Copies exécutoires **RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

délivrées aux parties le : **AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 8

ARRÊT DU 29 JANVIER 2019

(n° , 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **17/09183**

Décision déférée à la Cour : Jugement du 22 Mars 2017 -Tribunal de Grande Instance de Fontainebleau - RG n° 14/01298

APPELANTS

Monsieur Julien AUBIN, **en sa qualité d'associé et co-gérant de la société MÜNCH'CAR**

Né le 06 octobre 1984 à Courcouronnes

Représenté par Me Clotilde LE GO, avocat au barreau de PARIS, toque : D0562

Madame Kerstin GEB MUNCH épouse AUBIN, en sa qualité d'associée et co-gérante de la société MÜNCH'CAR

Née le 14 septembre 1961 à Worms (Allemagne)

Représentée par Me Clotilde LE GO, avocat au barreau de PARIS, toque : D0562

Maître Philippe ANCEL de la SCP ANGEL ET HAZANE

mandataire liquidateur de SARL MÜNCH'CARS

Résidence des Glycines

8 ave Thiers

77000 MELUN

Représenté par Me Clotilde LE GO, avocat au barreau de PARIS, toque : D0562

SARL MÜNCH'CARS, prise en la personne de son représentant légal, la SCP ANGEL et HAZANE, ès qualités de Mandataires Liquidateurs de la société MUNCH'CAR

Immatriculée au RCS de MELUN sous le numéro 503 587 016

5 Quater rue Gally

77176 SAVIGNY LE TEMPLE

Représentée par Me Clotilde LE GO, avocat au barreau de PARIS, toque : D0562

INTIMÉE

SARL FIDELIANCE

N° SIRET : 349 888 131

prise en la personne de son gérant domicilié en cette qualité audit siège

78 rue Paul Jozon

77300 FONTAINEBLEAU

Représentée par Me Jeanne BAECHLIN de la SCP Jeanne BAECHLIN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0034

ayant pour avocat plaidant Me MANGIN, avocat au barreau de PARIS, membre de l'AARPI 'CAA PARDALIS', toque : R 94

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 14 Mai 2018, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme Marie-Christine HEBERT-PAGEOT, Présidente de chambre

Mme Isabelle ROHART-MESSAGER, Conseillère

M. Laurent BEDOUET, Conseiller

qui en ont délibéré, un rapport a été présenté à l'audience par Mme Marie-Christine HEBERT-PAGEOT dans les conditions prévues par l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier lors des débats **:** Mme Christine LECERF

MINISTERE PUBLIC : l'affaire a été communiquée au ministère public

ARRÊT :

- contradictoire

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

- signé par Marie-Christine HEBERT-PAGEOT, Présidente de chambre et par Laure POUPET, Greffière présente lors du prononcé.

****

Exposé du litige :

La Sarl Munch'Cars, ayant pour activité le négoce de véhicules d'occasion en provenance de la communauté européenne, essentiellement d'Allemagne, a suivant lettre de mission du 8 février 2008, confié au cabinet d'expertise comptable AEC, aux droits duquel se trouve la Sarl Fideliance, la présentation de ses comptes et l'établissement des déclarations fiscales y afférent.

En avril 2010, la société Munch'Cars a été amenée à modifier le calcul de la TVA, l'appliquant sur la totalité du prix et non plus sur la seule marge réalisée.

La société a fait l'objet d'un contrôle fiscal sur la période d'avril 2008 à octobre 2010, à l'issue duquel l'administration a remis en cause la calcul de la TVA sur la seule marge, considérant que ces modalités n'étaient pas applicables à une opération intra-communautaire à raison de la qualité du vendeur et a notifié un redressement de 761.690 euros, dont 523.052 euros au titre de la TVA éludée.

Les recours contre ce redressement ont été rejetés par les juridictions administratives.

Suite à la mise en demeure délivrée par l'administration fiscale, la société Munch'Cars a effectué une déclaration de cessation des paiements et par jugement du 26 janvier 2015, le tribunal de commerce de Melun a ouvert à son égard une procédure de liquidation judiciaire, la Scp Angel-Hazane étant désignée en qualité de liquidateur.

