

Fonds turbo : l'avis écrit du ministère public

(Cass. com., 24 septembre 2002)

L'avis écrit communiqué par l'avocat général à la Cour de cassation

Valeurs mobilières. Fonds commun de placement (F.C.P.). Avantages fiscaux. Article 100 de l'instruction administrative du 13 janvier 1983. Obligation de résultat. Responsabilité civile des gérants et dépositaires des F.C.P.

LES CONCLUSIONS

M. Maurice-Antoine Lafortune, avocat général à la Cour de cassation

I. Les fonds communs de placement, les personnes et les faits concernés en l'espèce

La chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation est saisie des pourvois formés contre cinq arrêts rendus le 29 mars 2000 dans le même sens par la Cour d'appel de Paris dans les procédures dites des « fonds turbo » introduites ici sous l'angle des actions en responsabilité civile engagées par les porteurs de parts contre les gérants et dépositaires des fonds communs de placement (F.C.P.). Elles concernent les faits et les personnes suivants.

Les F.C.P., dénommés Lisbonne 6 et Madrid 5, avaient pour dépositaire la banque Finance Plus, à l'époque filiale à 30 % de la Lloyds Bank, et pour gérant la société Finance Plus Gestion, filiale du dépositaire. Après fusion ou liquidation se sont succédé aux droits du dépositaire et du gérant, la banque Colbert, puis la C.D.R. Créances à cette dernière.

La société R.S.C.G. et associés et la société Roux, Seguela, Cayzac et Goudard, aux droits desquelles viennent respectivement la S.A. Havas Advertising et la S.A. Euro R.S.C.G. France, ont souscrit 110.000.000 de francs de parts de ces F.C.P. et ont obtenu 8,3 millions de francs de certificats de crédits d'impôts qu'elles ont imputés sur l'impôt sur les sociétés dû au titre des exercices 1988 et 1989 à hauteur de 4,8 millions de francs.

Le 13 décembre 1991 l'administration fiscale a notifié à ces deux sociétés porteurs de parts des redressements fiscaux sur le fondement de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales (ci-après L.P.F.) en contestant notamment les crédits d'impôts ainsi obtenus.

Ces redressements, confirmés les 28 et 29 avril 1992 après les contestations des sociétés, ont été mis en recouvrement le 31 décembre 1992.

Ces sociétés ont finalement conclu, le 18 juin 1997, deux transactions avec l'administration fiscale réduisant ainsi de manière importante le montant des impositions et les pénalités (pourvois D. 00-16.241 de la C.D.R. Créances et M. 00-16.409 de Havas Adversiting contre l'arrêt du 29 mars 2000, R.G. 1998/13509).

Les parts des F.C.P. Danae 3, Danae 11 et Bugatti dont la société de bourse G.P.K., devenue C.L.C. Bourse, était dépositaire et la société Gestion Patrimoniale et Financière (G.P.F.), devenue G.P.K. Finance, la gérante, ont été souscrites en 1987 et 1988 par quatre sociétés du groupe Guyomarc'h, par l'intermédiaire des sociétés C.B.O.T. et S.A.P. qui ont reçu sous forme de commissions une rémunération totale d'un montant respectif de 13.429.325,90 F et de 15.999.436,51 F en vertu de contrats dits de « compte conseil ».

Le groupe Guyomarc'h a pu ainsi obtenir près de 64 millions de francs de certificats de crédits d'impôt qui ont été imputés sur l'impôt sur les sociétés dû au titre des exercices 1987 et 1988.

En 1990 et 1991, l'administration fiscale, refusant ces imputations de crédits d'impôts, a notifié des redressements fiscaux aux sociétés porteurs de parts sur le fondement de l'article L. 64 du L.P.F.

Elles ont en définitive transigé avec l'administration fiscale fin 1991 sur le montant des impositions et les pénalités (pourvoi E. 00-16.242 de F.P.K. Finance et de C.L.C. Bourse contre l'arrêt du 29 mars 2000, R.G. 1998/25390).

Des parts :

_ du F.C.P. Massena Gestion long terme 2, dont le dépositaire était la société Financière La Défense et la gérante, sa filiale, la société La Défense Gestion,

_ du F.C.P. M.B.A. 8 et M.B.A. 4, dont le dépositaire était la B.M.A. et, la gérante, M.B.A. Gestion,

_ du F.C.P. Colbert-Investissement 4, dont le dépositaire était la Financière Colbert et la gérante, la société Gestion Colbert,

ont été souscrites, certaines par l'intermédiaire de la société de bourse Wargny sur les conseils de la société Cagefi, pour un montant total de 342.800.000 F par la société E.L.M. Leblanc.

Grâce à ces souscriptions, cette société a obtenu 23,2 millions de francs de certificats de crédits d'impôt qui ont été imputés sur l'impôt sur les sociétés dû au titre de l'exercice 1989.

Le 18 décembre 1982, l'administration fiscale, sur le fondement de l'article L. 64 du L.P.F., a notifié à la société E.L.M. Leblanc des redressements fiscaux qui se sont conclus en juillet 1997 par une transaction réduisant le montant des impositions et des pénalités dues au Trésor public (pourvois D. 01-66.243 de la C.D.R. Créances venant aux droits de la banque Colbert et des sociétés Colbert et Gestion Colbert et J. 00-16.407 de E.L.M. Leblanc contre l'arrêt du 29 mars 2000, R.G. 1998/10603).

Des parts de différents F.C.P. Colbert, dont le dépositaire était la Financière Colbert, aux droits de laquelle vient la C.D.R. Créances, ont été souscrites par la société Rhône Poulenc en fin 1998 et début 1989 puis revendues dès l'encaissement des revenus y afférents auxquels étaient attachés des crédits d'impôt.

Cette société a bénéficié ainsi de 282.071.000 F de crédits d'impôt qui ont été imputés sur l'impôt sur les sociétés de l'exercice 1989 à hauteur de 173.200.000 F.

Le 21 décembre 1992, l'administration fiscale lui a notifié un redressement sur le fondement de l'article L. 64 du L.P.F en refusant notamment l'imputation des crédits d'impôt. Un accord transactionnel sur le montant des impositions et les pénalités est intervenu le 7 février 1994 entre l'administration fiscale et la société Rhône-Poulenc (pourvoi H. 00-16.244 de la C.D.R. Créances contre l'arrêt du 29 mars 2000, R.G. 1998/26306).

Des parts des F.C.P. suivants :

_ F.C.P. Arc II, Hibiscus 1987, Arci I, Hibiscus 1998 dont le dépositaire était la banque Argil et la gérante, Argil Gestion,

_ F.C.P. Delta 1 et Delta 18, dont le dépositaire était la banque Delta Banque devenue banque d'Orsay et la gérante, Delta Gestion devenue Orsay Gestion,

_ F.C.P. Interextra 1 et Interextra 2, dont le dépositaire était la banque Saga et la gérante Delta Gestion,

_ F.C.P. B.M.A. 3, dont le dépositaire était la Banque de Marchés et d'Arbitrage (B.M.A.) et la gérante B.M.A. Gestion,

_ F.C.P. S.L. Revenu et Sécurité 3 dont le dépositaire était la banque Shearson Lehman Hutton et la gérante, Shearson Lehman Hutton Gestion,

_ F.C.P. Danae 3, dont la société de bourse G.P.K., devenue C.L.C. Bourse et la gérante, G.P.K. Finance,

ont été souscrites en juillet 1987 et novembre 1988 par la société Legrand et trois de ses filiales pour plus de 750.000.000 de francs.

Le groupe Legrand a obtenu, à la suite de ces souscriptions, 54,2 millions de francs de certificats de crédits d'impôt qui ont été imputés sur l'impôt sur les sociétés dû au titre des exercices 1987 et 1988 respectivement à hauteur de 7,7 millions et 23,7 millions de francs.

En décembre 1990, mai et décembre 1991, l'administration fiscale a notifié aux sociétés de ce groupe des redressements sur le fondement de l'article L. 64 du L.P.F. en refusant notamment ces imputations.

Les 5 juin et 4 juillet 1997 les sociétés du groupe Legrand ont conclu deux transactions avec l'administration fiscale réduisant le montant des impositions et des pénalités dues (pourvois G. 00-16-245 de la C.D.R. Créances venant aux droits des sociétés G.P.K. Finances et C.L.C. Bourse, K. 00-16.408 des sociétés du groupe Legrand, K. 00-17.443 de la banque Lehman Brothers, A. 00-17.503 de la banque d'Orsay et de Orsay Gestion contre l'arrêt du 29 mars 2000, R.G. 1998/13161).

II. Le contexte et les causes de l'action indemnitaire des porteurs de parts contre les gérants et dépositaires des fonds communs de placement

Pour les faits et la période concernés par les procédures dont la chambre commerciale est saisie, les F.C.P. sont régis par la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979, aujourd'hui remplacée par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (O.P.C.V.M.).

A. Le régime des F.C.P. conçus comme instruments de gestion collective de l'épargne

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 (article 10), 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 (article 11).

Le F.C.P. accroît le montant de ses actifs par les souscriptions de parts constitutives d'apports de capitaux nouveaux ou diminue le nombre de parts du fait des rachats de parts antérieurement souscrits. 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. Comme l'indique à juste titre le commissaire du gouvernement Guillaume Goulard, « les porteurs de parts peuvent donc avoir détenu leurs parts d'un fonds commun de placement pendant des durées très variables, ce qui complique notablement la répartition des revenus du fonds... » (R.J.F. 5/1998, p. 378 et s.).

La formule des F.C.P. s'analyse en un contrat entre un souscripteur qu'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. Bézard, 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. Les sommes mises en distribution comprennent, selon l'article 21 de la loi, non seulement « la totalité des produits courants, intérêts, arrérages, dividendes et produits des sommes momentanément disponibles, diminuée des frais de gestion », mais également « du solde du compte de régularisation des revenus afférents à l'exercice clos ».

L'article 7 de la loi a prévu que « les souscriptions sont reçues et les achats effectués à la prochaine valeur liquidative... déterminée au moins le premier et le troisième vendredi de chaque mois et publiée le premier jour ouvrable qui suit sa détermination... ». Il en résulte que le montant de la souscription comprend aussi les revenus déjà produits par chaque part et permet ainsi au nouveau détenteur d'être à égalité avec les autres porteurs de parts au moment de leur répartition en fin d'exercice.

Selon l'article 16 de la loi, « les produits des actifs compris dans un fonds commun de placement sont mis en distribution entre les porteurs de parts dans les quatre mois suivant la clôture de chaque exercice... La répartition se fait au prorata des droits des porteurs de parts dans le fonds... ».

Mais du fait que l'article 26 de la loi du 13 juillet 1979 stipule que « les sommes ou valeurs réparties au titre de chaque année par un fonds constituent des revenus de capitaux mobiliers perçus par les porteurs de parts à la date de cette répartition », le nouveau souscripteur est soumis, sur les revenus incorporés à la valeur des parts qu'il détient, à une imposition sur le montant des sommes qu'il a apportées avant même d'avoir perçu ces revenus, c'est-à-dire sur un revenu qui ne peut être que fictif.

Par ailleurs, 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 » (article 26 susvisé) ne subissent une double imposition, ces revenus sont assortis de crédits d'impôt selon les règles de « l'avoir 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'avoir fiscal est une créance sur le Trésor représentant 50 % des sommes effectivement versées antérieurement, au titre de l'impôt ou du prélèvement à la source, à la distribution des revenus aux contribuables. Il trouve sa justification dans l'impôt ou le prélèvement à la source déjà acquitté au profit du Trésor et permet de compenser l'imposition ou le prélèvement initialement subi sur les revenus générés par les titres. Les certificats de crédit d'impôt établis par la personne ou l'institution émettrice permettent aux contribuables bénéficiaires de faire valoir leurs créances auprès du Trésor.

Pour accorder aux souscripteurs d'un F.C.P., bénéficiaires, comme il a été ci-dessus rappelé, d'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, comme celle applicable aux S.I.C.A.V., 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 » (article 63 de l'instruction). 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.

Cette « mesure d'assouplissement » aboutissait à autoriser les responsables des F.C.P. à délivrer des certificats de crédits d'impôt qui ne correspondaient à aucun impôt sur les sociétés ou prélèvement à la source déjà acquitté par les F.C.P. au profit du Trésor public. Autrement dit, ces crédits d'impôts qui étaient destinés à compenser les revenus fictifs visés ci-dessus, ne pouvaient être, eux aussi, que fictifs car plus le nombre de porteurs de parts arrivés en cours d'exercice était important, plus le montant des crédits d'impôt fictifs était en augmentation.

B. Le développement d'un « marché » de crédits d'impôt facilité par la mise en oeuvre de la « mesure d'assouplissement » prévue par l'instruction du 13 janvier 1983

Il suffit de se référer aux développements pertinents sur ce point du commissaire du gouvernement Guillaume Goulard :

« 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. Ainsi l'investisseur achète le titre à un cours qui prend en compte l'imminence de la distribution, perçoit les sommes distribuées puis revend immédiatement le titre à un cours qui a baissé à la suite de la distribution. La moins-value réalisée sur le titre compense ainsi le revenu qui a été perçu. L'opération n'est pas pour autant blanche pour l'investisseur. Car au passage il est titulaire d'un crédit d'impôt. Ce type d'opérations est relativement courant, du fait que les crédits d'impôts ne sont pas remboursés aux personnes morales de telle sorte que les personnes non imposables ont intérêt à les vendre, tandis que les personnes imposables ont au contraire intérêt à les acheter. Le vendeur, comme l'acquéreur du crédit d'impôt en retirent donc un avantage, dont ils n'ont à négocier que la répartition entre eux... 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, qui selon l'article 21 de la loi du 13 juillet 1979 doit intervenir dans les quatre mois qui suivent la clôture. 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'impôts 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'impôts émis par eux n'étaient donc ni légaux ni opposables à l'administration fiscale. Il s'agissait bien de quelque chose d'analogue à de la fausse monnaie... » (R.J.F. 5/1998).

