

Grosses délivrées
aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 2 - Chambre 1

ARRET DU 10 JANVIER 2017

(n° 12 , 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **14/25583**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 04 Septembre 2014 -Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 12/04390

APPELANTS

Monsieur WOLFGANG ZOLLER
12 Avenue Georges Mandel
75016 PARIS

né le 01 Avril 1942 à MANNHEIM (Allemagne)

Représenté par Me Thi my hanh NGO-FOLLIOT, avocat au barreau de PARIS, toque : B0853
Ayant pour avocat plaidant Me Vincent BERTHAT, avocat au barreau de DIJON

SARL WOLF CONCEPT
3 Square Lamartine
75016 PARIS

N° SIRET : 408 094 050

Représentée par Me Thi my hanh NGO-FOLLIOT, avocat au barreau de PARIS, toque : B0853
Ayant pour avocat plaidant Me Vincent BERTHAT, avocat au barreau de DIJON

INTIMES

Monsieur Eric DURET
133 Boulevard Haussmann
75008 PARIS

Représenté par Me Pascale NABOUDET-VOGEL de la SCP SCPNABOUDET - HATET, avocat au barreau de PARIS, toque : L0046
Ayant pour avocat plaidant Me Patrick MICHAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : E2123

SELARL DTA
3 Rue de Logelbach
75017 PARIS

N° SIRET : 483 717 567

Représentée par Me Philippe DEROUIN, avocat au barreau de PARIS, toque : J037

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 12 Octobre 2016, en audience publique, devant la Cour composée de :

M. Jacques BICHARD, Président de chambre
Mme Marie-Claude HERVE, Conseillère
Madame Marie-José DURAND, Conseillère, appelée pour compléter la composition de la cour en vertu de l'article R312-3 du code de l'organisation judiciaire.

qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Mme Lydie SUEUR

ARRET :

- 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 M. Jacques BICHARD, président et par Mme Lydie SUEUR, greffier.

La société WOLF CONCEPT constituée par M. ZOLLER, a perçu une indemnité de 1 400 124,70 € à la suite d'une sentence arbitrale rendue le 13 mars 2002.

Sur les conseils de son avocat fiscaliste maître DURET, elle a procédé à l'étalement de la déclaration de cette somme sur les exercices comptables 2002, 2003 et 2004. En avril 2005, elle a fait l'objet d'un contrôle fiscal et l'administration fiscale a procédé à des propositions de rectification le 12 juillet 2005 en considérant que ce produit exceptionnel était intégralement rattachable à l'exercice 2002.

La société WOLF CONCEPT représentée par son avocat la SELARL DTA, a contesté ces propositions, présenté une réclamation tendant à la décharge des impôts et a saisi le tribunal administratif par une requête du 27 septembre 2006. Le comptable public a demandé une garantie pour le sursis au paiement de l'imposition et M. ZOLLER a consenti une hypothèque sur un de ses biens pendant une durée de 10 ans.

Le tribunal administratif, par une décision du 22 juin 2010, a déclaré bien fondée la position de l'administration sur le rattachement de cette indemnité au seul exercice 2002 et a rejeté la demande de la société WOLF CONCEPT tendant à se prévaloir de la créance qui serait née à son profit du fait de l'option pour un report des déficits des exercices 2003 et 2004 sur les bénéfices de l'année 2002 en application de l'article 220 quinquies 1 du code général des impôts, pour obtenir une compensation de nature à entraîner la décharge ou la réduction de l'impôt sur les sociétés dû à raison du résultat imposable de l'exercice 2002.

La société WOLF CONCEPT a formé appel de ce jugement le 22 juillet 2010 et elle a mis fin à la mission de la SELARL DTA le 22 octobre 2010. La cour administrative d'appel a confirmé la décision de 1^{ère} instance par un arrêt désormais définitif du 5 octobre 2011.