Le 4 novembre 2014, la Scp Angel-Hazane, ès qualités de liquidateur de la société Munch'Cars, M.et Mme Aubin, co-gérants et associés de la société Munch'Cars, ainsi que ladite société, ont assigné en responsabilité la société Fidéliance aux fins de paiement de divers dommages et intérêts.

Par jugement du 22 mars 2017, le tribunal de grande instance de Fontainebleau a retenu la responsabilité contractuelle de la société Fidéliance, en ce qu'elle avait manqué à son obligation de conseil et avait fait une mauvaise application des dispositions fiscales aux opérations effectuées par sa cliente et l'a condamnée à payer au liquidateur, ès qualités, 261.526 euros à titre de dommages et intérêts, au titre de la perte de chance de pouvoir recouvrer la TVA sur ses clients au titre de la période concernée par le redressement, a débouté la société Munch'Cars de sa demande de dommages et intérêts au titre de sa mise en liquidation judiciaire, ainsi que M.Mme Aubin de leurs demandes de dommages et intérêts, a condamné la société Fidéliance aux dépens de l'instance, ainsi qu'à verser à la Scp Angel-Hazane, ès qualités, à M.Aubin et à Mme Aubin 2.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile .

La Scp Angel-Hazane, ès qualités, M et Mme Aubin et la société Munch'Cars ont relevé appel de cette décision le 4 mai 2017.

Par conclusions notifiées par voie électronique le 21 février 2018, la société Munch'Cars, prise en la personne de son représentant la Scp Angel-Hazane, ès qualités de liquidateur, et M etMme Aubin demandent à la cour de juger que la société Fidéliance a manqué à son devoir de conseil envers la société Munch'Cars, en conséquence, de réformer le jugement en ce qu'il a limité les dommages et intérêts pour la société à la somme de 261.526 euros et en ce qu'il a débouté les parties du surplus de leurs demandes, de condamner la société Fidéliance à payer à la société Munch'Cars 761.690 euros à titre de dommages et intérêts, outre 14,8% d'intérêt de retard complémentaire pour la période du 1er janvier 2012 au 26 janvier 2015, soit 112.730 euros, ainsi que 191.312 euros en raison de son placement en liquidation judiciaire, de condamner la société Fidéliance à payer à M et Mme Aubin chacun la somme de 48.623,50 euros à titre de dommages et intérêts, de condamner Fidéliance à 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de confirmer le jugement en ce qu'il a condamné Fidéliance au paiement de 2.000 euros sur ce fondement, ainsi qu'aux entiers dépens.

Dans ses écritures notifiées par voie électronique le 15 mars 2018, la société Fidéliance demande à la cour de réformer le jugement en ce qu'il a retenu sa responsabilité et l'a condamnée à des dommages et intérêts, de dire irrecevables toutes les prétentions des appelants, de juger qu'il n'existe pas de grief, ni de préjudice indemnisable en relation causale, de rejeter toutes les prétentions adverses et de condamner les appelants aux dépens, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

SUR CE

- Sur la recevabilité des demandes

La société Fidéliance soulève l'irrecevabilité des prétentions des appelants, au visa de l'article 542 du code de procédure civile, en ce que le dispositif de leurs conclusions ne tend ni à l'annulation, ni à la réformation du jugement entrepris, mais à voir rejuger en droit et en fait le litige initialement porté devant le tribunal de grande instance, ces prétentions n'étant pas susceptibles d'être portées devant la juridiction d'appel.

Cependant, les appelants énoncent bien dans le dispositif de leurs dernières écritures, qui seules saisissent la cour, qu'ils entendent obtenir la réformation du jugement en ce qu'il a limité les dommages et intérêts pour la société à 261.526 euros et en ce qu'il a débouté les parties du surplus de leurs demandes, de sorte que leur demande tendant à voir rejuger leurs prétentions sont parfaitement recevables.

- Sur la responsabilité de Fidéliance

La responsabilité de Fidéliance, retenue par le tribunal, est à nouveau débattue en cause d'appel.

Les appelants invoquent un manquement à l'obligation de conseil, reprochant à la société d'expertise comptable, alors qu'elle était en charge des déclarations de TVA, d'avoir fait en 2008 une mauvaise interprétation des textes applicables quant à l'application de la TVA, avant de modifier sa position en 2010, et d'avoir alors omis de recommander à la société Munch'Cars de recouvrer la TVA manquante auprès de ses clients.