Ce mécanisme des « fonds turbo » résultait donc littéralement des dispositions de l'instruction administrative du 13 janvier 1983. Un exemple significatif du système est

fourni par le contentieux fiscal qui a opposé, dans le cadre d'une contestation de l'imputation des crédits d'impôt, 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 Austry, 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'impôts 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 occasionnait certes une moins-value pour ces sociétés en raison du montant des produits distribués. Mais elle 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.

Ainsi 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.

Il n'en reste pas moins que le mécanisme astucieux des « fonds turbo », qui, selon les estimations faites par la Cour des comptes, avait causé au Trésor public un préjudice financier évalué à plus de 8 milliards de francs, résultait de la mise en oeuvre de la doctrine administrative exprimée dans l'instruction administrative du 13 janvier 1983.

L'administration a alors remis en cause l'imputation des crédits d'impôts en invoquant l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales qui régit la procédure de répression des abus de droit pour soutenir que les gérants, dépositaires et porteurs des parts des F.C.P. avaient outrepassé la portée de l'instruction administrative en effectuant des opérations successives de souscriptions de parts, de délivrance de certificats de crédit d'impôt et de revente immédiate des parts souscrites dans un but exclusivement fiscal et contraire aux dispositions de la loi du 13 juillet 1979.

Le Conseil d'État, dans ses avis et décisions d'assemblée du 8 avril 1998 société de distribution et de chaleur de Meudon et Orléans (C.D.M.O.) et société Gras Savoye (R.J.F. 5-

1998, n° 563, avec concl. G. Goulard, p. 378, n° 593 et chr. S. Verclytte, p. 359), n'a pas admis cette référence, en l'espèce à l'abus de droit. Il a décidé que « dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas appliqué les conditions mêmes de la loi fiscale mais a seulement entendu se conformer à l'interprétation contraire à celle-ci qu'en avait donnée l'administration dans une instruction ou une circulaire, l'administration ne peut faire échec à la garantie que le contribuable tient de l'article L. 80-A du Livre des procédures fiscales et recourir à la procédure de répression des abus de droit en se fondant sur ce que ce contribuable, tout en se conformant aux termes mêmes de cette instruction ou circulaire, aurait outrepassé la portée que l'administration entendait en réalité conférer aux dérogations aux dispositions de la loi fiscale que l'instruction ou la circulaire autorisait ».

En revanche, le Conseil d'État a en même temps indiqué que l'administration pouvait justifier les redressements en démontrant que les porteurs de parts ne rentraient pas dans les prévisions de l'instruction administrative. En effet, après avoir décidé que le paragraphe 63 de l'instruction administrative était illégal, la Haute assemblée a rappelé que l'article L. 80-A permettait aux porteurs de parts concernés par les redressements d'opposer à l'administration son instruction qui a « le caractère d'une interprétation formelle de la loi fiscale et n'avait pas été rapportée à la date des opérations en cause », mais dans la mesure seulement où « l'ensemble des conditions, et notamment celle posée au paragraphe 100 et relative au fonctionnement normal des fonds, sont remplies ». Cet article 100 stipulait en effet que « l'application aux fonds communs de placement et à leurs services des dispositions dérogatoires au droit commun dont ils peuvent bénéficier sur le plan fiscal... est subordonnée à la condition que ces organismes fonctionnent conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires qui les régissent et qu'ils respectent leurs obligations ».

L'administration a en conséquence procédé à une substitution de base légale en fondant les redressements visant les porteurs de parts, non plus sur l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales relatif à la procédure de répression des abus de droit, mais sur l'article 199 ter A du Code général des impôts concernant le bénéfice de crédits d'impôt pour les porteurs de parts des F.C.P. (article 26 codifié de la loi du 13 juillet 1979).

De même, s'inspirant directement de cette substitution de base légale, les arrêts du 1^{er} décembre 1998 de la chambre commerciale de la Cour de cassation ont censuré la Cour d'appel qui n'avait pas recherché si les F.C.P. en cause ont fonctionné de façon régulière au regard des dispositions du paragraphe 100 de l'instruction administrative en respectant les obligations légales, réglementaires ou statutaires les régissant et si les souscripteurs étaient en droit en conséquence de bénéficier de dispositions fiscales dérogatoires au droit commun

(Cass. com., 1^{er} décembre 1998, Guyomarc'h alimentaire, R.J.F. 4/1999, n° 418, Bull. civ. IV, n° 289, p. 241).

Les souscriptions de parts entraînaient pour les investisseurs le versement de commissions au profit des F.C.P. Celles-ci étaient autorisées à hauteur de 4 % de la valeur liquidative des parts conformément à l'article 8 de l'arrêté du 28 septembre 1979 pris en application de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1979. Mais le commissaire du gouvernement Guillaume Goulard avait précisé que la plupart des F.C.P. en cause avaient perçu, de façon plus ou moins occulte, des commissions comprises entre 50 et 80 % du montant des crédits d'impôts délivrés. La Cour des comptes avait évalué à environ 54 % des crédits d'impôts le montant des sommes conservées à titre de commissions par les instigateurs du mécanisme des « fonds turbo ».

Le respect ou non du régime des commissions perçues par les F.C.P. concernés constitue aussi, dans le cadre du contentieux fiscal ou civil, un élément d'appréciation de la conformité ou de l'irrégularité du fonctionnement de ces fonds.

C'est dans ce contexte et à la lumière des principes énoncés par le Conseil d'État que le juge judiciaire s'est prononcé sur les responsabilités encourues par les gérants et dépositaires à la suite du préjudice subi par les porteurs de parts en raison de la perte du gain fiscal résultant de la remise en cause par l'administration des certificats de crédits d'impôt par des procédures de redressement clôturées par des transactions.

III. Les bases institutionnelles et contractuelles et les conditions du fonctionnement des F.C.P. prises comme éléments d'appréciation par la Cour d'appel de Paris pour statuer dans le cadre de l'action indemnitaire des porteurs de parts

Les sociétés suivantes : S.A. Euro R.S.C.G., venant aux droits de la S.A. Euro R.S.C.G. France ; S.A. Havas Advertising ; groupe Guyomarc'h (4 sociétés) ; S.A. E.L.M. Leblanc ; S.A. Rhône-Poulenc, actuellement Aventis ; S.A. Legrand et ses trois filiales,

ont agi, en qualité de porteurs de parts, en responsabilité civile contre les banques ou établissements financiers lesquels étaient gérants ou dépositaires des F.C.P. concernés.

Devant les juges du fond elles ont reproché à ceux-ci de leur avoir délivré des certificats d'impôts qui, étant non conformes à leur destination, ont provoqué la notification et, de leur part, le paiement de rehaussements d'impositions antérieures dans le cadre de procédures de redressements fiscaux.

Certaines procédures dirigées par les porteurs de parts à l'encontre des organismes dépositaires et gérants des F.C.P. ont déjà donné lieu 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 oeuvre 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 dérogatoires 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 ».

Il convient également 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, considérant que les autres, relatives aux obligations auxquelles seraient éventuellement tenus les gérants et dépositaires de F.C.P. mis en cause, relevaient de l'appréciation des juges du fond compétents. 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 ;

2. d'apprécier la légalité de l'instruction administrative du 13 janvier 1983 et la possibilité d'en invoquer les dispositions sur le fondement de l'article L. 80-A du Livre des procédures fiscales ainsi que d'interpréter cette instruction qui, d'une part, dispose en son paragraphe 58 que le fonds ne peut transférer à ses membres plus de droit à imputation qu'il n'en aurait eu lui-même s'il était personnellement assujéti à l'impôt et, d'autre part, comporte en son paragraphe 63 une « mesure d'assouplissement ».

Ainsi la Haute assemblée a répondu dans ces termes identiques aux visés de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979, du Code général des impôts, du Livre des procédures fiscales, de

l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 : «... il est déclaré 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 des crédits d'impôt attachés aux revenus perçus par ce fonds ; que les certificats de crédit d'impôt établis par le dépositaire d'un fonds commun de placement et délivrés aux porteurs de parts par le gérant de ce fonds dans des conditions telles que le montant global des crédits d'impôt certifiés excède le montant total des crédits d'impôt reçus par le fonds 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 dont une publication, 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.) en précisant notamment : «... Dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas appliqué les dispositions mêmes de la loi fiscale mais a seulement entendu se conformer à l'interprétation contraire à celle-ci qu'en avait donnée l'administration dans une instruction ou une circulaire, l'administration ne peut faire échec à la garantie que le contribuable tient de l'article L. 80-A du Livre des procédures fiscales et recourir à la procédure de répression des abus de droit en se fondant sur ce que ce contribuable, tout en se conformant aux termes mêmes de cette instruction ou circulaire, aurait outrepassé la portée que l'administration entendait en réalité conférer à la dérogation aux dispositions de la loi fiscale que l'instruction ou la circulaire autorisait. Elle peut seulement, le cas échéant, contester que le contribuable remplissait les conditions auxquelles l'instruction ou la circulaire subordonne le bénéfice de l'interprétation qu'elle donne... ».

Il résulte de ce rappel des décisions de la Cour de cassation et des avis du Conseil d'État que le bénéfice des avantages fiscaux dérogatoires du droit commun est subordonné « au fonctionnement régulier du fond commun de placement ».

La Cour d'appel de Paris (1^{re} chambre A), saisie par les porteurs de parts comme Cour de renvoi après les arrêts rendus le 1^{er} décembre 1998 par la chambre commerciale, et en appel des jugements de débouté des prétentions des porteurs de parts, a rendu le 29 mars 2000 cinq arrêts dans le même sens dans les affaires :

_ S.A. banque Colbert c/ S.A. Havas Advertising ; S.A. Guyomarc'h alimentaire (S.A.G.A.L.) et autres c/ 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/ C.D.R.

La motivation des arrêts qui conduit à la condamnation des gérants et dépositaires des F.C.P. se présente dans l'ensemble dans les termes suivants.

A. Sur l'action en responsabilité civile

Les sociétés porteurs de parts et, à ce titre, contribuables soumis à des procédures de redressement clôturées par une transaction définitive (article L. 251 du L.P.F.) ont soutenu que les gérants et dépositaires des F.C.P. étaient tenus de réparer le préjudice qu'elles avaient subi du fait de l'inopposabilité à l'administration fiscale de la valeur libératoire des crédits d'impôt certifiés en violation tant des dispositions législatives, réglementaires et statutaires des F.C.P. que du contrat spécifique qui définissait les rapports avec ceux-ci, l'ensemble de ces règles institutionnelles et contractuelles imposant à leurs adversaires une obligation de résultat quant à la délivrance des certificats de crédit d'impôt destinés aux avantages fiscaux escomptés.

La Cour d'appel a accueilli cette prétention en énonçant dans ses arrêts notamment :

« considérant, selon l'article 10 de cette loi, que la gestion d'un fonds commun de placement est assurée par une personne physique ou morale agissant pour le compte des porteurs de parts ;

que le gérant du F.C.P. procède aux acquisitions d'actions ou d'obligations conformément à l'objet social du fonds et calcule le montant de l'avoir fiscal correspondant aux opérations réalisées, permettant à l'investisseur d'utiliser ou par les certificats émis et de profiter ainsi le cas échéant des crédits d'impôt correspondants ;

que, selon l'article 11 de la même loi, les actifs compris, dans un fonds commun de placement sont conservés par un dépositaire unique, qui ne peut être le gérant, lequel reçoit des souscriptions et exécute les ordres du gérant concernant les achats et les ventes de titres ainsi que ceux relatifs à l'exercice des droits de souscription et d'attribution attachés aux valeurs comprises dans le fonds ; qu'il doit 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 ; qu'il établit les certificats de crédit d'impôt, calculés par le gérant ;

qu'il s'ensuit que, même si aucune des dispositions de ladite loi ne prévoit, contrairement à ce que prétendent les appelantes, que le gérant ou le dépositaire d'un fonds commun doit garantir le montant et la valeur libératoire des crédits d'impôt certifiés, ces derniers sont tenus à 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 F.C.P. ;

considérant qu'il appartient au débiteur d'une obligation de résultat d'établir qu'il a rempli celle-ci ;

considérant que, si l'instruction 4-K-I-83 du 13 janvier 1983, applicable aux faits litigieux, autorisait l'attribution aux parts supplémentaires créées entre la clôture de l'exercice et la date de mise en paiement des produits d'un crédit d'impôt unitaire de même montant que celui alloué aux parts existantes à la clôture de l'exercice, l'application aux fonds communs de placement et à leurs services de ces dispositions dérogatoires au droit commun, était subordonnée, selon le paragraphe 100 de ladite instruction, à la condition que ces organismes fonctionnent conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires qui les régissent et qu'ils respectent leurs obligations... ».

Les sociétés porteurs de parts se sont également référées, pour fonder leur action indemnitare, sur l'article 1147 du Code civil ainsi que sur les dispositions de la loi du 13 juillet 1979 qui dispose, dans son article 13, que le gérant et le dépositaire sont responsables individuellement ou solidairement envers les porteurs de parts, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux F.C.P., soit de la violation du règlement fixant notamment leurs droits et obligations, soit de leurs fautes.

