

réactionnelle de cet article en la forme d'un complément d'explicitation (cf. Michel Olivier, modifications envisagées de certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile ayant trait aux mesures d'instruction confiées à des techniciens, in Gaz. Pal., Rec. 2002, doct. p. 331).

Il convient donc d'approuver entièrement l'interprétation de « l'avis » présenté par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui s'avère conforme tout à la fois à l'esprit du législateur du nouveau Code de procédure civile (ce dont je puis attester personnellement en ma qualité de « co-père » des dispositions concernant les mesures d'instruction) comme aussi à sa propre doctrine précisée notamment dans l'arrêt précité du 19 février 1997.

L'argumentation présentée dans la deuxième branche du moyen et qui fait état du caractère non contradictoire des opérations des experts judiciaires et par voie de conséquence le caractère « inéquitable » du procès dans les conditions de l'article 6-I de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne pouvait recevoir une autre réponse que celle que lui a faite, de façon aussi lapidaire que définitive, la Cour suprême.

C'est qu'en effet, il ne s'agissait pas pour la société Socotec d'effectuer une mission de mesure d'instruction donnée par le juge mais bien, en utilisant son appareillage spécialisé, de fournir aux experts judiciaires et à leur demande, un avis technique à propos des bruits de basse fréquence dénoncés. La société n'était donc pas, dans le cadre de cette recherche, soumise personnellement au principe de la contradiction. Par contre, par application des dispositions des articles 14 et 16 du nouveau Code de procédure civile les experts judiciaires se devaient de communiquer à toutes les parties l'avis donné, pour recueillir leurs observations.

Et c'est ce qu'ils n'ont pas manqué de faire... Ils sont ainsi exempts de diverses critiques qui leur étaient faites et dont l'arrêt commenté fait justice.

L'on ne peut s'empêcher, pour conclure sur ce commentaire, de souligner que la qualité « d'expert judiciaire » (qui n'est d'ailleurs ni le titre ni l'appellation prévue et sanctionnée par la loi pour ceux qui sont inscrits sur les listes judiciaires) et qui ne concerne qu'une fonction temporaire et épisodique est fort souvent formulée plus à titre en quelque sorte incantatoire, qu'elle n'est une stricte réalité. En effet celui qui s'en prévaut, souvent ignore, ou omet d'appliquer – au risque d'engager sa responsabilité – tout ou partie des règles de son statut judiciaire constitué par l'ensemble des dispositions du nouveau Code de procédure civile ou du Code de procédure pénale et qu'il doit suivre pour assurer la parfaite régularité de ses opérations. Et à cette connaissance s'ajoute celle des interprétations de ces textes législatifs qu'est amenée à formuler, comme c'est le cas pour l'arrêt commenté, la Cour suprême; mais il faut reconnaître que sur ce dernier point les experts judiciaires ne sont souvent pas ou mal informés.

MICHEL OLIVIER

COUR DE CASSATION (CH. COM.)
24 SEPTEMBRE 2002 (4 ARRÊTS)
PRÉSIDENCE DE M. DUMAS

VALEURS MOBILIÈRES

Fonds communs de placement – Responsabilité des gérant et dépositaire des fonds – Obligation de délivrer des certificats de crédits d'impôt conformes à leur destination – Obligation de résultat – Réparation du préjudice

C'est à bon droit que la Cour d'appel a énoncé qu'aucune des dispositions législatives et réglemen-

taires applicables aux fonds communs de placement ne permettait à l'administration fiscale de rechercher la responsabilité pécuniaire du gérant de fonds et notamment par l'article 79-2 de l'annexe II du Code général des impôts, affirmation transposable aux dépositaires de fonds. Au surplus, l'administration fiscale, qui a refusé l'imputation des crédits d'impôt litigieux, n'a subi aucun dommage susceptible d'engendrer réparation à son profit sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Dès lors, celle-ci n'ayant aucune créance à l'égard des gérants et dépositaires des fonds communs de placement, la Cour d'appel en a déduit exactement que l'invocation de l'article 1251-3° du Code civil était inopérante.

Mais a violé l'article 1147 du Code civil la Cour d'appel qui a rejeté la demande d'indemnisation présentée par les sociétés, porteurs de parts, à concurrence du gain fiscal dont elles ont été privées par la remise en cause par l'administration de la valeur libératoire des crédits d'impôt qui leur avaient été transférés par les fonds communs de placement, alors que les gérants et dépositaires des fonds communs de placement étaient tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination, et étaient seuls responsables des choix et modalités de fonctionnement des fonds.

Cassation partielle

Cass. com., 24 septembre 2002 : société C.D.R.

Créances

c. société Euro R.S.C.G. France et autre (n° 1489)

Pourvoi en cassation contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{re} ch. A.) du 29 mars 2000 (Gaz. Pal., 16 mai 2000, Rec. J. p. 1014).

C9464

Et 4 arrêts du même jour dans le même sens :

Société C.D.R. Créances c. société E.L.M. Leblanc et autres (n° 1491).

Société C.D.R. Créances c. société Rhône Poulenc (n° 1492).

Société C.D.R. Créances c. société Guyomarc'h alimentaire (S.A.G.A.L.) et autres (n° 1490).

Société G.P.K. Finance et autres c. société Legrand et autres (n° 1493).

AFFAIRE DITE DES "FONDS TURBO"

Présentation orale en audience publique du sens de l'avis écrit communiqué par le ministère public

La Cour d'appel de Paris a rendu le 29 mars 2000 cinq arrêts dans le même sens dans les procédures suivantes initiées sur le fondement de la responsabilité civile contre les gérants et dépositaires des F.C.P. par les porteurs de parts bénéficiaires de crédits d'impôt remis en cause dans le cadre de redressements fiscaux par l'administration fiscale pour être non conforme à leur destination :

– S.A. Banque Colbert c. S.A. Havas Advertising ;
– S.A. Guyomarc'h Alimentaire (S.A.G.A.L.) et autres c. Société Auxiliaire de participation (S.A.P.) et autres ;

- S.A. E.L.M. Leblanc c. Georges Hervet et autres ;
- S.A. C.L.C. Bourses et autres c. S.A. Legrand et autres ;
- S.A. Rhône-Poulenc c. Société C.D.R.

Il résulte de ces arrêts que les gérants et dépositaires des F.C.P. ont été condamnés, à titre indemnitaire, au profit des porteurs de parts qui les avaient supportés :

- à la majorité fiscale de 20 % ;
- au montant des intérêts de retard versés au fisc ;
- aux intérêts au taux légal sur les sommes payées ;
- et au montant des commissions acquittées lors des souscriptions des parts, notamment au profit des sociétés Guyomarc'h et Rhône Poulenc, les demandes sur ce point des autres porteurs de parts ayant été déclarées irrecevables pour un motif de pure procédure.

Par contre la Cour d'appel a débouté les porteurs de parts de leurs demandes tendant à condamner les gérants et dépositaires des F.C.P. au remboursement du montant des redressements fiscaux résultant des transactions conclues avec l'administration fiscale.

Dix pourvois en cassation ont été formés contre ces arrêts par les gérants et dépositaires des F.C.P. concernés et par les porteurs de parts de ces mêmes fonds.

L'affaire dite des « fonds turbo » résulte de la mise en cause des modalités de fonctionnement des fonds communs de placement (F.C.P.) créés selon la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 qui leur était applicable.

Examiner le fonctionnement des F.C.P. dans cette affaire, c'est apprécier d'une part la manière dont ils ont exercé leur activité, et d'autre part, la manière dont ils ont exercé leur activité, et d'autre part, la manière dont leurs responsables (gérants et dépositaires des parts) ont exercé leur mission au service des porteurs desdites parts.

En effet, dans le contentieux tant fiscal que judiciaire relatif à cette affaire, l'appréciation du fonctionnement des F.C.P. est fondamentale et capitale :

Leur fonctionnement, selon qu'il est ou n'est pas conforme à la nature des F.C.P. et aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires qui les régissent, va entraîner des conséquences différentes au plan du contentieux fiscal ou judiciaire.