La société Fidéliance, après avoir rappelé qu'elle n'était tenue que d'une obligation de moyens, fait valoir que la société Munch'Cars n'est pas fondée à lui reprocher un manquement à son devoir de conseil, en ne l'informant pas qu'elle ne pouvait facturer à ses clients la TVA sur sa marge, dès lors qu'elle savait parfaitement ne pouvoir appliquer un tel régime de TVA puisqu'elle importait les véhicules auprès, non pas de particuliers, mais de professionnels étrangers et qu'elle s'est ainsi rendue coupable d'un manquement délibéré.

Il résulte de la lettre de mission du 8 février 2008, que le cabinet AEC Conseils, aux droits duquel se trouve la société Fidéliance, s'est vu confier lors de la création de la société Munch'Cars, une mission de présentation des comptes annuels, et d'établissement des déclaration fiscales y afférent, ce qui incluait les déclarations de TVA, les renseignements comptables et fiscaux courants et les déclarations fiscales attachées.

Par courriel du 26 mars 2008, auquel était joint un modèle de facture corrigé, Fidéliance a informé M et Mme Aubin, qu'ils devaient mentionner obligatoirement sur leurs factures la phrase suivante ' *application de la TVA sur la marge selon la 7ème directive UE'*. Cette information a été réitérée dans un second courriel du 28 mars 2008, précisant que pour les véhicules d'occasion la facture doit mentionner sur la facture *' TVA sur marge'*.

Ce n'est que le 2 avril 2010, deux ans après ces conseils que Fidéliance a communiqué à la société Munch'Cars de la documentation sur les textes fiscaux et notamment des extraits de l'ouvrage Francis

Lefebvre concernant le régime fiscal de la vente de véhicules d'occasion et du champ d'application du régime de la taxation sur la marge, afin qu'elle puisse se *'justifier auprès du concessionnaire Mercedes*', avant d'indiquer, le 7 avril suivant, prendre à sa charge les recherches et démarches fiscales pour approfondir l'application des textes fiscaux.

Il ressort de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, ayant rejeté, le 23 octobre 2015, le recours formé par la société Munch'Cars, que l'administration fiscale a remis en cause, à l'occasion de la vérification de comptabilité en matière de taxe sur la valeur ajoutée, le régime d'imposition sur la marge appliqué par Munch'Cars à la revente en France de véhicules d'occasion acquis auprès de fournisseurs allemands, suivant factures mentionnant des livraisons intracommunautaires exonérées dans le pays de départ, de sorte que les acquisistions réalisées par Munch'Cars donnaient lieu à autoliquidation de la TVA et par voie de conséquence à une déduction de la TVA ayant grevé l'achat des véhicules, et en conséquence, que la société n'était pas autorisée à appliquer le régime de la marge lors de la revente des véhicules à ses propres clients.

Ainsi que le relève le jugement, il résulte de ces éléments que Fidéliance, tenue à une obligation de conseil à l'égard de sa cliente, a fait une interprétation erronée des dispositions fiscales applicables, lui conseillant un régime de TVA inapplicable aux opérations qu'elle effectuait, opérations dont l'expert-comptable avait parfaitement connaissance.

Si l'obligation de conseils n'est que de moyens, force est de constater que Fidéliance n'a mis en oeuvre les moyens suffisants pour vérifier le régime applicable qu'en 2010, soit aprés deux ans d'application d'un régime de TVA erroné.

C'est également à juste titre, que le tribunal a considéré que les pénalités appliquées par l'administration fiscale pour manquement délibéré n'exonéraient pas Fidéliance de sa responsabilité, l'obligation de conseil de l'expert-comptable ne s'effaçant pas devant des clients professionnels de l'activité développée. Il ne résulte d'ailleurs pas du dossier que les gérants de la société Munch'Cars ont, en 2008, dans leurs rapports avec leur expert-comptable, fait valoir une position particulière sur la TVA applicable, qu'en tout état de cause, si tel avait été le cas, il incombait à Fidéliance de les en dissuader dans le cadre de son devoir de conseil.

En conséquence, le jugement sera confirmé en ce qu'il a retenu que la responsabilité contractuelle de Fidéliance était engagée à raison de son manquement à l'obligation de conseil.

