

grosses délivrées
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

1ère Chambre - Section H

ARRÊT DU 08 AVRIL 2009

(n° , 10 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 2008/22085

Décision déferée à la Cour : n° 011922 rendue le 13 novembre 2008
par l'AUTORITÉ DES MARCHES FINANCIERS

DEMANDEUR AU RECOURS :

- La société **RBC DEXIA INVESTOR SERVICES BANK FRANCE, S.A.**
Prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 105 rue Réaumur 75002 PARIS

représentée par la SCP FISSELIER CHILOUX BOULAY,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Hervé PISANI et Maître Pascale GERAD,
avocats au barreau de PARIS
DARROIS VILLEY MAILLOT BROCHIER A.A.R.P.I
69 avenue Victor Hugo 75116 PARIS

DÉFENDEUR AU RECOURS :

- La société **DELTA ALTERNATIVE MANAGEMENT, S.A.S.**
Prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 20 rue Cambon 75001 PARIS

représentée par Maître François TEYTAUD,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Arthur DETHOMAS
COTTY VIVANT MARCHISIO & LAUZERAL
91 rue du Faubourg Saint Honoré 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- **M. LE PRÉSIDENT DE L'AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS**
17 place de la bourse
75002 PARIS

représenté par M. Olivier DOUVRELEUR

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 18 février 2009, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Jean-Claude MAGENDIE, Premier Président
- M. Didier PIMOULLE, Président
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. Hugues WOIRHAYE, Avocat Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Jean-Claude MAGENDIE, Premier Président et par M. Benoît TRUET-CALLU, Greffier.

* * * * *

Le fonds commun de placement (ci-après DPE ou le Fonds), agréé par l'AMF, a été constitué par la société DELTA ALTERNATIVE MANAGEMENT (ci-après DAM), société de gestion et par la société RBC DEXIA, dépositaire. Ce fonds commun de placement entre dans la catégorie des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) alternatifs à règles d'investissement allégées à effet de levier («ARIA EL»).

Ces OPCVM, régis par les articles L.214-35 et suivants du code monétaire et financier, sont réservés à des investisseurs qualifiés avec une souscription minimale fixée, sauf dérogation, à 125 000 euros et, comme tels, sont soumis à des règles allégées en ce qui concerne le choix des actifs sous gestion, des marchés financiers et des techniques financières utilisées avec pour objectif d'offrir des performances sans corrélation avec celles des marchés financiers.

Les fonds ARIA EL restent toutefois tenus, comme les autres fonds communs de placement, d'avoir un dépositaire unique établi en France qui a pour mission, d'une part, de conserver ses actifs et, d'autre part, de s'assurer de la régularité des décisions de la société de gestion.

Afin de mettre en oeuvre leur stratégie d'investissement, ces fonds ont fréquemment recours à un *Prime Broker*, prestataire de services d'investissement, qui assure le financement de l'activité, la compensation, le prêt de titres, les opérations de couverture de change et la conclusion, le règlement, la livraison ou le paiement relatif à des transactions initiées par le fonds. Le *Prime Broker* se portant contrepartie des opérations

qu'il réalise et assurant leur financement, le fonds peut ainsi bénéficier, rapidement et à moindre coût, des financements (prêts d'espèces, opérations de prêts-emprunts de titres, etc...) nécessaires à la mise en oeuvre de sa stratégie de gestion. En garantie des financements octroyés ou des positions prises sur instruments dérivés, le *Prime Broker* bénéficie de sûretés consenties sur les actifs du fonds.

Au cas d'espèce, DPE a eu recours aux services d'un *Prime Broker*, la société de droit anglais LEHMAN BROTHERS INTERNATIONAL EUROPE (ci-après LBIE), filiale de la banque d'investissement américaine LEHMAN BROTHERS Inc.

C'est dans ces conditions que DAM et LBIE, d'une part, RBC DEXIA, autorisée par la convention dépositaire conclue le 29 février 2008 à désigner des sous-dépositaires pour les besoins de cette convention, d'autre part, ont signé le 26 mars 2008 une convention tripartite de sous-dépositaire («*Tripartite Sub-Custody Agreement*») en vertu de laquelle RBC DEXIA désignait LBIE, *Prime Broker*, en qualité de sous-dépositaire des actifs du Fonds.

