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.

NDLR. – Cf. ci-après § 101, concl. de M. l'Avocat général M.-A. LAFORTUNE.

101. FONDS TURBO. – Fonds communs de placement (FCP). Responsabilité des gérants et dépositaires.

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 FCP, le gérant s'engage néanmoins à transférer aux souscripteurs les crédits d'impôts attachés aux revenus distribués, calculés et déterminés selon les textes fiscaux en vigueur.

En outre, 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 s'assurer que les opérations qu'il effectue sont conformes à la législation.

En conséquence, ils 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 correspondantes, ainsi qu'à la charge de la preuve qu'ils ont bien exécuté leur obligation.

Les souscriptions effectuées volontairement par les souscripteurs ne sont pas de nature à exonérer les personnes tenues de faire fonctionner les FCP conformément à la loi.

En revanche, ils ne sont pas tenus à réparer l'appauvrissement subi par les souscripteurs à concurrence des commissions, dont il importe peu qu'elles aient été versées à des intermédiaires, puisque celui-ci trouve 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 constitue 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 demande d'indemnisation présentée par les souscripteurs à concurrence du gain fiscal manqué ne peut être rejetée pour manque de caractérisation alors que les gérants et dépositaires sont tenus à une obligation de résultat et sont seuls responsables des choix et modalités de fonctionnement des FCP.

Cass. com., 24 septembre 2002, n° 1490 FS-D
GPK Finance et autres c/ Sté Guyomarc'h Alimentaire et autres

LA COUR. – *Statuant tant sur le pourvoi principal formé par les sociétés GPK Finance et CLC Bourse, que sur les pourvois incident et incident subsidiaire relevés par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h* :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Ch. com., 1er décembre 1998, n° 2005 P), que, par souci de simplification de la gestion des fonds communs de placement (FCP), l'administration fiscale a, dans une instruction du 13 janvier 1983, autorisé ceux-ci à procéder à un réajustement de la masse des crédits d'impôt attachés aux produits perçus par le fonds au titre d'un exercice donné à raison des valeurs mobilières par lui détenues, afin de permettre, lors de la répartition desdits produits, le transfert, aux porteurs de parts du fonds, d'un crédit d'impôt unitaire de même montant pour chacune des parts de celui-ci, indépendamment de la date de leur souscription entre l'ouverture de cet exercice et la répartition des produits devant intervenir dans un délai de quatre mois à compter de la clôture du même exercice ; que cette mesure, qui avait pour effet de créer des crédits d'impôt ne correspondant à aucune retenue préalable au profit du Trésor public, à concurrence de la différence entre la masse des crédits d'impôt transférée par le FCP aux porteurs de parts et la masse des crédits d'impôt réellement délivrés au FCP par les émetteurs des valeurs mobilières détenues au sein du fonds, a été détournée de son objectif initial, par la multiplication des souscriptions de parts dans les jours précédant la répartition des produits, dans l'unique but de créer artificiellement des crédits d'impôt supplémentaires au profit des entreprises souscriptrices, qui cédaient ces parts immédiatement après la répartition, mais étaient ainsi en mesure d'imputer les crédits d'impôt attachés aux produits qu'elles avaient perçus, sur l'impôt dont elles étaient elles-mêmes redevables ; que l'administration fiscale a décidé de mettre un terme à cette pratique et a procédé à des contrôles auprès des souscripteurs de parts de FCP ayant bénéficié de crédits d'impôt pour un montant important ; que des redressements ont ainsi été notifiés, en 1990 et 1991, sur le fondement de la procédure de l'abus de droit, à quatre sociétés du « groupe » Guyomarc'h : Guyomarc'h alimentaire, Royal canin, Guyomarc'h nutrition animale, devenue Evialis, et Diana ingrédients, qui, en 1987 et 1988, avaient souscrit, par l'intermédiaire des sociétés Conception bureautique et organisation du travail (CBOT) et auxiliaire de participation (SAP), des parts de FCP, dont la société de bourse Gorgeu Perquel Krucker (GPK), aujourd'hui dénommée CLC Bourse, était dépositaire, et la société Gestion patrimoniale et financière (GPF), devenue GPK Finance, la gérante ; qu'après avoir transigé avec l'administration fiscale, les sociétés du « groupe » Guyomarc'h ont assigné les sociétés GPK, GPF, SAP et CBOT en remboursement du montant des crédits d'impôt dont l'imputation leur avait été refusée par l'Administration, des pénalités fiscales qu'elles devaient, par conséquent, supporter et des commissions qu'elles avaient versées ; que par jugement du 6 juillet 1994, rectifié le 7 décembre 1994, le tribunal de commerce a condamné SAP et GPK, d'une part, et CBOT et GPK d'autre part, à payer certaines sommes au « groupe » Guyomarc'h ; que la cour d'appel ayant infirmé cette décision, par arrêt du 16 janvier 1996, en rejetant les demandes du « groupe » Guyomarc'h, celui-ci s'est pourvu en cassation ; que, par décision du 1er décembre 1998, l'arrêt de la cour d'appel a été cassé dans toutes ses dispositions, et la cause et les parties renvoyées devant la même cour ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses trois branches :

Attendu que GPK Finance et CLC Bourse font grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts aux sociétés du « groupe » Guyomarc'h, alors, selon le moyen :

1° qu'il était acquis aux débats que les sociétés redressées du « groupe » Guyomarc'h se sont vues 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'elles ont reconnu dans la transaction signée avec l'Administration ; que les demanderesses au pourvoi faisaient valoir que ce dommage se serait ainsi nécessairement produit, quel que soit le fonctionnement régulier ou non des FCP ; 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 les transactions signées entre les sociétés du « groupe » Guyomarc'h et l'administration fiscale ont emporté renonciation des premières à contester les redressements effectués sur le fondement de l'abus de droit qui lui était reproché ; qu'en constatant l'existence de la transaction et en considérant néanmoins que le fonctionnement irrégulier des fonds communs de placement aurait privé le « groupe » Guyomarc'h de la possibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles 2052 et 1147 du Code civil ;

3° qu'à supposer que les fonds communs de placement n'aient pas régulièrement fonctionné, les gérants et dépositaires ne pouvaient être condamnés que s'il en découlait directement un préjudice certain ; qu'en l'espèce, il n'était pas certain qu'en l'absence de transaction, l'Administration aurait privé les sociétés du « groupe » Guyomarc'h 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 ;

