N° 372613
Société Générale

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 5 janvier 2015
Lecture du 25 février 2015

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. La gestion des organismes de placement collectif (OPC) est séparée de la conservation des actifs : c'est ce qu'a prévu la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances, à son article 3 pour les SICAV (devenu article L. 124-16 du code monétaire et financier) et à son article 13 pour les FCP (devenu article L. 124-26). Le dépositaire des actifs, choisi sur une liste de personnes morales arrêtée par le ministre chargé de l'économie, est distinct de la SICAV ou de la société de gestion du fonds, la loi lui confiant par ailleurs la mission de s'assurer de la régularité des décisions de la SICAV ou de la société de gestion du fonds.

En vertu de l'article 24 de la loi, devenu article L. 214-3, l'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.

Nous vous signalons que ce dispositif a été restructuré et précisé par l'ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs. Il est désormais codifié aux articles L. 214-9 et L. 214-10 du code, qui précise notamment la nature des missions de contrôle confiées au dépositaire¹, modifié de nouveau par l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs.

Le règlement général de l'AMF ne comportait pas, avant le 1^{er} janvier 2008, de chapitre propre aux dépositaires d'OPC. C'est au gré du livre IV du règlement général, consacré aux produits d'épargne collective, qu'apparaissaient certains aspects de leur mission : par exemple, la certification de l'inventaire des actifs et le montant des dépôts (art. 411-36) et des modalités de

¹ Outre la conservation des actifs, et l'exécution des opérations portant sur ceux-ci conformément aux instructions du gestionnaire, le dépositaire est chargé d'une mission de contrôle portant sur le respect par les organismes de gestion des dispositions législatives et réglementaires applicables aux OPC, s'agissant de la conformité des opérations aux dispositions législatives ou réglementaires applicables et au prospectus de l'OPC, au calcul de la valeur des parts ou actions de l'OPC. Ces missions sont prévues à l'article L. 214-10 du code

contrôle pour des OPC particulières, telles les OPCVM maîtres et nourriciers (cahier des charges du contrôle : art. 412-4) ou encore les OPCVM à règles d'investissement allégées (contrôles spécifiques des art. 413-7, 413-18...).

II. Après le lancement d'une consultation en juillet 2006 sur un projet de règlement général relatif à l'activité de dépositaire d'OPC, l'AMF a pris un arrêté du 18 avril 2007 qui précise les obligations du dépositaire, par des dispositions faisant l'objet au sein de son règlement général du chapitre III du titre II du livre III. Sont détaillées les missions du dépositaire, tenant notamment au contrôle de la régularité des décisions de l'OPC. En vertu de l'article 323-6, il établit un cahier des charges qui précise les conditions dans lesquelles il exerce son activité. Il établit par ailleurs avec l'OPC une convention écrite comportant notamment les modalités de transmission et la nature des informations permettant au dépositaire de conserver les actifs, de contrôler la régularité des décisions de l'OPC et de s'assurer de la sécurité de ses opérations (art. 323-11). Enfin, les articles 323-18 et 323-19 fixent les modalités d'exercice du contrôle de la régularité des décisions de l'OPC ou de la société de gestion.

Le contrôle repose sur deux types d'actions :

- la mise en place d'une procédure d'entrée en relation et de suivi dont l'objet est de prendre connaissance et d'apprécier l'organisation et les procédures internes de l'OPC et de sa société de gestion, de prendre connaissance du système comptable de l'OPC et de s'assurer du respect des modalités d'échange d'informations avec la société de gestion (art. 323-18) ;
- la mise en œuvre d'un plan de contrôle qui définit l'objet, la nature et la périodicité des contrôles effectués sur le respect par l'OPC des dispositions législatives et réglementaires qui s'imposent à lui, mis à jour selon une périodicité adaptée aux caractéristiques de l'activité (art. 323-19).

Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

III. La société générale est un acteur important du secteur. Elle exerce l'activité de dépositaire pour 1 833 OPCVM et 285 FCP², gérés par un total de 124 sociétés de gestion, pour les années 2008, 2009 et 2010. On conçoit donc que son département « contrôle dépositaire » était particulièrement concerné par le nouveau dispositif.