Parallèlement, LBIE et DAM ont conclu, de leur côté, le 1^{er} avril 2008, une convention internationale de *Prime Brokerage* («*International Prime Brokerage Agreement*»).

L'agrément de DPE comme fonds ARIA EL ayant recours aux services d'un *Prime Broker* étant, en application de l'instruction de l'AMF du 25 janvier 2005, subordonné à la remise d'une lettre de conformité établie par le *prime broker*, LBIE a rappelé dans un tel document, dans une rubrique intitulée «*Principales dispositions légales et réglementaires*» qu'aux termes de la convention de *Prime Brokerage*, il était convenu que :

- «*en vue de garantir les obligations de l'OPCVM envers le prime broker, l'OPCVM peut remettre en pleine propriété des instruments financiers, contrats, créances, droits ou sommes d'argent ou constituer des sûretés sur de tels biens ou droits au bénéfice du prime broker dans les conditions et les limites définies par les articles R.214-1 du code monétaire et financier ;*
- *les biens ou droits de l'OPCVM ayant fait l'objet d'une sûreté au bénéfice du prime broker peuvent être utilisés ou aliénés par le prime broker à charge pour lui de restituer à l'OPCVM des biens ou droits équivalents (...)* ;
- *la valeur de la créance du prime broker sur l'OPCVM, constituée par l'ensemble des obligations de l'OPCVM envers le prime broker résultant d'opérations sur des instruments financiers et de contrats donnant lieu à un règlement en espèces ou à une livraison d'instruments financiers est déterminée et communiquée quotidiennement par le prime broker à la société de gestion suivant les modalités déterminées dans la convention ;*
- *la valeur des biens ou droits de l'OPCVM remis en garantie ou faisant l'objet d'une constitution de sûreté au bénéfice du prime broker est déterminée et communiquée quotidiennement par le prime broker à la société de gestion suivant les modalités déterminées dans la convention ;*
- *conformément à l'accord exprès de la société de gestion, les actifs de l'OPCVM dont la tenue de compte conservation est assurée par le prime broker peuvent être utilisés par le Prime Broker;*
- *dans l'hypothèse de la survenance d'un cas d'insolvabilité du prime broker ou d tout autre cas de défaut du prime broker tel que défini dans la convention, l'OPCVM peut résilier la convention et les contrats qui lui sont liés et compenser les dettes et les créances réciproques y afférentes (y compris celle relatives aux sûretés et garanties, ainsi qu'à l'utilisation ou l'aliénation des actifs, biens ou droits) en établissant un solde unique dû*

par une des parties, ce nonobstant l'ouverture de toute procédure collective, amiable ou judiciaire, fondée sur l'insolvabilité du prime broker ».

A la suite de la faillite de LEHMAN BROTHERS Inc, LBIE a été placée le 15 septembre 2008 sous administration de PRICEWATERHOUSE COOPERS.

Par courrier du 24 septembre 2008, dont une copie a été transmise à l'AMF, DPE a réclamé à RBC DEXIA la restitution des éléments d'actifs entrant dans la périmètre de la sous- conservation confiée à LBIE.

Les services de l'AMF ont, dans un premier temps, posé une série de questions à RBC DEXIA et à DAM touchant notamment à la composition de l'actif du fonds, aux opérations en suspens, à l'état des dettes et des créances réciproques et des actifs utilisés par LBIE.

Le secrétaire général de l'AMF a rappelé ensuite à RBC DEXIA, par courrier du 8 octobre 2008, que le défaut de restitution des actifs lui paraissait contraire aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux dépositaires et était susceptible de porter atteinte à la protection de investisseurs. Il lui demandait, en conséquence, de prendre sans délai les mesures nécessaires pour restituer à DAM les actifs entrant dans le périmètre de la sous-conservation confiée à LBIE, tout en lui notifiant qu'il envisageait de saisir le collège de l'AMF afin d'engager à son encontre la procédure d'injonction prévue à l'article L.621-14 I du code monétaire et financier, en lui impartissant toutefois un délai pour présenter d'éventuelles observations.