<u>- Sur le préjudice de la société Munch'Cars</u>

-au titre des droits et pénalités résultant du redressement fiscal:

L'avis de mise en recouvrement du 30 septembre 2014 a mis à la charge de la société Munch'Cars un rappel de droits de 523.052 euros, des intérêts de retard de 29.417 euros et des pénalités de 209.211 euros, soit un total de 761.690 euros.

La société Munch'Cars entend être indemnisée de l'intégralité du montant du redressement, en principal et pénalités, soit 761.690 euros, outre les intérêts de retard, considérant que si le régime de TVA avait été appliqué correctement dès 2008, les rappels auraient été évités, et qu'elle ne dispose désormais plus d'aucun recours pour recouvrer la TVA manquante sur ses clients, compte tenu de la prescription.

La société Fidéliance réplique que la TVA éludée, de même que les intérêts, ne constituent pas un préjudice indemnisable, la société Munch'Cars ayant simplement été remise dans la situation qui devait être la sienne. Elle soutient qu'il n'existe pas de perte de chance de répercuter la TVA sur ses clients, dès lors que la société Munch'Cars n'établit aucunement qu'elle aurait été en mesure d'augmenter le prix de vente en conséquence, soit une augmentation de 20% du prix de vente, une

telle majoration auprès de particuliers ne récupérant pas la TVA, ayant nécessairement une incidence sur les ventes. Quant aux pénalités de 40% appliquées par l'administration fiscale, en cas de manquement délibéré du contribuable, elles s'analysent en une sanction fiscale à caractère pénal qui ne peut être mise à la charge d'un tiers en vertu du principe de personnalité des peines.

Le redressement fiscal découle directement de l'erreur commise dans le choix du régime de TVA applicable, imputable à Fidéliance.

Si comme le soutient Fidéliance, ne constituent pas des préjudices indemnisables, ni le montant de la TVA éludée, puisque celle-ci aurait dû être supportée en toute hypothèse par le contribuable, ni les intérêts de retard qui ne font que compenser l'avantage ayant consisté pour la société à bénéficier d'une trésorerie dont elle n'aurait pas disposé si elle s'était acquittée en temps normal de l'intégralité de la TVA due, il sera cependant relevé que la société Munch'Cars fonde sa demande sur la perte de chance de recouvrer la TVA sur ses clients pour la période concernée par le redressement.

L'erreur commise par Fidéliance a effectivement empêché la société Munch'Cars d'appeler en temps utile sur ses clients l'exacte TVA due sur le prix de vente, qu'elle était tenue d'acquitter auprès de l'administration fiscale et qu'elle n'est plus en mesure a posteriori de pouvoir récupérer, eu égard aux délais écoulés.

Cependant, en l'absence d'erreur sur la TVA applicable, le prix de revente des véhicules aurait été plus élevé, donc moins concurrentiel. Il n'est dès lors pas établi que le volume de ventes, à ces conditions, aurait été conforme à celui réalisé, qui a servi de base au redressement. Les mauvais résultats obtenus par la société Munch'Cars à partir de 2010, au moment de l'application d'une TVA conforme aux règles fiscales, et ce durant trois années consécutives, attestent d'ailleurs de cette incidence sur le chiffre d'affaires réalisé.

Quant à la possibilité de récupérer après la vente, même à bref délai, un complément de prix au titre de la TVA, auprès de clients, dont qu'il n'est pas contesté qu'ils étaient pour l'essentiel des particuliers ne récupérant pas la TVA, elle restait très limitée.

Au vu de ces éléments, la perte de chance de la société Munch'Cars sera évaluée à 250.000 euros, le jugement étant infirmé en ce sens.

- *sur le préjudice découlant de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire* :

La société Munch'Cars soutient que le redressement fiscal est seul à l'origine de sa liquidation judiciaire, dès lors qu'elle était rentable et qu'elle aurait obtenu, en l'absence de faute de l'expert-comptable, les résultats de 191.312 euros fixés dans son 'business plan'.

Tandis que la société Fidéliance oppose à cette demande le caractère hypothétique du prévisionnel de chiffre d'affaires.

La société Munch'Cars se trouvant dans l'incapacité de régler les montants réclamés par l'administration fiscale, a dû, suite au commandement de payer du 30 septembre 2014, effectuer une déclaration de cessation des paiements.