Au mois de mars 2012, la société WOLF CONCEPT et M. ZOLLER ont fait assigner maître DURET, maître BAQUIAN, et la SELARL DTA en responsabilité et indemnisation devant le tribunal de grande instance de Paris qui par un jugement du 4

septembre 2014, a dit que maître DURET a commis une faute, condamné solidairement maître DURET et la SELARL DTA à payer la somme de 60 000 € à la société WOLF CONCEPT à titre de dommages-intérêts, rejeté les demandes formées contre M.BAQUIAN, rejeté les demandes de M. ZOLLER, condamné maître DURET et la SELARL DTA à payer les dépens ainsi qu'une somme de 4 500 € à la société WOLF CONCEPT et dit n'y avoir lieu à exécution provisoire.

M. ZOLLER et la société WOLF CONCEPT ont formé appel de cette décision mais exclusivement à l'encontre de maître DURET et de la SELARL DTA.

Dans leurs dernières conclusions communiquées par voie électronique le 24 février 2016, les appelants sollicitent l'infirmité du jugement en ce qu'il a rejeté les demandes de M. ZOLLER, la condamnation solidaire de la SELARL DTA et de maître DURET à payer à M. ZOLLER la somme de 250 000 € à titre de dommages-intérêts, le débouté de la SELARL DTA de son appel incident et la confirmation du jugement en ce qu'il l'a condamnée ainsi que maître DURET au profit de la société WOLF CONCEPT, la condamnation solidaire de la SELARL DTA et de maître DURET à payer à M.ZOLLER la somme de 7 500 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 31 juillet 2015, la SELARL DTA demande à la cour de débouter la société WOLF CONCEPT et M.ZOLLER de leur appel principal, de la dire bien fondée en son appel incident, et de débouter la société WOLF CONCEPT de sa demande initiale et subsidiairement de réduire le montant de la condamnation et de condamner M. ZOLLER et la société WOLF CONCEPT à lui payer la somme de 6 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 3 juin 2016, maître DURET sollicite l'infirmité du jugement en ce qu'il a jugé que l'avocat était responsable d'un préjudice incertain pour absence de conseils comptables sur le déficit reportable en arrière, et il demande à la cour de lui donner acte de ce qu'il s'en remet à la sagesse de la cour sur sa responsabilité partagée avec l'expert comptable sur l'étalement de la créance et de réformer le jugement en ce qu'il a estimé le préjudice supporté par la société WOLF CONCEPT à 60 000 €, et de condamner celle-ci aux dépens et au paiement de la somme de 2 500 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

MOTIFS DE LA DECISION :

Les appelants reprochent tout d'abord à maître DURET d'avoir commis une faute dans l'exécution de son devoir de conseil en proposant l'étalement de l'indemnité de 1 400 124,70 € obtenue en 2002 sur les exercices 2002, 2003 et 2004. Ils ajoutent que maître DURET et la SELARL DTA ont également commis une faute en ne conseillant pas à la société WOLF CONCEPT d'exercer l'option de report en arrière des déficits des exercices 2003 et 2004 sur le bénéfice de l'exercice 2002 telle que prévue par l'article 220 quinquies 1 du code général des impôts. Ils font également valoir que la SELARL DTA a demandé directement au tribunal administratif le bénéfice de l'option de report en arrière alors que cette demande aurait dû être présentée par la société auprès de l'administration fiscale, ce au plus tard le 31 décembre 2008. Ils soutiennent que la société WOLF CONCEPT remplissait les conditions pour pouvoir valablement exercer l'option de l'article 220 quinquies.

M. ZOLLER reproche en outre à maître DURET de lui avoir conseillé de consentir une hypothèque sur un de ses biens sans l'informer qu'il n'était pas débiteur à l'égard du fisc et qu'il n'était pas obligé d'accorder une garantie. Il ajoute que si maître DURET avait conseillé à la société WOLF CONCEPT d'exercer l'option du report en arrière, il n'y aurait pas eu de créance du fisc.