Après avoir recueilli ses observations, le Président de l'AMF a adressé à RBC DEXIA un courrier du 20 novembre 2008 ainsi libellé :

«Par décision du 13 novembre 2008 et en application du I de l'article L.621-14 et de l'article R.621-37 du code monétaire et financier, l'AMF ordonne à RBC DEXIA de mettre fin aux manquements aux obligations légales ou réglementaires (...) qui portent atteinte à la protection des investisseurs en restituant au fonds DPE, dans un délai de 10 jours à compter de la réception de son courrier des instruments financiers demandés par ce fonds et dont la conservation avait été confiée à LBIE, représentant au 12 septembre 2008 une valeur de 13 0010 29, 47 euros.»

Le président de l'AMF indiquait à RBC DEXIA qu'à défaut de se conformer à l'injonction, il envisageait de saisir sans délai le président du tribunal de grande instance de Paris afin qu'il ordonne, sous astreinte, en application de l'article L.621-14 du code monétaire et financier, l'exécution de l'obligation de restitution.

Vu le recours formé le 28 novembre 2008 par RBC DEXIA demandant à la cour d'annuler la décision de l'AMF ;

Vu le mémoire déposé le 15 décembre 2008 par RBC DEXIA à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire en réplique déposé le 16 janvier 2009 ;

Vu la déclaration d'intervention volontaire déposée le 5 décembre 2008 par la société DAM;

Vu les conclusions d'intervention volontaire déposées le 6 janvier 2009 par DAM ;

Vu les observations écrites de l'AMF déposées le 6 janvier 2009 ;

Vu les observations écrites du ministère public du 12 janvier 2009, mise à la disposition des parties à l'audience ;

Vu les observations complémentaires de la société RBC DEXIA sur la compétence de la cour déposées le 9 février 2009 ;

Vu les observations complémentaires de la société DAM sur la compétence de la cour déposées le 6 février 2009 ;

Vu les observations complémentaires de l'AMF sur la compétence de la cour déposées le 4 février 2009 ;

Où à l'audience publique du 18 février 2009, en leurs observations orales, les conseils de la requérante qui a été mis en mesure de répliquer, celui de la partie intervenante, le représentant de l'AMF, ainsi que le ministère public ;

SUR CE, LA COUR :

Sur la compétence de la cour

Considérant que, dans ses observations écrites, le ministère public s'interroge sur la compétence de la cour au regard des dispositions de l'article L.621-30 du code monétaire et financier, qui dispose que l'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'AMF autres que celles, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L.621-9 est de la compétence du juge judiciaire; que le ministère public fait valoir, qu'au cas d'espèce, RBC DEXIA est précisément visée par la décision déférée au titre des dispositions de L.621-9 II (2°) du code monétaire et financier en raison de son activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers et qu'il se déduit des dispositions combinées de ces deux textes que les recours contre les décisions prises par l'Autorité à l'égard des personnes énumérées au II de l'article L.621-9 doivent être portées devant le Conseil d'Etat, les dispositions réglementaires du I et du II de l'article R.621-45 du code monétaire et financier ne pouvant être invoquées pour éluder le principe de nature législative consacré par l'article L.621-30 en matière de compétence juridictionnelle ;

Mais considérant que l'article R.621-45 du code monétaire et financier, codifiant les dispositions de l'article 27 du décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003, décret en Conseil d'Etat auquel renvoie précisément l'article L.621-30 du même code pour préciser ses modalités d'application, énonce :

« I.- Les recours contre les décisions de portée individuelle prises par l'AMF relatives aux agréments ou aux sanctions concernant les personnes et entités mentionnées au II de l'article L.621-9 sont portées devant le Conseil d'Etat, selon les modalités prévues par le code de justice administrative.(...)

II.- Les recours contre les décisions de portée individuelle prises par l'AMF, autres que celles mentionnées au I, sont portées devant la cour d'appel de Paris.(...)» ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que la décision attaquée, si elle a en effet pour destinataire un dépositaire d'organisme de placement collectif mentionné par L.621-9 précité du code monétaire et financier, n'est cependant relative ni à un agrément concernant cette entité ni à une sanction la frappant, mais consiste en une injonction de se conformer aux obligations légales et réglementaires qui lui sont applicables ;