Les porteurs de parts faisaient valoir en ces termes que les F.C.P. en question étaient affectés de nombreuses irrégularités et qu'en particulier :

« _ contrairement à la nature même des F.C.P. et à la raison d'être de leur régime fiscal spécifique, les souscriptions et les rachats n'ont pas eu lieu « à tout moment », ainsi que le prévoit l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979, mais les fonds sont demeurés fermés à toute souscription pendant « la période de préparation » où ils ne comportaient qu'un petit nombre de parts, toutes détenues par les défenderesses, cependant que, lors de « la phase de dilatation » des fonds communs, toutes les souscriptions ont été enregistrées à la même date pour un montant total proche du plafond réglementaire de 500 millions de francs (et excédant le plafond statutaire de 100 millions de francs) ;

_ contrairement à la nature propre des F.C.P., les fonds litigieux ont été gérés pendant la phase de préparation avec un objectif exclusivement fiscal, la collecte de crédits d'impôt

étant constamment génératrice de moins-values, qui ne pouvait aboutir, à bref délai, qu'à une liquidation des fonds, cependant que, pendant la phase de dilatation, l'actif a été essentiellement composé de liquidités ».

La Cour d'appel retient à la charge des gérants et dépositaires des F.C.P. les manquements suivants en précisant :

«... considérant que l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979 prévoit que « le nombre de parts s'accroît par souscription de parts nouvelles ou diminue du fait des rachats de parts antérieurement souscrites. À tout moment, les souscriptions sont reçues et les rachats effectués à la prochaine valeur liquidative majorée ou diminuée, selon le cas, des frais et commissions fixés par le règlement prévu à l'article 16 ci-après ;

que, tandis que les appelantes affirment, se fondant essentiellement sur les faits constatés par l'administration des impôts et relatés dans les rapports de vérification fiscale, régulièrement versés aux débats, que les fonds sont demeurés fermés à toute souscription pendant la période de préparation, les sociétés intimées, gérant et dépositaire de fonds, n'apportent pas la preuve, qui leur incombe, de ce qu'au contraire des souscriptions ont pu intervenir à tout moment ; qu'elles n'établissent pas plus que les souscriptions n'ont pas excédé le plafond statutaire de 100 millions de francs... ».

La Cour d'appel a décidé de ce qui précède que les gérants et dépositaires des F.C.P. avaient délivré des certificats de crédits d'impôt non conformes à leur destination et qu'ayant ainsi failli à leurs obligations, ils étaient tenus, solidairement, de réparer le dommage causé par leurs manquements envers les porteurs de parts.

La demande des sociétés porteurs de parts portait aussi, à titre principal, sur la réparation du dommage causé et égal, selon elles, au montant des sommes réglées en vertu des transactions intervenues sur les impositions et pénalités dues.

Pour s'opposer à cette demande les gérants et dépositaires des F.C.P. ont soutenu qu'aucun lien de causalité entre les fautes qui leur étaient reprochées et le préjudice allégué ne pouvait être constaté du fait que les transactions fixant les impositions et les pénalités versées par les porteurs de parts résultaient de procédures mises en oeuvre par l'administration sur le fondement de l'abus du droit et non sur la substitution de base légale définie pour maintenir les redressements fiscaux depuis l'avis donné par le Conseil d'État. En effet l'ensemble des transactions concernant le fonctionnement des F.C.P. mis en cause en l'espèce avaient été conclues antérieurement aux avis et décisions du 8 avril 1998 du Conseil d'État.

La Cour d'appel a rejeté ce moyen en énonçant :

« Considérant, en effet, que la faute commise, privant les souscripteurs de la possibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires, le dommage invoqué trouve nécessairement sa cause dans le manquement des gérants et dépositaires des F.C.P. à leurs obligations ; 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 ;

Considérant enfin que les sociétés appelantes n'ont pas commis de faute en acceptant de transiger avec l'administration fiscale pour mettre fin au contentieux né des redressements ; qu'elles ont, au contraire, réduit le montant du préjudice invoqué en obtenant la diminution du montant des pénalités... ».

Statuant en définitive sur les chefs des demandes présentées par les sociétés porteurs de parts à titre de réparation de leur préjudice la Cour d'appel a décidé que les conséquences dommageables qui résultent des fautes commises par les gérants et dépositaires des F.C.P. mis en cause s'entendaient de la perte éprouvée qui, en l'espèce, comprenant d'une part, pour certains porteurs de parts, le montant des commissions qu'ils ont dû acquitter, même si les versements avaient été effectués auprès de sociétés intermédiaires dès lors qu'ils avaient constitué pour les intéressées un appauvrissement et, d'autre part, celui des intérêts de retard et de la pénalité fiscale réglés. Le point de départ des intérêts au taux légal produits par cette indemnisation était fixée à la date des arrêts en application de l'article 1153-1 du Code civil, ces intérêts étant capitalisés le cas échéant conformément aux dispositions de l'article 1154 du Code civil.

Par contre, la Cour d'appel a débouté les sociétés porteurs de parts de leur demande tendant à la condamnation des gérants et dépositaires des F.C.P. à leur rembourser les montants des droits en principal mis à leur charge par l'administration fiscale à raison du caractère non conforme à leur destination des certificats de crédits d'impôts délivrés. La Cour d'appel précise en effet « que le préjudice invoqué du chef de paiement des droits en principal n'est donc pas caractérisé en son élément de certitude requis pour ouvrir droit à réparation... ».

B. Sur les autres prétentions des porteurs de parts

Elles ont été rejetées par la Cour d'appel. Une mention particulière doit être faite aux prétentions des sociétés porteurs de parts fondées sur l'exercice de recours subrogatoires contre les gérants et dépositaires des F.C.P. pour obtenir le remboursement du montant des crédits d'impôt certifiés et des intérêts y afférents. En effet, ces sociétés prétendaient être en droit d'exercer de tels recours contre les gérants et dépositaires des F.C.P. sur le fondement

des règles de la comptabilité de fait et des principes tirés de l'article 79-2 de l'annexe II du Code général des impôts ainsi que des dispositions de l'article 1251-3° du Code civil. La Cour d'appel a rejeté ces prétentions dans les termes suivants :

« Mais considérant qu'aucune des dispositions législatives et réglementaires applicables aux F.C.P. ne permet à l'administration fiscale de rechercher la responsabilité pécuniaire du gérant du fonds, et notamment pas l'article 79-2 de l'annexe II au Code général des impôts invoqués par les appelantes ;

que ni le gérant ni le dépositaire du fonds ne sont des comptables de fait dès lors, d'une part qu'ils ne s'ingèrent pas dans le recouvrement des recettes affectées ou destinées à un organisme doté d'un comptable public, d'autre part qu'ils ne reçoivent ni ne manient des fonds ou valeurs extraits irrégulièrement de la caisse d'un organisme public ;

qu'enfin l'invocation de l'article 1251-3° du Code civil est également inopérante dans la mesure où ni la société C.L.C. Bourse ni la société G.P.K. Finance ne sont personnellement tenues au paiement de la dette d'impôt des sociétés du groupe Guyomarc'h ;

qu'en conséquence les appelantes ne peuvent qu'être déboutées de leurs prétentions fondées sur l'exercice de recours subrogatoires... ».

Les gérants et dépositaires des F.C.P. ont présenté des pourvois contre les arrêts qui les ont condamnés comme il a été rappelé ci-dessus.

De leur côté, les sociétés porteurs de parts se sont portées défenderesses aux pourvois de leurs adversaires, mais ont également pris l'initiative de pourvois principaux ou incidents pour formuler des griefs tendant à critiquer notamment le débouté de leurs prétentions tendant au remboursement des montants des droits en principal mis à leur charge par l'administration fiscale, de leurs recours subrogatoires et, pour certaines, du remboursement à titre de réparation du montant des commissions versées lors des souscriptions de parts.

Ainsi la chambre commerciale est saisie des pourvois suivants, certains devant être joints comme visant le même arrêt ou rapprochés comme comportant des griefs identiques : D. 00-16.241 joint avec M. 00-16.409 ; E. 00-16.242 ; F. 00-16.243 joint avec J. 00-16.407 ; H. 00-16.244 ; G. 00-16.245 joint ou rapproché avec : K. 00-16.408, K. 00-17.443 et A. 00-17.503.

IV. Les bases institutionnelles et contractuelles et les conditions du fonctionnement des F.C.P. prises comme critères de référence pour le contrôle des arrêts critiqués par les pourvois principaux et incidents

Dans les précédentes affaires Guyomarc'h et Vitogaz la chambre commerciale de la Cour de cassation, par les deux arrêts du 1^{er} décembre 1998 ci-dessus rappelés, avait reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les F.C.P. en cause avaient fonctionné de façon régulière au regard des dispositions de l'article 100 de l'instruction 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 dérogatoires au droit commun dont ce même article subordonne le bénéfice au fonctionnement régulier du fonds commun de placement.

La Cour d'appel de Paris, statuant comme cour de renvoi à la suite de cette cassation et sur simple appel dans les autres procédures, s'est pliée à cette recherche nécessaire au régime et aux conditions propres à l'action en responsabilité civile dont elle était saisie. La Cour de cassation l'y invitait de manière précise, mais également le Conseil d'État en réponse aux questions préjudicielles qui avaient été posées dans le cadre de cette même action en responsabilité engagée à l'encontre des gérants et dépositaires des F.C.P. par les porteurs de parts.

Il convient, pour contrôler les décisions prononcées par la Cour d'appel de Paris, d'apprécier les griefs présentés, d'une part, par les gérants ou dépositaires des F.C.P. et, d'autre part, par les sociétés porteurs de parts à l'appui de leurs pourvois en cassation. Tant les enseignements résultant des avis et décisions prononcés le 8 avril 1998 par le Conseil d'État que le « message juridique » (cf. A. Perdriau, J.C.P. 1990. II. 21509) issu des arrêts rendus le 1^{er} décembre 1998 par la chambre commerciale sont des « signes forts » de référence dans le cadre de ce contrôle.

A. Sur les pourvois formés par les gérants et dépositaires des F.C.P.

1. Les principaux griefs présentés

L'examen des moyens présentés par les gérants et dépositaires des F.C.P. fait ressortir trois critiques principales portées contre les arrêts de la Cour d'appel qui les avaient condamnés, comme il a été rappelé, au profit des sociétés porteurs de parts.

Tout d'abord ils soutenaient que les procédures de redressement fiscal ayant été engagées sur fondement de l'article L. 64 du L.P.F., les transactions conclues avaient emporté renonciation de la part des sociétés porteurs de parts à contester les rehaussements d'imposition effectués ainsi que les pénalités sur le fondement de l'abus de droit. Ainsi ces transactions avaient rompu le lien de causalité entre les dommages invoqués par les sociétés porteurs de parts et les fautes résultant du fonctionnement prétendument irrégulier des F.C.P. reprochées et retenues à l'encontre de leurs gérants et dépositaires.

Selon ceux-ci, les dommages subis par les sociétés se seraient produits, quel que soit le fonctionnement, régulier ou non, des F.C.P. puisque l'impossibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires résultait de redressements fiscaux engagés sur le fondement de l'abus de droit (article L. 64 du L.P.F.) qui avait été nécessairement reconnu par les porteurs de parts du fait des transactions qu'ils avaient conclues avec l'administration fiscale.

La Cour d'appel de Paris, en statuant comme elle a fait, a violé les articles 1147, 1151 et 2052 du Code civil. De même elle a méconnu le principe de la personnalité des peines (article 121-1 du Code pénal) en intégrant dans l'indemnisation due par les gérants et dépositaires des F.C.P. la majoration fiscale de 20 % réglée par les contribuables ayant transigé sur des redressements fiscaux engagés sur le fondement de l'abus de droit.

Les gérants et dépositaires des F.C.P. exposaient ensuite que les juges du fond ont violé les dispositions des articles 11, 13 et 26 de la loi du 13 juillet 1979 et 1147 du Code civil en considérant qu'ils étaient soumis à une obligation de résultat consistant à permettre aux souscripteurs des parts de bénéficier de dispositions fiscales dérogatoires par la délivrance de certificats de crédit d'impôt dont le montant devait être « imputé sur l'impôt sur les sociétés » des contribuables concernés. En statuant ainsi, les juges du fond, ont méconnu l'objet des F.C.P. ainsi que les obligations de ses gérants et dépositaires. Selon eux, la délivrance des certificats de crédits d'impôt n'est qu'une obligation accessoire et mécanique à la répartition des revenus et par ailleurs l'opportunité de la politique spécifique d'investissement décidée par chaque souscripteur ne relevait pas de leur appréciation.

Les gérants et dépositaires du F.C.P. soulignaient enfin, que conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil, il appartenait aux sociétés porteurs de parts de rapporter la preuve du fonctionnement irrégulier des F.C.P., donc des fautes commises par les gérants et dépositaires, auteurs des dommages dont la réparation était demandée. Ils soutenaient que la Cour d'appel avait inversé la charge de la preuve en énonçant que les gérants et dépositaires ne rapportaient pas la preuve que les souscriptions ont pu intervenir à tout moment et en déduisant ainsi que les F.C.P. n'avaient pas régulièrement fonctionné, alors qu'ils avaient fait état qu'aucune disposition ne leur faisait obligation de recevoir des souscriptions antérieurement à la clôture de l'exercice.

Les gérants et dépositaires ont aussi contesté la légalité des condamnations accordant certaines sommes à certains porteurs de parts (groupe Guyomarc'h et Rhône-Poulenc) en remboursement du montant des commissions versées lors des souscriptions des parts. Cette question, commune aux deux parties, sera examinée dans les développements qui seront consacrés aux griefs présentés par les porteurs de parts.

2. Appréciation et motifs pour le rejet des griefs et des pourvois présentés des gérants et dépositaires des F.C.P.

a) L'établissement de fautes imputables aux gérants et aux dépositaires par l'administration des preuves « objectives » ou « réalistes » du fonctionnement irrégulier et du non-respect des obligations des F.C.P.