Mais attendu, que le préjudice invoqué par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h trouve son origine dans les redressements qui, quel que soit leur fondement, leur ont été notifiés par l'administration fiscale ; que la transaction, signée entre ces sociétés et l'Administration, n'a eu pour effet que de mettre fin à un contentieux sur le bien-fondé de ces redressements, dont l'issue n'était pas certaine, en contrepartie d'une réduction importante du montant des sommes réclamées ; que compte tenu de l'avis et des décisions du Conseil d'État des 8 avril 1998, et 26 octobre 2001, il apparaît qu'en l'absence d'une telle transaction, et malgré la renonciation de l'Administration à se prévaloir, dans cette hypothèse, de la procédure de répression des abus de droit, la contestation du redressement engagée par les sociétés Guyomarc'h n'aurait eu de chance de succès, que dans la mesure où celles-ci auraient été en droit d'opposer à un redressement, dès lors fondé sur l'article 199 *ter* A du Code général des impôts par substitution de base légale, les dispositions de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales, ce qui n'aurait été le cas, que si, grâce aux éléments recueillis auprès des fonds communs de placement concernés, seuls détenteurs de ceux-ci, elles avaient pu combattre les affirmations de l'administration fiscale en montrant que ces fonds avaient fonctionné en respectant les conditions auxquelles l'instruction 4 K-1-83 du 13 janvier 1983 subordonnait, dans son article 100, le bénéfice de l'interprétation qu'elle donnait ; que dès lors, la cour d'appel, qui a retenu que les fonds communs de placement en cause ne pouvaient être regardés comme ayant fonctionné dans des conditions conformes aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires qui leur étaient applicables, a pu décider que la transaction n'avait pas rompu le lien de causalité et qu'elle ne pouvait être regardée comme la cause du dommage invoqué ; qu'ainsi,

§ 101

la cour d'appel a légalement justifié sa décision sans méconnaître les dispositions visées par le moyen ; que celui-ci n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen du pourvoi principal, pris en ses deux branches :

Attendu que GPK Finance et CLC Bourse font encore grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts aux sociétés du « groupe » Guyomarc'h, alors, selon le moyen :

1° que le gérant d'un fonds commun de placement s'engage à placer les capitaux apportés par les souscripteurs, à répartir entre ces derniers, dans le respect des règles légales, réglementaires et statutaires, les produits des valeurs mobilières possédées en portefeuille et de leur transférer les crédits d'impôt attachés aux revenus distribués, calculés et déterminés suivant les textes fiscaux en vigueur ; que la délivrance des crédits d'impôt est une obligation accessoire et mécanique à la répartition des revenus ; qu'en considérant que les gérant et dépositaire avaient l'obligation de résultat, par la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt, de permettre au souscripteur de bénéficier des dispositions fiscales dérogatoires permettant l'imputation du crédit d'impôt, la cour d'appel a méconnu l'objet du fonds commun de placement et l'obligation des gérant et dépositaire, violant ainsi les articles 11, 13 et 26 de la loi du 13 juillet 1979 et l'article 1147 du Code civil ;

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

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

§ 101

Sur le quatrième moyen du pourvoi principal, pris en ses quatre branches :

Attendu que GPK Finance et CLC Bourse font ensuite grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts aux sociétés du « groupe » Guyomarc'h, alors, selon le moyen :

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

2° que les gérants et dépositaires des fonds communs de placement avaient expressément opposé aux sociétés du « groupe » Guyomarc'h qu'aucune disposition ne leur faisait obligation de recevoir des souscriptions antérieurement à la clôture de l'exercice ; qu'en considérant qu'ils ne rapportaient pas la preuve de ce que les souscriptions ont pu intervenir à tout moment, la cour d'appel a violé les dispositions des articles 1315 du Code civil et 7 de la loi du 13 juillet 1979 ;

3° que l'arrêt énonce que les sociétés CLC Bourse et GPK Finance sont muettes sur la méconnaissance des dispositions réglementaires et prudentielles relatives à la détention de liquidités alléguée par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h ; qu'il résulte cependant des conclusions des exposantes qu'elles avaient au contraire soutenu que la détention de liquidités était parfaitement conforme aux dispositions légales et réglementaires et à l'instruction du 13 janvier 1983 et qu'elle était nécessitée par l'obligation de permettre aux souscripteurs de revendre à tout moment les parts détenues ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a dénaturé les conclusions des exposantes, violant ainsi l'article 1134 du Code civil ;

4° qu'en énonçant que les sociétés CLC Bourse et GPK Finance n'apportent pas la preuve, qui leur incomberait que les dispositions invoquées par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h ont été par elles respectées, pour en déduire qu'elles avaient failli à leur obligation, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, violant ainsi l'article 1315 du Code civil ;

Mais attendu qu'il appartenait aux gérants et dépositaires des fonds communs de placement, tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination, de rapporter la preuve qu'ils avaient exécuté celle-ci ; que dès lors, la cour d'appel a exactement retenu qu'ils se devaient de démontrer que les conditions auxquelles l'article 100 de l'instruction 4 K-1-83 du 13 janvier 1983 subordonnait le bénéfice de la mesure d'assouplissement génératrice de la majeure partie des crédits d'impôt transférés aux porteurs de parts avaient été, par eux, respectées ; qu'ainsi, au vu des différents éléments qui lui ont été soumis, et hors toute dénaturation, la cour d'appel a pu estimer que les gérants et dépositaires des fonds ne démontraient pas que les souscriptions n'avaient pas excédé le plafond statutaire de 100 MF, ni que les fonds Danae 3 et Danae 11 n'avaient pas méconnu les dispositions législatives relatives à l'enregistrement des « coupons courus », à « l'interdiction d'emprunter », ainsi que les dispositions réglementaires et prudentielles relatives à la détention de liquidités et à la division des risques, et que la preuve n'était pas rapportée que les souscriptions aux fonds communs de placement concernés par le litige avaient pu intervenir à tout moment ; qu'en l'état de ses énonciations et appréciations, et dès lors que, même si cette possibilité de souscription à tout moment, consacrée par l'article 7 de la loi du 13 juillet 1979, n'exclut pas des souscriptions entre la clôture de l'exercice comptable et la date de répartition des produits encaissés au cours de celui-ci, l'absence de recherche de souscriptions autres que celles des fondateurs du fonds

commun de placement avant l'encaissement par celui-ci de tous les produits du portefeuille au titre d'un exercice donné, puis la multiplication de telles souscriptions entre cette date et la distribution desdits produits, est contraire à la nature même du fonds, qui suppose, lorsqu'il fonctionne normalement, une répartition au profit de tous les souscripteurs de produits résultant majoritairement de leurs investissements en capital dans le fonds au cours de l'exercice comptable, et non une répartition de produits provenant pour l'essentiel d'une transformation artificielle de capital en revenus, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, pris en ses deux branches :