Qu'au surplus, la compétence de la cour est cohérente avec les dispositions de l'article L.621-14 II du code monétaire et financier qui prévoient la possibilité, au cas où le dépositaire ne se conformerait pas à l'injonction du collège, d'obtenir à l'encontre de ce professionnel une condamnation sous astreinte prononcée par le président du tribunal de grande instance de Paris statuant en la forme des référés ;

Que, dès lors, la cour d'appel de Paris est bien compétente pour connaître du recours dirigé contre cette décision, comme les services de l'AMF l'ont d'ailleurs utilement précisé dans la notification adressée à RBC DEXIA ;

Sur la recevabilité de l'intervention de DAM

Considérant que DAM déclare intervenir volontairement au recours formé par RBC DEXIA à l'encontre de la décision d'injonction de l'AMF afin de soutenir, aux côtés de l'AMF, sa validité et le bien fondé de cette décision ;

Mais considérant qu'aucune disposition du code monétaire et financier ne prévoit l'intervention volontaire d'un tiers, ni devant l'AMF ni devant la cour en cas de recours de la personne visée par l'injonction ;

Que les dispositions du code de procédure civile ne sont pas applicables à la procédure suivie devant l'AMF et que, devant la cour, sont seules applicables celles auxquelles il n'est pas expressément dérogé par les textes spéciaux du code monétaire et financier et qui sont compatibles avec la nature propre du contentieux des recours contre les décisions de l'AMF ;

Que, lorsque l'AMF prononce une injonction en application de l'article L.621-14 du code monétaire et financier, cette autorité agit dans le cadre de sa mission d'intérêt général qui, aux termes de l'article L.621 du même code, consiste à veiller à la protection de l'épargne investie dans les produits financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement du marché d'instruments financiers ;

Qu'il suit de là que les dispositions des articles 325 et suivants du code de procédure civile, qui organisent l'intervention à la procédure de tiers en vue de la protection de leurs intérêts privés, sont incompatibles avec la nature propre du contentieux en cause ;

Qu'au demeurant, l'intervention de DAM devrait de toute façon être déclarée irrecevable en application de l'article 330 du code de procédure civile, comme ne venant pas appuyer les prétentions d'une partie, l'Autorité n'ayant pas cette qualité dans le cadre du présent recours ;

Que, dès lors, l'intervention de la société de la société DAM à la procédure de recours contre l'injonction prononcée contre RBC DEXIA sera déclarée irrecevable ;

Sur l'obligation de restitution des actifs du Fonds

Considérant qu'au soutien de son recours, RBC DEXIA prétend, tout d'abord, qu'elle a été expressément déchargée de cette obligation par la convention dépositaire au profit de LBIE, chargée de la tenue de compte-conservation des actifs, la convention tripartite prévoyant de son côté que les actifs du fonds sont conservés à son nom dans les livres du *Prime Broker*, ce qui a permis ainsi d'établir une relation directe entre le Fonds et le *Prime Broker*, étant observé, de surcroît, que contrairement à l'intitulé de la convention tripartite, le *Prime Broker* n'est pas un sous-dépositaire, mais un délégataire parfait, la délégation parfaite, acceptée par le fonds, l'exonère entièrement de son obligation de restitution ;

Que la requérante précise ensuite que, comme l'AMF a pu s'en assurer lors de la réception de la lettre de conformité, les trois conventions en cause sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires applicables en l'espèce et, en particulier, à l'article L.214-26 du CMF qui dispose que le dépositaire peut confier à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde, et qu'étant ainsi régulièrement déchargée de sa mission de tenue de compte-conservation, ni l'article 323-2 du RGAMF ni l'article 322-4 du RGAMF qui lui sont opposés par l'AMF ne peuvent recevoir application au cas d'espèce ;

Que RBC DEXIA soutient, enfin, que, contrairement à ce qu'affirme l'Autorité, les dispositions de l'article L.214-26 du code monétaire et financier, selon lesquelles la responsabilité du dépositaire n'est pas affectée par le fait qu'il confie à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde ne font pas pour autant peser sur elle une obligation de restitution dès lors que les actifs n'ont pas été confiés au *Prime Broker* par le seul dépositaire mais à l'initiative et avec l'accord de la société de gestion ;

