros* » et « *sur l'exercice 2009 la somme fixe versée à l'apporteur d'affaires [...], en lieu et place du versement d'une commission, représentait 12,8% du chiffre d'affaires de Fival* » ;

Considérant en outre qu'aucun des textes mentionnés dans les notifications de griefs ne permet de constituer le fondement d'un éventuel manquement tiré de l'absence de gestion saine et prudente ;

Considérant au surplus que si, dans une précédente décision en date du 24 avril 2008 et relative à une société de gestion de portefeuille, la Commission des sanctions a jugé qu'il lui revenait de s'assurer – sans s'immiscer dans la gestion de la société mise en cause ni porter d'appréciation sur la qualité de celle-ci – que les orientations générales de l'utilisation des ressources de la société ne contrevenaient pas manifestement aux dispositions du 3 de l'article L. 533-4 du code monétaire et financier, ces dernières dispositions ont été abrogées depuis sans être reprises ;

Considérant, en second lieu, que si, aux termes de l'article L. 235-14, alinéa 1 du code de commerce « *Le fait pour le président des organes de direction et d'administration ou le président de séance de ces organes de ne pas constater les délibérations de ces organes par des procès-verbaux est sanctionné par la nullité des délibérations desdits organes* » et que l'article L. 235-4 du même code ajoute que « *Le tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités* », la Commission des sanctions n'est pas compétente pour caractériser un manquement et entrer en sanction pour le seul motif du défaut d'établissement de procès-verbaux de réunions du conseil d'administration ;

Considérant en conséquence que les faits ayant trait aussi bien à la gestion saine et prudente qu'à l'établissement des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration ne peuvent être appréciés par la Commission des sanctions aux fins de caractérisation éventuelle d'un manquement sur le fondement des textes notifiés ;

4. Sur le grief tiré de l'enregistrement d'une écriture comptable injustifiée à la fin de l'exercice 2009

Considérant qu'aux termes de l'article 313-57 du règlement général de l'AMF « *La société de gestion de portefeuille établit et maintient opérationnelles des politiques et procédures comptables qui lui permettent de fournir en temps utile, à la requête de l'AMF, des informations financières qui offrent une image fidèle et sincère de sa situation financière et qui sont conformes à toutes les normes et règles comptables en vigueur* » ; que sur le fondement de ce texte il est fait grief à la société Fival et à MM. A, B, C et D d'avoir enregistré, à la clôture des comptes de l'exercice 2009, une écriture comptable injustifiée relative à une cession d'une partie de l'activité de Fival à sa filiale ;

Considérant qu'à la fin de l'année 2009, Fival ayant constaté d'importantes pertes, ses dirigeants ont envisagé pour améliorer sa situation financière d'avoir recours à un abandon de créances des actionnaires et à une

cession, à la filiale Fival Placements, de l'activité commerciale de Fival ; qu'ils ont évalué le montant de la cession à environ 450 000 euros et intégré cette somme dans le calcul des fonds propres pour l'exercice 2009 ;

Considérant que dans le cadre de l'envoi à l'AMF, le 28 janvier 2010, de la déclaration simplifiée des éléments comptables nécessaires au calcul du respect des fonds propres règlementaires au titre de l'exercice 2009, la société Fival a indiqué que « *Fival a également cédé à titre onéreux une partie de son fonds de commerce à sa filiale Fival Placements dont le capital sera augmenté en 2010 et souscrit par le groupe Caprinco* » ; qu'à cette date, l'opération de cession n'avait pas fait l'objet d'une délibération du conseil d'administration et aucun acte de cession n'avait été conclu ni même discuté entre les parties ; que l'écriture comptable relative à l'opération de cession ne correspondait donc à aucune situation juridique établie et a été enregistrée sans justification ; qu'il s'en déduit que la société Fival a violé les politiques et procédures comptables qui doivent permettre à une société de gestion de portefeuille de communiquer à l'AMF, dans le cadre du suivi de ses fonds propres, des informations présentant une image fidèle et sincère de sa situation financière réelle et conformes aux normes et règles comptables en vigueur ;

Considérant que la société Fival et ses dirigeants reconnaissent que « *L'écriture comptable n'a effectivement pas été enregistrée conformément à la procédure opérationnelle de la société et à l'article 313-57 du règlement général de l'AMF* », mais ont fait valoir à un stade antérieur de la procédure qu'avant son enregistrement, le commissaire aux comptes de Fival avait validé cette écriture comptable et ajoutent avoir agi de bonne foi ;

Considérant, toutefois, que les contrôleurs ont, au contraire, relevé que le commissaire aux comptes avait refusé l'écriture comptable litigieuse ; qu'au demeurant l'avis donné par le commissaire aux comptes n'exonère nullement la société de gestion du respect de ses obligations professionnelles ; qu'en conséquence, en comptabilisant une opération de cession dépourvue d'existence juridique, la société Fival a, en tout état de cause, objectivement contrevenu aux exigences de l'article 313-57 du règlement général de l'AMF ;

