

## 2° Délégations de fonctions et responsabilité du dépositaire

**128.** - Pour éviter les dilutions de responsabilités, la COB recommande (*Instr. COB nov. 1993*) que tout établissement exerçant la fonction de dépositaire d'OPCVM désigne un responsable chargé de coordonner l'ensemble des différentes missions qui lui sont assignées à ce titre.

Le responsable s'assure de la bonne exécution des prestations de dépositaire.

**129.** - À défaut, la responsabilité du dépositaire sera engagée. Ses obligations sont diverses, comme on a pu le voir : elles paraissent le plus souvent être des obligations de moyens (*P. Guilhaumaud, op. cit., p. 159. V. Th. Bonneau, op. cit., n° 87*). Pour déterminer leur contenu exact, il faudra se référer aux statuts ou au règlement, selon le cas, aux contrats spécifiques régissant les rapports de la SICAV ou de la société de gestion du FCP avec le dépositaire, ou encore aux usages.

Néanmoins, s'appliquera la distinction entre l'inexécution et la mauvaise exécution de l'obligation de contrôle conformément à la jurisprudence relative au mandat puisque le dépositaire est en réalité un mandataire (*V. supra n° 110*) ; en cas d'absence de contrôle, la faute du dépositaire est présumée et si un contrôle insuffisant est invoqué, la faute doit être prouvée par les souscripteurs.

**130.** - Des clauses de non-responsabilité ne semblent pas possibles dans la mesure où les articles 3 (al. 2) et 13 (al. 3) de la loi de 1988 disposent impérativement dans les mêmes termes que « *la responsabilité du dépositaire (de SICAV ou de FCP) n'est pas affectée par le fait qu'il confie à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde* ». Il est vrai que ces textes ne précisent pas que toute clause contraire est réputée non écrite ; mais la protection des souscripteurs semble l'imposer (*Th. Bonneau, op. cit., n° 88. - M. Germain, op. cit., n° 12*).

**131.** - En revanche ni la loi, ni la directive européenne ne font aucune allusion à l'éventualité d'une délégation des autres fonctions du dépositaire et notamment celles de contrôle et on pourrait en déduire que les rédacteurs de ces textes ont exclu qu'une telle délégation puisse être envisagée, et *a fortiori*, qu'ils ont exclu une délégation « en bloc » de toutes ses missions par le dépositaire à un tiers, délégation à laquelle certains établissements ont déjà procédé dans les schémas d'organisation présentés à la COB pour agrément en 1993.

**132.** - L'Instruction de la COB de novembre 1993 est très nette sur le principe d'une délégation de fonctions ; celles-ci peuvent -sans qu'il soit établi de distinction entre elles - ne pas être exercées directement par l'organisme juridiquement investi des fonctions de dépositaire et être confiées par

ce dernier à des organismes tiers qui les exercent effectivement, pour autant que les principes suivants soient respectés :

- la délégation n'exonère pas de ses responsabilités le dépositaire, qui en application des articles 3 et 13 de la loi de 1988 reste pleinement responsable ; il doit pouvoir lui-même justifier de l'accomplissement de ses missions auprès de la COB ;
- elle doit être formalisée par un contrat mentionnant les tâches confiées et précisant les modalités et moyens d'investigation mis à la disposition du déléguant ; quelque soit le niveau de délégation, le dépositaire doit en effet être en mesure d'effectuer des vérifications touchant aux conditions dans lesquelles son contractant s'acquitte de sa mission ;
- la tenue de compte ne peut être déléguée qu'au profit d'un intermédiaire habilité au sens de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 modifiée.

**133.** - Dans son Bulletin n° 289 de mars 1995, la COB adopte une position beaucoup plus rigoureuse puisqu'elle y indique « *qu'il n'apparaît pas possible que l'ensemble des missions fondamentales dévolues au dépositaire soient confiées à un tiers ; une telle situation ne permettrait pas d'identifier les responsabilités et serait contraire à la transparence vis-à-vis des souscripteurs* ». Le dépositaire doit donc exécuter lui-même certaines de ses attributions ; sur un plan pratique, on constate que tout ce qui est « technique » est déléguable ; ainsi, les conventions de délégation les plus couramment conclues sont la délégation de la conservation des actifs déposés à l'étranger et la délégation globale de la conservation dans le cadre d'un mandat de sous-affiliation à la SICOVAM ; de même, si le dépositaire peut déléguer à des banques ou des établissements habilités à tenir des comptes de titres les missions relatives à la gestion du passif de l'OPCVM, il ne saurait le faire que sur un plan administratif, et non pas « décisionnel ».

**134.** - Faut-il prévoir dans les conventions de délégation de la conservation des actifs, une clause particulière de *reporting* pour les OPCVM, la sous-traitance n'étant généralement pas limitée à la seule conservation des actifs des OPCVM dont est dépositaire le déléguant et concernant également les actifs des autres clients du dépositaire ? Il semble que non, le cahier des charges du conservateur teneur de compte répondant suffisamment aux impératifs de contrôle du dépositaire.

En revanche, les conventions de sous-traitance des missions de contrôle - qui devrait être limitée aux seuls aspects techniques, tels que la transmission d'états d'anomalie - doivent être très précises sur le niveau des informations transmises au dépositaire. la responsabilité des injonctions, déclarations aux commissaires aux comptes, à la COB, voire aux instances judiciaires ne paraît pas pouvoir être déléguée, pas plus que les fonctions relatives au suivi de la vie de l'OPCVM (*Custodian, La lettre des titres de la Société générale, n° 35, juin-juill. 1995*).

**135.** - Lors de la demande d'agrément de l'OPCVM (*V. Fasc. 2236*), la rubrique relative aux délégations de fonctions du dépositaire doit être impérativement servie dans le cas où le dépositaire délègue la fonction de conservation des actifs à un tiers. Mais ne sont pas visés ici les contrats conclus entre le dépositaire et des correspondants conservateurs Étrangers ou des organismes internationaux dont l'objet est seulement d'assurer la garde des valeurs mobilières et actifs financiers autres que français détenus par l'OPCVM (*Instr. COB, 27 juill. 1993. - V. supra n° 111*).