Attendu que les sociétés du « groupe » Guyomarc'h font grief à l'arrêt d'avoir fixé au jour du prononcé de l'arrêt le point de départ des intérêts dus sur les sommes que CLC Bourse et GPK Finance ont été condamnées à leur payer, alors, selon le moyen :

1° que dans leurs conclusions récapitulatives signifiées le 13 décembre 1999, elles avaient indiqué que le point de départ des intérêts afférents aux sommes dues par les banques devait être fixé à la date du paiement de ces sommes à l'administration fiscale ; qu'aucune des parties au litige n'a contesté le point de départ ainsi invoqué ; qu'en fixant le point de départ de ces intérêts à une date différente de celle figurant dans leurs conclusions et non contestée par leurs adversaires, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

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

Mais attendu que la cour d'appel, saisie d'une action en responsabilité civile, et qui se devait, par conséquent, d'apprécier l'existence et l'importance du dommage invoqué par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h avant de pouvoir fixer le montant des dommages et intérêts pouvant leur être alloué, a, à bon droit, décidé, sans méconnaître les dispositions visées par le moyen, que les sommes ainsi déterminées porteraient intérêts au taux légal à compter de sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen du pourvoi incident subsidiaire, pris en ses deux branches :

Attendu que les sociétés du « groupe » Guyomarc'h reprochent à l'arrêt d'avoir infirmé la décision des premiers juges en ce qu'elle retenait la responsabilité des sociétés SAP et CBOT, et d'avoir rejeté leurs demandes tendant à la condamnation solidaire des sociétés GPK, CLC, SAP et CBOT à leur restituer intégralement le montant des commissions augmentées des intérêts à compter des dates de paiement, ou subsidiairement des assignations, alors, selon le moyen :

1° que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt qui ne répond pas aux conclusions d'appel faisant valoir l'absence de toute prestation effective des intermédiaires SAP et CBOT ;

2° que prive sa décision de toute base légale au regard de l'article 1131 du Code civil, la cour d'appel qui s'abstient de rechercher, comme elle y était invitée par les conclusions d'appel, si, au jour de la signature du contrat, la contrepartie offerte par les sociétés GPK-GPF-SAP et CBOT était fallacieuse ou chimérique en raison de la nullité pour contrariété à l'ordre public desdites conventions ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé que les sociétés du « groupe » Guyomarc'h soutenaient que les sociétés CBOT et SAP, sans consistance ni activités réelles, auraient été créées, sur instructions du directeur général de GPK Gestion, à l'effet de percevoir, en contrepartie des crédits d'impôt certifiés, de substantielles commissions à titre de partage de performance, la cour d'appel a estimé, au vu des éléments qui lui étaient fournis, qu'il s'agissait là de simples allégations non étayées par des moyens de preuves ; qu'elle a, en outre, souligné que l'existence de la cause des obligations que comporte un contrat synallagmatique tel que le contrat de « compte conseillé » souscrit entre les sociétés du « groupe » Guyomarc'h et les sociétés SAP et CBOT devait s'apprécier au moment de sa formation, et elle a relevé à cet égard que la cause du paiement des commissions par le « groupe » Guyomarc'h, au moment où le contrat s'était formé, était l'achat ou la vente par l'intermédiaire de SAP et CBOT de parts de FCP, dont la gestion devait permettre l'obtention des crédits d'impôt, et ce quels que fussent les redressements fiscaux intervenus par la suite ; qu'en l'état de ses constatations et énonciations, la cour d'appel qui a répondu aux conclusions dont elle était saisie, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur la quatrième branche du deuxième moyen du pourvoi principal :

Attendu que GPK Finance et CLC Bourse font encore grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts aux sociétés du « groupe » Guyomarc'h, alors, selon le moyen, qu'en intégrant dans l'indemnisation due par les gérants et dépositaires des fonds commun de placement la majoration fiscale de 20 % réglée par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h en raison de l'abus de droit commis par ces dernières, la cour d'appel a méconnu le principe de la personnalité des peines, violant ainsi l'article 121-1 du nouveau Code pénal, ensembles les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et a intégré dans les dommages et intérêts un chef de dommage ne correspondant pas à un intérêt légitime juridiquement protégé, violant ainsi les articles 1147 et 1151 du Code civil ;

Mais attendu 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 subi par les sociétés du « groupe » Guyomarc'h consécutivement au manquement qu'elle a estimé avoir été commis par les gérants et dépositaires des fonds commun de placement auprès desquels ces sociétés avaient souscrit des parts, a pu considérer que le préjudice indemnisable de ces dernières devait tenir compte de l'appauvrissement qu'elles avaient supporté à raison des pénalités fiscales par elles réglées sans méconnaître les dispositions visées par le moyen ; que celui-ci n'est pas fondé ;

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 GPK Finance et CLC 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

§ 101

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 intéressées, 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 commun de placement étaient tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination, et étaient seuls responsables des choix et modalités de fonctionnement des fonds, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS. – Et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a condamné les sociétés CLC Bourse et GPK Finance à payer, à titre de dommages et intérêts, aux sociétés Guyomarc'h alimentaire, Royal canin, Guyomarc'h nutrition animale, devenue Evialis, 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.

§ 101

Conclusions de Monsieur l'Avocat général M.-A. Lafortune

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 (FCP) *. Elles concernent les faits et les personnes suivants.

Les FCP, 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 succédées aux droits du dépositaire et du gérant, la Banque Colbert, puis la CDR Créances à cette dernière.

La société RSCG et associés et la Société Roux, Seguela, Cayzac et Goudard aux droits desquelles viennent respectivement la SA Havas advertising et la SA Euro RSCG France ont souscrit 110 MF de parts de ces FCP et ont obtenu 8,3 MF 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 MF.

