

Gestion collective – Dépositaire d'OPC – Contrôle – Moyens et procédure adéquats – Procédure d'entrée en relation et de suivi – Plan de contrôle (C. mon. fin., art. L. 214-3, 214-16, L. 214-26 ; Règl. gén. AMF, art. 323-7, 323-9, 323-18 et 323-19).

CE, 6^e, 1^{er}, sous-sect. réunies, 25 févr. 2015, n° 372613.

Le dépositaire d'OPC doit, en permanence, disposer de moyens, notamment humains et matériels, de nature à lui permettre d'exercer sa mission de contrôle du respect des dispositions législatives et réglementaires par les sociétés de gestion et OPC dont il conserve les actifs.

Commentaire d'Isabelle Riassetto

Il pèse sur le dépositaire d'OPC une fonction de contrôle du respect des dispositions législatives et réglementaires par les sociétés de gestion et OPC dont il conserve les actifs. Imposée par les directives OPCVM et AIFM¹, cette fonction trouve également son fondement en droit interne (C. mon. fin., art. L. 214-16, al. 1^{er}, et L. 214-26, al. 1^{er}, devenus art. L. 214-1, III, et L. 214-24-8, III, pour les FIA). Elle est explicitée aux articles 323-5, 323-18 à 323-22 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF). En particulier, l'article 323-18 impose une procédure d'entrée en relation et de suivi des sociétés de gestion de portefeuille, l'article 323-19 exigeant pour sa part un plan de contrôle des OPC.

Afin de pouvoir exercer pleinement et efficacement cette mission, le dépositaire doit, aux termes de l'article L. 214-3 du Code monétaire et financier et des dispositions combinées des articles 323-7 et 323-9 du règlement général de l'AMF, disposer en permanence de moyens, notamment humains et matériels, d'un dispositif de contrôle interne, d'une organisation et de procédures en adéquation avec son activité exercée et de nature à lui permettre d'exercer ses missions avec diligence, loyauté, équité, dans le respect de la primauté des intérêts de l'OPC, des porteurs de parts ou actionnaires et de l'intégrité du marché.

Dans le cadre de son contrôle de la régularité de la procédure et du bien-fondé de décisions de la Commission des sanctions de l'AMF, le Conseil d'État a fréquemment à connaître de celles rendues à l'encontre d'acteurs de la gestion collective (C. mon. fin., art. L. 621-30). Dans un arrêt du 25 février 2015, il a rejeté le recours en annulation

formé par une banque dépositaire d'OPC contre une décision de la Commission des sanctions de l'AMF du 29 juillet 2013² qui a prononcé à son encontre un avertissement et une sanction pécuniaire de 500 000 euros et ordonné la publication de la décision sur le site Internet de l'AMF.

En l'espèce, il avait été reproché au dépositaire une carence de moyens humains et informatiques qui s'est traduite par des lacunes dans la mise en œuvre des procédures d'entrée en relation et de suivi des sociétés de gestion de portefeuille, ainsi que dans celle du plan de contrôle des OPC, imposées par le règlement général de l'AMF pour l'exercice de sa fonction de contrôle.