Dans ses arrêts rendus le 29 mars 2000, attaqués par les dix pourvois en cassation, la Cour d'appel a débouté les porteurs de parts de leur demande tendant à obtenir, à titre de réparation, le montant des impositions versées par eux à la suite des transactions intervenues, en se prononçant ainsi :

« ... Mais considérant que celles-ci (les sociétés porteurs de parts) n'établissent pas que, si ces fonds avaient fonctionné conformément à leur nature et dans des conditions régulières, ils auraient été aptes à leur procurer le gain fiscal prétendument manqué ; que le préjudice invoqué

du chef du paiement des droits en principal n'est donc pas caractérisé en son élément de certitude requis pour ouvrir droit à réparation... ».

La question du fonctionnement des F.C.P. « conformément à leur nature et dans des conditions régulières » est au centre des questions et des débats provoqués par l'affaire dite des « fonds turbo ».

Elle a été examinée de manière très exhaustive et a donné lieu aux avis et décisions importants du Conseil d'État d'une part et des arrêts de cassation de la chambre commerciale d'autre part. Ces antécédents jurisprudentiels propres à cette affaire, largement évoqués et invoqués dans les conclusions écrites, seront rappelés comme éléments indispensables et nécessaires pour l'appréciation par la chambre des griefs présentés à l'appui des pourvois en cassation formés à l'encontre des cinq arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris.

Une première conclusion s'impose :

Il y a des F.C.P. qui ont fonctionné conformément à leur nature, aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires qui les régissent, et dans le respect de leur obligations, et des F.C.P., dits « fonds turbo », qui ont fonctionné de manière non conforme.

Il existe dans cette affaire des éléments de référence permettant de faire cette distinction.

A – Le régime du fonctionnement régulier des F.C.P. comme instruments de gestion collective de l'épargne

Quelles sont les caractéristiques du fonctionnement des F.C.P. en conformité avec

- leur nature ;
- les règles législatives, réglementaires et statutaires qui les régissent ;
- et le respect de leurs obligations ?

Comme il a été indiqué dans les conclusions écrites pour justifier leur sens, trois séries d'observations doivent être prises en compte dans le cadre du contrôle des cinq arrêts de la Cour d'appel de Paris attaqués par les pourvois.

1 – Les F.C.P., institutions de gestion collective de l'épargne selon la loi du 13 juillet 1979 et l'instruction du 13 janvier 1983

L'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1979 dispose que « le fonds commun de placement est une copropriété de valeurs mobilières et de sommes placées à court terme ou à vue... Il n'a pas la personnalité morale ». Il s'agit d'un organisme conçu pour être un instrument de gestion collective de l'épargne.

Il est créé à l'initiative de deux personnes juridiquement et fonctionnellement distinctes : l'une, le gérant, agit pour le compte des porteurs de parts en exerçant les droits attachés aux valeurs mobilières et en représentant le fonds en justice, l'autre, le dépositaire, conserve les actifs du fonds, exécute les ordres du gérant, reçoit les souscriptions des porteurs de parts, effectue les rachats et assure tous les encaissements et paiements.

Les souscriptions, aux termes de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979 sont reçues à tout moment, de même que les rachats de parts.

La formule des F.C.P. s'analyse en un contrat entre un souscripteur qui apporte des capitaux, un gérant qui détermine la politique d'investissement et un dépositaire qui conserve les actifs et assure le contrôle de la gestion (P. Bezar – Encyclop. Dalloz, sociétés F.C.P. p. 3 n° 6).

Les actions ou obligations détenues par les F.C.P. génèrent chaque année respectivement des dividendes et des intérêts qui sont répartis, comme revenus, entre les porteurs de parts.

Avant leur mise en distribution, les revenus des titres détenus par le F.C.P. ont déjà fait l'objet d'un paiement d'impôt sur les sociétés pour les dividendes produits par les actions et d'un prélèvement à la source pour les revenus d'obligations. Cette charge fiscale est supportée par le F.C.P.

Pour éviter que les revenus attachés à chaque part et distribués aux porteurs de parts en tant que « revenus de capitaux mobiliers » ne subissent une double imposition, ces revenus sont assortis de crédits d'impôt selon les règles de « l'impôt fiscal » prévues aux articles 158 bis et 119 ter du Code général des impôts respectivement pour les dividendes d'actions et les revenus des obligations.

L'impôt fiscal est une créance sur le Trésor représentant 50 % des sommes effectivement versées par les F.C.P., au titre de l'impôt ou du prélèvement à la source, antérieurement à la distribution des revenus aux contribuables. Les certificats de crédit d'impôt établis par les F.C.P. permettent aux porteurs de parts bénéficiaires de faire valoir leurs créances auprès du Trésor.

Pour accorder aux souscripteurs, ayant droit à une répartition égalitaire des revenus acquis par le fonds au cours de l'exercice, le même montant de crédits d'impôt, l'administration fiscale a, en interprétant les articles 25 et 26 de la loi du 13 juillet 1979, prévu, dans une instruction du 13 janvier 1983, « une mesure d'assouplissement » qui permettait aux gérants et dépositaires de F.C.P. d'attribuer « aux parts supplémentaires créées entre la clôture de l'exercice et la date de mise en paiement des produits, un crédit d'impôt unitaire de même montant que celui alloué aux parts existant à la clôture de l'exercice ». Il s'agissait, comme l'a dit la Cour des comptes, d'une « mesure d'ajustement marginal » pour les F.C.P. qui détiennent des valeurs mobilières dans des conditions normales et qui accueillent des souscripteurs à tout moment, donc avant comme après la clôture de l'exercice.

2 – Le régime légal de la gestion des F.C.P. par les gérants et dépositaires

L'activité du F.C.P., et même celle de leurs gérants et dépositaires, ne relèvent pas des règles habituelles l'entreprise.

Pour mieux cerner la mission des gérants et dépositaires des F.C.P. il est utile de se reporter à l'arrêt significatif rendu par le Conseil d'État le 6 novembre 1995 (D.F. 1995 n° 51 – comm. 2365).

Cet arrêt énonce que « le gérant d'un fonds commun de placement régi par les dispositions législatives précitées ne peut être regardé comme effectuant des actes d'entremise caractéristiques d'une activité d'agent d'affaires au sens du 2° de l'article 1467 du Code général des impôts et de l'article 310 H.C. de l'annexe II à ce Code... » (Conseil d'État, 9^e et 8^e sous-sections, 6 novembre 1995, req. n° 124 441, S.A. « Épargne collective »).

Le commissaire du gouvernement avait en effet soutenu que :

– le gérant du F.C.P. n'a aucun rôle de conseil auprès des souscripteurs ;

– le gérant du F.C.P. est le gestionnaire d'une copropriété de valeurs mobilières qu'il gère librement sans contact avec les souscripteurs et son activité ne relève pas de l'entreprise ;

– les termes du mandat sont définis par la loi. Le gérant du F.C.P. n'est pas en contact avec ses mandants et ceux-ci n'interviennent ni dans la définition, ni dans l'exercice du mandat qu'ils sont censés avoir donné en apportant leurs souscriptions.

Cette décision et les observations du commissaire du gouvernement ont été particulièrement précieuses pour justifier la qualification en obligation de résultat la délivrance aux porteurs de parts de certificats de crédits d'impôt « conformes à leur destination » comme l'a décidé la Cour d'appel de Paris.

Peu important donc que cette délivrance soit « mécanique ou accessoire », ainsi que le soutiennent les gérants et dépositaires dans leurs mémoires ampliatifs.

3 – Les gérants et dépositaires, détenteurs des éléments administratifs et comptables du fonctionnement des F.C.P. et responsables individuellement ou solidairement en cas de faute de gestion

L'article R. 87-1 du livre des procédures fiscales est précis sur ce point.

Les gérants et dépositaires détiennent les documents comptables et administratifs liés au fonctionnement des F.C.P. À ce titre ils sont tenus de les mettre à la disposition de l'administration lorsque celle-ci exerce son droit de communication.

Ils sont ainsi notamment en mesure de fournir « les justifications de nature à prouver la conformité du fonctionnement du F.C.P. avec le statut législatif et réglementaire de ces organismes ».