Mais considérant que le dépositaire, qui a reçu pour mission d'assurer la conservation des actifs de l'OPCVM dont il a la garde, est tenu, en toutes circonstances, même s'il en a confié la sous-conservation à un tiers, d'une obligation de restitution immédiate de ces actifs en vertu de dispositions d'ordre public destinées à assurer la protection de l'épargne investie dans les produits financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne et le bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers ;

Considérant, en effet, que l'article L.214-26 du code monétaire et financier dispose que « *le règlement du fonds doit prévoir que ses actifs sont conservés par un dépositaire unique distinct de la société de gestion du fonds et qui s'assure de la régularité des décisions de cette société. Ce dépositaire est choisi par la société de gestion sur une liste établie par le ministre chargé de l'économie.(...) Sa responsabilité n'est pas affectée par le fait qu'il confie à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde. (...)* » ;

Que cette exigence est rappelée par l'article 323-14 du règlement général de l'AMF (RGAMF) qui énonce que « *la responsabilité du dépositaire n'est pas affectée par le fait qu'il mandate un tiers pour conserver les actifs de l'OPC* » ;

Que l'article 323-2 du RG AMF énonce également que le dépositaire « *exerce la tenue de compte conservation des instruments financiers mentionnés aux 1° à 3° du I de l'article L.221-1 du code monétaire et financier à l'exclusion des instruments financiers nominatifs purs* » et « *ouvre dans ses livres au nom de l'OPC [...] un ou plusieurs comptes d'instruments financiers, ainsi que tout autre compte nécessaire à la conservation des actifs de l'OPC* » ;

Que l'article 323-2 de ce règlement précise, enfin, que la tenue de compte conservation des instruments financiers figurant à l'actif de l'OPC est soumise aux dispositions applicables au teneur de compte conservateur lequel, aux termes de l'article 322-4 du RGAMF, « *respecte, en toutes circonstances, les obligations suivantes : (...)* 3° *le teneur de compte conservateur a l'obligation de restituer les instruments financiers inscrits en compte dans ses livres. (...)* » ;

Qu'en l'absence, dans le code monétaire et financier, à la date de la constitution du fonds DPE, d'une possibilité de dérogation contractuelle à l'obligation de restitution pesant sur le dépositaire, les accords conclus par RBC DEXIA avec DAM et LBIE ne lui permettent pas de s'exonérer de cette obligation ou même d'en limiter la portée, peu important, par ailleurs, que l'AMF ait pris connaissance de ces accords dans le cadre de la procédure d'agrément ;

Considérant qu'il s'ensuit que c'est à juste titre que le collège a enjoint à RBC DEXIA de restituer à DAM les actifs bloqués chez LBIE ;

Que le moyen sera écarté ;

Sur la force majeure

Considérant que la requérante soutient, à titre subsidiaire, que la faillite de LBIE, qui présente les caractéristiques d'un événement de force majeure, l'exonère de toute obligation de restitution des actifs ;

Mais considérant que RBC DEXIA n'est pas fondée à se prévaloir du caractère imprévisible et irrésistible d'un tel événement alors que, tout au contraire, la lettre de conformité, portée à sa connaissance, qui a été adressée par LBIE à l'AMF, a précisément prévu cette hypothèse en mentionnant que le contrat de *Prime Brokerage* offre au Fonds la possibilité de résilier cette convention «*nonobstant l'ouverture de toute procédure collective, amiable ou judiciaire, fondée sur l'insolvabilité du Prime Broker*» ;

Qu'au surplus, cette procédure ne place pas la société RBC DEXIA dans l'impossibilité absolue d'exécuter son obligation de restitution mais est seulement susceptible, tout au plus, de rendre l'exécution de cette obligation plus difficile ou plus onéreuse ;

Que le moyen ne peut qu'être rejeté ;

Sur le périmètre et la valeur des actifs restituables par RBC DEXIA

Considérant qu'il est constant que le Fonds a communiqué aux services de l'AMF des données chiffrées sur l'état, au 12 septembre 2008, du portefeuille confié à LBIE, données qui ont été complétées ensuite dans les réponses apportées aux questions ou demandes de précisions formulées par les services de l'AMF et que ni le Fonds ni le dépositaire n'ont contesté que la détermination du périmètre des actifs restituables par RBC DEXIA devait s'opérer en se référant à la convention de *Prime Brokerage* ;

Considérant qu'il ressort de la lettre d'injonction que le collège a décidé :

«Périmètre et valorisation des actifs en cause

Le collège a constaté que RBC DEXIA et le fonds DPE sont d'accord sur le périmètre et la valorisation au 12 septembre 2008 (...) des actifs du fonds confiés par RBC DEXIA en sous conservation à LBIE (soit une valorisation des actifs à 13 001 029,47 euros), ainsi qu'il est précisé dans le courrier de RBC DEXIA du 5 novembre 2008.