La Cour d'appel de Paris a énoncé dans ses arrêts que le dommage invoqué par les porteurs de parts trouve nécessairement sa cause dans les manquements des gérants et des dépositaires des F.C.P. à leurs obligations et que les transactions, qui ne sont elles-mêmes que les conséquences de ces manquements, n'ont pas pu rompre le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

L'article 1315 du Code civil stipule que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

Logiquement, il appartient aux porteurs de parts de rapporter la preuve que les manquements commis par les gérants et dépositaires des F.C.P. ont été les causes du préjudice dont ils demandent la réparation sous forme du remboursement des commissions versées lors des souscriptions ainsi que des impositions et pénalités réglées à la suite des redressements fiscaux.

Mais il faut, pour apprécier les griefs présentés par les gérants et les dépositaires des F.C.P. en ce qui concerne la charge de la preuve des faits et fautes qui leur sont reprochés ainsi que le lien de causalité entre ceux-ci et le dommage invoqué par les porteurs de parts, se référer, comme a fait la Cour d'appel, aux règles qui doivent gouverner, depuis les avis et décisions du Conseil d'État, le déroulement du contentieux né de la remise en cause par l'administration de l'imputation des crédits d'impôt délivrés par les gérants et dépositaires. Les redressements ne sont plus fondés, comme il a été rappelé, sur l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales relatif à la répression des abus de droit, mais sur la violation de l'article 199 ter A du Code général des impôts, nouvelle « base légale » qui permet à l'administration de les maintenir lorsque les éléments apportés par elle pour démontrer la non-conformité du fonctionnement des F.C.P. ne peuvent être contestés par les porteurs de parts.

Il en résulte que l'administration agit sur le fondement de cette nouvelle base légale et aucune référence à l'abus du droit et à ses conséquences ne peut plus être invoquée pour maintenir les redressements fiscaux ou pour obtenir un dégrèvement de l'imposition et des pénalités envisagées. En transigeant, comme ils ont fait, les porteurs de parts ont nécessairement reconnu le bien-fondé des éléments invoqués par l'administration pour

contester l'imputation des crédits d'impôt et maintenir les redressements fiscaux établis à leur encontre.

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 invoqués » (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 l'espèce, la substitution de base légale qui a eu pour objet de modifier le fondement légal des rehaussements d'imposition réclamés par l'administration aux porteurs de parts 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 du droit. Par ailleurs, ces moyens sont d'autant plus inopérants qu'ils sont invoqués dans le cadre d'instances en responsabilité civile tendant à la répression d'un préjudice invoqué par les porteurs de parts à l'encontre des gérants et dépositaires des F.C.P. en cause et que les arrêts de la Cour d'appel de Paris ont été prononcés dans le sillage aussi bien des avis et décisions du Conseil d'État que des arrêts de la chambre commerciale, tous concernant la même affaire dite « des fonds turbo ».

Il en résulte qu'en préférant transiger au lieu de poursuivre le contentieux fiscal, les sociétés porteurs de parts concernées ont admis que les F.C.P. mis en cause n'avaient pas, d'une part, fonctionné conformément aux dispositions législatives réglementaires ou statutaires qui les régissent et, d'autre part, respecté leurs obligations. Ces manquements étaient imputables aux seuls gérants et dépositaires des F.C.P. concernés par référence au régime de la gestion de ces institutions comme il a été précédemment rappelé.

La Cour d'appel de Paris a pris en compte les conséquences de cette 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... ».

Les manquements établis à l'encontre des gérants et dépositaires des F.C.P. en cause ont justifié le maintien des redressements fiscaux clôturés par des transactions entre l'administration et les contribuables car ils ont privé ceux-ci de la possibilité de se prévaloir

des dispositions dérogatoires du droit commun relatives à la revalorisation et à l'imputation des crédits d'impôts prévues par l'instruction administrative du 13 janvier 1983.

La Cour d'appel a pu également déduire que concrètement la preuve de la non-conformité du fonctionnement des F.C.P. était rapportée en l'espèce dans la mesure où les gérants et dépositaires « ont refusé de communiquer les pièces relatives au fonctionnement » des fonds et n'ont pas ainsi fait « la preuve, qui leur incombe, de ce qu'au contraire des souscriptions ont pu intervenir à tout moment » comme le prévoyait l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979 (v. arrêt R.G. 1998/13509, p. 11, § 5 et 6).

En raisonnant et en se prononçant ainsi, la démarche de la Cour d'appel de Paris s'apparente singulièrement à celle de la jurisprudence administrative lorsqu'elle applique le régime dit des preuves « objectives ou réalistes » notamment dans le cadre du contentieux de la contestation des redressements fiscaux par les contribuables.

En effet, les porteurs de parts n'ont aucun pouvoir ni de gestion, ni de contrôle des F.C.P. qui sont ainsi dans la situation d'organismes tiers par rapport à eux, même si ces fonds sont définis comme étant une copropriété de valeurs mobilières dépourvue de personnalité morale et, par suite, fiscalement transparente. Pour tenir compte des difficultés pour les porteurs de parts de rapporter la preuve du fonctionnement régulier des F.C.P. dans le cadre du contentieux de la contestation des redressements fiscaux, le régime des preuves « objectives » ou « réalistes » permet au juge de se déterminer au vu des dispositions des textes légaux, réglementaires ou statutaires qui régissent le fonctionnement et les obligations de ces organismes sans mettre à la charge de l'une ou de l'autre partie la preuve du bien-fondé de ses allégations.

Comme l'a rappelé M^{me} le commissaire du gouvernement D. Kimmerlin (R.F. 2000, n° 5, comm. 48) « les règles relatives à la dévolution de la preuve sont distinctes de celles qui gouvernent l'administration de cette preuve : en d'autres termes, une chose est de déterminer qui supporte la charge de prouver le bien-fondé du redressement, une autre est de considérer cette preuve comme rapportée. En l'espèce et pour des raisons pratiques évidentes liées à l'absence d'information des souscripteurs sur le fonctionnement des F.C.P., il nous paraît sain de recourir à la dialectique habituelle que vous suivez qui tient compte de manière réaliste de la situation respective des parties et de leur difficulté à réunir des preuves. Ainsi, nous vous proposons de suivre le principe suivant : soit l'administration sera en mesure de présenter une argumentation précise et étayée sur les dispositions qu'elle estime avoir été méconnues par le F.C.P., laquelle ne sera contestée que de manière vague et peu convaincante par le contribuable, et celui-ci devra être regardé comme n'apportant pas la preuve qui lui incombe, soit au contraire, les arguments de

l'administration ne seront pas fondés ou trop généraux et vous considérerez que le contribuable a apporté la preuve contraire... ».

Ainsi, la jurisprudence administrative ne s'attache pas à imposer aux contribuables la charge de prouver qu'ils rentrent dans les conditions prévues par l'instruction ou la circulaire administrative pour faire échec aux redressements fiscaux décidés par l'administration. En distinguant la dévolution de la charge de la preuve d'avec l'administration de cette preuve, le respect ou non des dispositions de l'instruction administrative invoquée par les parties en litige est apprécié par le juge en se référant soit à l'instruction elle-même, soit aux pièces versées au dossier (C.E., 9 novembre 1981, n° 16648, R.J.F. 1/1982, n° 58, 4 juin 1975, n° 95902, R.J.F. 7-8/1975, n° 332).

Le commissaire du gouvernement Stéphane Austry (B.D.C.F. 1/2002, p. 43) précise également en ces termes cette « dialectique » de la preuve objective ou réaliste appliquée en l'espèce : « Ce qu'il appartient au juge de faire, lorsqu'un contribuable invoque le bénéfice d'une doctrine administrative, c'est de vérifier, au vu des éléments apportés par les parties, que ce dernier entre bien dans les prévisions de cette doctrine. Ceci n'exclut pas... une certaine dialectique de la preuve... c'est à l'administration d'apporter des éléments qui contestent leur mode de fonctionnement, et au contribuable d'y apporter un démenti... vous devez raisonnablement procéder de la même manière pour apprécier si la condition de fonctionnement conforme aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires, à laquelle le paragraphe 100 de l'instruction de 1983 subordonne le bénéfice de la mesure d'assouplissement instituée par son paragraphe 63 est satisfaisante... Ces fonds communs de placement étant présumés fonctionner conformément à ces règles, c'est à l'administration d'apporter des arguments pour démontrer le contraire... ».

Cette « dialectique de la preuve » apparaît dans les énonciations des arrêts de la Cour d'appel de Paris.

En effet, il résulte de la conclusion d'accords transactionnels sur les impositions et pénalités fiscales que les sociétés concernées par les procédures de redressements ont admis sans contestation l'argumentation présentée par l'administration pour démontrer le fonctionnement irrégulier et le non-respect des obligations des F.C.P. En d'autres termes, les éléments de preuve apportés par l'administration ont été suffisamment convaincants pour amener les porteurs de parts à admettre les redressements fiscaux et à conclure des transactions (v. Pascal Schiele, Procédures, éd. du Juris-Classeur, décembre 2001, p. 3 et s.). Il en découle que, pour les juges du fond, l'administration de la preuve des fautes commises par les gérants et dépositaires des F.C.P. est faite dès lors que ceux-ci n'ont pas démontré la conformité du fonctionnement et le respect des obligations des F.C.P. dont le

développement et l'activité relevaient de leur seule responsabilité aux termes du régime légal de la gestion de ces fonds.

Les juges du fond se sont également référés, pour statuer comme ils ont fait, aux constatations effectuées et relatées par l'administration dans les rapports de vérification fiscale lesquels ont été régulièrement versés aux débats. L'ensemble de ces éléments de fait a permis d'établir notamment la preuve que les souscriptions n'ont pu intervenir « à tout moment » sans que les gérants et dépositaires mis en cause puissent rapporter la preuve, qui leur incombait, que celles-ci avaient été effectivement recueillies, comme le prévoit l'article 47 de la loi du 13 juillet 1979, tant pendant la durée des exercices que postérieurement à la clôture de ceux-ci dans les quatre mois précédant la mise en distribution des produits.

À cette « dialectique de la preuve » qui a établi à la charge des gérants et dépositaires le fonctionnement irrégulier et le non-respect des obligations des F.C.P. en cause, s'ajoutent également en l'espèce les présomptions de preuve qui résultent de la nature de l'obligation à laquelle sont tenus ces responsables de la gestion de ces organismes envers les porteurs de parts.

b) La présomption de faute tirée de la délivrance par les gérants et dépositaires des F.C.P., en violation de leur obligation de résultat envers les porteurs de parts, de certificats de crédit d'impôt non conformes à leur destination

L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 6 novembre 1995 (D.F. 1995, n° 51, comm. 2365) est significatif en ce qu'il ne reconnaît pas la qualité d'agent d'affaires à une société gérante d'un F.C.P. qui, compte tenu des particularités des statuts de cet organisme, ne pouvait être assujéti au régime de la taxe professionnelle qui concerne « notamment les personnes qui à titre habituel donnent des conseils et servent d'intermédiaires pour la gestion ou le règlement d'intérêts privés » (articles 310 H.C. de l'annexe II et 1467-2° du C.G.I.). Cette interprétation et cette jurisprudence reposent largement sur la notion d'entreprise, d'aléas, de moyens. Or, comme l'a souligné le commissaire du gouvernement,

_ 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.

Les termes de cet arrêt ont le mérite de bien préciser les fonctions des responsables des F.C.P. et leurs obligations à l'égard des porteurs de parts fondées sur un contrat de mandat qu'ils sont réputés, selon la loi, avoir reçu de ceux-ci :

«... considérant, d'autre part, qu'il résulte des dispositions, alors applicables de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1978, relative aux fonds communs de placement, et, notamment, de ses articles 5, 10, 11 et 16 que chaque fonds commun de placement est constitué à l'initiative de deux fondateurs qui assument distinctement les fonctions de gérant et de dépositaire, que ce dernier conserve les actifs compris dans le fonds, reçoit les souscriptions et effectue les rachats de parts, que les ordres concernant les achats et les ventes de titres sont donnés par le gérant qui les fait exécuter par le dépositaire et que les porteurs de parts, dont les droits et obligations sont fixés par un règlement établi par le gérant et par le dépositaire et dont les stipulations obligatoires sont fixées par décret, sont représentés, pour tous les actes intéressant ces droits et obligations, par le gérant, qui exerce les droits attachés aux valeurs mobilières comprises dans le fonds : qu'il résulte de ces dispositions, que, si le gérant d'un fonds commun de placement sert d'intermédiaire pour la gestion des valeurs incluses dans les parts acquises par les souscripteurs, ceux-ci n'en reçoivent pas de conseils et n'interviennent, ni dans la définition, ni dans l'exercice du mandat qu'ils sont réputés par la loi lui avoir donné ; que, dans ces conditions, 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 C.G.I. 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).

C'est en fonction des modalités propres au fonctionnement des F.C.P. que la Cour d'appel de Paris a décidé que les gérants et dépositaires étaient tenus d'une obligation de résultat en délivrant aux porteurs de parts des certificats de crédits d'impôts 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. », peu important donc que cette obligation soit « accessoire et mécanique » à la répartition des revenus des F.C.P. comme l'ont invoqué, à tort, dans leurs moyens les gérants et dépositaires.

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. civ., 20 juin 1998, Bull. civ. I, n° 343, p. 237).

La Cour d'appel n'inverse pas la charge de la preuve et reste dans le droit-fil de cette jurisprudence quand elle énonce « qu'il appartient au débiteur d'une obligation de résultat d'établir qu'il a rempli celle-ci... ». Ayant délivré aux souscripteurs des certificats de crédits

d'impôts qui n'ont pas permis à ceux-ci d'imputer leur montant sur l'impôt sur les sociétés, les gérants et dépositaires mis en cause sont présumés avoir été en faute et, par ailleurs, le dommage invoqué par les porteurs de parts est présumé avoir pour cause la délivrance de certificats de crédit d'impôt inopposables à l'administration dès lors que le fonctionnement irrégulier et le non-respect des obligations des F.C.P. concernés ont été constatés dans le cadre du contentieux tant fiscal que civil.