Il faut rappeler que la Cour d'appel de Paris a relevé que les gérants et dépositaires n'avaient contesté ni les dysfonctionnements des F.C.P. relevés par l'administration et versés aux débats, ni les présomptions de faute et de lien de causalité qui résultaient de la violation de l'obligation de délivrer aux porteurs de parts des certificats de crédits d'impôt conformes à leur destination.

Enfin il faut préciser, comme élément également utile au contrôle des arrêts de la Cour d'appel, que l'article 13 de la loi du 13 juillet 1979 stipule que le gérant et le dépositaire sont responsables

individuellement ou solidairement envers les porteurs de parts, soit de leurs fautes, soit de la violation du règlement fixant notamment leurs droits et obligations, soit des infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux F.C.P.

B – Le fonctionnement des F.C.P. en "fonds turbo" pour la délivrance de crédits d'impôt non conformes à leur destination

Dans le cadre du contrôle des arrêts de la Cour d'appel de Paris soumis à la Cour de cassation il faut également prendre en compte d'autres éléments mis en évidence dans cette affaire.

Ils complètent utilement les observations précédentes relatives plus particulièrement au régime des F.C.P. et permettent d'affirmer, sans être contredit, que l'ensemble des F.C.P., concernés par les différentes procédures ayant conduit aux arrêts attaqués, a fonctionné de manière contraire à leur nature, aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires qui les régissent et en ne respectant pas leurs obligations envers les porteurs de parts.

1 – L'existence d'un "marché" de crédits d'impôt

Pour analyser et circonscrire le développement du « marché » de crédits d'impôt, facilité par la mise en œuvre de la « mesure d'assouplissement » prévue par l'instruction du 13 janvier 1983, il faut se référer aux éléments suivants.

Le commissaire du gouvernement Guillaume Goulard s'exprime, dans ses conclusions devant le Conseil d'État, en ces termes :

« La méthode, parfois dénommée achat de crédits d'impôt, consiste à acheter des titres à la veille de la mise en distribution du revenu et à les revendre le lendemain. L'investisseur, au passage, est titulaire d'un crédit d'impôt... Il ne restait donc plus qu'à inciter des investisseurs à souscrire des parts de ce fonds entre la date de clôture de l'exercice et la date de mise en distribution des revenus du fonds. Pour que les sommes en jeu soient immobilisées le moins possible, c'est dans les jours précédant la distribution que la plupart des souscriptions étaient enregistrées... ».

Ce savant juriste concluait que « les crédits d'impôt fictifs ne trouvent pas leur base légale dans la loi puisqu'ils ont été attribués aux porteurs de parts sur la base d'une instruction elle-même illégale... les certificats de crédits d'impôt émis par eux n'étaient donc ni légaux ni opposables à l'administration fiscale... » (R.J.F. 5/98).

Un exemple significatif du système est fourni par le contentieux fiscal qui a opposé, à l'occasion d'un redressement, l'administration aux sociétés Darty et Compagnie parisienne de réescompte (C.E., 26 octobre 2001 – 3^e et 8^e sous-sect. – Concl. du commissaire du gouvernement Stéphane Austray – B.D.C.F. – janvier 2002 p. 39 et s.) :

Le F.C.P. « Diversification internationale », géré par la S.A. Finance Gestion et ayant pour dépositaire la banque Duméril Leblé, avait clos son exercice le 15 juin 1986 et comptait à ce moment-là 1.766 parts. Le 13 octobre 1986 ce

F.C.P. créait massivement des parts qui ont été souscrites ce jour-là pour un nombre de 96.731 par la société Darty, 49.324 par la Compagnie parisienne d'escompte et 448.974 par plus de 40 entreprises. Le 14 octobre 1983 ce F.C.P. procédait à la distribution à tous les porteurs de parts, donc également à ceux qui avaient souscrit la veille, des produits afférents à l'exercice clos le 15 juin 1986 et assortis des crédits d'impôt correspondant comme l'y autorisait l'article 64 de l'instruction administrative. Le 15 octobre 1986 les sociétés Darty et Compagnie parisienne d'escompte cédaient la totalité des parts qu'elles avaient souscrites le 13 octobre 1986.

Cette cession leur permettait de bénéficier de crédits d'impôt respectivement pour des montants de 18,7 MF et 19,9 MF imputables sur leur impôt sur les sociétés.

En réalité cette opération de souscription et de vente de parts réalisée entre les 13 et 15 octobre 1986, même avec une moins value lors de la cession pour les souscripteurs, s'analysait en un gain fiscal considérable pour eux et en une perte aussi importante pour le Trésor public.

Le même mécanisme a été utilisé par l'ensemble des F.C.P. concernés par l'affaire dite des « fonds turbo ».

Il faut également se référer aux développements de la Cour des comptes qui dans son rapport public pour 1993 avait ainsi présenté le fonctionnement des F.C.P. comme étant non conforme aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires qui les régissent (page 24) :

« Les fonds turbo n'avaient que l'apparence d'instruments de gestion collective de l'épargne, institués par la loi du 13 juillet 1979 et régis notamment par les dispositions de l'instruction du 13 janvier 1983... ces fonds ne recueillaient et ne géraient quasiment aucune épargne ; ils étaient de simples supports juridiques et comptables créés exclusivement en vue de l'émission de crédits d'impôt fictifs, fonctionnant selon une succession artificielle de phases de « préparation » et de « dilatation »... Leur unique activité consistait à acheter en bourse des obligations la veille du paiement de leur coupon, de manière à acquérir le crédit d'impôt réel qui y était attaché, et à les revendre aussitôt après avoir perçu ce coupon. Cette phase de « préparation » des fonds durait quelques mois, durant lesquels ces fonds étaient fermés à toute souscription extérieure... Les souscripteurs « de la dernière heure » recevaient ainsi un total de crédits d'impôt fictifs pouvant atteindre deux cents fois le montant des crédits d'impôt réels acquis par le fonds pendant la phase de « préparation ». Un « fonds turbo » pouvait ainsi attribuer en quelques jours, selon les cas, entre une quarantaine et une centaine de millions de crédits d'impôt fictifs... ».

La mise en place de ce mécanisme astucieux des « fonds turbo », avait, selon les estimations faites par la Cour des comptes, causé au Trésor public un préjudice financier évalué à plus de 8 milliards de francs.

Conçus pour un objectif exclusivement fiscal, les « fonds turbo » sont des « machines » d'émission de

certificats de crédits d'impôt, les gérants et dépositaires, comme les souscripteurs tirant largement profit de ce « marché » apparent et irrégulier de gestion collective de l'épargne.

En effet les souscriptions ou rachats des parts participent d'un montage frauduleux destiné à fournir « quelque chose d'analogue à de la fausse monnaie. Pas plus que la fausse monnaie n'est remboursée par la Banque de France à celui qui la détient, même de bonne foi, des crédits d'impôt fictifs ne peuvent être admis en paiement de l'impôt lorsque les auteurs ne peuvent se prévaloir des termes d'une interprétation administrative » (cf. les conclusions du commissaire du gouvernement G. Goulard). Un rapprochement s'impose nécessairement avec les faits et actes juridiques constitutifs d'escroqueries aux crédits d'impôt réprimés selon une jurisprudence pénale établie (Cass. crim., 25 janvier 1967 Bull. crim. 1967 n° 39 p. 92 – GP 1967 – I – p. 229 note Cosson – 17 octobre 1967 Bull. crim. 1967 n° 252 p. 594 – 6 février 1969 Bull. crim. 1969 n° 65 p. 151 – J.C.P. 1969 éd. G. II n° 16116 note Guérin – 19 décembre 1973 Bull. crim. 1973 n° 480 p. 1200 – 13 mars 1995 Bull. crim. 1995 n° 100 p. 251).

2 – La question de la restitution des commissions perçues par les F.C.P. lors des souscriptions des parts

La question de la restitution à titre de réparation par les gérants et dépositaires des commissions versées par les porteurs des parts souscrites mérite quelques observations tendant, de préférence, au rejet des griefs présentés.

Elle concerne plus particulièrement la commercialisation des F.C.P. Mais en réalité les constatations et appréciations relatives aux conditions dans lesquelles ces frais ont été perçus par les gérants et dépositaires se rattachent au fonctionnement, régulier ou non, de ces organismes.