RBC DEXIA et le fonds Delta sont également d'accord sur le périmètre et la valorisation au 12 septembre 2008 des actifs ayant fait l'objet d'une réutilisation par LBIE (soit 11 517 319 euros) au titre du contrat de Primebrokerage conclu entre ce dernier et le fonds Delta le 1^{er} avril 2008 et dont un projet avait été adressé à l'AMF à l'occasion de la demande d'agrément du fonds Delta (...).

Détermination des actifs restituables

Pour déterminer les actifs restituables, il convient de considérer, en premier lieu, les actifs dont la conservation était, au jour du placement sous administration de LBIE, assurée par ce dernier au titre de la convention de sous conservation.

En second lieu, le Collège a examiné s'il était légitime de déduire de ces actifs les instruments financiers qui avaient fait l'objet d'une appropriation par LBIE en application du contrat de Prime brokerage et qui, en conséquence, sont sortis du patrimoine du fonds DPE.

Le collège relève que ce contrat autorisait la réutilisation par LBIE d'une quote-part des actifs du fonds DELTA faisant l'objet d'une sûreté au bénéfice de LBIE. L'article 11 de l'accord fixe cette quote-part à 140 % du montant de la dette du fonds DELTA sur LBIE, conformément à l'article R.214-35 du code monétaire et financier.

Le fonds DPE n'ayant pas et n'ayant jamais eu de dette vis-à-vis de LBIE, le collège a constaté que la réutilisation au 12 septembre 2008 par LBIE d'actifs du fonds DELTA était contraire aux accords contractuels en vigueur et à l'article R.214-35 du code monétaire et financier.

Le collège a estimé que cette appropriation abusive d'actifs du fond DELTA par LBIE constituait une atteinte au droit de propriété du fonds DPE que le dépositaire se devait de protéger en prévenant toute soustraction irrégulière du périmètre des actifs restituables.

Le collège a dès lors considéré que le dépositaire demeurait responsable vis-à-vis de l'OPCVM de la restitution des actifs abusivement sortis du patrimoine de celui-ci, relevant, en particulier, que cette appropriation abusive se révèle être le fait du sous conservateur auquel le dépositaire avait lui-même confié la conservation desdits actifs.

En conséquence, et sans préjudice des éventuelles responsabilités qui pourraient être recherchées par les différents protagonistes à l'égard notamment du fonds DPE, de sa société de gestion, de RBC DEXIA ou encore de LBIE, le collège a estimé que les instruments financiers ayant fait l'objet d'une appropriation abusive par LBIE devaient demeurer dans le périmètre des actifs restituables par RBC DEXIA.(...)

En conséquence, le collège estime que les actifs restituables sont les instruments financiers dont la conservation était, au 12 septembre 2008, confiés à LBIE au titre de la convention de sous conservation.

En considération de ce qui précède, la valeur des actifs restituables au 12 septembre 2008 s'élevait à 13 001 029,47 euros.»

Considérant que RBC DEXIA prétend que le refus de l'Autorité d'exclure du périmètre des actifs restituables les actifs réutilisés de manière irrégulière par LBIE procède d'une confusion entre, d'une part, l'obligation de restitution du teneur de compte conservateur et, d'autre part, la responsabilité du dépositaire, qui ne relève pas du pouvoir d'injonction de l'AMF et qui ne peut être mise en jeu que dans les conditions prévues par l'article L.214-28 du code monétaire et financier et selon les principes du droit commun de la responsabilité ; qu'il suffit de constater, qu'au cas d'espèce, les instruments financiers en cause ayant été réutilisés par le prime broker et inscrits dans ses comptes au nom du Fonds, ne peuvent pas faire l'objet d'une restitution par le dépositaire ;