Les gérants et dépositaires ont enfin critiqué les arrêts rendus par la Cour d'appel au motif qu'en intégrant dans le montant de la condamnation prononcée la majoration fiscale de 20 % réglée par les contribuables, la Cour d'appel aurait méconnu le principe de la personnalité des peines et pris en compte dans la réparation du dommage un chef ne correspondant pas à un intérêt légitime juridiquement protégé.

Le moyen n'est pas fondé car l'indemnisation prononcée par la Cour d'appel résulte d'une action mettant en jeu la responsabilité civile des gérants et dépositaires, auteurs d'un préjudice causé aux membres des F.C.P. Elle tend à une réparation pécuniaire dont le montant et les modalités relèvent de l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de la cause.

Par ailleurs, fondé sur l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le moyen, invoqué pour la première fois en cassation, apparaît comme étant nouveau, mélangé de fait et droit et donc irrecevable (v. Cass. com., 22 février 2000, Bull. civ. IV, n° 38, p. 33).

Hormis ceux qui concernent les commissions versées et qui seront examinées subséquemment, les autres griefs invoqués par les gérants et dépositaires n'appellent pas d'observations particulières aux fins de leur rejet comme étant non fondés.

B. Sur les pourvois formés par les porteurs de parts

À l'appui de leurs pourvois principaux et incidents, les porteurs ont présenté de nombreux griefs mais le principal consiste à critiquer la limitation et la portée de l'obligation de résultat des gérants et dépositaires conduisant ainsi la Cour d'appel à refuser de leur accorder, à titre de réparation, le montant des impositions versées en principal à la suite des transactions conclues avec l'administration fiscale (v. notamment les pourvois M. 00-16.409 de la S.A. Advertising et de la S.A. Euro R.S.C.G. France, J. 00-16.407 de la S.A. E.L.M. Leblanc, K. 00-16.408 de la S.A. Legrand et autres, la société Rhône-Poulenc, souscripteur, n'a sollicité qu'une indemnisation à concurrence des commissions versées et des pénalités fiscales supportées. Le groupe Guyomarc'h, souscripteur, a formé un pourvoi

incident et un pourvoi incident subsidiaire au pourvoi E. 00-16.242 des sociétés G.P.K. Finance et C.L.C. Bourse).

Mais le remboursement, à titre de réparation, des commissions versées par les porteurs de parts, admis par deux arrêts et rejeté par les autres, fait aussi l'objet de griefs sérieux qu'il conviendra d'examiner, tout comme ceux relatifs au prétendu recours subrogatoire invoqué devant les juges du fond.

1. Observations pour la cassation partielle des arrêts sur le débouté du paiement, à titre de réparation, des impositions fixées par les transactions intervenues

La Cour d'appel a décidé qu'au titre de la perte éprouvée, les sociétés porteurs de parts étaient fondées à solliciter une indemnité égale au montant, d'une part, des intérêts de retard et de la majoration fiscale de 20 % et, d'autre part, des intérêts au taux légal sur les sommes dont elles ont été privées pour les avoir réglées à la suite de leur mise en recouvrement, à l'exclusion de toute indemnité compensant les sommes qu'elles avaient versées pour paiement tardif, ce règlement n'étant pas causé par les fautes commises par les gérants et dépositaires des F.C.P.

En revanche, la Cour d'appel a débouté les porteurs de parts de leur demande tendant à obtenir, à titre de réparation, le montant des impositions et pénalités payées par elles et partiellement réduites par les transactions intervenues, en se prononçant ainsi :

« Mais considérant que celles-ci, qui stigmatisent dans leurs écritures le caractère irrégulier de la gestion des F.C.P. en ce qu'elle avait un objectif exclusivement fiscal, 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... ».

Cette motivation est critiquable car la Cour d'appel, en statuant sur ce point comme elle a fait, ne tire pas les conséquences qui découlent non seulement de la situation des porteurs de parts qui sont toujours présumés rentrer dans les prévisions des dispositions légales, réglementaires et statutaires qui régissent le fonctionnement des F.C.P. pour obtenir en fin d'exercice les produits assortis de crédits d'impôt imputables valablement sur l'impôt sur les sociétés, mais aussi de ses propres constatations qui établissent que c'est à cause des manquements et fautes commis par les gérants et dépositaires que l'imputation litigieuse n'a pas été déclarée conforme à l'article 199 ter A du Code général des impôts ; ce qui, au plan fiscal, a entraîné les procédures de redressement clôturées par les transactions intervenues.

La Cour d'appel a aussi ignoré ou oublié que l'administration avait opéré, depuis les avis et décisions du Conseil d'État, une substitution de la base légale en fondant ces redressements, non plus sur la procédure de répression de l'abus de droit, mais sur l'article 199 ter A susvisé.

Or les juges, tant du fond que du contrôle, doivent en tenir compte pour statuer sur ce point.

a) La mise en oeuvre de l'ensemble des dispositions, même illégales, de l'instruction administrative, cause exclusive de fautes pour les gérants et dépositaires des F.C.P. et justificative du gain fiscal invoqué par les porteurs de parts

L'article 26 II de la loi du 13 juillet 1979, repris à l'article 199 ter A du Code général des impôts stipule que « les porteurs de parts d'un fonds commun de placement peuvent effectuer l'imputation de tout ou partie des crédits d'impôt et avoirs fiscaux attachés aux produits actifs compris dans ce fonds ».

Ce texte détermine ainsi nettement que ce sont les crédits d'impôt et les avoirs fiscaux recueillis par le fonds qui, en tant qu'effets, unités ou créances, ouvrent aux porteurs de parts droit à leur imputation « en tout ou partie » mais sans possibilité d'aller au-delà du tout.

Il s'ensuit, comme l'a souligné le Conseil d'État, « que le gérant d'un fonds commun de placement ne peut délivrer de certificats de crédits d'impôt aux porteurs de parts que dans la limite de la somme totale des crédits d'impôts attachés aux revenus perçus par le fonds » (C.E., 9^e sous-sect., 8 avril 1998, n° 189180). En effet, l'article 26 II susvisé ajoute : « Pour chaque année, le gérant du fonds calcule la somme totale à l'imputation de laquelle les produits encaissés par le fonds donnent droit. Le droit à imputation par chaque porteur est déterminé en proportion de sa quote-part dans la répartition faite au titre de l'année considérée... Ce droit à imputation ne peut excéder celui auquel l'intéressé aurait pu prétendre s'il avait perçu directement sa quote-part des mêmes produits ».

C'est sur la base de ces dispositions légales, d'ailleurs rappelées au paragraphe 58 de l'instruction du 13 janvier 1983, que l'administration a autorisé, aux paragraphes 63 à 67 de ce texte, « l'attribution aux parts supplémentaires créées entre la clôture de l'exercice et la date de mise en paiement des produits, d'un crédit d'impôt unitaire de même montant que celui alloué aux parts existantes à la clôture de l'exercice ».

Cette dérogation avait une portée générale et n'est, selon la Haute assemblée, assortie « d'aucune limitation quant au montant des crédits d'impôts susceptibles d'être créés ».

Ces dispositions de l'instruction qui ajoutent à l'article 26 II de la loi du 13 juillet 1979, ont certes été déclarées illégales par le Conseil d'État qui précise que cette instruction « n'a pu légalement autoriser 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 des crédits d'impôt attachés aux revenus perçus par ce fonds et que les certificats de crédits d'impôt établis par le dépositaire d'un fond commun de placement et délivrés aux porteurs de parts par le gérant de ce fonds ne peuvent par suite être tenus pour valablement établis au regard des règles légalement en vigueur dès lors que le montant global des crédits d'impôts certifiés excède le montant total des crédits d'impôts reçus par le fonds... ».

Mais la Haute juridiction ne les a pas déclarées sans portée pour les porteurs de parts qui peuvent bénéficier du gain fiscal résultant de la distribution des produits des F.C.P. assortis des crédits d'impôts et imputer ceux-ci sur leur impôt sur les sociétés. Les certificats de crédit d'impôt délivrés par les gérants et dépositaires leur laissaient présumer la conformité du fonctionnement et du respect des obligations des F.C.P.

C'est d'ailleurs en fonction de ce constat d'évidence que la Cour d'appel elle-même énonce dans ses arrêts que les gérants et les dépositaires des F.C.P. avaient mis en oeuvre les dispositions fiscales dérogatoires favorables aux porteurs de parts en appliquant les normes édictées par l'instruction du 13 janvier 1983, donc en leur distribuant, à la clôture de l'exercice, des produits assortis de crédits d'impôt destinés à être imputés sur l'impôt sur les sociétés, donc présumés conformes à leur destination :

« Considérant, tout d'abord, que l'instruction fiscale du 13 janvier 1983, applicable aux faits de l'espèce, autorisait, dans ses paragraphes 63 à 67, et par dérogation à la règle légale selon laquelle le droit à imputation par chaque porteur ne peut excéder celui auquel l'intéressé aurait pu prétendre s'il avait perçu directement sa quote-part des mêmes produits, l'attribution aux parts supplémentaires créées entre la clôture de l'exercice et la date de mise en paiement des produits d'un crédit d'impôt unitaire de même montant que celui alloué aux parts existantes à la clôture de l'exercice, de sorte qu'il ne peut être imputé à faute aux gérant et dépositaire des fonds communs de placement en cause d'avoir mis en oeuvre ces dispositions fiscales dérogatoires favorables aux souscripteurs... ».

Cette énonciation rend déjà à elle seule inopérante la mise à la charge des porteurs de parts de la preuve de ce respect de la doctrine administrative. En effet, il en résulte que les crédits d'impôts sont présumés avoir été délivrés conformément à leur destination par des gérants et dépositaires qui sont censés avoir respecté leurs obligations envers les porteurs de parts et il n'appartient pas à ceux-ci, au moment de la distribution des produits des

F.C.P. assortis de crédits d'impôt, de vérifier ou d'apporter la preuve qu'ils sont bien dans les prévisions de l'instruction du 13 janvier 1983.

Par ailleurs, charger les porteurs de parts de rapporter la preuve que le gain fiscal qu'ils invoquent aurait existé « si les fonds avaient fonctionné conformément à leur nature et dans des conditions régulières », c'est faire une interprétation erronée des avis et décision du Conseil d'État.

Répondant aux questions préjudicielles de la Cour d'appel de Paris, la Haute assemblée, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Guillaume Goulard, a précisé que les paragraphes 63, 64 et 67 de l'instruction du 13 janvier 1983 étaient illégaux et les certificats des crédits d'impôt délivrés en application de ces textes n'étaient pas valablement établis au regard de l'article 199 ter A du Code général des impôts. Mais ces mêmes dispositions de l'instruction administrative sont toutefois susceptibles d'être invoquées sur le fondement de l'article L. 80 du Livre des procédures fiscales par les contribuables qui remplissent l'ensemble des conditions posées par l'instruction (C.E. Ass., 8 avril 1998, req. n° 189-179, société Gras Savoye).

Se prononçant le même jour sur la question du Tribunal administratif d'Orléans, le Conseil d'État a d'abord maintenu sa position sur la qualification de l'abus de droit qui résultait de son arrêt de principe du 10 juin 1981 (Plén., req. n° 19079, D.F. 1981, comm. n° 2187, concl. comm. gouvernement P. Lobry) : il ne peut y avoir abus de droit en présence, soit d'actifs fictifs, soit d'actes « qui n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles » (C.E., avis, 8 avril 1998, Sté de distribution de chaleur de Meudon et Orléans).

La Cour d'appel de Paris paraît s'être arrêtée, dans sa motivation au débouté de la demande de remboursement, à titre de réparation des impositions et pénalités fixées par les transactions intervenues, à cette notion d'abus de droit susceptible de découler de l'existence de crédits d'impôt fictifs délivrés dans un but exclusivement fiscal par les gérants et dépositaires des F.C.P.

Mais elle a ignoré que, concernant le contentieux des « fonds turbo », la contribution la plus importante de l'avis du Conseil d'État réside, non pas dans le rappel de la qualification de l'abus de droit, mais dans la position prise ensuite quant à l'opposabilité d'une instruction administrative, cette opposabilité allant jusqu'à empêcher l'administration de faire usage de la procédure de répression de l'abus de droit :

« Dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas appliqué les dispositions mêmes de la loi fiscale mais a seulement entendu se conformer à l'interprétation contraire à celle-ci qu'en avait donnée l'administration dans une instruction ou une circulaire, l'administration ne peut faire échec à la garantie que le contribuable tient de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales et recourir à la procédure de répression de l'abus de droit... ».

L'administration peut seulement, le cas échéant, contester que le contribuable remplissait les conditions auxquelles l'instruction subordonnait le bénéfice de l'interprétation qu'elle donne.

C'est donc seulement dans le cas où l'administration apporte la preuve contraire que le contribuable est privé du gain fiscal résultant de la délivrance des crédits d'impôt par les gérants et dépositaires des F.C.P. Il est inopérant et inutile que les porteurs de parts puissent, comme l'a exigé la Cour d'appel de Paris, apporter la preuve « 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 » car l'application de la doctrine administrative, même déclarée illégale pour certaines de ses dispositions, peut être invoquée sur le fondement de l'article L. 80 du Livre des procédures fiscales par les porteurs de parts lorsque l'ensemble des conditions posées par l'instruction sont remplies.

En retenant à la charge des gérants et des dépositaires des fautes et des manquements prouvant qu'ils n'avaient pas respecté les conditions légales, réglementaires et statutaires du fonctionnement des F.C.P., la Cour d'appel a par là même établi la certitude du préjudice causé aux porteurs de parts notamment par la perte du gain fiscal résultant de la délivrance des certificats de crédits d'impôt non conformes à leur destination.