En septembre 2010, près de 33 mois plus tard après son entrée en vigueur, la société a fait l'objet d'un contrôle décidé par le secrétaire général de l'AMF portant sur le respect de ses obligations professionnelles. Au vu du rapport établi et des observations de la société, le collège a décidé le 12 février 2012 d'engager une procédure de sanction, la notification des griefs reprochant à la société une carence tant des moyens humains que des moyens informatiques.

La commission des sanctions de l'AMF a estimé que ces deux griefs étaient fondés et a

² dont des FCPR, à risque ; FCPI, dans l'innovation ; FIP, fonds d'investissement de proximité et OPCI, organismes de placement collectif en immobilier.

prononcé à l'encontre de la Société générale un avertissement ainsi qu'une sanction pécuniaire de 500 000 €. Sa décision du 29 juillet 2013 est attaquée devant vous.

IV. Est d'abord contesté le respect du principe selon lequel la commission des sanctions est liée par la notification des griefs qui délimite les contours de la procédure disciplinaire. C'est en effet ce que vous avez déduit de l'article L. 621-15, l'énoncé des griefs devant « permettre à la personne mise en cause de faire valoir sa défense en présentant ses observations » (voyez 15 mars 2006, M. Z..., n° 276370, aux T., fichée sur ce point).

Ce qui importe donc, c'est que la caractérisation du manquement relève bien du grief notifié, en se rapportant notamment à l'obligation dont il est soutenu qu'elle a été méconnue : voyez sur ce point 28 décembre 2009, Société Refco securities, n° 305621, Tables p. 613 ; 12 juin 2013, Société Générale et autre, 359245, 359477, inédit ; ou encore 13 décembre 2013, Société Ofi Asset Management, n° 353073, inédit³. En revanche, ces dispositions non plus qu'aucun principe ne s'opposent à ce que la commission se fonde sur des circonstances de fait qui ne figuraient pas dans la notification des griefs, dès lors que ces faits se rattachent aux griefs régulièrement notifiés. Voyez la jurisprudence de la Cour de cassation dans le même sens : Com. 27 avril 2011, n° 10-12125, bull. n° 59.

Vous pourrez alors écarter le moyen tiré de ce que la commission a débordé le cadre de la notification des griefs, les constatations de fait sur lesquelles elle s'appuie, tenant tant aux conditions d'encadrement et à la présence d'agents non permanents dans l'organisation du département « contrôle dépositaire », ou aux critères établis par la société pour définir la cible des 200 fonds dont les ratios statutaires devaient être contrôlés en priorité et à la formalisation des procédures de contrôle des ratios statutaires, se rattachant aux griefs notifiés.

Il est par ailleurs soutenu que la commission ne pouvait écarter comme inopérante la circonstance, invoquée devant elle pour faire valoir l'irrégularité de la procédure disciplinaire, que le rapporteur aurait instruit l'affaire au-delà du cadre du litige fixé par la lettre de notification des griefs.

L'article L. 621-15 du code prévoit qu'après notification des griefs, la commission des sanctions désigne un rapporteur parmi ses membres, dont le rôle s'arrête à l'audience : la commission des sanctions statue hors sa présence. Sa mission est précisée par les articles réglementaires : après avoir procédé à toutes diligences utiles, dont le cas échéant audition de la personne mise en cause, du membre du collège suivant la procédure et de toute autre personne, et éventuellement saisi le collège d'une notification complémentaire de griefs, le rapporteur consigne par écrit le résultat de ces opérations dans un rapport qui est soumis au contradictoire (article R. 621-39). Lors de la séance, il présente son rapport, ouvrant ainsi la phase orale de la contradiction (R. 621-40). Son rôle s'arrête donc là.

Le non respect des obligations qui lui incombent est susceptible d'entacher la procédure

³ Le Conseil d'Etat est d'ailleurs allé jusqu'à admettre une substitution de base légale, sous réserve d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point : voyez 22 mai 2012, M..., n° 344589, au Rec., la décision ne précisant pas si la substitution porte également sur les griefs notifiés, mais elle traduit le pragmatisme de votre jurisprudence

d'irrégularité. Ainsi, la commission ne peut statuer que sur les seuls griefs préalablement notifiés et sur lesquels il est fait rapport (2 nov. 2005, W..., n° 270826).