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 LPF, en refusant les crédits d'impôts ainsi obtenus et la déductibilité de la perte nette comptable générée d'une part par la comparaison du prix de souscription et de celui de rachat des parts et, d'autre part, par les commissions versées à l'occasion de ces opérations.

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

Les 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 (V. pourvois D.0016241 de la CDR Créances et M.0016409 de Havas Adversiting contre l'arrêt du 29 mars 2000 – RG 1998/13509).

Les parts des FCP Danae 3, Danae 11 et Bugatti dont la société de bourse GPK, devenue CLC Bourse, était dépositaire et la Société Gestion Patrimoniale et Financière (GPF), devenue GPK Finance, la gérante, ont été souscrites en 1987 et 1988 par quatre sociétés du Groupe Guyomarc'h, par l'intermédiaire des sociétés CBOT et SAP qui ont reçu, sons forme de commissions, une rémunération totale d'un montant respectif de 13 429 325,90 francs et de 15 999 436,51 francs en vertu de contrats dits de « compte conseillé ».

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

---

* Seuls les arrêts n°s 1493 FS-P et 1490 FS-D sont reproduits dans ce *Bulletin*.

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 LPF.

Elles ont en définitive transigé avec l'administration fiscale fin 1991 sur le montant des impositions et les pénalités (v. pourvoi E.0016242 de FPK Finance et de CLC Bourse contre l'arrêt du 29 mars 2000 – RG 1998/25390).

Des parts :

– du FCP 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 FCP MBA 8 et MBA 4, dont le dépositaire était la BMA et, la gérante, MBA GESTION,

– du FCP 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 342,8 MF par la Société ELM Leblanc.

Grâce à ces souscriptions, cette société a obtenu 23,2 MF 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 LPF, a notifié à la Société ELM 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 (v. pourvois D.0166243 de la CDR Créances venant aux droits de la Banque Colbert et des Sociétés Colbert et Gestion Colbert et J.0016407 de ELM Leblanc contre l'arrêt du 29 mars 2000 – RG 1998/10603).

Des parts de différents FCP Colbert, dont le dépositaire était la Financière Colbert, aux droits de laquelle vient la CDR Créances, ont été souscrites par la Société Rhône-Poulenc en fin 1988 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 LPF 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 (v. pourvoi H.0016244 de la CDR Créances contre l'arrêt du 29 mars 2000 – RG 1998/26306).

Des parts des FCP suivants :

– FCP ARC II, Hibiscus 1987, ARCI I, Hibiscus 1998 dont le dépositaire était la banque Argil et la gérante, Argil Gestion,

– FCP 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,

– FCP Interextra 1 et Interextra 2, dont le dépositaire était la Banque Saga et la gérante Delta Gestion,

– FCP BMA 3, dont le dépositaire était la Banque de marchés et d'arbitrage (BMA) et la gérante BMA Gestion,

– FCP SL Revenu et Sécurité 3 dont le dépositaire était la banque Shearson Lehman Hutton et la gérante, Shearson Lehman Hutton Gestion,

– FCP Danae 3, dont la société de bourse GPK, devenue CLC Bourse et la gérante, GPK Finance,

ont été souscrites en juillet 1987 et novembre 1988 par la Société Legrand et trois de ses filiales pour plus de 750 MF.

Le groupe Legrand a obtenu, à la suite de ces souscriptions, 54,2 MF 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 MF et 23,7 MF.

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 LPF 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 (v. pourvois G.0016245 de la CDR Créances venant aux droits des sociétés GPK Finances et CLC Bourse, K.0016408 des sociétés du groupe Legrand, K.0017443 de la banque Lehman Brothers, A.0017503 de la banque d'Orsay et de Orsay Gestion contre l'arrêt du 29 mars 2000 – RG 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 FCP 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 (OPCVM).

A) Le régime des FCP conçus comme instruments de gestion collective de l'épargne

L'article 1er 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 (art. 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 (art. 11).

Le FCP 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 souscrites. 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 G. 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... »* [1].

La formule des FCP s'analyse en un contrat entre un souscripteur qui apporte des capitaux, un gérant qui détermine la politique d'investissement et un dépositaire qui conserve les actifs et assure le contrôle de la gestion [2].

Les actions ou obligations détenues par les FCP 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.

Il faut aussi ajouter qu'avant leur mise en distribution, les revenus des titres détenus par le FCP 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 FCP.

---

1. *RJF*, 1998/5, p. 378 et s.
2. *Rép. sociétés Dalloz*, v° « Sociétés FCP », par P. Bézard, n° 6.

Pour éviter que les revenus attachés à chaque part et distribués aux porteurs de parts en tant que *« revenus de capitaux mobiliers »* (art. 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 FCP, 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 SICAV, permettait aux gérants et dépositaires de FCP 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 »* (art. 63 de l'instruction). Il s'agissait, comme l'a dit la Cour des comptes, d'une mesure d'ajustement marginal pour les FCP qui détiennent des valeurs mobilières dans des conditions normales et qui accueillent des souscripteurs à tout moment, soit avant comme après la clôture de l'exercice.

Cette « mesure d'assouplissement » aboutissait à autoriser les responsables des FCP 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 FCP 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 œuvre 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 G. 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... ».*

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, à l'occasion d'un redressement résultant de la non-validité de crédits d'impôts, l'administration aux sociétés Darty et Compagnie parisienne de réescompte [3].

Le FCP « Diversification internationale », géré par la SA Finance Gestion et ayant pour dépositaire la Banque Duménil Leblé, avait clos son exercice le 15 juin 1986 et comptait à ce moment là 1766 parts. Le 13 octobre 1986 ce FCP 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 FCP 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 respectivement de crédits d'impôt de 18,7 MF et 19,9 MF qu'elles pouvaient imputer 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.

Et pourtant 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 l'interprétation donnée par l'instruction administrative des dispositions de la loi du 13 juillet 1979.

