



Hubert de Vauplane
Direction des affaires juridiques
Paribas

Jurisprudence et décisions administratives

Conseil de discipline des Opcvm. Pouvoirs de sanction. Légalité (oui). Insuffisance de la séparation des tâches entre société de gestion et dépositaire. Absence de contrôle de la société de gestion (oui). Sanction à l'égard du dirigeant (oui)

Conseil d'Etat, 3 février 1999 : Bedoian. Voir «Droit des marchés financiers», *Litec*, n° 194.

L'absence de réelle séparation des tâches entre une société de gestion et son dépositaire ainsi que l'absence de procédure efficace de contrôle des opérations engagées par la société de gestion constituent des manquements aux règles applicables à la gestion des Opcvm de nature à fonder légalement la sanction de blâme.

On a vu que le Conseil d'Etat accordait très rarement la qualification de juridiction administrative spécialisée à ces autorités administratives (cf. ci-dessus). Tel était déjà le cas avec le CBV et le CMT, tel est encore le cas avec le Conseil de discipline des Opcvm. En effet, dans une décision portant sur le secteur de la gestion pour compte de tiers, la Haute juridiction a une nouvelle fois estimé qu'une autorité administrative compétente en matière de sanction disciplinaire économique et financière n'est pas une juridiction. Dès lors, les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'homme ne lui sont pas applicables (sur la portée de la CEDH, cf. ci-dessus les commentaires dans les arrêts du 1^{er} décembre 1998 et du 5 février 1999).

Il résulte de l'article 33-1 de la loi du 23 décembre 1988 que le Conseil de discipline des Opcvm (dont les pouvoirs et la dénomination ont été modifiés par la loi du 2 juillet 1998) est compétent pour prononcer des sanctions, notamment à l'encontre des personnes physiques agissant sous l'autorité d'Opcvm ayant commis une infraction aux lois et règlements applicables aux Opcvm ou un manquement aux règles de pratique professionnelle de nature à nuire à l'intérêt des actionnaires de Sicav ou des porteurs de parts de fonds commun. Aux termes de l'article 13 de la loi précitée, «le règlement du fonds doit prévoir que ses actifs sont conservés par un dépositaire

unique distinct de la société de gestion du fonds qui s'assure de la régularité des décisions de cette société [...]» ; de même, aux termes de l'article 24-2 du même texte, «[...] les Opcvm, le dépositaire et la société de gestion doivent agir au bénéfice exclusif des souscripteurs. Ils doivent présenter des garanties suffisantes en ce qui concerne leur organisation, leurs moyens techniques et financiers, l'honorabilité et l'expérience de leurs dirigeants. Ils doivent prendre les dispositions propres à assurer la sécurité des opérations». En l'occurrence, l'absence de réelle séparation des tâches entre la société de gestion et le dépositaire ainsi que l'absence de procédure efficace de contrôle des opérations engagées par la société de gestion constituent des manquements aux règles applicables à la gestion des Opcvm et aux obligations professionnelles qui incombent au requérant en sa qualité de dirigeant d'une société chargée de la gestion de tels organismes de nature à fonder légalement la sanction de blâme. Ce type de confusion entre les activités de la société de gestion et le dépositaire est plus courant qu'il semble y paraître à première vue. La difficulté vient du fait que bien souvent les deux sociétés appartiennent au même groupe financier, et que dès lors, souvent pour des raisons d'économie d'échelle, il n'est pas prévu une séparation suffisamment stricte des deux fonctions. Or, la sécurité même de l'activité de gestion collective repose sur la surveillance opérée par le Dépositaire sur la société de gestion. C'est pourquoi l'on voit généralement plus une recherche en responsabilité pour faute du Dépositaire que celle de la société de gestion (cette pratique s'expliquant aussi par le fait que le Dépositaire dispose généralement d'une plus grande surface financière que la société de gestion). Mais il convient de ne pas se méprendre. Le contrôle réalisé par le Dépositaire ne porte pas sur l'opportunité de la gestion, mais sur le respect de la politique de gestion, notamment grâce à la surveillance des divers ratios prudentiels. Ainsi, par exemple, pour un Opcvm «actions françaises», le Dépositaire doit s'attacher à vérifier le bon respect du pourcentage d'actions françaises dans l'actif de l'Opcvm. Le Dépositaire ne saurait en aucun cas se substituer aux organes de gestion de l'Opcvm ; mais il lui revient de les prévenir, tout comme le cas échéant aux commissaires aux comptes voire à la Cob, de tout manquement à leurs obligations. Il agit ainsi comme un «auditeur» sur lequel pèse une obligation forte : tout manquement à ses propres obligations est susceptible d'entraîner sa responsabilité, qui se traduira le

plus souvent par la prise en charge du passif résultant de sa négligence.

Cette tendance souligne une nouvelle fois, s'il était encore nécessaire, la profusion de la réglementation dans le domaine de la gestion pour compte de tiers, conduisant à une plus grande «autonomie» de cette matière par rapport au reste du «droit boursier». Ce phénomène explique aussi le désir de séparer de plus en plus nettement les activités de gestion de celles de services d'investissement ou de banque, afin d'arriver à une organisation reposant sur quatre pôles : les activités bancaires, les activités d'assurance, les services d'investissement et enfin la gestion pour compte de tiers. Même si l'ensemble forme ce que l'on a coutume d'appeler les «services financiers» pour lesquels il serait possible de regrouper certaines activités de surveillance et de contrôle au sein d'autorités administratives communes, la protection de la clientèle et de ses avoirs imposerait une stricte séparation de l'organisation et le fonctionnement de chacune de ces activités. Si une telle architecture n'a pas encore vu entièrement le jour aujourd'hui en France, tel semble bien la tendance, tant au niveau des règles internes (que l'on songe au nouveau système de protection des dépôts et titres de la clientèle) que communautaires (avec l'élaboration de directives distinctes pour chacune de ces activités).