Mais le rapport du rapporteur n'étant qu'un des éléments du dossier au vu desquels la commission se prononce, au surplus hors sa présence, on comprend aisément que vous ayez jugé que le contenu et les conclusions de son rapport, sont, en principe, dépourvus d'incidence sur la légalité de la décision de la commission des sanctions : 2 nov. 2005, Sté Banque privée Fideuram Wargny, n° 271202, aux T. ; 29 mars 2010, P... et autres, n° 323354, aux T.). C'est ce qu'a repris à bon droit la commission des sanctions.

V. On en vient à la légalité interne de la décision.

La société requérante conteste par la voie de l'exception l'article 323-7 du règlement général de l'AMF, qui impose au dépositaire d'OPC de disposer en permanence de moyens, notamment humains et matériels, d'un dispositif de conformité et de contrôle interne, d'une organisation et de procédure en adéquation avec l'activité exercée, précisant ainsi l'article L. 214-3 du code qui impose au dépositaire de présenter des garanties suffisantes en ce qui concerne son organisation et ses moyens techniques et financiers.

Il est soutenu que les dispositions de l'article 323-7 du règlement général méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines ainsi que le 4° du V de l'article L. 621-7 du code monétaire et financier. Nous relevons que le moyen prolonge la critique formulée par la voie de la QPC contre les dispositions de l'article L. 214-3 du code monétaire et financier alors en vigueur (la QPC visait à tort l'article L. 214-9 vers lequel elles ont été plus tard déplacées) et du 4° du V de l'article L. 621-7 du même code qui délègue à l'AMF le soin de déterminer les conditions d'exercice de l'activité de dépositaire de placements collectifs. Vous avez regardé la question comme non sérieuse au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (voyez votre décision de non transmission du 26 mars 2014), après avoir jugé que le législateur n'a pas délégué au pouvoir réglementaire la fixation de règles ou de principes que la Constitution place dans le domaine de la loi, vidant ainsi de sa substance la critique faite à l'article L. 214-3. Il ne peut en effet être reproché au législateur de ne pas avoir énoncé dans des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont le manquement est sanctionné (sur cette exigence découlant du principe de légalité des délits, voyez la décision 2010-85 QPC du 13 janvier 2011), dès lors que la détermination des obligations en cause relève du règlement.

La critique est reprise devant vous, à l'encontre du règlement cette fois.

Le détour par la voie de l'exception nous paraît assez artificiel : en effet, le principe de légalité des délits ne peut conduire à vicier l'article 323-7 du règlement général qui précise certaines obligations pesant sur le dépositaire. A le supposer établi, le manque de clarté et de précision de la règle ne conduit pas à l'illégalité de la règle elle-même. Il fait obstacle à ce que l'autorité administrative en sanctionne la méconnaissance. C'est donc à l'encontre de la sanction elle-même que le principe peut être utilement invoqué : voyez, pour un cas d'application particulièrement net, votre décision de Section P...⁴ du 12 octobre 2009 (n° 311641, au Rec.). Ce

⁴ Décision par laquelle vous avez jugé que le principe de légalité des délits s'applique aux sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées, y compris celles revêtant un caractère disciplinaire et

ne sont donc pas les obligations elles-mêmes qui sont en cause, mais la possibilité d'en sanctionner la méconnaissance, le principe de légalité des délits imposant de définir au préalable l'incrimination. Vous pourrez donc rejeter comme inopérant l'exception d'illégalité dirigée contre l'article 323-7 du règlement général et tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits.

Nous relevons, pour faire reste de droit, que si vous rediriez l'argumentation contre la sanction attaquée, par la voie de l'action, vous pourriez l'écarter comme non fondée, les obligations définies par le texte nous paraissant suffisamment claires et précises pour servir de fondement à une sanction.

La seconde branche du moyen est tirée de la violation du 4° du V de l'article L. 621-7 du code monétaire et financier qui délègue à l'AMF le soin de déterminer les conditions d'exercice de l'activité de dépositaire de placements collectifs. Mais le moyen est également inopérant. A supposer même que, faute d'avoir suffisamment précisé les obligations pesant sur le dépositaire, l'AMF n'ait pas épuisé sa compétence, cette circonstance serait sans influence sur la légalité du dispositif réglementaire qu'elle a adopté. Un règlement trop imprécis peut faire obstacle à l'entrée en vigueur de la loi (voyez 23 juillet 1993, Société Fougerolle, 147921, au Rec.). Mais il ne rend pas le règlement illégal : seuls peuvent être sanctionnés, sur le terrain de du contrôle de légalité, le refus de le compléter (voir 13 juillet 1962, Kevers Pascalis, au Rec. ; 3 octobre 1979, A..., n° 10309, au Rec.) et sur le terrain de la responsabilité, les conséquences qu'entraînent les lacunes réglementaires (voyez 29 novembre 1999, Polyclinique des Alpilles, 177140, A ou 21 février 2000, V..., 195207, B).