L'administration a alors remis en cause l'imputation des crédits d'impôts en se fondant initialement sur le terrain de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales qui régit la procédure de répression des abus de droit pour écarter cette mise en œuvre de la loi contraire à

3. CE, 3e et 8e sous sect., 26 octobre 2001 : *RJF*, 2002/1, p. 57, n° 77 ; *BDCF*, janvier 2002, p. 39 et s., concl. comm. Gouv., S. Austry.

son esprit en raison du but exclusivement fiscal poursuivi par les gérants, dépositaires et porteurs des parts des FCP en outrepassant la portée de l'instruction administrative.

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 (CDMO) et Société Gras-Savoye [4], n'a pas validé les redressements de l'administration fondés sur l'abus de droit en considérant 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 soutenir les redressements en démontrant que les porteurs de parts ne rentraient pas dans les prévisions de l'instruction administrative. 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 FCP.

De même, adoptant cette substitution de base légale, les arrêts du 1er décembre 1998 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont censuré la cour d'appel qui n'avait pas recherché si les FCP en cause avaient 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 [5].

Il faut aussi souligner que, dans le cadre du mécanisme des « fonds turbo », les FCP prélevaient des commissions supérieures à celles autorisées, soit 4 % de la valeur liquidative des parts.

4. CE, 9e sous-sect., 8 avril 1998, n° 189180 : *Bull. Joly Bourse*, 1998, p. 479, § 89, note Ph. Derouin ; *RJF*, 1998/5, p. 359, chron. S. Verclytte et p. 378, n° 563, concl. G. Goulard.
5. Cass. com., 1er décembre 1998, Guyomarc'h alimentaire : *RJF*, 1999/4, p. 282, n° 418 ; *Bull. civ.*, IV, n° 289 ; *Bull. Joly Bourse*, 1999, p. 149, § 43, note Ph. Derouin.

Cette règle était tirée de l'article 8 de l'arrêté du 28 septembre 1979 pris en application de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1979. Le Commissaire du Gouvernement G. Goulard avait précisé que la plupart des FCP 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 réglementaire des commissions perçues par les FCP 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.

Mais il sera tenu compte des mêmes principes dans le cadre du contrôle des arrêts rendus par la cour d'appel et soumis, par les pourvois formés, à la chambre commerciale de la Cour de cassation.

III. Les bases institutionnelles et contractuelles et les conditions du fonctionnement des FCP 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 :

– SA Euro RSCG, venant aux droits de la SA Euro RSCO France,

– SA Havas Advertising,

– Groupe Guyomarc'h (4 sociétés),

– SA ELM Leblanc,

– SA Rhône-Poulenc, actuellement Aventis,

– SA 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 FCP concernés.

Devant les juges du fond elles ont reproché à ceux-ci de leur avoir délivré des certificats d'impôts qui, étant inopposables à l'administration fiscale, 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 FCP ont déjà donné lieu aux arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 1er décembre 1998 à la suite des pourvois formés contre les arrêts prononcés par la cour d'appel de Paris le 16 janvier 1996 (sociétés du groupe Guyomarc'h) et le 31 janvier 1996 (Société Vitogaz). La Cour de cassation a censuré ces deux arrêts qui avaient

rejeté l'action en responsabilité mise en œuvre au motif qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les faits imputés aux gérants et dépositaires des FCP 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 FCP, 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 FCP 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 assujetti à l'impôt et, d'autre part, comporte en son paragraphe 63 une « mesure d'assouplissement ».

Ainsi la Haute assemblée a répondu dans des termes identiques aux visas 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... ».

Le Conseil d'État a émis un avis dans le même sens sur saisine du tribunal administratif d'Orléans [6] 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 (1re ch. A), saisie par les porteurs de parts comme cour de renvoi après les arrêts rendus le 1er 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 :

– SA Banque Colbert c/ SA Havas Advertising,

– SA Guyomarc'h alimentaire (Sagal) et autres c/ SAP et autres,

– SA ELM Leblanc c/ Georges Legrand et autres,

– SA Rhône-Poulenc c/ CDR.

La motivation des arrêts qui conduit à la condamnation des gérants et dépositaires des FCP 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 (art. L. 251 du LPF) ont soutenu que les gérants et dépositaires des FCP 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 FCP 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.

6. Avis et décisions CE n° 192539, 8 avril 1998 : *Rec. CE*, 1998, p. 155 ; *Bull. Joly Bourse*, 1998, p. 479, § 89, 1re esp., note Ph. Derouin.

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 FCP 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 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 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 ; 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 FCP ;

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-1-83 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 indemnitaire, 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 FCP, 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 FCP en question étaient affectés de nombreuses irrégularités et qu'en particulier :

« – contrairement à la nature même des FCP 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 FCP, 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 dilation, l'actif a été essentiellement composé de liquidités ; ».

La cour d'appel retient à la charge des gérants et dépositaires des FCP 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. A 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 FCP avaient délivré des certificats de crédits d'impôt non conformes à leur destination et qu'ils avaient ainsi failli à leurs obligations et étaient tenus, solidairement, de réparer le dommage causé par leurs manquements envers les porteurs de parts. Mais 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 FCP 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 œuvre 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.

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 FCP 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 FCP mis en cause s'entendaient de la perte éprouvée qui, en l'espèce, comprenait 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 fixé 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.

En revanche, la cour d'appel a débouté les sociétés porteurs de parts de leur demande tendant à la condamnation des gérants et dépositaires des FCP 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 FCP 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 FCP 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 FCP 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 CLC Bourse ni la société GPK 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... ».

§ 101

Les gérants et dépositaires des FCP 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, le rejet 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 FCP 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 1er décembre 1998 ci-dessus rappelés, avait reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les FCP 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 FCP 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 FCP et d'autre part par les sociétés porteurs de parts à l'appui de leurs pourvois en cassation.

A) Sur les pourvois formés par les gérants et dépositaires des FCP

1° Les principaux griefs présentés

L'examen des moyens présentés par les gérants et dépositaires des FCP fait ressortir trois critiques principales portées contre les arrêts de la cour d'appel qui les avaient condamnés,

§ 101

comme il a été rappelé, au profit des sociétés porteurs de parts qui avaient dû verser au Trésor public les impositions et pénalités résultant des redressements fiscaux maintenus et clôturés par les transactions intervenues.

Tout d'abord ils soutenaient que les procédures de redressement fiscal ayant été engagées sur fondement de l'article L. 64 du LPF, 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 FCP 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 FCP puisque l'impossibilité de se prévaloir des dispositions fiscales dérogatoires résultait de redressements fiscaux engagés sur le fondement de l'abus de droit (art. L. 64 LPF) qui a été reconnu dans les transactions signées avec l'administration fiscale.