Les dépassements du pourcentage maximum du montant des commissions en violation soit de l'article 8 de l'arrêté du 28 septembre 1979 pris pour l'application de l'article 18 de la loi, soit des règlements des F.C.P. établis depuis l'article 63 de la loi du 17 juin 1987 participent de la non-conformité du fonctionnement des « fonds turbo » au regard des règles légales, réglementaires et statutaires qui régissent les F.C.P.

Le commissaire du gouvernement G. Goulard a souligné que dans les trois dossiers qui avaient été soumis au Conseil d'État, « la plupart des fonds communs de placement... percevaient de façon plus ou moins occulte des rémunérations comprises entre 50 et 80 % des montants des crédits d'impôt, pour rémunérer la masse de travail réelle qu'impliquait le montage imaginé par eux... » (R.J.F. – 5/98 – p. 385).

De même le conseiller d'état Stéphane Verclytte a souligné les conséquences du dépassement des pourcentages de commission autorisés en précisant que :

« Cette commission – dont on a vu qu'elle pouvait être versée sous forme de droits de courtage ou sous forme de moins-values réalisées sur d'autres titres –

était donc généralement très supérieure à la limite légale de 4 % du prix de souscription... » (R.J.F. 5/98, p. 375).

La Cour d'appel de Paris a condamné à juste titre les porteurs de parts et les gérants des fonds concernés à rembourser, à titre de réparation, aux sociétés du groupe Guyomarc'h et à la société Rhône Poulenc le montant des commissions versées lors des souscriptions des parts.

En ce qui concerne la société Rhône Poulenc, la Cour d'appel a énoncé notamment que le montant des commissions versées par celle-ci ont été « très largement supérieures à celles qui étaient statutairement ou réglementairement autorisées », c'est-à-dire à 4 % de la valeur liquidative de la part, cette seule constatation établissant « que les F.C.P. en cause ne peuvent être regardés comme ayant fonctionné dans des conditions conformes aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires qui leur étaient applicables », soit les articles 18 de la loi du 13 juillet 1979 et 8 de l'arrêté du 28 septembre 1979 visé dans l'arrêt.

D'ailleurs la Cour des comptes avait évalué à environ 54 % des crédits d'impôt le montant des sommes conservées à titre de commissions par les instigateurs du mécanisme des « fonds turbo ».

C – Les visas juridiques et juridictionnels à prendre nécessairement en compte pour contrôler les arrêts attaqués par les griefs présentés à l'appui des pourvois en cassation

La complexité de fait et de droit de l'affaire dite des « fonds turbo » a provoqué et donné lieu à divers avis et décisions juridictionnelles prononcés antérieurement aux cinq arrêts rendus le 29 mars 2000 par la Cour d'appel de Paris.

Ces précédents, qui ont nourri abondamment la réflexion et le sens des positions prises par le ministère public dans les conclusions écrites, doivent aussi commander utilement l'appréciation des griefs invoqués à l'appui des pourvois dans le cadre du contrôle desdits arrêts au regard des dispositions légales, réglementaires ou statutaires et des obligations qui régissent le fonctionnement des F.C.P.

1 – La référence aux avis et décisions du Conseil d'État

Il convient de rappeler que dans le cadre des actions en responsabilité civile engagées par les porteurs de parts contre les gérants et dépositaires des F.C.P., la Cour d'appel de Paris, par arrêts du 2 juillet 1997, avait soumis plusieurs questions préjudicielles au Conseil d'État qui s'est déclaré compétent pour traiter parmi elles les deux suivantes. Il s'agissait :

1 – d'apprécier le caractère « valable », au regard des dispositions réglementaires et législatives ainsi que de la doctrine administrative en vigueur à l'époque de leur établissement, des certificats de crédit d'impôt qui lui ont été délivrés, dans le cadre du montage dit des « fonds turbo » par les gérants et dépositaires de divers fonds communs de placement ;

1 – *d'apprécier la légalité de l'instruction administrative du 13 janvier 1983.*

Le Conseil d'État, dans ses avis et décisions du 8 avril 1998, se prononce en termes identiques. Il dit notamment :

« ... que les paragraphes 63 à 67 de l'instruction 4-K-I-83 du 13 janvier 1983 sont illégaux en ce qu'ils autorisent le transfert par un fonds commun de placement à ses porteurs de parts d'un montant global de crédit d'impôt supérieur au montant total de crédits d'impôt attachés aux revenus perçus par ce fonds ; que les certificats de crédit d'impôt... ne peuvent être tenus pour valablement établis au regard des règles légalement en vigueur ; que, toutefois, les paragraphes 63 à 67 de ladite instruction sont susceptibles d'être invoqués par les contribuables pour faire échec à un redressement opéré par l'administration fiscale lorsque l'ensemble des conditions posées par l'instruction, et notamment celle posée au paragraphe 100 et relative au fonctionnement normal des fonds, sont remplies... ».

(Avis et décisions du 8 avril 1998, avec les conclusions du commissaire du gouvernement, au Recueil Lebon 1998 p. 155).

Le Conseil d'État a émis un avis dans le même sens sur saisine du Tribunal administratif d'Orléans (avis n° 192539 du 8 avril 1998 – S.D.M.O.).

Il en est de même de ses décisions du 8 avril 1998 concernant la société Gras Savoye et du 26 octobre 2001 concernant la société Darty.

2 – *L'importance et la nécessaire prise en compte des arrêts rendus par la chambre commerciale le 1^{er} décembre 1998*

Il faut aussi se référer aux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1998 à la suite des pourvois formés contre les arrêts prononcés par la Cour d'appel de Paris le 16 janvier 1996 (sociétés du groupe Guyomarc'h) et le 31 janvier 1996 (société Vitogaz). La Cour de cassation a censuré ces deux arrêts qui avaient rejeté l'action en responsabilité mise en œuvre au motif qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les faits imputés aux gérants et dépositaires des F.C.P. et les redressements fiscaux infligés aux porteurs de parts. En termes identiques dans les deux arrêts la Cour de cassation décide précisément :

« Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les fonds communs de placement en cause avaient fonctionné de façon régulière au regard de l'article 100 de l'instruction susvisée (du 13 janvier 1983), en respectant leurs obligations conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires qui les régissent et si leurs souscripteurs étaient en droit en conséquence de bénéficier des dispositions fiscales dérogoratoires au droit commun, dont ce même article subordonne le bénéfice au fonctionnement régulier du fonds commun de placement, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Cass. com., 1^{er} décembre 1998 – Bull. civ. 1998 IV n° 289 p. 241 – R.J.F. 4/99 n° 418).

Le « message juridique » (cf. A. Perdriau, J.C.P.

1990. II. 21509) était clair : en cassant les arrêts pour manque de base légale la chambre commerciale, se référant directement à l'avis du Conseil d'État du 8 avril 1998, a signalé très complètement à la Cour d'appel de renvoi ce qu'elle aurait à rechercher si elle entendait rejeter ou accueillir les demandes des porteurs de parts.

S'inspirant à l'évidence de ces décisions de la Cour de cassation propres à l'affaire dite des « fonds turbo », la Cour d'appel de Paris a effectivement effectué les recherches nécessaires dans les cinq procédures dont elle était saisie comme juridiction de renvoi ou comme juridiction d'appel pour statuer comme elle a fait.

Mais il y a lieu de relever qu'il ressortait déjà explicitement ou implicitement, mais en tout cas nécessairement des arrêts de cassation pour manque de base légale rendus le 1^{er} décembre 1998 par la chambre commerciale que la conclusion des transactions entre l'administration fiscale et les porteurs de parts redressés n'excluait nullement la possibilité d'un lien de causalité entre les fautes imputés aux gérants et dépositaires des F.C.P. et le préjudice invoqué par les porteurs de parts du fait de la délivrance de certificats de crédits d'impôt non conformes à leur destination.

Cette possibilité, ainsi consacrée par cette jurisprudence, ne pouvait être concrétisée qu'en recherchant « si les fonds communs de placement en cause avaient fonctionné de façon régulière au regard de l'article 100 de l'instruction susvisée (du 13 janvier 1983), en respectant leurs obligations conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires qui les régissent... ».