Les appelants font valoir que du fait de ces erreurs, la société WOLF CONCEPT a perdu une chance de bénéficier d'une créance sur le Trésor public égale à l'imposition de

158 936 € due pour l'année 2002, contribution de 3% incluse, que son préjudice est égal à cette somme augmentée des pénalités et des intérêts de retard ayant commencé à courir à compter du 1^{er} mai 2003. Ils précisent que la société WOLF CONCEPT a payé la somme de 35 075 € et que M. ZOLLER a payé la somme de 202 115 €, en raison de l'hypothèque consentie sur sa maison.

Maître DURET répond que s'agissant de l'étalement de l'indemnité sur les exercices 2002, 2003 et 2004, le redressement opéré par l'administration fiscale n'a eu pour effet que de modifier la trésorerie de la société en avançant le paiement de l'impôt sans en modifier le montant. Il rappelle que l'expert comptable est également intervenu.

S'agissant du report en arrière (carry back), maître DURET fait valoir qu'il s'agit d'une opération purement comptable relevant de la responsabilité de l'expert-comptable et dans laquelle il ne lui appartenait pas de s'immiscer.

S'agissant enfin de la prise d'hypothèque, maître DURET déclare que M. ZOLLER ne rapporte pas la preuve qu'il est intervenu. En toutes hypothèses, il soutient que la constitution de l'hypothèque était une bonne solution, faute de quoi l'administration fiscale aurait pu poursuivre le recouvrement de l'impôt sur l'entreprise et la déstabiliser.

La SELARL DTA rappelle qu'elle a été constituée par maître DURET avec d'autres avocats le 1^{er} juillet 2005 et qu'elle est intervenue pour apporter des réponses aux propositions de rectification du 12 juillet 2005.

Elle soutient que le conseil erroné tel que retenu par le jugement, est antérieur à sa constitution et ne peut lui être imputé. Elle fait d'autre part valoir que le report en arrière fait naître une créance correspondant à l'excédent d'impôt sur les sociétés perçu mais n'efface pas l'imposition due de sorte que le préjudice des appelants n'est pas constitué par le montant de l'impôt payé mais par la perte de l'avantage qu'aurait produit l'option pour le report en arrière.

Cette imposition étant exigible, la SELARL DTA soutient que la société WOLF CONCEPT ne pouvait elle-même offrir de garantie et que la situation personnelle de M. ZOLLER qui continuait à recevoir un salaire et de jouir d'une voiture de société, imposait la constitution de garanties personnelles. La SELARL DTA précise que la créance née d'un report en arrière ne peut pas être donnée en garantie de l'imposition antérieure litigieuse. Elle conclut donc à l'absence de faute concernant l'hypothèque sur le bien immobilier de M. ZOLLER.

Si l'obligation d'informer la société WOLF CONCEPT de l'option en faveur du report en arrière sur l'exercice 2002 était imputable à la SELARL DTA, celle-ci déclare qu'elle a été fournie en temps utile lors de la requête du 27 septembre 2006 car il n'était pas opportun d'exercer cette option avant la décision de l'administration d'abandonner la majoration de 40% pour mauvaise foi du 28 juillet 2006. La SELARL DTA soutient qu'après cette date le choix entre le report en arrière et la poursuite du contentieux administratif a été opéré par M. ZOLLER sans que l'on sache si sa situation lui permettait d'effectuer le paiement immédiat de l'impôt qu'impliquait le renoncement au contentieux administratif.

La SELARL DTA conteste l'existence d'un lien de causalité entre les fautes et le préjudice allégué qui n'est pas réparable. Elle ajoute que M. ZOLLER ne justifie pas du préjudice qu'il subirait du fait de l'insolvabilité de la société WOLF CONCEPT.

