

NKF Client News

25 JANVIER 2024

Le Tribunal fédéral remet en question la réglementation sur le remboursement des frais des directions de fonds

Dans un arrêt du 7 décembre 2023, le Tribunal fédéral laisse entendre que la direction du fonds peut, de par la loi, se faire indemniser pour toutes les dépenses prévues par le contrat de fonds et objectivement justifiées. L'énumération exhaustive de l'art. 37 al. 2 et 2^{bis} OPCC est donc probablement contraire à la loi, comme le défendent depuis longtemps les auteurs de la présente publication. Cela soutient la demande des acteurs du secteur, qui militent pour une réglementation ouverte et axée sur les principes dans le cadre de la révision en cours.

Selon l'art. 38 al. 1 let. b et c LFin, la direction de fonds a le droit "à la libération des engagements contractés en exécution régulière de ses tâches" et "au remboursement des frais encourus au titre de l'exécution de ces engagements". Ces dispositions correspondent au droit du mandat (art. 402 al. 1 CO), mais sont néanmoins limitées au niveau de l'ordonnance, dans la mesure où seuls les frais accessoires énumérés à l'art. 37 al. 2 et 2^{bis} OPCC (et prévus dans le contrat de fonds) peuvent être remboursés.

Nous avons déjà mis en doute la légalité de cette limitation sous l'empire de la LPCC (BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB, 2^e éd., 2015, art. 33 n° 20), puis à nouveau sous la LFin (BSK FINIG-ABEGGLEN/SCHAUB, 2023, art. 38 n°s 41, 43; traduit de l'allemand) :

"Du point de vue du principe de légalité, l'art. 37 al. 2 et 2^{bis} OPCC est particulièrement problématique dans la mesure où l'énumération des frais remboursables est apparemment exhaustive [...], or l'art. 38 al. 1 let. c LFin accorde à la direction du fonds le droit au remboursement 'des frais', c'est-à-dire en principe de toutes les dépenses. [Cela empiète aussi] matériellement aux droits de l'art. 38 al. 1 let. c LFin. Toujours est-il que nous ne qualifierions pas exactement cela de 'choquant' (au contraire de BSK KAG-GALGIANI/BÜNZLI/WINZELER, art. 26 n° 30), car la direction du fonds peut incorporer ces dépenses, non remboursables séparément, dans la commission de gestion (ou par le biais d'un *all-in-fee* ou d'un forfait pour frais accessoires). [...]

Selon le texte et la systématique de l'art. 37 al. 2 et 2^{bis} OPCC, il ne fait guère de doute que l'énumération est censée être exhaustive. La suppression en 2013 de la clause générale '*les autres frais ne résultant pas de la gestion des placements*' [...] confirme ce que le Conseil fédéral a également réaffirmé récemment (cf. rapport explicatif OPCC révisée du 23 septembre 2022, p. 11 : '*Alors qu'une partie de la branche y serait favorable, le Conseil fédéral a renoncé à ne donner qu'une liste d'exemples, donc non exhaustive, des frais pouvant être imputés à la fortune du fonds, comme c'était le cas avant la révision de l'OPCC de 2013*').

Lors de la consultation sur la révision de l'OPCC, la branche a maintenu la position susmentionnée dans la citation en se référant au principe de légalité et à la praticabilité (une liste exhaustive étant

toujours en retard sur l'évolution) et a ainsi plaidé en faveur de l'adoption d'une clause générale¹. On ne sait pas encore si le Conseil fédéral y donnera suite.

Dans un arrêt publié le 11 janvier 2024 et destiné à la publication, le Tribunal fédéral se range désormais du côté des critiques :

"Dans la doctrine, on défend, sur la base de cette disposition [art. 38 al. 1 LEFin], que dans certains cas, les dépenses non expressément mentionnées à l'art. 37 OPCC doivent également être remboursées par la fortune du fonds, si cela se justifie objectivement (cf. ABEGGLEN/SCHAUB, in : Basler Kommentar, FIDLEG/FINIG, 2023, n° 41 s. ad art. 38 LEFin ; GIGER/SCHMID, in : Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, Schulthess Kommentar, 2021, n° 10 ad art. 38 LEFin). En tout état de cause, il s'impose de garder également à l'esprit l'art. 38 al. 1 let. b et c LEFin dans l'interprétation de l'art. 37 OPCC" (arrêt du Tribunal fédéral 9C_312/2023 du 7 décembre 2023, consid. 4.3; traduit de l'allemand).

A première vue, le Tribunal fédéral ne déclare donc pas la liste de l'ordonnance obsolète et se contente de rappeler le principe d'interprétation conforme à la loi. Cependant nous soutenons qu'une telle lecture de cet arrêt en méconnaîtrait la véritable portée. Comme tout tribunal prudent et respectueux de la séparation des pouvoirs, le Tribunal fédéral ne tranche pas plus qu'il n'est nécessaire pour juger une affaire. En l'espèce, il a pu classer la dépense en question – c'est-à-dire une taxe de mutation immobilière lors du changement de direction du fonds – sous l'art. 37 al. 2^{bis} let. a OPCC ("*frais d'achat et de vente de placements immobiliers*"), car la nouvelle direction du fonds, en tant que nouvelle propriétaire formelle, "achète" en quelque sorte les immeubles (de manière défendable, le tribunal ne suit pas sur ce point notre avis contraire exprimé dans BSK FINIG, art. 39 n° 67). Il n'était donc pas nécessaire d'invalider sur ce point l'ordonnance. En revanche, si le tribunal devait se prononcer au sujet d'une dépense qui, matériellement, devrait être supportée par le fonds, mais pour laquelle il manque totalement un fondement juridique dans l'ordonnance, nous nous attendrions à ce qu'il déclare l'ordonnance contraire à la loi.

Au final et si tel est le cas, il importe peu de savoir si la révision de l'OPCC tient compte des critiques décrites ci-dessus. Mais même dans cette hypothèse, une disposition formulée de manière incorrecte et trompeuse ne serait pas satisfaisante, de sorte qu'une adaptation de l'art. 37 OPCC est souhaitable d'une manière ou d'une autre.

Si vous avez des questions, n'hésitez pas à vous adresser à votre contact NKF habituel ou à l'équipe Banking, Finance & Regulatory.

Auteurs/contacts

Sandro Abegglen
Partner, Head Banking, Finance & Regulatory
sandro.abegglen@nkf.ch

Martin Schaub
Counsel, Banking, Finance & Regulatory
martin.schaub@nkf.ch

¹ Voir p. 38, 59, 65, 100, 143, 160 s., 302 s., 321 s., 341 s., 347 s. des avis, ainsi que la Client News "*Révision partielle de l'ordonnance sur les placements collectifs de capitaux (OPCC) – Modifications en plus du L-QIF*" du 12 juillet 2023, p. 3.

Cette publication ne traite pas nécessairement de chaque sujet important et ne couvre pas tous les aspects des sujets qu'elle aborde. Elle n'est pas destinée à fournir des conseils juridiques ou autres.