Considérant, en outre, que M. B a déclaré, lors de son audition, qu' « *Au moment où cela s'est compliqué, c'est quand on a passé l'écriture dans les comptes. J'aurais dû demander à notre CAC ou à notre avocat comment il fallait faire. Nous étions en janvier et j'avais un impératif important qui était le calcul et la remise du calcul de fonds propres pour l'AMF. (...) Les deux écritures ont dû être passées en janvier 2010 car sinon les fonds propres n'auraient pas été bons* » ; qu'il s'en déduit que c'est afin de pallier l'insuffisance de ses fonds propres que la société a procédé à la comptabilisation litigieuse ; que c'est donc délibérément que Fival et ses dirigeants ont contrevenu aux exigences de l'article 313-57 du règlement général de l'AMF ;

SUR LES SANCTIONS ET LA PUBLICATION

Considérant qu'aux termes de l'article L. 532-10 du code monétaire et financier « *Le retrait d'agrément d'une société de gestion de portefeuille est prononcé par l'Autorité des marchés financiers à la demande de la société. Il peut aussi être décidé d'office par l'Autorité si la société ne remplit plus les conditions ou les engagements auxquels étaient subordonnés son agrément ou une autorisation ultérieure. (...) / Le retrait d'agrément prend effet à l'expiration d'une période dont la durée est déterminée par l'Autorité des marchés financiers. / Pendant cette période : / 1. La société de gestion de portefeuille est soumise au contrôle de l'Autorité des marchés financiers. L'Autorité des marchés financiers peut prononcer les sanctions prévues à l'article L. 621-15 à l'encontre de toute société ayant fait l'objet d'un retrait d'agrément, y compris la radiation ; (...)* » ;

Considérant que les manquements aux obligations professionnelles sont, par nature, imputables aux prestataires de services d'investissement pour le compte desquels ils ont été commis ;

Considérant que, par application de l'article 313-6 du règlement général de l'AMF, M. A, B, C et D, en leur qualité respective de président du conseil d'administration, de directeur général et, pour les deux derniers, de directeurs généraux délégués de la société, sont débiteurs au premier chef, de l'obligation de s'assurer que « *le prestataire de services d'investissement se conforme à ses obligations professionnelles mentionnées au II de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier* » ;

Considérant qu'il résulte du c) du III de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, que la Commission peut prononcer à l'encontre de la société Fival une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 10 millions d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés ;

Considérant qu'en l'absence d'éléments sur l'existence de tels profits, la Commission s'attache à la gravité des manquements commis qui ont notamment conduit une société de gestion à laisser, durant presque deux ans, ses fonds propres à un niveau inférieur au seuil réglementaire ; qu'il importe toutefois, pour fixer le montant de la sanction pécuniaire qui sera prononcée, de tenir compte de la situation financière de la société mise en cause et de ce qu'elle a fait l'objet d'un retrait d'agrément ; que sera prononcée à son encontre une sanction pécuniaire de 30 000 euros ;

Considérant qu'en application du b) du III de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits, la Commission peut prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre de MM. A, B, C et D dont le montant ne peut être supérieur à 300 000 euros ou au quintuple du montant des profits éventuellement réalisés ; qu'en l'absence d'éléments sur l'existence de tels profits, la Commission s'attache à la gravité des manquements commis ; que seront prononcées à l'encontre de MM. A et C une sanction pécuniaire de 20 000 euros et à l'encontre de M. D, lequel n'a été nommé directeur général délégué que le 21 juillet 2009, une sanction pécuniaire de 10 000 euros ; qu'à l'encontre de M. B, qui exerçait les fonctions de RCCI et était chargé de la communication avec l'AMF, seront prononcés un avertissement et une sanction pécuniaire de 30 000 euros ;

Considérant qu'aucune circonstance de l'espèce ne justifie une absence de publication de la décision ;

PAR CES MOTIFS,

Et après en avoir délibéré sous la présidence de M. Jean-Claude HASSAN, par Mme Marie-Hélène TRIC et MM. Bernard FIELD et Guillaume JALENQUES DE LABEAU, membres de la 2^{ème} section de la Commission des sanctions, en présence du secrétaire de séance,

DECIDE DE :

- prononcer à l'encontre de la société Fival SA une sanction pécuniaire de 30 000 € (trente mille euros) ;
- prononcer à l'encontre de M. B un avertissement et une sanction pécuniaire de 30 000 € (trente mille euros) ;
- prononcer à l'encontre de M. A une sanction pécuniaire de 20 000 € (vingt mille euros) ;
- prononcer à l'encontre de M. C une sanction pécuniaire de 20 000 € (vingt mille euros) ;
- prononcer à l'encontre de M. D une sanction pécuniaire de 10 000 € (dix mille euros) ;
- publier la présente décision sur le site Internet de l'Autorité des marchés financiers.

Paris, le 7 novembre 2012,

Le Secrétaire de séance,

Le Président,

Marc-Pierre Janicot

Jean-Claude Hassan