La cour d'appel de Paris, en statuant comme elle a fait à l'encontre des gérants et des dépositaires, a, selon ceux-ci, violé les articles 1147, 1151 et 2052 du Code civil. De même a-t-elle 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 FCP 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 FCP exposaient ensuite que les juges du fond avaient 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 FCP ainsi que les obligations de leurs 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 FCP soulignaient enfin que conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil qu'il appartenait aux sociétés porteurs de parts de rapporter la preuve du fonctionnement irrégulier des FCP, 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 FCP 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 accordées 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.

§ 101

2° Appréciation et motifs pour le rejet des griefs et des pourvois présentés par les gérants et dépositaires des FCP

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 FCP

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 FCP 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 FCP 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 FCP 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 sa 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 FCP 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 accepté cette substitution de base légale et 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.

Mme 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 »* [7]. En effet, l'administration a compétence liée pour appliquer la nouvelle base légale

7. CE, 8 octobre 1986 : *Dr. fisc.*, 1987, comm. n° 178, Concl. P.-F. Racine ; CE, 25 septembre 1989, Groupe Tabur : *Dr. fisc.*, 1990, comm. n° 944.

§ 101

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 FCP, d'invoquer les moyens tirés de l'abus du droit.

Il en résulte qu'en préférant transiger au lieu de poursuivre le contentieux fiscal, les sociétés porteurs de parts concernées ont admis que les FCP 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, double condition qui, avait été, sur le fondement de « la substitution de base légale » depuis l'avis du Conseil d'État, prouvée par l'administration pour maintenir les redressements dont les montants d'imposition au principal et les pénalités ont été fixés par les accords transactionnels conclus avec les porteurs de parts concernés.

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 résultant du fonctionnement irrégulier et du non-respect des obligations des FCP justifient le maintien des redressements fiscaux clôturés par des transactions entre l'administration et les contribuables et privent ainsi 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, en statuant comme elle a fait sur ce point, a également constaté que, concrètement, la preuve de la non-conformité du fonctionnement des FCP était rapportée en l'espèce puisque, dans le cadre de l'action indemnitaire engagée par les porteurs de parts fiscalement redressés et pénalisés contre les gérants et dépositaires, ceux-ci *« ont refusé de communiquer les pièces relatives au fonctionnement »* des fonds et n'ont pas apporté *« 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.

En raisonnant et en se prononçant ainsi la cour d'appel n'a fait qu'appliquer le régime des preuves dites « objectives » ou « réalistes » élaboré par la jurisprudence administrative dans le cadre notamment du contentieux fiscal de la contestation de redressements issus du développement des « fonds turbo ».

En effet, les porteurs de part n'ont aucun pouvoir ni de gestion, ni de contrôle des FCP 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 FCP dans le cadre du contentieux de la contestation des redressements fiscaux, le régime des preuves dites « objectives » ou « réalistes » permet au juge de se déterminer au vu des dispositions des textes légaux, réglementaires

§ 101

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 Mme le Commissaire du Gouvernement Kimmerlin [8] *« 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 FCP, 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 FCP, 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... »*.

C'est à l'administration et au juge de vérifier si les conditions posées par l'instruction administrative sont remplies pour permettre aux porteurs de parts de bénéficier du gain fiscal escompté.

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, l'applicabilité ou non de l'instruction administrative invoquée par les contribuables s'apprécie en se référant soit à l'instruction elle-même, soit aux pièces du dossier [9]. Le juge administratif se prononce ainsi au vu des éléments fournis par l'administration et les contribuables mais sans faire peser la charge de la preuve sur l'une ou l'autre des parties.

Le Commissaire du Gouvernement S. Austry [10] 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

8. *Dr. fisc.*, 2000, comm. n° 48.
9. CE, 9 novembre 1981, n° 16648 : *RJF*, 1982/1, n° 58 ; CE, 4 juin 1975, n° 95902 : *RJF*, 1975/7-8, n° 332.
10. *BDCF*, janvier 2002, p. 43.

§ 101

conformément à ces règles, c'est à l'administration d'apporter des arguments pour démontrer le contraire... ».

C'est ce qu'a fait l'administration, les porteurs de part concernés par les pourvois en cassation ayant préféré conclure des transactions fixant le montant des impositions et des pénalités dû par eux.

Cette « dialectique de la preuve » ressort des 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 accepté la base légale nouvelle invoquée par l'administration et admis sans contestation l'argumentation présentée par celle-ci pour démontrer le fonctionnement irrégulier et le non-respect des obligations des FCP. 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 [11]. Il en découle que pour les juges du fond l'administration de la preuve des fautes commises par les gérants et dépositaires des FCP est faite dès lors que ceux-ci n'ont pas démontré la conformité du fonctionnement et le respect des obligations des FCP dont le développement et l'activité relevaient de leur seule responsabilité.

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.

A cette « dialectique de la preuve » qui met à la charge des gérants et dépositaires le fonctionnement irrégulier et le non-respect des obligations des FCP 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 du fonctionnement de ces organismes envers les porteurs de parts.

b) La présomption de faute tirée de la délivrance par les gérants et dépositaires des FCP, 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 [12] est significatif en ce qu'il ne reconnaît pas la qualité d'agent d'affaires à une société gérante d'un FCP qui, compte tenu des particularités des statuts de cet organisme, ne pouvait être assujetti 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 »* [13]. Cette

11. P. Schiele, *Procédures*, Jurisclasseur éd., 2001, p. 3 et s.
12. *Dr. fisc.*, 1995, comm. n° 2365.
13. CGI, Annexe II art. 310 HC et art. 1467, 2°.

interprétation et cette jurisprudence reposent largement sur la notion d'entreprises, d'aléas, de moyens. Or, comme l'a souligné le Commissaire du Gouvernement,

– le gérant du FCP n'a aucun rôle de conseil auprès des souscripteurs,

– le gérant du FCP 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 FCP 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 FCP 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 CGI et de l'article 310 HC de l'annexe II à ce Code... » [14].

C'est en fonction des modalités propres au fonctionnement des FCP 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 FCP ».*

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 [15].