La SELARL DTA rappelle qu'une perte de chance n'est indemnisable que si elle est sérieuse et qu'en l'espèce, la société WOLF CONCEPT avait cessé son activité de service en conseils de marketing de sorte que la condition essentielle pour opter pour le report en arrière était défailante. Elle ajoute que la condition relative à l'admission des déficits reportés n'était pas non plus acquise de façon certaine. Enfin elle expose que si le report en arrière avait pu être réalisé, il en serait résulté une créance sur le Trésor public payable

sans intérêt à l'expiration d'un délai de 5 ans soit en 2009 et 2010, qui n'aurait pas permis d'éviter les pénalités liées au paiement tardif de l'impôt de l'exercice 2002 dû en 2003.

1 - Sur les fautes :

Dans une lettre écrite par maître DURET à M. ZOLLER le 2 mai 2005 l'avocat expose clairement avoir conseillé à la société WOLF CONCEPT de procéder à la déclaration de l'indemnité perçue sur les 3 exercices comptables 2002, 2003 et 2004.

Il ressort du jugement du tribunal administratif du 22 juin 2010 confirmé par un arrêt de la cour administrative d'appel du 5 octobre 2011 que ce conseil était erroné, l'indemnité définitivement acquise en 2002 étant intégralement rattachable à cet exercice.

Il y a donc lieu de confirmer le jugement du 4 septembre 2014 en ce qu'il a retenu une faute dans l'exécution de son devoir de conseil contre maître DURET qui exerçait à ce moment sa profession de manière individuelle, même si la proposition d'étalement de l'avocat n'a pas été désapprouvée par l'expert-comptable.

Dans la requête du 27 septembre 2006, la SELARL DTA, à l'époque dénommée cabinet Eric DURET, représentant la société WOLF CONCEPT, a déclaré que la société WOLF CONCEPT décidait d'opter pour le report en arrière des déficits des exercices 2003 et 2004, si le redressement opéré était maintenu.

Néanmoins, la SELARL DTA ne peut prétendre avoir ainsi exécuté son obligation de conseil alors qu'elle ne justifie pas avoir informé la société WOLF CONCEPT de la nécessité d'opérer le choix pour un report en arrière avant le 31 décembre 2008 et en effectuant directement la démarche auprès de l'administration fiscale.

Elle a donc également manqué à son obligation d'information et de conseil à l'égard de la société WOLF CONCEPT et celle-ci qui a opté pour le report en arrière le 11 mai 2011, s'est vue opposer la forclusion par l'administration fiscale le 22 juillet suivant.

S'agissant de l'inscription d'hypothèque sur un bien immobilier lui appartenant, M. ZOLLER pour établir l'intervention de maître DURET ou de la SELARL DTA, se fonde sur les termes des conclusions de cette dernière néanmoins l'existence d'un aveu résulte d'une interprétation large et incertaine que la cour ne retient pas.

Il fait en outre valoir le rôle de maître DURET à ses côtés; néanmoins, les pièces qu'il cite (29 et 81) ne font aucune référence à la nécessité de fournir une garantie pour suspendre la mise en recouvrement de l'impôt et la lettre du 14 mars 2007 par laquelle le contrôleur des impôts mentionne la nécessité de constituer une garantie est adressée directement à la société WOLF CONCEPT. Il ressort du mail que M. ZOLLER a adressé à maître DURET le 29 mars 2007 qu'il a effectué lui-même la réponse à cette lettre et qu'il s'est contenté de l'adresser à son conseil. La seule pièce justificative de l'intervention de maître DURET est une attestation rédigée par la propre épouse de M. ZOLLER mais en l'absence de tout autre élément d'appréciation, elle ne peut être considérée comme probante en raison des liens existant entre les deux intéressés.

M.ZOLLER doit donc être débouté de ses demandes et le jugement sera confirmé sur ce point.

2 - Sur le préjudice de la société WOLF CONCEPT et le lien de causalité :

Il y a donc lieu d'admettre que maître DURET et à compter du 1^{er} juillet 2005, la SELARL DTA ont manqué à leur obligation de conseil à l'égard de la société WOLF CONCEPT et que ces fautes respectives ont concouru au fait que la société WOLF CONCEPT a adopté puis maintenu de façon inopérante le report en avant et n'a pu exercer en temps utile

l'option du report en arrière des déficits.