La Cour d'appel de Paris a par ailleurs pris en compte les conséquences de la modification du fondement légal du contentieux fiscal lorsqu'elle énonce dans ses arrêts « que la transaction, qui n'est elle-même que la conséquence de ce manquement, n'a pas pu rompre le lien de causalité entre la faute et le préjudice... ».

En l'espèce la substitution de base légale ne permet plus, ni à l'administration, ni aux contribuables, et a fortiori à des tiers à la procédure de redressement, notamment les gérants et dépositaires des F.C.P., d'invoquer les moyens tirés de l'abus de droit.

D'ailleurs M^{me} le commissaire du gouvernement D. Kimmerlin a rappelé à juste titre que « dès lors que la substitution de base légale a pour objet de modifier le fondement légal de l'imposition, il est logique de considérer que, lorsqu'elle est demandée après la mise en recouvrement de celle-ci, les moyens relatifs à l'ancienne procédure d'imposition suivie ne peuvent être utilement invoquée » (v. C.E., 8 octobre 1986, D.F. 1987, n° 6, comm. 178, concl. P.-F. Racine, 25 septembre 1989, Groupe Tabur, D.F. 1990, n° 19, comm. 944). En effet l'administration a compétence liée pour appliquer la nouvelle base légale car elle ne peut renoncer à appliquer la loi fiscale et, à ce titre-là, elle est en droit à tout moment de justifier l'impôt sur un nouveau fondement légal.

En conséquence, même si les transactions

conclues résultent de procédures de redressement fiscal initiées par l'administration en invoquant l'abus de droit, les gérants et dépositaires des F.C.P. ne peuvent plus invoquer ce fondement pour soutenir que la Cour d'appel de Paris ne pouvait pas retenir, comme elle a fait, l'existence d'un lien de causalité entre leurs agissements et le préjudice invoqué par les porteurs de parts.

La Cour d'appel a bien tenu compte de l'avis du Conseil d'État et du « message » de la Cour de cassation. Elle a effectué la « recherche » utile à l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation du fonctionnement des F.C.P. en cause.

Mais a-t-elle été jusqu'au bout de sa logique en tirant toutes les conséquences de droit de ses propres constatations ? Dans ses conclusions écrites le ministère public a développé les raisons qui lui en font douter et énonce sa préférence pour la cassation partielle avec renvoi des arrêts attaqués par les pourvois.

La conviction est d'autant plus ferme en faveur d'une telle décision que la Cour d'appel a, comme elle était invitée à le faire, qualifié l'obligation pour le dépositaire d'un fonds commun de placement d'établir les certificats de crédits d'impôt et pour le gérant de ce fonds de les délivrer aux porteurs de parts. Il s'agit d'une obligation de résultat et cette qualification apparaît conforme aux exigences du fonctionnement d'un F.C.P. comme instrument de gestion collective de l'épargne.

En effet, il faut se référer aux précisions données sur le régime légal de l'activité des F.C.P. et de la mission de leurs gérants et dépositaires.

C'est l'idée de mandat légal donné par les porteurs de parts aux gérants et aux dépositaires des F.C.P. lors des souscriptions qui est l'élément le plus caractéristique des rapports, nécessairement contractuels, entre les parties en présence.

Il ressort ainsi des modalités propres du fonctionnement des F.C.P. que les porteurs de parts en contrepartie de leurs apports s'attendent à la délivrance de certificats de crédits d'impôt conformes à leur destination, « c'est-à-dire propre à permettre aux souscripteurs de bénéficier des dispositions fiscales relatives aux parts de F.C.P. », comme l'a énoncé la Cour d'appel.

Or, il résulte d'une jurisprudence constante que l'obligation de résultat emporte à la fois présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué par la victime et présomption de faute (v. Cass. 1^{ère} ch., 20 juin 1998 – Bull. civ. 1998 – I – n° 343 p. 237).

Il appartenait aux gérants et dépositaires de combattre les présomptions de faute et de lien de causalité avec le préjudice invoqué par les porteurs de parts ainsi que la non-conformité du fonctionnement des F.C.P. Ils avaient nécessairement à leur disposition pour le faire, contrairement aux porteurs de parts, tous les éléments concernant le fonctionnement des F.C.P. concernés. En effet l'article R. 87-1 du livre des

procédures fiscales stipule à la charge des gérants et dépositaires notamment que :

« Dans le cadre de ses obligations fiscales, le gérant doit tenir à la disposition de l'administration toutes justifications de nature à prouver la conformité du fonctionnement du fonds commun avec le statut législatif et réglementaire de ces organismes »
(1)

Il est en conséquence proposé de se conformer à l'avis développé par le ministère public dans les conclusions écrites qui ont été communiquées avant l'audience aux membres de la chambre commerciale ainsi qu'à toutes les parties en demande et en défense dans les pourvois en cassation conformément à l'article 1019 du nouveau Code de procédure civile.

Cet avis est dans le sens :

– du rejet de l'ensemble des moyens présentés par les gérants et dépositaires des F.C.P. en raison de leur caractère non fondé ;

– du rejet des moyens présentés par les sociétés porteurs de parts qui ont été déboutées par la Cour d'appel de leurs demandes accessoires tendant au remboursement, à titre de réparation, des commissions versées aux F.C.P. et de leurs actions subrogatoires contre les gérants et dépositaires ;

– de l'accueil, en vue d'une cassation partielle avec renvoi, des moyens soutenus par les sociétés porteurs de parts qui ont été déboutées du chef de leur demande principale tendant au paiement par les gérants et dépositaires, à titre de réparation, du montant des droits en principal et pénalités résultant des transactions conclues avec l'administration fiscale, soit dans les pourvois :

– J 0016407 de la S.A. E.L.M. Leblanc ;

– K 0016408 de la S.A. Légrand ;

– M 0016409 de la S.A. Havas Advertising et de la S.A. Euro R.S.C.G. France ;

– E 0016242 des sociétés du Groupe Guyomarc'h (pourvoi incident subsidiaire).

Sur ce,

La Cour :

Vu les conclusions de M. l'avocat général Lafortune, Attendu, selon l'arrêt attaqué que, par souci de simplification de la gestion des fonds communs de placement (F.C.P.), l'administration fiscale a, dans une instruction du 13 janvier 1983, autorisé ceux-ci à procéder à un réajustement de la masse des crédits d'impôt attachés aux produits perçus par le fonds au titre d'un exercice donné à raison des valeurs mobilières par lui détenues, afin de permettre, lors de la répartition desdits produits, le transfert, aux porteurs de parts du fonds, d'un crédit d'impôt unitaire de même montant pour chacune des parts de celui-ci, indépendamment de la date de leur souscription entre l'ouverture de cet exercice et la répartition des produits devant intervenir dans un délai de quatre mois à compter de la clôture du même exercice ; que cette mesure,

(1) Complétée par la loi 83-1 du 3 janvier 1983, article 23 (J.O. des 2, 3 et 4) ».