VI. Nous en venons à l'examen des manquements.

Le premier grief vise la carence de moyens humains de la société qui s'est traduite par des lacunes dans la mise en œuvre de sa procédure d'entrée en relation et dans la réalisation de ses plans d'audit.

La commission des sanctions a relevé que la procédure d'entrée en relation et de suivi imposée par l'article 323-18 du règlement général est décrite par un cahier des charges établi par la Société Générale pour l'exercice 2009 et ses différents plans de contrôle pour les années 2008, 2009, 2010 et 2011. Le paragraphe 5.2 du cahier des charges prévoit que le pôle « audit » du département « contrôle dépositaire » examine les éléments recueillis afin d'évaluer les possibilités d'entrer en relation avec la société de gestion et de vérifier si son organisation est conforme aux attentes minimales en matière de contrôle. Si le dossier présente des faiblesses non rédhibitoires, la société de gestion fait l'objet d'un audit sur pièces ou sur place sur ces points faibles au cours des 12 mois suivants l'entrée en relation, la société ayant indiqué que « lors de toute entrée en relation, le pôle « audit » effectue une analyse détaillée de la documentation fournie (cartographie des risques, procédures, ...) et un audit du programme d'activité et, dans les 18 mois qui suivent l'entrée en relation, un audit soit sur pièces, soit sur place.

La commission des sanctions a estimé que la Société Générale a procédé à une correcte

qu'il est satisfait dès lors que les textes applicables font référence à des obligations auxquelles les intéressés sont soumis.

application des dispositions en cause en ce qui concerne les sociétés de gestion avec lesquelles elle est entrée en relation à compter du 1er janvier 2008, soit un total de 22 sociétés.

Mais c'est pour le suivi de l'ensemble des sociétés de gestion pour lesquelles la Société Générale assurait déjà les fonctions de dépositaire, le stock en quelque sorte, soit au total 124 sociétés, que la commission relève des insuffisances : non pas au niveau des règles internes, la commission des sanctions validant le principe d'une périodicité de cinq ans des audits prévu par les plans de suivi. Mais elle estime que la règle interne des 18 mois n'a pu être respectée et que les sociétés de gestion clientes n'ont pu être chacune auditée au cours des cinq années postérieures au 1er janvier 2008 que par un renforcement ultérieur de l'effectif du pôle « audit ».

VII. Vous pourrez écarter les moyens tirés de l'inexactitude de certains faits relevés par la commission des sanctions.

Est d'abord contesté la circonstance que « la règle interne des dix-huit mois n'a pu être respectée » lors de la procédure d'entrée en relation : mais si l'ensemble des nouveaux clients a bien fait l'objet d'un audit, sur place ou sur pièces, aucun élément de la procédure ne permet d'établir que ces travaux ont été effectués dans le délai fixé. Or il appartient à la société d'apporter les éléments sur ce point.

Plus délicate est la critique sur l'appréciation portée par la commission des sanctions sur l'insuffisance de l'effectif existant au pôle « audit », soit deux personnes à la fin de l'année 2010.

La Société générale conteste le raisonnement suivi, la commission des sanctions appréciant au regard de la situation existant au début de l'année 2011 la satisfaction d'une obligation reposant sur un plan à 5 ans courant jusqu'à décembre 2012.

Il n'est pas douteux que la commission des sanctions ne peut se fonder que sur des manquements objectifs : il lui incombe donc d'établir l'insuffisance des moyens « organisationnels » qu'un établissement financier est tenu de mettre en œuvre. Voyez votre décision Société Edelweiss gestion et autres 13 juillet 2011 (n° 327980, aux T.).

Mais en l'espèce, le point de départ du raisonnement est bien l'état des ressources humaines affectées à l'activité d'audit, soit deux personnes. Ce n'est ensuite que pour étayer la démonstration de l'insuffisance des moyens que la commission des sanctions s'appuie sur la situation des audits, relevant que 24 sociétés ayant été auditées sur 124 près de 3 ans après le 1^{er} janvier 2008. Et le retard dans le programme d'audit est significatif, le plan à 5 ans supposant une forme de constance dans l'effort.