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*

14. CE, 9e et 8e sous-sect., 6 novembre 1995, req. n° 124441, SA « Épargne Collective » : *RJF*, 1996/1, p. 32, n° 48.
15. Cass. 1re civ., 20 juin 1998 : *Bull. civ.*, I, n° 343.

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 FCP 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 FCP. 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 de droit et donc irrecevable [16].

Hormis ceux qui concernent les commissions versées qui seront examinés 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

A 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. 0016409 de la SA Advertising et de la SA Euro RSCG France, J. 0016407 de la SA ELM Leblanc, K. 0016408 de la SA 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. 0016242 des sociétés GPK Finance et CLC 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

16. Cass. com., 27 février 2000 : *Bull. civ.*, IV, n° 38.

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 FCP.

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 FCP 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 FCP 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 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 œuvre de l'ensemble des dispositions, même illégales, de l'instruction administrative, cause exclusive de fautes pour les gérants et dépositaires des FCP 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 part 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 »* [17]. En

17. CE, 9e sous-sect., 8 avril 1998, n° 189180, précit.

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 FCP 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 FCP.

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 FCP avaient mis en œuvre 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 œuvre 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

§ 101

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 FCP 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 G. 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 [18].

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 [19] : 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'éluder 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 »* [20].

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 FCP.

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.

---

18. CE, ass., 8 avril 1998, req. n° 189179, Sté Gras Savoye : *RJF*, 1998/5, p. 410, n° 563.
19. CE, Plén., req. n° 19079 : *Dr. fisc.*, 1981, comm. n° 2187 Concl. comm. Gouv. P. Lobry.
20. CE, avis, 8 avril 1998, Sté Distribution Chaleur Meudon et Orléans, *op. cit.*.

§ 101

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 FCP. 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 FCP, 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 [21]. 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.

Ce n'est pas au contribuable d'apporter, dans ce cas, la preuve que la doctrine administrative lui est applicable. Il appartient *« 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 FCP 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 FCP 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 FCP. C'est à

21. CE, 26 octobre 2000, 3e et 8e sous-sect., req. n° 217228, Sté Darty : *RJF*, 2002/1, p. 57, n° 77, qui annule arrêt CAA Paris, 22 mai 1997.

l'administration et au juge d'apprécier si les conditions de fonctionnement régulier et de respect des obligations des FCP 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 1er décembre 1998) qui a également fondé sa censure sur le critère du fonctionnement et du respect des obligations des FCP, 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. A 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 FCP 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 FCP comme étant non conforme aux dispositions législatives, réglementaires et statutaires qui les régissent [22] :

« 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

22. *Rapport C. comptes*, 1993, p. 24.

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 FCP 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 FCP. Ils avaient nécessairement à leur disposition pour le faire, contrairement aux porteurs de parts, tous les éléments concernant le fonctionnement des FCP visés. En effet l'article 5 du décret du 29 janvier 1981, pris pour l'application de la loi du 13 juillet 1979 relative aux FCP, 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 1er du décret n° 83-357 du 2 mai 1983 fixant les conditions d'application de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979, 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. »

§ 101

En conséquence, au vu d'une part des constatations concernant les fautes commises par les gérants et dépositaires des FCP 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 Ph. 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... »* [23].

Les gérants et dépositaires des FCP 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'il invoque, 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 [24].

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 [25].

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,

23. *Bull. Joly Bourse*, 1999, p. 149, § 43, note Ph. Derouin, spéc. p. 151.
24. Cass. 2e civ., 17 mars 1993 : *Bull. civ.*, II, n° 118.
25. Cass. crim., 6 décembre 1983 : *Bull. crim.*, n° 329.

§ 101

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 [26].

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 [27].

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, an 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 FCP, 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 FCP à 4 % de la valeur liquidative de ces parts. Cette réglementation a valu pour les FCP 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 FCP 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.

26. Cass. 1re civ., 3 janvier 1996 : *Bull. civ.*, I, n° 7.
27. Cass. 1re civ., 28 juin 1983 : *Bull. civ.*, I, n° 188.

A l'inverse des phases de préparation, les FCP 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 (D. n° 83-359, 2 mai 1983, art. 18 et 19). Rappelons que 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... »* [28].

De même le Conseiller d'État S. 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 pratiqués 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... » [29].

La cour d'appel de Paris a condamné solidairement les sociétés CLC Bourse et GPK Finance, gérant et dépositaire de FCP, 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 faits à des intermédiaires dès lors qu'ils ont constitué pour les intéressés un appauvrissement... »*.

Dans leur pourvoi (E 0016242), les sociétés CLC Bourse et GPK 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 CBOT et SAP) 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 FCP, 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 SAP et CBOT étaient la contrepartie d'une garantie d'imputation effective de crédit d'impôt (2e moyen du pourvoi).

De même la cour d'appel a condamné la CDR Créances, venant aux droits de la SNBE 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 FCP 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

28. *RJF*, 1998/5, p. 385.
29. *RJF*, 1998/5, p. 375.

pas sollicité le paiement, à titre de réparation, des impositions et pénalités fixées par la transaction conclue avec l'administration.

Dans son pourvoi (H 0016244), la CDR 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 FCP 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 FCP (3e 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 FCP (ce fut le cas des sociétés Havas Advertising, Euro RSCG, ELM Leblanc et SA 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 FCP 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 0016409, J 0016407 et K 0016408), 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 FCP 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 (3e 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 FCP 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 » [30].

Par ailleurs, dans ses mémoires en défense la CDR 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 FCP 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 [31] ni faire droit cumulativement aux demandes principales et subsidiaires qui étaient présentées de façon alternative [32].

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 FCP 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, CLC Bourse, GPK France et CDR Créances (pourvois E 0016242 et H 0016244), 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 FCP. 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 FCP et justifiaient le versement des commissions litigieuses.

De ce point de vue les griefs invoqués par les sociétés CLC Bourse, GPK France et CDR 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 FCP 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

30. A. Perdriau, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation » : *JCP*, éd. G, 1999, I, n° 115.
31. Cass. 3e civ., 31 mai 1978 : *JCP*, éd. G, 1978, IV, n° 236.
32. Cass. 2e civ., 29 mars 1966 : *Bull. civ.*, II, n° 425.

des règlements des FCP 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 FCP concernés) participent de la non-conformité du fonctionnement des « fonds turbo » au regard des règles légales, réglementaires et statutaires qui régissent les FCP.