Les avis du Conseil d'État ont été confirmés et consacrés par l'arrêt qu'il a rendu le 26 octobre 2001 (C.E., 3^e et 8^e sous-sect., req. n° 217-228, Sté Darty, qui annule l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 22 mai 1997). La Haute assemblée a pris position aussi dans cette décision sur l'administration de la preuve lorsque le contribuable revendique le bénéfice de l'opposabilité d'une instruction administrative et soutient que les conditions d'application de celle-ci sont remplies.

Il n'appartient pas au contribuable d'apporter, dans ce cas, la preuve que la doctrine administrative lui est applicable. C'est « au juge d'apprécier, au vu du dossier qui lui est soumis par l'administration et le contribuable, si ce dernier est en droit de se prévaloir des dispositions de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales relatives à la portée d'une instruction publiée ».

Le Conseil d'État invite ainsi le juge du fond à se référer aux arguments et aux pièces figurant dans le dossier, consacrant ainsi l'administration de preuves « objectives » ou « réalistes » lorsque le contribuable invoque à son profit un dispositif dérogatoire au droit commun et que cette position est contestée par l'administration.

Dans le cadre du contentieux de la responsabilité civile, les gérants et dépositaires ont contesté les demandes des porteurs de parts tendant au remboursement, à titre de réparation, des impositions et pénalités issues des transactions intervenues.

En déclarant imputables aux gérants et dépositaires la non-conformité du fonctionnement et le non-respect des obligations des F.C.P. et en constatant la violation de l'obligation de résultat de ces responsables, la Cour d'appel a nécessairement établi la certitude du préjudice invoqué par les porteurs de parts.

b) La non-conformité du fonctionnement des F.C.P. et les fautes commises par leurs gérants et dépositaires, causes de la perte du gain fiscal invoqué par les porteurs de parts

Dans le contentieux fiscal devant la juridiction administrative comme dans celui de la responsabilité civile devant le juge judiciaire, la question essentielle est celle de l'appréciation, comme il a été déjà dit, du fonctionnement et du respect des obligations des F.C.P. C'est à l'administration et au juge d'apprécier si les conditions de fonctionnement régulier et de respect des obligations des F.C.P. sont remplies pour valider l'imputation des crédits d'impôt effectuée par les porteurs de parts.

Le Conseil d'État a précisé que « les dispositions contenues dans les paragraphes 63 à 67 de l'instruction du 13 janvier 1983, qui ont le caractère d'une interprétation formelle de la loi fiscale et n'avaient pas encore été rapportées à la date des opérations en cause, sont susceptibles d'être invoquées par le contribuable 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 relative au fonctionnement normal des fonds, sont remplies ».

Dans le sillage de la chambre commerciale (arrêts précités du 1^{er} décembre 1998) qui a également fondé sa censure sur le critère du fonctionnement et du respect des obligations des F.C.P., la Cour d'appel de Paris a adopté la même démarche en retenant notamment :

« Mais considérant que l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979 prévoit que « le nombre de parts s'accroît par souscription de parts nouvelles ou diminue du fait des rachats de parts antérieurement souscrites. À tout moment, les souscriptions sont reçues et les rachats

effectués à la prochaine valeur liquidative majorée ou diminuée, selon le cas, des frais et commissions fixés par le règlement prévu à l'article 16 ci-après » ;

Que, tandis que les sociétés affirment, se fondant essentiellement sur les faits constatés par l'administration des impôts et relatés dans les rapports de vérification fiscale, régulièrement versés aux débats, que les fonds sont demeurés fermés à toute souscription pendant la période de préparation, les gérant et dépositaire des fonds, qui ont refusé de communiquer les pièces relatives au fonctionnement de ceux-ci, n'apportent pas la preuve, qui leur incombe, de ce qu'au contraire des souscriptions ont pu intervenir à tout moment ;

Qu'il résulte de cette seule constatation 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... ».

La Cour d'appel en se prononçant ainsi ne dit pas autre chose que 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 (p. 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.

Contrairement aux finalités posées par la loi et par les « règlements/fiches signalétiques » visés par la Commission des opérations de bourse, 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 ».

Dans une première phase, ils étaient créés avec le capital minimum autorisé par la réglementation, soit 2,5 MF, les seuls porteurs de parts étant l'établissement financier gestionnaire et un autre établissement financier associé, le plus souvent une des filiales. 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.

Lorsque ces fonds avaient acquis un montant suffisant de crédits d'impôt réels, leurs gestionnaires faisaient savoir à des entreprises clientes qu'une distribution était imminente

et les appelaient à souscrire de manière synchronisée. L'encours des fonds se « dilatait » alors pour passer en quelques jours de 2,5 MF à un montant proche du plafond réglementaire des fonds communs de placement (500 MF). 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... ».

Ainsi en décidant que les 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 », la Cour d'appel ne tire pas les conséquences des fautes établies à l'encontre des gérants et dépositaires des F.C.P. et du lien de causalité avec les redressements fiscaux opérés par l'administration à l'encontre des porteurs de parts.

Le gain des dispositions fiscales dérogatoires prévues par l'instruction administrative supposait que l'ensemble des conditions posées, notamment par le paragraphe 100 de l'instruction administrative du 13 janvier 1983, fussent remplies. Dans le cadre du contentieux de la responsabilité civile, 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 5 du décret du 29 janvier 1981, pris pour l'application de la loi du 13 juillet 1979 relative aux F.C.P., et codifié à l'article R. 87-1 du Livre des procédures fiscales stipule à la charge des gérants et dépositaires :

« Article R. 87-1. Pour l'exercice du droit de communication de l'administration, le gérant et le dépositaire d'un fonds commun de placement sont tenus de présenter :

a) tous les documents comptables liés au fonctionnement du fonds, et notamment les pièces de recettes et de dépenses de toute nature ;

b) un relevé des valeurs liquidatives dégagées au cours des six dernières années ;

c) les listes des propriétaires de parts et les duplicata des attestations de propriété mentionnées à l'article 1^{er} du décret n° 83-357 du 2 mai 1983 fixant les conditions d'application de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 ⁽¹⁾, établies au cours des six dernières années.

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 ».

En conséquence, au vu d'une part, des constatations concernant les fautes commises par les gérants et dépositaires des F.C.P. et leur lien de causalité avec le manque à gagner fiscal certain pour les porteurs de parts et, d'autre part, du refus des gérants et dépositaires des fonds « de communiquer les pièces relatives au fonctionnement de ceux-ci » et notamment l'absence de preuve contraire que « des souscriptions ont pu intervenir à tout moment », la Cour d'appel de Paris ne pouvait pas, comme elle a fait, rejeter la demande de paiement, à titre de réparation, des impositions issues des redressements fiscaux par une motivation qui apparaît aboutir à un renversement de la charge d'une preuve, impossible pour les porteurs de parts, inopérante et inutile pour leur action en remboursement, voire hypothétique dans la formulation exprimée dans les arrêts.

En attribuant la charge de la preuve aux porteurs de parts, la Cour d'appel a entaché d'une erreur de droit ses arrêts qui encourent ainsi sur ce point la censure en accueillant les griefs des porteurs de parts.

D'ailleurs, comme le souligne P. Derouin, « une jurisprudence abondante, notamment en matière de responsabilité professionnelle des experts-comptables, conseils juridiques et fiscaux, avocats etc., retient qu'un impôt qui aurait pu normalement être évité ou la perte d'un avantage fiscal constitue un élément de préjudice réparable au titre de la responsabilité contractuelle qui peut être lié, par une relation de causalité directe, avec la faute contractuelle du professionnel recherché... » (Joly Bourse et produits financiers, mars-avril 1999, p. 151).

Les gérants et dépositaires des F.C.P. sont dans cette situation à l'égard des porteurs de parts et ceux-ci ont droit à ce titre à la réparation intégrale du préjudice qu'ils invoquent, notamment en raison de la perte du gain fiscal qui leur était dû.

c) Le droit à la réparation intégrale du préjudice invoqué par les porteurs de parts en l'absence de faute commise par eux, comme a dit la Cour d'appel, en concluant les transactions intervenues

Le préjudice invoqué par les porteurs de parts au titre du paiement des impositions en principal est caractérisé dans son élément de certitude et doit ouvrir droit à réparation. Il correspond en effet au montant du rehaussement d'imposition retenu dans les transactions conclues avec l'administration par les porteurs de parts redressés fiscalement.

Le principe de la réparation intégrale doit être respecté par les juges du fond qui disposent toutefois d'un pouvoir souverain dans l'évaluation des dommages-intérêts. Ainsi le juge qui constate l'existence d'un préjudice ne peut refuser de le réparer en énonçant qu'il ne dispose pas de tous les éléments permettant d'évaluer le montant des dommages-intérêts (v. Cass. civ. 2^e, 17 mars 1993, Bull. civ. II, n° 118).

De même, les juges du fond doivent se prononcer dans les limites des demandes des victimes sur le montant des dommages-intérêts attribués à celles-ci en réparation dans son intégralité du préjudice résultant de l'infraction constatée (Cass. crim., 6 décembre 1983, Bull. crim. 1983, n° 329).

Les gérants et dépositaires, débiteurs envers les porteurs de parts d'une obligation de résultat découlant notamment du mandat que, par la loi elle-même, ceux-ci sont censés leur donner, doivent être condamnés à rembourser également les impositions en principal et les pénalités versées à l'administration.

En limitant le contenu et la portée de l'obligation de résultat, la Cour d'appel a violé également les dispositions des articles 1147 du Code civil.

Les griefs invoqués sur ce point par les contribuables sont d'autant plus pertinents que la Cour d'appel a décidé qu'ils n'avaient commis aucune faute en transigeant avec l'administration fiscale. L'étendue du préjudice dont ceux-ci peuvent réclamer la réparation auprès des gérants et dépositaires se trouve ainsi délimitée, la Cour d'appel énonçant elle-même que ces transactions ont « réduit le montant du préjudice en obtenant la diminution du montant des pénalités » et aussi de manière très substantielle le montant des impositions dues en principal par les contribuables redressés (v. Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 7, p. 5).

D'ailleurs, la censure des arrêts attaqués sur ce point serait conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Un arrêt du 28 juin 1983 de la première chambre civile décide qu'un conseiller juridique et fiscal, condamné à rembourser le montant du redressement fiscal dont son client avait fait l'objet, ne peut lui reprocher d'avoir accepté une transaction avec l'administration au lieu de poursuivre un procès, quand bien même un moyen déterminant aurait pu être invoqué.

Il ne peut, en effet, y avoir faute à accepter une transaction proposée par l'administration conformément à la loi (Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1983, Bull. civ. I, n° 188, p. 165).

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

La question posée par le versement des commissions lors des souscriptions ou des rachats des parts touche plus particulièrement la commercialisation des F.C.P. même si les constatations et appréciations des conditions dans lesquelles ces frais ont été perçus par les gérants et dépositaires se rattachent au fonctionnement, régulier ou non, de ces organismes.

Des arrêtés successifs des 28 septembre 1979 et 2 mai 1983 pris en application de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1979 avaient prévu un plafonnement des commissions de souscription et de rachat des parts de F.C.P. à 4 % de la valeur liquidative de ces parts. Cette réglementation a valu pour les F.C.P. jusqu'à la loi du 17 juin 1987 sur l'épargne qui, dans son article 63, a supprimé ce plafonnement des commissions, laissant à chaque fonds le soin d'indiquer dans son règlement intérieur le pourcentage maximum de ces frais de souscription ou de rachat de parts.

De même, l'article 9 de la loi du 13 juillet 1979 interdit le démarchage en vue de proposer la souscription de parts de F.C.P. sous peine d'amende pénale. Or, il s'induit des constatations des juges du fond que le mécanisme des « fonds turbo » à but exclusivement fiscal nécessitait après la clôture de l'exercice et surtout juste avant la distribution des produits des souscriptions massives de parts contrairement aux dispositions de l'article 7 de ladite loi, établissant ainsi la présomption d'un démarchage effectif et intensif à ce moment-là (phase de dilatation) auprès de personnes susceptibles de souscrire ou de racheter des parts.

À l'inverse des phases de préparation, les F.C.P. recueillaient lors des phases de dilatation des sommes considérables en contravention avec leur objet, à savoir le placement en valeurs mobilières, et les règles prudentielles auxquelles les dispositions réglementaires les soumettaient (articles 18 et 19 du décret n° 83-359 du 2 mai 1983). 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'impôts, pour rémunérer la masse de travail réelle qu'impliquait le montage imaginé par eux... » (R.J.F., 5/1998, p. 385).

De même, le conseiller d'État Stéphane Verclytte précise les conséquences du dépassement des pourcentages de commission autorisés en termes quasi identiques :

« Le mécanisme des « fonds turbo » aboutissait en effet... à réduire à la portion congrue la valeur liquidative des parts, l'essentiel de l'actif constitué, en fin de « phase de couveuse », de revenus distribuables et de crédits d'impôt. Ceux-ci approchaient généralement du

maximum réglementaire, soit 50 % des revenus. Or, le prix auquel ils étaient vendus aux souscripteurs, correspondant au prix ordinairement pratiqué sur le marché des crédits d'impôts, représentait entre 60 % et 80 % de leur montant. 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. 5/1998, p. 375).

La Cour d'appel de Paris a condamné solidairement les sociétés C.L.C. Bourse et G.P.K. Finance, gérant et dépositaire de F.C.P., à payer à titre de dommages et intérêts aux sociétés du groupe Guyomarc'h une certaine somme comprenant, pour réparer la perte éprouvée du fait des fautes commises, notamment le montant des commissions que ces derniers ont dû acquitter, « peu important que les versements aient été faites à des intermédiaires dès lors qu'ils ont constitué pour les intéressés un appauvrissement... ».