VIII. Est ensuite critiquée la prise en compte de courriers internes du 8 septembre 2010 faisant état de l'insuffisance des moyens de la fonction dépositaire composée de 51 salariés et formulant la demande de création de 15 postes supplémentaires dont 2 pour le pôle « audit ».

Il nous paraîtrait en effet délicat de donner une valeur excessive à de tels documents, qui relèvent du jeu interne au sein de toute organisation pour obtenir des moyens supplémentaires, diffusés au surplus juste avant le déclenchement du contrôle administratif.

Mais même si la motivation reprend largement les termes du document interne, relatifs tant aux insuffisances quantitatives que qualitatives des moyens, vous pourrez considérer qu'il ne s'agit là que d'un élément d'appréciation non décisif en lui-même, la commission s'étant par ailleurs appuyé sur la description des missions et la situation des moyens humains.

Compte tenu de la nature et de l'ampleur de la mission de contrôle de la régularité de l'activité des sociétés de gestion ainsi attribuée au pôle « audit » et des moyens humains qui y étaient alors affectés, nous n'avons pas de doute à vous proposer de juger que la commission des sanctions n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que les procédures d'entrée en relation et de suivi des sociétés de gestion ne respectaient pas les exigences législatives et réglementaires.

IX. La critique portant sur le second grief peut également être écartée.

Au titre de son activité de contrôle, le dépositaire doit vérifier le respect des ratios statutaires des OPCVM. Le grief porte sur l'inadéquation des moyens informatiques dont la société disposait au regard du nombre important de sociétés de gestion et d'OPC pour lesquelles elle accomplit les fonctions de dépositaire. Il relève que la mise en place de l'outil informatique devant permettre un contrôle automatisé, mis en production en septembre 2009, ne devait être effective qu'au premier trimestre 2012 compte tenu de l'insuffisance de l'équipe de projet dédiée au développement de cet outil et que les contrôles manuels décidés sur la base d'une approche ordonnée par les risques n'avaient permis de contrôler en 2010 qu'un tiers de l'ensemble des OPC, les ratios statutaires de près d'un tiers des OPCVM à vocation générale (555 sur 1 755) n'ayant fait l'objet d'aucun contrôle ni en 2009 ni en 2010.

La commission des sanctions admet que le plan de contrôle mis en place repose sur une méthode de contrôles par sondages. Mais elle estime que la société n'explique pas les critères retenus pour définir la cible des 200 fonds à contrôler en priorité et elle relève les faiblesses des procédures et du contrôle mis en œuvre au vu des difficultés avec lesquelles la mission de contrôle a tenté de retracer le nombre réel d'OPC dont les ratios statutaires ont été effectivement contrôlés.

Le premier point est contesté devant vous, mais la société ne renvoie à aucune pièce pour établir que des critères de ciblage avaient bien été formalisés, le ciblage effectué semblant tenir à la seule nature des fonds, sans tenir compte des audits effectivement réalisés ni d'événements ou de situations de marché. Quant au second point, son inexactitude matérielle n'est pas sérieusement mis en doute, au regard des difficultés confirmées à établir l'état des OPC contrôlés.

L'ensemble de ces éléments, appréciés à une date où l'organisation de la société aurait dû être stabilisée, traduisent des lacunes importantes : vous pourrez donc juger que la commission des sanctions n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que la société avait manqué à ses obligations sur ce point également.

X. La sanction prononcée, un avertissement et une sanction pécuniaire de 500 000 €, ne

nous paraît pas disproportionnée au regard de la gravité et de la nature des manquements reprochés, s'agissant d'un acteur important du secteur des dépositaires d'OPC, ainsi que de sa situation financière de cette société, et compte tenu du renforcement des moyens humains consacrés au « contrôle dépositaire » auquel la Société Générale a procédé postérieurement au contrôle dont elle a fait l'objet, que la commission des sanctions a pris en compte, contrairement à ce qui est soutenu.

Vous pourrez rejeter la requête, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et mettre à la charge de la société la somme de 3 000 € à verser à l'Autorité des marchés financiers, au titre de ces dispositions.

Tel est le sens de nos conclusions.