qui avait pour effet de créer des crédits d'impôt ne correspondant à aucune retenue préalable au profit du Trésor public, à concurrence de la différence entre la masse des crédits d'impôt transférée par le F.C.P. aux porteurs de parts et la masse des crédits d'impôt réellement délivrés au F.C.P. par les émetteurs des valeurs mobilières détenues au sein du fonds, a été détournée de son objectif initial, par la multiplication des souscriptions de parts dans les jours précédant la répartition des produits, dans l'unique but de créer artificiellement des crédits d'impôt supplémentaires au profit des entreprises souscriptrices, qui cédaient ces parts immédiatement après la répartition, mais étaient ainsi en mesure d'imputer les crédits d'impôt attachés aux produits qu'elles avaient perçus, sur l'impôt dont elles étaient elles-mêmes redevables ; que l'administration fiscale a décidé de mettre un terme à cette pratique et a procédé à des contrôles auprès des souscripteurs de parts de F.C.P. ayant bénéficié de crédits d'impôt pour un montant important ; que des redressements ont ainsi été notifiés, en décembre 1991, sur le fondement de la procédure de l'abus de droit, aux sociétés dites R.S.C.G. (société R.S.C.G. & associés et société Roux, Seguela, Cayzac & Goudard), qui, en 1988 et 1989, avaient souscrit, par l'intermédiaire de la Lloyds Bank, des parts de F.C.P., dont la Banque Finance plus, était dépositaire, et la société Finance plus gestion, la gérante ; qu'après la mise en recouvrement des redressements, les sociétés R.S.C.G. ont présenté une réclamation auprès de l'administration fiscale, et ont parallèlement sollicité la Banque Colbert pour être garanties des conséquences financières de ce litige ; que devant le refus de cette dernière, les sociétés R.S.C.G. l'ont assigné, en mai 1995, avec la Lloyds Bank devant le Tribunal de commerce aux mêmes fins ; que par jugement du 25 septembre 1996, le Tribunal a sursis à statuer jusqu'à ce qu'une décision intervienne sur les redressements fiscaux notifiés aux deux sociétés et contestés par elles ; que le 18 juin 1997, au cours de l'instance d'appel formé par la Banque Colbert à l'encontre de ce jugement, les sociétés R.S.C.G. ont transigé avec l'administration fiscale ; que par arrêt du 10 mars 1998, la Cour d'appel de Paris a réformé le jugement, rejeté les demandes des sociétés R.S.C.G. à l'encontre de la société Lloyds Bank, et a sursis à statuer sur les autres demandes dans l'attente de la réponse aux questions préjudicielles précédemment posées au Conseil d'État dans des affaires de même nature par des arrêts du 2 juillet 1997 ; que suite à l'avis rendu par celui-ci le 8 avril 1998, la Cour d'appel a repris l'examen des demandes sur lesquelles elle avait sursis à statuer ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° D 00-16.241, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société C.D.R. créances fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts aux sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France, alors, selon le moyen :

1 - qu'il était acquis aux débats que le « groupe »

Euro (R.S.C.G.) s'est vu dans l'impossibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires et notifier un redressement fiscal sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales en raison de l'abus de droit qu'il a reconnu dans la transaction signée avec l'administration ; que le C.D.R. faisait valoir que ce dommage se serait ainsi nécessairement produit, quel que soit le fonctionnement régulier ou non, des F.C.P. ; qu'en énonçant que l'impossibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires trouvait nécessairement sa cause dans le non-respect par les gérants et dépositaires des fonds de l'article 100 de l'instruction du 13 janvier 1983, la Cour d'appel a violé les articles 1147 et 1151 du Code civil ;

2 - que cette transaction signée entre les sociétés du « groupe » Euro (R.S.C.G.) et l'administration fiscale ont emporté renonciation des premières à contester les redressements effectués sur le fondement de l'abus de droit qui lui était reproché ; qu'en constatant l'existence de la transaction et en considérant néanmoins que le fonctionnement irrégulier des fonds communs de placement aurait privé le « groupe » Euro de la possibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles 2052 et 1147 du Code civil ;

3 - qu'à supposer que les fonds communs de placement n'aient pas régulièrement fonctionné, les gérants et dépositaires ne pouvaient être condamnés que s'il en découlait directement un préjudice certain ; qu'en l'espèce, il n'était pas certain qu'en l'absence de transaction, l'administration aurait privé les sociétés du « groupe » Euro (R.S.C.G.) du bénéfice des dispositions fiscales dérogatoires motif pris d'un fonctionnement prétendument irrégulier des fonds communs de placement ; qu'en affirmant que le fonctionnement irrégulier des fonds communs de placement était le fait générateur de l'impossibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1147 du Code civil ;

4 - qu'en intégrant dans l'indemnisation due par les gérants et dépositaires des fonds commun de placement la majoration fiscale de 20 % réglée par le « groupe » Euro (R.S.C.G.) en raison de l'abus de droit commis par ce dernier, la Cour d'appel a méconnu le principe de la personnalité des peines, violant ainsi l'article 121-1 du nouveau Code pénal, ensembles les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, et a intégré dans les dommages et intérêts un chef de dommage correspondant pas à un intérêt légitime juridiquement protégé, violant ainsi les articles 1147 et 1151 du Code civil.

Mais attendu, en premier lieu, que le préjudice invoqué par les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France trouve son origine dans le redressement qui, quel que soit son fondement, leur a été notifié par l'administration fiscale ; que la transaction, signée entre ces sociétés et l'administration, n'a eu pour effet que de mettre fin à un

contentieux sur le bien fondé de ce redressement, dont l'issue n'était pas certaine, en contrepartie d'une réduction importante du montant des sommes réclamées ; que compte tenu de l'avis et des décisions du Conseil d'État des 8 avril 1998, et 26 octobre 2001, il apparaît qu'en l'absence d'une telle transaction, et malgré la renonciation de l'administration à se prévaloir, dans cette hypothèse, de la procédure de répression des abus de droit, la contestation du redressement engagée par les sociétés R.S.C.G. n'aurait eu de chance de succès, que dans la mesure où celles-ci auraient été en droit d'opposer à un redressement, dès lors fondé sur l'article 199 ter A du Code général des impôts par substitution de base légale, les dispositions de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, ce qui n'aurait été le cas, que si, grâce aux éléments recueillis auprès des fonds communs de placement concernés, elles avaient pu combattre les affirmations de l'administration fiscale en montrant que ces fonds avaient fonctionné en respectant les conditions auxquelles l'instruction 4 k-1-83 du 13 janvier 1983 subordonnait, dans son article 100, le bénéfice de l'interprétation qu'elle donnait ; que dès lors, la Cour d'appel, qui a retenu que les fonds communs de placement en cause ne pouvaient être regardés comme ayant fonctionné dans des conditions conformes aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires qui leur étaient applicables, a pu décider que la transaction n'avait pas rompu le lien de causalité et qu'elle ne pouvait être regardée comme la cause du dommage invoqué ; qu'ainsi, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision sans méconnaître les dispositions visées par les trois premières branches du moyen ;

Attendu, en second lieu, que la Cour d'appel, uniquement saisie d'une action en responsabilité civile, et qui se devait, par conséquent d'apprécier l'existence et l'importance du dommage invoqué par les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France, consécutivement au manquement qu'elle a estimé avoir été commis par les gérants et dépositaires des fonds commun de placement auprès desquels les sociétés précitées avaient souscrit des parts, a pu considérer, sans méconnaître les dispositions visées par la quatrième branche du moyen, que le préjudice indemnisable desdites sociétés devait tenir compte de l'appauvrissement qu'elles avaient supporté à raison des pénalités fiscales par elles réglées ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.

Sur le deuxième moyen du pourvoi n° D 00-16.241, pris en ses deux branches :

Attendu que la société C.D.R. Créances fait également grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts aux sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France, alors, selon le moyen :

1 – que le gérant d'un fonds commun de placement s'engage à placer les capitaux apportés par les souscripteurs, à répartir entre ces derniers, dans le respect des règles légales, réglementaires et

statutaires, les produits des valeurs mobilières possédées en portefeuille et de leur transférer les crédits d'impôt attachés aux revenus distribués, calculés et déterminés suivant les textes fiscaux en vigueur ; que la délivrance des crédits d'impôt est une obligation accessoire et mécanique à la répartition des revenus ; qu'en considérant que les gérants et dépositaires avaient l'obligation de résultat, par la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt, de permettre au souscripteur de bénéficier des dispositions fiscales dérogatoires permettant l'imputation du crédit d'impôt, la Cour d'appel a méconnu l'objet du fonds commun de placement et l'obligation des gérant et dépositaire, violant ainsi les articles 11, 13 et 26 de la loi du 13 juillet 1979 et l'article 1147 du Code civil ;

2 – que les gérant et dépositaire d'un fonds commun de placement sont uniquement tenus de gérer les valeurs mobilières possédées en portefeuille ainsi que d'exécuter les Ordres d'achat et revente des parts des fonds communs de placement que leur adressent les souscripteurs, lesquels maîtrisent seuls la fréquence des achats et ventes, le nombre et la durée de détention des parts ; que les gérants et dépositaires des fonds communs de placement n'ont pas à apprécier l'opportunité de la politique spécifique d'investissement décidée par chaque souscripteur ; qu'en considérant que les gérant et dépositaire avaient l'obligation de résultat de permettre au souscripteur de bénéficier des dispositions fiscales dérogatoires, la Cour d'appel a méconnu l'objet du fonds commun de placement et l'obligation des gérant et dépositaire, violant ainsi les articles 11, 13, 26 de la loi du 13 juillet 1979 et l'article 1147 du Code civil.