Dans leur pourvoi (E. 00-16.242), les sociétés C.L.C. Bourse et G.P.K. France critiquent cette décision en soutenant, d'une part, que l'appauvrissement des sociétés du groupe Guyomarc'h par le paiement des commissions à des intermédiaires (les sociétés C.B.O.T. et S.A.P.) trouvait sa cause dans l'intervention, sur une base contractuelle, de ces derniers, au titre de l'achat et de la vente de parts de F.C.P. et, d'autre part, que la Cour d'appel ne pouvait pas statuer, comme elle a fait sur ce point, sans constater au préalable que les commissions versées à S.A.P. et C.B.O.T. étaient la contrepartie d'une garantie d'imputation effective de crédit d'impôt (2^e moyen du pourvoi).

De même, la Cour d'appel a condamné la C.D.R. Créances, venant aux droits de la S.N.B.E., elle-même venant aux droits de la Financière Colbert, à payer, à titre de dommages et intérêts, à la société Rhône-Poulenc une certaine somme comprenant notamment le montant des commissions versées par celle-ci et qui ont été « très largement supérieures à celles qui étaient statutairement ou réglementairement autorisées », soit 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. Signalons que la société Rhône-Poulenc n'avait pas sollicité le paiement, à titre de réparation, des impositions et pénalités fixées par la transaction conclue avec l'administration.

Dans son pourvoi (H. 00-16.244), la C.D.R. Créances invoque notamment le fait que la charge de la preuve contraire de l'absence de dépassement du pourcentage des commissions doit être supportée, par un renversement contestable, par le dépositaire du

F.C.P. et qu'en raison de la liberté des frais et commissions instaurée par l'article 63 de la loi du 17 juin 1987 qui a abrogé le plafonnement prévu à l'article 18 de la loi du 13 juillet 1979, comme il a été ci-dessus rappelé, le mode de détermination et le montant maximum des versements litigieux devait être fixé par le règlement des F.C.P. (3^e moyen).

En revanche, lorsque les porteurs de parts ont réclamé dans leurs conclusions, à titre de demande subsidiaire, la restitution des commissions versées aux dépositaires et gérants des F.C.P. (ce fut le cas des sociétés Ha-vas Advertising, Euro R.S.C.G., E.L.M. Leblanc et S.A. Legrand, souscripteurs de parts), la Cour d'appel les a déboutés aux motifs que leurs « conclusions ne formulent expressément aucun moyen de droit propre à justifier la prétention articulée ; que la Cour d'appel ne peut, en application de l'article 954 du nouveau Code de procédure civile, ni suppléer à la carence des parties dans l'exposé de leurs moyens, ni rechercher dans leurs précédentes écritures, ceux qu'elles avaient éventuellement présentés ou invoqués... ».

Mais la Cour d'appel ajoute dans ses arrêts également, et surabondamment aussi, à cette constatation d'une absence de moyen de droit propre à justifier la prétention à la restitution des commissions versées « qu'en admettant, cependant, que la Cour doive y voir l'allégation du défaut de cause du versement des commissions, il y a lieu de relever que l'existence de la cause de l'obligation que comporte un contrat synallagmatique doit s'apprécier au moment de sa formulation ; qu'il est constant que la cause du paiement des commissions par les sociétés (porteurs de parts) était, au moment où se sont formés les contrats, l'achat ou la vente de parts de F.C.P. dont la gestion devait permettre l'obtention des crédits d'impôts, et ce quels que fussent les redressements fiscaux intervenus par la suite... ».

Ces porteurs de parts dans leurs pourvois (M. 00-16.409, J. 00-16.407 et K. 00-16.408) ont critiqué les arrêts ainsi rendus en soutenant notamment que la demande de restitution des commissions versées était justifiée par la méconnaissance par les gérants et dépositaires des F.C.P. concernés de leur obligation de résultat ; ce qui devait, selon eux, entraîner la résolution pour inexécution des contrats passés avec ceux-ci car les commissions avaient 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 (3^e moyen des pourvois).

Les griefs invoqués par les porteurs de parts pour critiquer le rejet de leurs prétentions tendant à la restitution des commissions versées aux gérants et dépositaires des F.C.P. se heurtent à la pertinence de la constatation par la Cour d'appel de l'absence de moyen de droit invoqué par les sociétés à l'appui de leur demande. Les arrêts sont parfaitement conformes aux dispositions de l'article 954 du nouveau Code de procédure civile modifiées

par le décret du 28 décembre 1998, à la jurisprudence et à la doctrine subséquentes. Le doyen A. Perdriau notamment précise à l'attention du juge de cassation que « sont instituées et rendues obligatoires dans les procédures pour lesquelles l'instruction est écrite, des conclusions qui, à la fois, seront « dernières » en ce sens qu'elles se substitueront à celles qui les auraient précédées, et « qualificatives », en ce qu'elles énonceront les règles de droit invoquées » (J.C.P. 1999. I. 115, n° 18, p. 408).

Par ailleurs, dans ses mémoires en défense la C.D.R. Créances invoque, pour critiquer les griefs des porteurs de parts sur ce point, une argumentation qui mérite d'être accueillie : la Cour d'appel a fait droit à la demande principale des porteurs de parts en retenant la responsabilité des gérants et dépositaires des F.C.P. et en condamnant ceux-ci au paiement d'une indemnité égale au montant des intérêts de retard et à celui de la majoration fiscale de 20 %, excluant toutefois la réparation du préjudice invoqué du chef du paiement des droits en principal et des pénalités. Elle ne pouvait en conséquence accorder simultanément le bénéfice, même partiellement, des demandes principales et celui des demandes subsidiaires (Cass. civ. 3^e, 31 mai 1978, J.C.P. 1978. IV. 236) ni faire droit cumulativement aux demandes principales et subsidiaires qui étaient présentées de façon alternative (Cass. civ. 2^e, 29 mars 1966, Bull. civ. II, n° 425).

La Cour d'appel invoque aussi à cette occasion, comme il a été exposé, un motif supplémentaire tiré de la cause du paiement des commissions par les porteurs de parts. Il est manifestement superfétatoire et surabondant pour justifier, compte tenu de ce qui précède, le rejet des demandes de restitution des sommes versées aux F.C.P. lors des souscriptions des parts.

Mais il a le mérite de fournir aussi au juge de cassation, juge du contrôle des arrêts attaqués, une référence utile pour l'appréciation des griefs présentés par les gérants et dépositaires, C.L.C. Bourse, G.P.K. France et C.D.R. Créances (pourvois E. 00-16.242 et H. 00-16.244), pour critiquer leur condamnation à payer aux sociétés du groupe Guyomarc'h et Rhône-Poulenc, porteurs de parts, le montant, à titre de réparation, des commissions versées par celles-ci lors des souscriptions de parts.

La cause du paiement des commissions par les souscripteurs était, au moment où se sont formés les contrats, l'achat ou la vente de parts de F.C.P. Les souscriptions ou la revente des parts était donc l'unique objet contractuel des rapports entre les sociétés souscriptrices et les gérants et dépositaires des F.C.P. et justifiaient le versement des commissions litigieuses.

De ce point de vue, les griefs invoqués par les sociétés C.L.C. Bourse, G.P.K. France et C.D.R. Créances pour critiquer leur condamnation au paiement, à titre de réparation, du montant des commissions versées par les porteurs de parts seraient fondés et, partant, entraîneraient la censure partielle des arrêts attaqués sur ce point, la Cour d'appel ayant considéré que les conséquences dommageables des fautes commises par les gérants et dépositaires comprennent aussi, dans la perte éprouvée par les sociétés souscriptrices, le montant des commissions qu'elles ont versées.

Mais cette cassation partielle n'est pas plausible au regard des constatations et appréciations souveraines faites par les juges du fond pour établir le fonctionnement irrégulier et le non-respect des obligations des F.C.P. et par suite les fautes et manquements commis par leurs gérants et dépositaires et générateurs du préjudice invoqué par les porteurs de parts.

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 (la Cour a constaté que les gérants et dépositaires n'avaient, d'une manière générale, fourni aucune information ou document sur le fonctionnement des F.C.P. concernés) participent de la non-conformité du fonctionnement des « fonds turbo » au regard des règles légales, réglementaires et statutaires qui régissent les F.C.P.

Conçus par leurs gérants et dépositaires pour un objectif exclusivement fiscal, les « fonds turbo » sont des « machines » à émettre des certificats de crédits d'impôt dont l'imputation par les porteurs de parts sur leur impôt sur les sociétés est inopposable à l'administration car ils sont illégaux au regard des dispositions de la loi du 13 juillet 1979 et de plus, comme il est démontré dans le cadre du contentieux tant fiscal que civil, ont été délivrés dans le cadre d'un fonctionnement irrégulier et d'un non-respect des obligations des F.C.P. concernés. Les souscriptions ou rachats des parts en violation de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979, selon lequel « à tout moment, les souscriptions sont reçues et les rachats effectués » 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, Gaz. Pal. 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. 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).

L'appel aux souscriptions et aux rachats massifs de parts ainsi que le versement des commissions qui en résultent durant les périodes de dilatation s'incluent dans la mise en oeuvre par les gérants et dépositaires du montage des « fonds turbo » créés par eux dans un but exclusivement fiscal. Le versement des commissions au profit des F.C.P. lors des souscriptions des parts n'est pas détachable de l'ensemble des opérations conçues par les gérants et dépositaires dans un but exclusivement fiscal et en contravention avec l'objet et la nature de ces fonds.

La constatation du dépassement du pourcentage maximum du montant des commissions en violation soit de l'article 8 de l'arrêt du 28 septembre 1979 soit du règlement intérieur de chaque F.C.P. depuis la loi du 17 juin 1987, établit aussi 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 », entraînant ainsi pour les porteurs de parts la perte du gain fiscal qu'ils escomptaient.

Cette motivation rappe-lée, qui figure dans l'arrêt R.G. 1998/26306 (pourvoi H. 00-16.244 de la société C.D.R.), justifie tant la condamnation au paiement des commissions à titre de réparation au profit de la S.A. Rhône-Poulenc que celle prononcée en faveur des sociétés du groupe Guyomarc'h au même titre.

En conséquence, les griefs des gérants et dépositaires (C.L.C. Bourse, G.P.K. France et C.D.R. Créances, pourvois E. 00-16.242 et H. 00-16.244) ne peuvent être accueillis, la Cour d'appel ayant légalement fondé sa décision sur ce point.

3. Sur l'absence d'actions subrogatoires des porteurs de parts et le rejet de leurs griefs

Les articles 13 et 28 de la loi du 13 juillet 1979 prévoient une responsabilité pénale et civile classique pour les gérants et dépositaires envers les tiers ou envers les porteurs de parts soit pour des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux F.C.P., soit pour des violations du règlement prévu à l'article 16 (ce règlement doit prévoir des stipulations obligatoires déterminées par décret), soit pour leurs fautes.

Ces articles, pas plus que l'article 79 de l'annexe II au C.G.I. selon lequel « les établissements payeurs autres que les sociétés ou collectivités débitrices sont déchargés de toute responsabilité quant au montant de l'avoir fiscal ou du crédit d'impôt délivré par eux lorsque ce montant correspond à celui qui leur est notifié par lesdites sociétés ou

collectivités... », n'organisent une responsabilité spécifique des gérants ou dépositaires des F.C.P. envers le Trésor. Ils ne peuvent ainsi se substituer aux souscripteurs pour rembourser en leur lieu et place le montant des crédits d'impôt par imputation sur l'imposition personnelle de ces contribuables.

C'est donc à juste titre que la Cour d'appel a rejeté le recours subrogatoire des souscripteurs au motif que ceux-ci n'étaient pas subrogés dans les droits du Trésor public car les gérants et dépositaires des F.C.P. n'étaient pas personnellement tenus au paiement de la dette d'impôt de ces contribuables.

V. En conclusion

En résumé des développements précédents, il résulte ce qui suit :

Pour les faits et la période concernés par les procédures examinées, les F.C.P. sont régis par la loi du 13 juillet 1979 comme étant des instruments de gestion collective de l'épargne.

Le F.C.P. est une copropriété de valeurs mobilières issues de souscriptions de parts constitutives d'apports de capitaux.

Ces souscriptions sont reçues « à tout moment », de même que les rachats de parts.

Les produits des actifs compris dans les F.C.P. sont mis en distribution entre les porteurs de parts dans les quatre mois suivant la clôture de chaque exercice au prorata de leurs droits dans ces fonds.

Ces sommes ou valeurs réparties constituent des revenus de capitaux mobiliers. Pour éviter qu'ils ne subissent une double imposition (celle supportée par le F.C.P. et celle due par les porteurs de parts), ces revenus sont assortis de crédits d'impôt selon les règles des articles 158 bis et 119 ter du Code général des impôts relatifs à l'avoir fiscal.

Une instruction fiscale du 13 janvier 1983 applicable aux faits de l'espèce a autorisé, par dérogation à la règle légale selon laquelle le droit à imputation par chaque porteur de parts ne peut excéder celui auquel l'intéressé aurait pu prétendre s'il avait perçu directement sa quote-part des mêmes produits, l'attribution aux parts supplémentaires créées entre la clôture de l'exercice et la date de mise en paiement des produits d'un crédit d'impôt unitaire de même montant que celui alloué aux parts existantes à la clôture de l'exercice.

Cette « mesure d'assouplissement » a provoqué l'incitation à des souscriptions massives de parts entre la date de clôture de l'exercice et la date de mise en distribution des revenus des F.C.P. et même dans les jours précédents cette distribution. Les souscripteurs bénéficiaient

ainsi d'un gain fiscal considérable sous forme de crédits d'impôt qu'ils imputaient sur leur impôt sur les sociétés. La totalité des parts souscrites peu avant cette distribution des produits de l'exercice était ensuite cédée par ces porteurs de parts.