La mise en œuvre des procédures d'entrée en relation et de suivi des sociétés de gestion (Règl. gén. AMF, art. 323-18), suppose un contrôle opéré par le dépositaire tant sur chaque nouvelle société de gestion que sur toutes celles avec lesquelles il est déjà en relation. Comme le souligne le Conseil d'État, la mise en œuvre de ces procédures requiert « l'examen approfondi, sur place ou sur pièces, de l'organisation et des procédures internes de la société de gestion ». Le dépositaire doit donc être doté de moyens humains adaptés à l'ampleur de cette mission. Dans la présente affaire, ce contrôle avait vocation à porter sur 102 sociétés de gestion avec lesquelles le dépositaire était déjà en relation au 1^{er} janvier 2008, mais également sur 22 sociétés de gestion avec qui il était entré en relation après cette date. La Haute juridiction se réfère à l'instruction pour souligner que le département « contrôle dépositaire » de la banque était composé, à la date du contrôle de 49 collaborateurs dont 11 non permanents et qu'une demande de renfort des effectifs du département, portant sur une quinzaine de postes supplémentaires, avait été formulée en septembre 2010. Or, au sein de ce département, le pôle Audit, qui était chargé de mettre en œuvre les procédures d'entrée en relation avec les OPC et leurs sociétés de gestion, ainsi que les audits de suivi de ces entités, n'était composé que de deux collaborateurs permanents. C'est pourquoi les hauts magistrats ont considéré que la Commission des sanctions avait à bon droit décidé que les moyens humains affectés à la mission de contrôle étaient insuffisants, ayant pris soin de souligner que la Commission des sanctions ne s'était pas fondée exclusivement sur la demande de renforts pour motiver sa décision. L'arrêt analysé indique encore relativement à la charge de la preuve que si la banque soutient que c'est à tort que la Commission des sanctions a relevé que la règle interne en vertu de laquelle toute nouvelle société de gestion devait faire l'objet d'un tel audit dans un délai de 18 mois suivant l'entrée en relation n'avait pas été respectée, la requérante n'établit pas qu'elle s'y serait conformée. Il appartient au dépositaire de prouver qu'il s'est conformé aux dispositions réglementaires et internes.

Le dépositaire doit également établir et mettre en œuvre un plan de contrôle des OPC (Règl. gén. 323-19) tenant compte des éléments recueillis lors de l'entrée en relation avec l'OPC ou la société de gestion. Le plan de contrôle doit être mis à jour selon une périodicité adaptée aux

1. Dir. 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), modifiée, dite directive OPCVM, art. 7 § 3 et 14, § 3. V. aujourd'hui : Dir. 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), dite directive OPCVM IV, art. 22, § 3 et 32, § 3 ; Dir. 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, dite directive AIFM, art. 21, § 9 ; Règl. délégué Commission (UE), n° 231/2013 du règlement délégué de la Commission européenne n° 231/2013, 19 déc. 2012 complétant la directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil concernant les exemptions, les conditions générales d'opérations, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la supervision, art. 92 à 97.

2. Sanct. AMF, 29 juill. 2013 : Bull. Joly Bourse 2013, p. 492, note I. Riassetto.

caractéristiques de son activité. Ce plan ainsi que les comptes rendus des contrôles effectués et des anomalies constatées sont tenus à disposition de l'AMF, de telle sorte qu'elle puisse être en mesure de contrôler à tout moment le respect de ses obligations par le dépositaire. En l'espèce, le dépositaire avait mis en œuvre un plan de contrôle du respect des ratios prudentiels statutaires des OPC selon une méthode de contrôle par sondage. Cette méthode n'est pas critiquée par le Conseil d'État, car la réglementation ne l'interdit pas. L'article 323-19 du règlement général de l'AMF qui énonce simplement que le plan de contrôle « définit l'objet, la nature et la périodicité des contrôles effectués à ce titre » n'exige pas un contrôle annuel de tous les OPC.

Il demeure que le dépositaire est tenu de formaliser ses procédures : d'une part, en amont des contrôles de ratios statutaires et, d'autre part, en aval dans le suivi et l'établissement de leurs comptes rendus. Sur ce point, le Conseil d'État identifie dans le dossier d'instruction un ensemble d'éléments traduisant des lacunes importantes dans cette formalisation, de nature à justifier le bien-fondé de la décision attaquée ayant caractérisé le manquement de la banque. Il relève au nombre de ces indices le fait que le dépositaire a lui-même admis que son plan de contrôle résultait d'une instruction orale de la hiérarchie qui n'avait jamais été formalisée et en vertu de laquelle 200 OPC exposés aux facteurs de risque les plus importants devaient être contrôlés en 2010. À cela s'ajoute qu'alors même que le département compétent était doté de moyens considérés par ses responsables comme insuffisants, les contrôles ont été réalisés en 2010 sur 674 OPC sans que la banque ne soit en mesure d'établir qu'ils auraient été diligentés au regard des risques présentés par ces OPC, ni conformément aux prescriptions de l'article 323-18 du règlement général de l'AMF, au regard des éléments mis en lumière par les audits d'entrée en relation. Enfin, la banque n'a été en mesure