Mais attendu, que, si les gérants et dépositaires de fonds communs de placement n'ont pas à apprécier l'opportunité de la politique spécifique d'investissement décidée par chaque souscripteur de parts de ceux-ci, le gérant d'un fonds commun de placement s'engage notamment, ainsi que le précise le moyen lui-même, à transférer aux souscripteurs les crédits d'impôt attachés aux revenus distribués, « calculés et déterminés suivant les textes fiscaux en vigueur » ; qu'en outre, comme l'a rappelé la Cour d'appel, le dépositaire, qui reçoit les souscriptions, et exécute les ordres du gérant concernant les achats et ventes de titres, ainsi que ceux relatifs à l'exercice des droits de souscription et d'attribution attachés aux valeurs comprises dans le fonds, puis qui établit les certificats de crédit d'impôt calculés par le gérant, doit, selon l'article 11 de la loi du 13 juillet 1979, s'assurer que les opérations qu'il effectue sont conformes à la législation des fonds communs de placement et aux dispositions du règlement prévu à l'article 16 ; que dès lors, c'est à bon droit, que la Cour d'appel a décidé que les gérants et dépositaires de fonds commun de placement étaient tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination, c'est-à-dire propre à permettre aux souscripteurs de bénéficier des dispositions fiscales relatives aux parts de fonds communs de

placement ; qu'ainsi le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.

Sur le troisième moyen du pourvoi n° D 00-16.241, pris en ses deux branches :

Attendu que la société C.D.R. créances fait encore grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts aux sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France, alors, selon le moyen :

1 - qu'en énonçant que les gérants et dépositaires des fonds ne rapportaient pas la preuve, qui leur incomberait, que des souscriptions ont pu intervenir à tout moment, pour en déduire que les fonds n'avaient pas régulièrement fonctionné, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve, violant ainsi l'article 1315 du Code civil ;

2 - que les gérants et dépositaires des fonds communs de placement avaient expressément opposé aux sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France qu'aucune disposition ne leur faisait obligation de recevoir des souscriptions antérieurement à la clôture de l'exercice ; qu'en considérant qu'ils ne rapportaient pas la preuve de ce que les souscriptions ont pu intervenir à tout moment, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979.

Mais attendu qu'il appartenait aux gérants et dépositaires des fonds communs de placement, tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination, de rapporter la preuve qu'ils avaient exécuté celle-ci ; que dès lors, la Cour d'appel a exactement retenu qu'ils se devaient de démontrer que les conditions auxquelles l'article 100 de l'instruction 4K-1-83 du 13 janvier 1983 subordonnait le bénéfice de la mesure d'assouplissement génératrice de la majeure partie des crédits d'impôt transférés aux porteurs de parts avaient été, par eux, respectées ; qu'ainsi, au vu des différents éléments qui lui ont été soumis, la Cour d'appel a pu estimer que les gérants et dépositaires des fonds ne rapportaient pas la preuve qui leur incombait que des souscriptions aux fonds communs de placement concernés avaient pu intervenir à tout moment ; qu'en l'état de ses énonciations et appréciations, et dès lors que même si la possibilité de souscription à tout moment consacrée par l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979, n'exclut pas des souscriptions entre la clôture de l'exercice comptable et la date de répartition des produits encaissés au cours de celui-ci, l'absence de recherche de souscriptions autres que celles des fondateurs du fonds commun de placement avant l'encaissement par celui-ci de tous les produits du portefeuille au titre d'un exercice donné, puis la multiplication de telles souscriptions entre cette date et la distribution desdits produits, est contraire à la nature même du fonds, qui suppose, lorsqu'il fonctionne normalement, une répartition au profit de tous les souscripteurs de produits résultant majoritairement de leurs investissements en capital dans le fonds au cours de l'exercice comptable,

et non une répartition de produits provenant pour l'essentiel d'une transformation artificielle de capital en revenus, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen, pris en ses deux branches n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen du pourvoi n° M 00-16.409, pris en ses trois branches :

Attendu que les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France font grief à l'arrêt d'avoir décidé que leur demande tendant à la restitution des commissions versées aux dépositaires et gérants des fonds auxquels elles ont souscrit n'était fondée sur aucun moyen de droit, alors, selon le moyen :

1 - que satisfait aux exigences de l'article 954 du nouveau Code de procédure civile et fonde en droit sa prétention, le plaideur qui, pour justifier sa demande de restitution de la rémunération versée en contrepartie d'une prestation inexécutée, invoque la méconnaissance par son cocontractant de son obligation de résultat, la résolution pour inexécution du contrat et formule une demande de restitution du prix payé ; qu'au vu de ces conclusions, la Cour d'appel a constaté que les banques Finance plus et Finance plus gestion n'avaient pas exécuté les obligations de résultat qu'elles avaient souscrites au profit des sociétés exposantes et que celles-ci ont demandé, dans leurs dernières écritures, la restitution des commissions payées aux banques, en invoquant notamment la résolution pour inexécution des contrats passés avec les banques ; qu'en estimant que cette prétention des sociétés exposantes n'était justifiée par aucun moyen de droit, la Cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 954, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

2 - qu'en tout état de cause, dès lors que le juge constate qu'a été méconnue l'obligation de résultat mise à la charge des banques de délivrer des certificats de crédit d'impôt exempts de vice et emportant valeur libératoire, il lui appartient de tirer les conséquences de l'inexécution qu'il constate ; que dès lors que la Cour a relevé la méconnaissance par les banques de leur obligation de délivrer des certificats conformes à leur destination, il lui appartenait d'en tirer les conséquences notamment quant à la résolution de la convention qui emporte l'obligation de restituer le prix payé ; qu'en refusant cependant de prononcer la restitution des sommes versées en contrepartie de l'engagement non tenu, le juge n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en violation de l'article 1184 du Code civil ;

3 - que dans leurs conclusions récapitulatives, les souscripteurs de parts faisaient valoir que les substantielles commissions versées à titre de droit d'entrée et de sortie des fonds constituaient la contrepartie de l'engagement des banques résultant des simulations chiffrées faisant apparaître les montants et les dates d'imputation des crédits d'impôt annoncés sans aucune réserve comme éléments de rentabilité de chaque opération de trésorerie proposée et que les banques sont tenues

d'une obligation de résultat quant à l'existence, au montant et par suite à la valeur libératoire des crédits d'impôt qu'elles déterminent et certifient ; qu'en considérant qu'il est constant que la cause du paiement serait l'obtention des crédits d'impôt, quels que fussent les redressements fiscaux intervenus par la suite, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si les commissions n'avaient pas pour cause les montants et les dates d'imputation des crédits d'impôt annoncés sans aucune réserve comme élément de rentabilité de chaque opération, au moment de la souscription des parts, la Cour a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 1131 du Code civil.

Mais attendu, en premier lieu, que la Cour d'appel, qui a rappelé la teneur de la prétention subsidiaire des sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France concernant les commissions versées, et le motif invoqué au soutien de celle-ci, sans que cet énoncé soit critiqué par un grief de dénaturation, a fait l'exacte application de l'article 954 du nouveau Code de procédure civile, en retenant que ces conclusions ne formulaient expressément aucun moyen de droit propre à justifier cette prétention et qu'elle ne pouvait ni suppléer la carence des parties dans l'exposé de leurs moyens, ni rechercher dans leurs précédentes écritures ceux qu'elles avaient éventuellement présentés ou invoqués ;

Attendu, en second lieu, que la Cour d'appel a ajouté qu'en admettant qu'elle doive y voir l'allégation d'un défaut de cause au versement des commissions, il y avait lieu de relever que l'existence de la cause des obligations que comporte un contrat synallagmatique doit s'apprécier au moment de la formation de celui-ci, et qu'en l'espèce, la cause du paiement des commissions était, au moment où se sont formés les contrats, l'achat ou la vente de parts de fonds communs de placement, dont la gestion devait permettre l'obtention des crédits d'impôt, et ce quels que fussent les redressements fiscaux intervenus par la suite ; qu'ainsi, la Cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a, à bon droit, décidé que la demande formée aux fins de résolution ou de nullité des conventions passées entre les parties ne pouvait, dans ces conditions, qu'être rejetée ;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est fondé en aucune de ses trois branches.