Le business plan, établi en mars 2008 lors du projet de création de la société Munch'Cars, projetait sur les trois premières années des résultats nets de 42.282 euros, 37.442 euros et de 47.442 euros. La société Munch'Cars, qui n'a pas réalisé ces chiffres entend être indemnisée de la différence entre ce prévisionnel et les résultats réellement obtenus entre 2008 et 2013, soit pour une période antérieure à l'ouverture de la procédure collective (cf. tableau figurant en page 6 de ses conclusions).

Si l'exercice clos au 31 décembre 2009, au cours duquel la TVA n'était appliquée que sur la marge,

s'est traduit par un bénéfice de 128.468 euros, les trois exercices suivants ont été déficitaires, accusant, en 2010, une perte de 57 euros, le chiffre d'affaires ayant baissé de 45%, en 2011, une perte de 69.648 euros, le chiffre d'affaires ayant encore baissé de près de moitié et, en 2012, une perte de 10.802 euros.

Rien ne démontre que cette brutale chute des résultats résulte de l'erreur d'assiette commise par Fidéliance en 2008, celle-ci apparaissant au contraire découler de la moindre attractivité des prix proposés par Munch'Cars, suite à l'application de la TVA sur le prix de vente.

Le business plan établi par Fidéliance en 2008, qui ne s'appuyait que sur des hypothèses de travail, la société Munch'Cars, alors en projet, n'ayant pas encore eu d'activité, ne permet pas davantage d'imputer à Fidéliance la perte des résultats dont la société demande réparation.

Le bénéfice très modeste de 5.177 euros, réalisé au cours de l'exercice 2013, n'établit pas non plus suffisamment la viabilité de la société et sa capacité à obtenir, après application correcte de la TVA, les résultats espérés lors de sa création.

En conséquence, le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté la société Munch'Cars de ce chef de demande.

- Sur le préjudice des associés :

Mme Aubin et son fils, co-gérants et associés de la société Munch'Cars, considèrent avoir perdu chacun la chance de percevoir 25.923,50 euros de salaire, ce montant correspondant pour la période de 2008 et 2013 à la différence entre les salaires prévus dans le business plan et ceux réellement perçus.

Cependant, le préjudice tel que calculé (cf tableau en page 6 de leurs conclusions), correspond à une période antérieure à la liquidation judiciaire et ne peut résulter de l'ouverture de cette procédure collective. Au demeurant, l'impossibilité d'obtenir la rémunération envisagée dans le budget prévisionnel au cours de cette période est la conséquence d'une insuffisance de résultats de Munch'Cars, dont le lien de causalité avec le manquement de Fidéliance à son obligation de conseil n'est pas établi, ainsi qu'il a été exposé lors de l'examen des demandes de la société Munch'Cars.

De même, les indications figurant dans le business plan élaboré à l'occasion du projet de création de société, ne constituaient qu'une projection de résultats futurs, par nature hypothétiques, qui ne s'est pas réalisée, compte des mauvais résultats obtenus après application du montant correct de TVA.

C'est en conséquence à juste titre que le tribunal a rejeté leur demande au titre de la perte de chance d'obtenir ces gains.

Il en est de même de leur seconde demande d'indemnisation, fondée sur l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent, du fait de la liquidation judiciaire, de récupérer leurs apports dans la société Munch'Cars, ainsi que le montant de leurs comptes courants, dès lors qu'il n'est pas suffisamment justifié de la rentabilité et de la viabilité de la société Munch'Cars, une fois correctement appliquées les régles sur la TVA.

- Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens :

La société Fidéliance, dont la responsabilité a été confirmée en appel, sera condamnée aux entiers dépens.

Aucune considération d'équité ne justifie d'ajouter en appel aux sommes allouées en première instance sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile .

PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement, sauf sur le montant des dommages et intérêts alloués à la société Munch'Cars au titre de la perte de chance,

Statuant à nouveau du chef infirmé,

Condamne la société Fidéliance à payer à la Scp Angel-Hazane, ès qualités de liquidateur de la société Munch'Cars, la somme de 250.000 euros à titre de dommages et intérêts, au titre de la perte de chance,

Y ajoutant,

Déboute les parties de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société Fidéliance aux entiers dépens.

Le Greffier, La Présidente

Laure POUPET Marie-Christine HEBERT-PAGEOT