Mais considérant qu'aux termes de l'article 10 de la convention internationale de *Prime Brokerage*, DPE a consenti à LBIE, en garantie des éventuelles créances qu'elle pourrait détenir sur le fonds dans le cadre de l'exercice de ses activités de *Prime Brokerage*, une sûreté générale sur l'ensemble des actifs sous-conservés permettant au *Prime Broker*, afin de réaliser cette sûreté, de réutiliser les actifs gagés à ses propres fins, les actifs ainsi réutilisés par le *Prime Broker* étant exclus de l'obligation de restitution du dépositaire ;

Qu'en application de l'article 11 de cet accord et conformément aux dispositions des articles L.431-7-3, R.214-12 et R.214-35 du code monétaire et financier, toutefois, cette garantie ne peut être constituée que lorsque le *Prime Broker* détient une créance exigible sur le Fonds;

Or considérant que LBIE n'ayant jamais détenu une telle créance, c'est à juste titre que le collège a constaté que la réutilisation à hauteur de 11 517 319 euros d'instruments financiers confiés par le Fonds était irrégulière, tant au regard de la convention internationale de *Prime Brokerage* que des dispositions des articles R.214-12 et R.214-35 du code monétaire et financier et que, dès lors, il n'y avait pas lieu de procéder à une déduction de ces actifs, étant observé que rien ne permet de démontrer que le Fonds aurait été informé de cette irrégularité et l'aurait approuvée, même tacitement ;

Que, contrairement à ce que soutient la requérante, les défaillances du *Prime Broker* n'affectent pas son obligation de restitution puisqu'elle est tenue, en sa qualité de dépositaire, en application des dispositions rappelées ci-dessus du code monétaire et

financier, de restituer, en toutes circonstances, les actifs dont elle a la garde et que sa responsabilité n'est pas affectée par le fait qu'elle a confié à un tiers une partie de ces actifs ;

Considérant, en conséquence, compte tenu d'une valorisation des actifs fixée à la somme de 13 001 029,47 euros, que c'est à juste titre que l'AMF a fixé à cette somme, sans procéder à une quelconque déduction, la valeur des actifs restituables par RBC DEXIA au 12 septembre 2008;

Sur les modalités de la restitution

Considérant que RBC DEXIA prétend, enfin, que dès lors que la clause de «close out» n'a pas été mise en oeuvre, l'obligation de restitution d'une partie des actifs détenus par le Fonds au 12 septembre 2008 ne peut s'exécuter sous la forme d'un paiement en numéraire ;

Mais considérant que cette objection est sans portée puisque la lettre d'injonction précise que la restitution concerne «*les instruments financiers demandés par le fonds LRA et dont la conservation avait été confiée à LBIE, représentant au 12 septembre 2008 une valeur de 18 389 894,15 euros*» et que l'AMF, au surplus, a utilement précisé, dans ses observations déposées devant la cour, que la restitution doit, en principe, être faite par des instruments financiers équivalents à ceux sous-conservés par LBIE mais qu'afin de simplifier les modalités de restitution, «*d'injonction lui permet de choisir, à sa convenance, le mode de restitution(en titres ou en numéraire) qui lui conviendrait le mieux*» ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le manquement reproché à la requérante étant caractérisé, le recours doit être rejeté ;

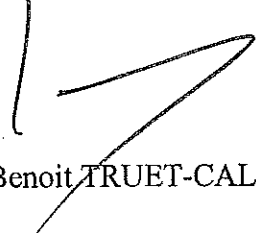
PAR CES MOTIFS

Déclare irrecevable l'intervention volontaire de la société DAM,

Rejette le recours de la société RBC DEXIA,

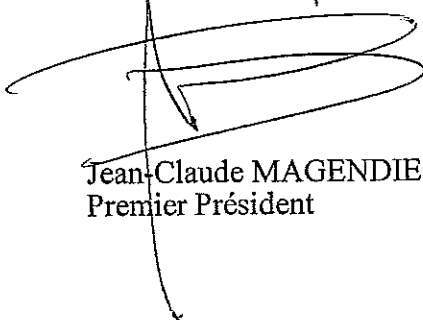
Condamne la société RBC DEXIA aux dépens.

LE GREFFIER,



Benoit TRUET-CALLU

LE PRÉSIDENT,



Jean-Claude MAGENDIE
Premier Président