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° M 00-16.409, pris en ses deux branches :

Attendu que les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France font aussi grief à l'arrêt d'avoir fixé au jour du prononcé de l'arrêt le point de départ des intérêts dus sur les sommes de 1.168.340 F et de 810.971 F que la société C.D.R. créances a été condamnée à leur payer respectivement, alors, selon le moyen :

1 – que dans leurs conclusions récapitulatives signifiées le 14 décembre 1999, elles avaient indiqué que le point de départ des intérêts afférents aux sommes dues par le C.D.R. créances devait

être fixé au 14 février 1995, date à laquelle elles avaient réglé ces sommes à l'administration fiscale ; que le C.D.R. créances n'a pas contesté le point de départ ainsi invoqué ; qu'en fixant le point de départ de ces intérêts à une date différente de celle figurant dans les conclusions des exposantes et non contestée par le C.D.R. créances, la Cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

2 – que les intérêts résultant du retard dans le paiement d'une somme, même indemnitaire, dont le montant est déterminé sans l'intervention du juge, courent du jour de la sommation de payer ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a condamné les banques à leur rembourser certaines sommes réglées à l'administration fiscale, dont l'évaluation ne nécessitait pas l'intervention de juge puisqu'elles préexistaient à sa décision ; qu'en fixant néanmoins à la date de sa décision le point de départ de ces intérêts, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 1153 du Code civil et par fausse application, l'article 1153-1 du même Code.

Mais attendu que la Cour d'appel, saisie d'une action en responsabilité civile, et qui se devait, par conséquent, d'apprécier l'existence et l'importance du dommage invoqué par les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France avant de pouvoir fixer le montant des dommages et intérêts pouvant leur être alloué, a, à bon droit, décidé, sans méconnaître les dispositions visées par le moyen, que les sommes ainsi déterminées porteraient intérêts au taux légal à compter de sa décision ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.

Et sur le quatrième moyen du pourvoi n° M 00-16.409, pris en ses deux branches :

Attendu que les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France font encore grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur action en responsabilité exercée sur le fondement de la subrogation des porteurs de parts dans les droits du Trésor public, alors, selon le moyen :

1 – qu'en certifiant le montant des crédits d'impôt censés représenter l'impôt déjà versé au Trésor et destinés à être imputés par le porteur de parts du fonds commun de placement, le gérant et le dépositaire de ce fonds engagent leur responsabilité tant à l'égard des porteurs de parts qu'envers l'administration fiscale à raison des recettes dont celle-ci est privée par l'imputation des crédits d'impôt certifiés ; qu'à supposer que cette responsabilité pécuniaire ne résulte pas « automatiquement » et de plein droit de la certification de crédits d'impôt fictifs, elle découle des fautes constatées par la Cour comme exclusivement imputables aux gérants et dépositaires des fonds communs litigieux ; qu'en l'espèce, pour les débouter de leur action à l'encontre des banques, fondée sur la subrogation des porteurs de parts dans les droits du Trésor public, la Cour d'appel a énoncé que les gérants et dépositaires de fonds commun de placement n'étaient pas susceptibles

d'engager leur responsabilité envers l'administration fiscale ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles 13 et 26-II de la loi du 13 juillet 1979 et 1382 du Code civil et par fausse application, l'article 79-2 de l'annexe II du Code général des impôts ;

2 – que le débiteur qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré, envers leur créancier commun, celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette ; que le porteur de parts d'un fonds commun de placement qui paie des impôts correspondant au montant des crédits d'impôt certifiés à tort par un fonds commun de placement et qui se sont avérés inopposables au Trésor public, éteint, par là-même, la dette de responsabilité des gérant et dépositaire dudit fonds commun de placement envers l'administration fiscale, sur lesquels doit peser la charge définitive de la dette, et se trouve, de ce seul fait, subrogé dans les droits du Trésor public, créancier commun du porteur de parts et des gérant et dépositaire du fonds commun de placement ; qu'en l'espèce, pour débouter les porteurs de parts de leur action fondée sur la subrogation dans les droits du Trésor public, créancier commun du porteur de parts et des gérant et dépositaire du fonds commun de placement ; qu'en l'espèce, pour débouter les porteurs de parts de leur action fondée sur la subrogation dans les droits du Trésor public, la Cour d'appel a énoncé que les gérants et dépositaires des fonds communs de placement n'étaient pas personnellement tenus au paiement de la dette d'impôt des porteurs de parts ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé l'article 1251-3° du Code civil.

Mais attendu que c'est à bon droit, que la Cour d'appel a énoncé qu'aucune des dispositions législatives et réglementaires applicables aux fonds communs de placement ne permettait à l'administration fiscale de rechercher la responsabilité pécuniaire du gérant de fonds et notamment pas l'article 79-2 de l'annexe II du Code général des impôts, affirmation transposable aux dépositaires de fonds ; qu'au surplus, l'administration fiscale, qui a refusé l'imputation des crédits d'impôt litigieux, n'a subi aucun dommage susceptible d'engendrer réparation à son profit sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; que dès lors, celle-ci n'ayant aucune créance à l'égard des gérants et dépositaires des fonds communs de placement, la Cour d'appel en a déduit exactement que l'invocation de l'article 1251-3° du Code civil était inopérante ; qu'il s'ensuit que le moyen, non fondé en sa première branche, ne peut être accueilli en sa seconde branche.

Mais, sur la première branche du premier moyen du pourvoi n° M 00-16.409 :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande d'indemnisation présentée par les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France à concurrence du gain fiscal dont elles ont été privées par la remise en cause par l'administration de la valeur

libératoire des crédits d'impôt qui leur avaient été transférés par les fonds communs de placement, la Cour d'appel a considéré que celles-ci, qui stigmatisaient dans leurs écritures le caractère irrégulier de la gestion de ces fonds en ce qu'elle avait un objectif exclusivement fiscal, n'établissaient pas que s'ils avaient fonctionné conformément à leur nature et dans des conditions régulières, ils auraient été aptes à leur procurer le gain fiscal prétendument manqué, et que dès lors, le préjudice invoqué du chef du paiement du redressement en principal consécutif au refus d'imputation desdits crédits d'impôt n'était pas caractérisé en son élément de certitude requis pour ouvrir droit à réparation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les gérants et dépositaires des fonds commun de placement étaient tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination, et étaient seuls responsables des choix et modalités de fonctionnement des fonds, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs,

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du premier moyen, ni sur le deuxième moyen, pris en ses deux branches, du pourvoi n° M 00-16.409 : casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté les sociétés Havas advertising et Euro R.S.C.G. France de leurs prétentions, relatives à l'indemnisation du préjudice qu'elles invoquaient du chef du paiement des droits en principal, l'arrêt rendu le 29 mars 2000, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Versailles ; laisse à chaque partie la charge de ses dépens.

M^{me} Gueguen, cons. réf. rapp. ; M. Lafortune, av. gén. – S.C.P. Baradue et Duhamel, S.C.P. Defrenois et Levis, av.

NOTE ■ V. les conclusions orales de M. l'avocat général Lafortune publiées, ci-dessus.

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE (10^E CH. CIV.)

10 OCTOBRE 2001

PRÉSIDENTIE DE M. NAL

RESPONSABILITÉ CIVILE

Responsabilité contractuelle – Loueur professionnel d'engins de loisirs à propulsion mécanique – Obligation de résultat

Le loueur professionnel d'engins de loisir à propulsion mécanique est contractuellement tenu d'une obligation de sécurité à l'égard de sa clientèle usagère.

Ladite obligation s'applique d'abord à l'information de celle-ci, ensuite à l'utilisation de l'engin.