d'indiquer le nombre exact d'OPC dont les ratios statutaires n'avaient pas été contrôlés qu'à l'issue de la procédure et qu'après avoir communiqué à plusieurs reprises à l'AMF des données erronées.

Cette solution doit être approuvée. L'exercice par le dépositaire de sa mission de contrôle requiert une grande rigueur dans l'établissement et la mise en œuvre effective et efficace des procédures imposées par la réglementation. Cela implique le respect d'un certain formalisme qui peut, certes, être perçu comme pesant, mais qui constitue un gage de sécurité et de confiance des clients et investisseurs. Il reste que bien souvent, comme en l'espèce, l'insuffisance de formalisation est révélatrice d'un cruel manque de moyens adaptés à l'activité.

Enfin, il convient d'observer que le Conseil d'État indique à juste titre que la circonstance que l'ensemble des sociétés de gestion de portefeuille a finalement été contrôlé avant le 1^{er} janvier 2013 grâce à un doublement des effectifs du pôle Audit, postérieur à la période correspondant aux manquements constatés, est sans incidence sur la matérialité de ce manquement. En effet, le fait pour le dépositaire – comme pour tout prestataire de services d'investissement – de remédier à des carences organisationnelles ou, plus largement, de mettre un terme à l'inexécution de ses obligations professionnelles quelle qu'elles soient, n'anéantit pas rétroactivement le manquement. En revanche, cet élément est pris en compte sur le fondement de l'article L. 625-15 au titre de la gravité du manquement, pour la fixation du quantum de la réparation en tant que « circonstance atténuante », afin de moduler à la baisse le montant de la sanction pécuniaire³. ■

3. V. AMF, « Le montant de la sanction pécuniaire », 27 janv. 2011, spéc. p. 4. V. pour un dépositaire, Sanct. AMF, 25 févr. 2013, Société INTERFI SA : Bull. Joly Bourse 2013, p. 232, note I. Riassetto.

Gestion collective – Directive OPCVM – Notion de paiement aux participants – Livraison aux participants de certificats de parts nominatives (Dir. 85/611/CEE, 20 déc. 1985 mod., art. 45).

CJUE, 2^e ch., 11 septembre 2014, Ph. Gruslin c/ Beobank SA, aff. C-88/13

L'obligation prévue à l'article 45 de la directive OPCVM, selon laquelle un OPCVM qui commercialise ses parts sur le territoire d'un État membre autre que celui où il est situé est tenu d'assurer les paiements aux participants dans l'État membre de commercialisation, n'inclut pas la livraison aux participants de certificats représentatifs de parts qui se trouvent inscrites à leur nom dans le registre des porteurs de parts détenu par l'émetteur.

Commentaire d'Isabelle Riassetto

La directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) modifiée, dite « directive OPCVM », a établi des règles minimales communes en ce qui concerne l'agrément, le contrôle, la structure, l'activité et les informations que les OPCVM doivent publier. L'application de règles communes constitue une garantie, afin notamment de permettre aux OPCVM de commercialiser leurs parts sur une base transfrontalière dans les autres États membres sans que ces derniers puissent les soumettre à quelque disposition que ce soit, sauf dans les domaines qui ne relèvent pas de la directive. Sous la section VIII de ladite directive, intitulée « Dispositions spéciales applicables aux OPCVM qui commercialisent leurs parts dans les États membres autres que ceux où ils sont situés », l'article 44, paragraphe 1, de celle-ci prévoyait en effet