Le préjudice ne peut constituer en l'impôt sur les sociétés calculé sur les bénéfices de l'exercice 2002 puisque celui-ci était dû et que le report en arrière n'a pas pour effet de le remettre en cause ainsi que l'a rappelé l'arrêt de la cour administrative d'appel du 5 octobre 2011.

Néanmoins si la société WOLF CONCEPT avait pu opter dans le délai pour le report en arrière des déficits des exercices 2003 et 2004 sur le bénéfice de l'exercice 2002, elle aurait bénéficié d'une créance sur le Trésor public.

Pour établir la réalité du préjudice tenant à la perte d'une créance contre le Trésor, il convient au préalable de vérifier si la société WOLF CONCEPT remplissait les conditions pour bénéficier du report en arrière.

Celui-ci ne peut trouver à s'appliquer que si la société n'a pas cessé son activité et si les déficits allégués sont admis par l'administration fiscale qui exerce un contrôle.

La société WOLF CONCEPT déclare exercer une activité de conseil dans le domaine du marketing ainsi qu'une activité d'intermédiaire dans la distribution de spiritueux, ses comptes font apparaître que son chiffre d'affaires s'est élevé à 44 € en 2002, à 0 en 2003 et à 16 027 € en 2004, qu'elle n'a pas acquis de marchandises et qu'elle ne disposait pas de stock mais qu'elle a versé des salaires, des honoraires et autres rémunérations d'intermédiaire et payé des coûts de sous traitance et des frais d'emprunts.

Néanmoins ces différences dépenses n'ayant généré aucun chiffre d'affaires pendant plus de deux ans sont insuffisantes pour constituer la preuve d'une activité réelle.

La société WOLF CONCEPT produit en outre un mail du 19 juillet 2003 relatif à un protocole d'accord signé le 22 mai 2003 avec la société PETROSSIAN et la société WOLF CONCEPT sur les territoires de distribution. Elle verse également aux débats une commande de vodka du 19 mars 2015 ainsi qu'une lettre-accord de la société PETROSSIAN du 17 mars 2015.

Mais ces deux dernières pièces ne peuvent être prises en considération puisque postérieures de plus de 10 ans aux exercices en cause et l'unique mail daté du 19 juillet 2003 qui n'est accompagné d'aucun contrat ne suffit pas à établir de façon certaine la réalité d'une activité entre 2002 et 2004.

Par ailleurs, la société WOLF CONCEPT a fait l'objet d'une vérification de comptabilité pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2003 étendue au 31 décembre 2004 pour la TVA et l'impôt sur les sociétés ainsi qu'il résulte de la proposition de rectification de l'inspecteur des impôts du 12 juillet 2005.

Néanmoins si l'appelante avait effectué l'option pour un report en arrière des déficits des exercices 2003 et 2004 dès l'origine, le contrôle qu'aurait exercé l'administration fiscale sur leur caractère déductible aurait porté sur l'utilité des dépenses pour l'activité de la société. Or la société WOLF CONCEPT ne justifie d'aucun chiffre d'affaires en 2003 et d'un chiffre d'affaires minime pour 2004.

Ainsi la société WOLF COCNEPT n'établit pas qu'elle remplissait les conditions pour un report en arrière des déficits des exercices 2003 et 2004 sur l'exercice 2002.

Elle n'apporte donc pas la preuve de son préjudice et elle doit ainsi être déboutée de ses demandes en indemnisation.

Il n'y a pas lieu de faire application de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

Confirme le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 4 septembre 2014 en ce qu'il a dit que M.DURET a commis une faute et qu'il a rejeté les demandes de M. ZOLLER,

L'infirme pour le surplus, dans ses dispositions non définitives,

Statuant à nouveau,

Déboute la société WOLF CONCEPT de ses demandes contre M.DURET et la SELARL DTA,

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile,

Laisse les dépens à la charge des appelants.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,