Les pertes subies par le Trésor public ont provoqué des redressements fiscaux sur le fondement de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.

Dans ses avis et décisions le Conseil d'État a estimé que la base légale de ces redressements devait être, non pas l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, mais l'article 199 ter A du Code général des impôts. Il en résultait que, bien que déclarées illégales, les dispositions de l'instruction administrative mises en oeuvre pour attribuer les crédits d'impôts litigieux pouvaient être invoquées par les porteurs de parts pour faire échec aux redressements mais dans la mesure seulement où « l'ensemble des conditions et notamment celle posée au paragraphe 100 (de l'instruction) et relative au fonctionnement normal des fonds, sont remplies ».

Il a été exposé que :

_ au plan du contentieux fiscal, que l'administration a fourni à l'appui des redressements des faits prouvant que les F.C.P. concernés avaient fonctionné de manière irrégulière et en ne respectant pas les conditions qui les régissent. Les porteurs de parts redressés avaient préféré conclure des transactions avec l'administration sur les impositions et les pénalités dues ;

_ au plan du contentieux civil, la Cour d'appel a retenu que le préjudice invoqué par les porteurs de parts avait pour cause directe les manquements et fautes imputables aux gérants et dépositaires du fond du fait de la non-conformité du fonctionnement des F.C.P. et de la délivrance en conséquence aux porteurs de parts de certificats de crédits d'impôts qui n'avaient pas permis aux souscripteurs de bénéficier des dispositions fiscales relatives aux parts de F.C.P., établissant ainsi que les gérants et dépositaires, débiteurs d'une obligation de résultat, n'avaient pas démontré qu'ils avaient rempli celle-ci. La Cour d'appel a néanmoins limité les conséquences de ses constatations en excluant le paiement, à titre de réparation, du montant des impositions et pénalités payées par les porteurs de parts et partiellement réduites par les transactions intervenues. Elle a aussi accordé dans deux des arrêts attaqués le remboursement, à titre de réparation, des commissions versées aux F.C.P. par les souscripteurs de parts dans le cadre du montage des « fonds turbo ».

Sur les questions examinées : il est permis de conclure :

_ au caractère non fondé de tous les moyens présentés par les gérants et dépositaires des fonds communs de placement et au rejet de leurs pourvois en cassation ;

_ au 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 ;

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

_ J. 00-16.407 de la S.A. E.L.M. Leblanc,

_ K. 00-16.408 de la S.A. Legrand,

_ M. 00-16.409 de la S.A. Havas Advertising et de la S.A. Euro R.S.C.G. France,

_ E. 00-16.242 des sociétés du groupe Guyomarc'h (pourvoi incident subsidiaire).

En conséquence, c'est un avis de cassation partielle des arrêts, avec renvoi, qui vous est proposé par le ministère public.

*

Cass. com., 24 septembre 2002 :

Société C.D.R. c/ Société Euro R.S.C.G. France et a.

(pourvois n^{os} D 00-16.241 et M 00-16.409 ; arrêt n^o 1489 FS-D)

La Cour :

(...)

Mais, sur la première branche du premier moyen du pourvoi n^o 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 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, 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 ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes des sociétés Havas advertising, Euro R.S.C.G. France et C.D.R. créances au titre des pourvois n° M 00-16.409 et n° D 00-16.241 ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

(...)

Cass. com., 24 septembre 2002 :

Société G.P.K. Finance et a. c/ Société Guyomarc'h alimentaire et a.

(pourvoi n° E 00-16.242 ; arrêt n° 1490 FS-D)

La Cour :

(...)

Mais, sur la première branche du deuxième moyen du pourvoi principal :

Vu les articles 1147 et 1151 du Code civil ;

Attendu que pour condamner solidairement les sociétés G.P.K. Finance et C.L.C. Bourse à payer aux sociétés du « groupe » Guyomarc'h une certaine somme correspondant pour partie au montant des commissions que ces dernières indiquaient avoir versées, la Cour d'appel, après avoir interprété cette demande comme une demande indemnitaire, puis rappelé que les conséquences dommageables qui résultent des fautes commises s'entendent de la perte éprouvée, a considéré qu'en l'espèce, celle-ci comprenait notamment le montant des commissions que les sociétés souscriptrices avaient dû acquitter, peu important que les versements aient été faits à des intermédiaires dès lors qu'ils avaient constitué, pour les intéressés, un appauvrissement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'appauvrissement subi par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h à concurrence des commissions, dont il importe peu qu'elles aient été versées à des intermédiaires, trouvait sa cause dans l'achat et la vente des parts de fonds communs de placement, opérations dont l'exécution n'est pas contestée, et ne constituait pas une suite immédiate et directe de l'inexécution par les gérants et dépositaires des fonds de leur obligation de délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et, sur le premier moyen du pourvoi incident subsidiaire, pris en sa première branche :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande d'indemnisation présentée par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h 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 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 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, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a condamné les sociétés C.L.C. Bourse et G.P.K. Finance à payer, à titre de dommages et intérêts, aux sociétés Guyomarc'h alimentaire, Royal canin, Guyomarc'h nutrition animale, devenue Evalidis, et Diana ingrédients, une somme déterminée en retenant le montant des commissions versées par ces dernières, et en ce qu'il a débouté celles-ci 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 propres dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes des sociétés G.P.K. Finance, C.L.C. Bourse, des sociétés du « groupe » Guyomarc'h, et des sociétés C.B.O.T. et S.A.P. ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

(...)

Cass. com., 24 septembre 2002 :

Société C.D.R. Créances c/ Société E.L.M. Leblanc et a.

(pourvois n^{os} F 00-16.243 et J 00-16.407, arrêt n^o 1491 FS-D)

La Cour :

(...)

Mais, sur la première branche du premier moyen du pourvoi principal n° J 00-16.407 formé par la société E.L.M. Leblanc :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande d'indemnisation présentée par la société E.L.M. Leblanc à concurrence du gain fiscal dont elle a été privée par la remise en cause par l'administration de la valeur libératoire des crédits d'impôt qui lui avaient été transférés par les fonds communs de placement, la Cour d'appel a considéré que celle-ci, qui stigmatisait dans ses écritures le caractère irrégulier de la gestion de ces fonds en ce qu'elle avait un objectif exclusivement fiscal, n'établissait pas que s'ils avaient fonctionné conformément à leur nature et dans des conditions régulières, ils auraient été aptes à lui 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 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, 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 principal n° J 00-16.407 formé par la société E.L.M. Leblanc :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté la société E.L.M. Leblanc de ses prétentions relatives à l'indemnisation du préjudice qu'elle invoquait 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 propres dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes des sociétés E.L.M. Leblanc, C.D.R. Créances, Banque de marchés et d'arbitrage, Chauchat développement B.M.A. gestion, Cofonca, Zurich international France, de MM. Mourgue d'Algue, Bernard Fisch, Raymond Fisch et de M^{me} Riffier, ès qualités, formées au titre des pourvois principaux et incidents ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

(...)

Cass. com., 24 septembre 2002 :

Société C.D.R. Créances c/ Société Rhône-Poulenc

(pourvoi n° H 00-16.244 ; arrêt n° 1492 FS-D)

La Cour :

(...)

Sur le premier moyen, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société C.D.R. Créances fait grief à l'arrêt d'avoir infirmé le jugement en la condamnant à payer à la société Rhône-Poulenc une certaine somme à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1) qu'il était acquis aux débats que la société Rhône-Poulenc s'est vue 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'elle a reconnu dans la transaction signée avec l'administration ; que la société C.D.R. Créances 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 la société Rhône-Poulenc et l'administration fiscale a emporté renonciation de la première à contester le redressement effectué 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 Rhône-Poulenc de la possibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ces 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, le dépositaire du fonds ne pouvait être condamné 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 la société Rhône-Poulenc 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 communs de placement la majoration fiscale de 20 % réglée par la société Rhône-Poulenc en raison de l'abus de droit commis par cette dernière, la Cour d'appel a méconnu le principe de la personnalité des peines, violant ainsi l'article 121-1 du nouveau Code pénal, ensemble les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, et a intégré dans les dommages-intérêts un chef de dommage ne 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 la société Rhône-Poulenc trouve son origine dans le redressement qui, quel que soit son fondement, lui a été notifié par l'administration fiscale ; que la transaction, signée entre cette société et l'administration, sans emporter reconnaissance d'un quelconque abus de droit, 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 la société Rhône-Poulenc n'aurait eu de chance de succès, que dans la mesure où celle-ci aurait 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, seuls détenteurs de ceux-ci, elle avait 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 la société Rhône-Poulenc consécutivement au manquement qu'elle a estimé avoir été commis par le dépositaire des fonds communs de placement auprès desquels Rhône-Poulenc avait souscrit des parts, a pu considérer, sans méconnaître les dispositions visées par la quatrième branche du moyen, que le préjudice indemnisable de Rhône-Poulenc devait tenir compte de l'appauvrissement qu'elle avait 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, pris en ses deux branches :

Attendu que la société C.D.R. Créances fait également grief à l'arrêt d'avoir infirmé le jugement en la condamnant à payer à la société Rhône-Poulenc une certaine somme à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1) que les gérants et dépositaires d'un fonds commun de placement s'engagent 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 le dépositaire avait l'obligation de résultat, par la délivrance d'un certificat de crédits 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 et 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, ils s'engagent notamment, ainsi que le précise le moyen lui-même, à transférer aux souscripteurs les crédits d'impôts 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 le dépositaire d'un fonds commun de placement était tenu 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 ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société C.D.R. Créances fait encore grief à l'arrêt d'avoir infirmé le jugement en la condamnant à payer à la société Rhône-Poulenc une certaine somme à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1) que l'article 63 de la loi du 17 juin 1987 avait abrogé la loi du 13 juillet 1979 en son article 18 et instauré ainsi la liberté des frais et commissions, dont le mode de détermination et le montant maximum devait en conséquence être fixé par le règlement des fonds communs de placement ; qu'en énonçant que le dépositaire ne rapporte pas la preuve, qui lui incomberait, que le montant de la rémunération effectivement perçue par les fonds n'aurait pas excédé le pourcentage de 4 % prescrit par l'article 18 de la loi du 13 juillet 1979 et 8 de l'arrêté du 28 septembre 1979, la Cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 18 de la loi du 13 juillet 1979 et

8 de l'arrêté du 28 septembre 1979 ; et qu'en toute hypothèse, en ne recherchant pas fonds par fonds si le montant des commissions n'excédait pas le plafond statutaire, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 63 de la loi du 17 juin 1987, ensemble l'article 1134 du Code civil ;

2) qu'en toute hypothèse en énonçant que le dépositaire ne rapporte pas la preuve, qui lui incomberait, de ce que le montant de la rémunération effectivement perçue par les fonds n'aurait pas excédé le pourcentage statutaire, ou même celui réglementairement prescrit de 4 %, pour en déduire que les fonds n'avaient pas fonctionné dans des conditions conformes aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve, violant ainsi l'article 1315 du Code civil ;

3) que l'exposante produisait les règlements des fonds communs de placement qui prévoyaient une commission de souscription de 3 % sur le montant des investissements et une commission de rachat de 3 % de la valeur de rachat dont 0,5 % acquis au fonds ; qu'elle faisait valoir qu'une commission de 123.586.000 F a été versée, soit 13.310.000 F (0,5 % de la valeur de rachat des parts de 2.662.006.000 F) et 110.276.000 F, comme inférieure au pourcentage prévu, ce dont il résultait de la pièce 11 produite par Rhône-Poulenc ; qu'en considérant que l'exposante ne rapportait pas la preuve de ce que le montant de la rémunération n'aurait pas excédé le pourcentage statutaire, ou même celui réglementairement prescrit de 4 %, la Cour d'appel a violé ensemble les articles 1315 et 1134 du Code civil, 18 de la loi du 13 juillet 1979 et 8 de l'arrêté du 28 septembre 1979 ;

Mais attendu qu'il appartenait au dépositaire des fonds communs de placement concernés, tenu 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'il avait exécuté celle-ci ; que, dès lors, la Cour d'appel a exactement retenu qu'il se devait 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'impôts transférés aux porteurs de part avaient été respectées ; qu'ainsi, au vu des différents éléments qui lui ont été soumis, la Cour d'appel a pu estimer que la société C.D.R. Créances n'établissait pas que le montant de la rémunération perçue par les fonds en cause n'aurait pas excédé le pourcentage statutairement fixé, de sorte que l'arrêt se trouve justifié par ces seuls motifs, abstraction faite du motif surabondant dont fait état la première branche du moyen ; que celui-ci n'est fondé en aucune de ses branches.

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(...)

Cass. com., 24 septembre 2002 :

Société GPK Finance et a. c/ Société Legrand et a.

(pourvois n^{os} G 00-16.245, K 00-16.408, K 00-17.443, A 00-17.503 ; arrêt n^o 1493 FS-P)

La Cour :

(...)

Mais, sur la première branche du premier moyen du pourvoi principal n^o K 00-16.408 formé par les sociétés du « groupe » Legrand :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que, pour rejeter la demande d'indemnisation présentée par les sociétés du « groupe » Legrand 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 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, 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 principal n^o K 00-16.408 formé par les sociétés du « groupe » Legrand :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté les sociétés du « groupe » Legrand 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 propres dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes des sociétés du « groupe » Legrand, des sociétés G.P.K. Finance, C.L.C. Bourse, C.D.R. Créances, Banque de marché et d'arbitrage (B.M.A.), Chauchat développement B.M.A. Gestion, Banque Lehman Brothers, Banque d'Orsay et Orsay gestion, et de la société Conception bureautique et organisation du travail (C.B.O.T.), formées au titre des pourvois principaux et incidents ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

(...)