Conçus par leurs gérants et dépositaires pour un objectif exclusivement fiscal, les « fonds turbo » sont des instruments d'émission de 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 FCP 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 »* [33]. Un rapprochement s'impose nécessairement avec les faits et actes juridiques constitutifs d'escroqueries aux crédits d'impôt réprimés selon une jurisprudence pénale établie [34].

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 œuvre par les gérants et dépositaires du montage des « fonds turbo » créés par eux dans un but exclusivement fiscal.

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 FCP depuis la loi du 17 juin 1987, établit aussi que *« les FCP 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 rappelée, qui figure dans l'arrêt RG 1998/26306 (pourvoi H 0016244 de la société CDR), justifie tant la condamnation au paiement des commissions à titre de réparation au profit de la SA Rhône-Poulenc que celle prononcée en faveur des sociétés du Groupe Guyomarc'h au même titre.

En conséquence, les griefs des gérants et dépositaires (CLC Bourse, GPK France et CDR Créances – pourvois E 0016242 et H 0016244) 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

33. Concl. comm. Gouv. G. Goulard.
34. Cass. crim., 25 janvier 1967 : *Bull. crim.*, n° 39 ; *Gaz. Pal.*, 1967, I, jur. p. 229, obs. J. Cosson ; Cass. crim., 17 octobre 1967 : *Bull. crim.* n° 252 ; Cass. crim., 6 février 1969 ; *Bull. crim.* n° 65 ; *JCP*, éd. G, n° 1969, I, n° 16116, note Guérin ; Cass. crim., 19 décembre 1973 : *Bull. crim.* n° 480 ; Cass. crim., 13 mars 1995 : *Bull. crim.* n° 100.

des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux FCP, 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 CGI 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 FCP 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 FCP 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 FCP sont régis par la loi du 13 juillet 1979 comme étant des instruments de gestion collective de l'épargne.

Le FCP 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 FCP 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 FCP 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 FCP et même dans les jours précédant 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 œuvre 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, l'administration, adoptant la nouvelle base légale décidée par le Conseil d'État, a fourni à l'appui des redressements des faits prouvant que les FCP 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 FCP 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 FCP, 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 FCP 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 griefs présentés par les gérants et dépositaires des fonds communs de placement dans leurs pourvois ;

– au rejet des griefs des sociétés porteurs de parts visant le débouté par la cour d'appel de leurs demandes accessoires de remboursement, à titre de réparation, des commissions versées aux FCP et de leurs actions subrogatoires contre les gérants et dépositaires ;

– à l'accueil des moyens présentés par les sociétés porteurs de parts visant dans leurs pourvois à censurer partiellement les arrêts qui les ont 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 J 0016407 de la SA ELM Leblanc ; K 0016408 de la SA Legrand ; M 0016409 de la SA Havas Advertising et Euro RSCG France).

En conséquence, c'est un avis de cassation partielle des arrêts, avec renvoi, qui est proposé par l'avocat général.

§ 101

102. RÉDUCTION DE CAPITAL – Coup d'accordéon. Survie de la société. Expropriation illégale (non).

Dès lors qu'il est établi que la réduction de capital à zéro décidée par AGE avait pour but de reconstituer les fonds propres de la société et assurer la pérennité de l'entreprise, sans nuire aux actionnaires, fussent-ils minoritaires qui, d'une façon ou d'une autre, auraient eu une situation identique, les actionnaires majoritaires subissant par ailleurs le même sort, faisant ainsi ressortir que cette opération ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes dans la limite de leurs apports, cette réduction du capital ne constitue pas une expropriation illégale.

Fondement : C. com., art. L. 225-96, L. 225-132.

Cass. com. (cons. rapp. Métivet), 18 juin 2002, n° 1211 FS P
Adam et autres c/ SA L'Amy

LA COUR. – Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Besançon, 2 décembre 1998) que la société anonyme L'Amy SA, premier fabricant français de montures de lunettes, dont l'endettement bancaire excédait, en novembre 1993, 215 000 000 F a, dans le cadre de la procédure de règlement amiable de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984, décidé de sa restructuration et de sa reprise par la société de droit anglais Kitty Little Group (KLG), société cotée à Londres et filiale de la société américaine Benson Eyecare Corporation ; qu'un protocole a été conclu le 4 juillet 1994 entre les actionnaires majoritaires de la société L'Amy, les treize banques créancières et la société KLG pour formaliser l'accord des parties sur les conditions et les modalités de réalisation du renflouement de la société L'Amy ; que pour mettre en œuvre ce protocole, l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires réunie le 8 août 1994 et statuant au vu d'un rapport des commissaires aux comptes a adopté les résolutions suivantes : – réduction à zéro franc du capital social qui avait été porté à dix-sept millions cinq cent soixante-trois mille neuf cent vingt francs (17 563 920 F) afin d'épurer à due concurrence le report à nouveau négatif de cent quarante et un millions quatre cent quarante-six mille trois cent onze francs (141 446 311 F) – annulation des actions existantes et augmentation corrélative du capital de quatre-vingts millions de francs (80 000 000 F) par l'émission de huit cent mille actions nouvelles de cent francs chacune – suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires au profit de la société Kitty Little Group PLC ; que divers actionnaires minoritaires de la société L'Amy parmi lesquels l'Association Adam ont considéré qu'ils avaient été exclus de façon irrégulière de cette société ; qu'ils ont assigné la société L'Amy afin qu'elle soit condamnée à réparer le préjudice par eux subi du fait de cette exclusion ; que le tribunal a déclaré irrecevable la demande des actionnaires minoritaires de la société L'Amy ; que, par un premier arrêt, la cour d'appel a infirmé le jugement en tant qu'il déclarait irrecevable l'action de l'association Adam et des autres actionnaires minoritaires ; que, par un second arrêt du 2 décembre 1998, la cour d'appel a écarté tous les moyens présentés par les actionnaires minoritaires et a rejeté leurs demandes ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué alors, selon le moyen :

1° Que l'intérêt commun des associés est distinct de l'intérêt social ; qu'en déduisant l'absence d'atteinte à l'intérêt commun des associés du caractère supposé bénéfique de l'opération au regard de l'intérêt social, la cour d'appel a violé l'article 1833 du Code civil ;

§ 102