Arrêt commercial

Audience publique du onze juillet deux mille douze.

Numéro 36132 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme de droit belge A, *établie et ayant son siège social à B-…. U, immatriculée sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 5 mars 2010,*

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) Maître Gilbert REUTER, *avocat I, demeurant à Diekirch, pris en sa qualité de liquidateur suivant jugement n° 033/2005 du 19.1.2005 rendu par le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale, de la société B, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Diekirch sous le numéro …,*

intimé *aux fins du susdit exploit MERTZIG,*

Maître Gilbert REUTER comparant par lui-même ;.

2) la société anonyme de droit belge C, *établie et ayant son siège social à B-…. V, immatriculée sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

3) Maître Guy HOUTAIN, *avocat, demeurant à B-…. W, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme de droit belge G, établie et ayant eu son siège social à B-…. V, immatriculée sous le numéro ……...,*

4) la société anonyme de droit belge D, *établie et ayant son siège social à B-…. W, immatriculée sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

5) la société anonyme de droit belge E, *établie et ayant son siège social à B-…. W, immatriculée sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

6) la société anonyme de droit belge F, *établie et ayant son siège social à B-…. W, immatriculée sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimés *aux fins du susdit exploit MERTZIG,*

sub 2) à 6) omparant par Maître Alain BINGEN, avocat à Diekirch.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 18 avril 2006 la société anonyme de droit belge A a fait comparaître le groupement européen d'intérêt économique B, déclaré en état de liquidation par jugement du 19 janvier 2005, et les sociétés anonymes de droit belge C, G, D, E et F devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale pour s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum à lui payer à titre de solde d'une facture du 30 septembre 2002 la somme de 53.968,16 euros correspondant à la TVA redue sur cette facture.

A l'appui de sa demande la société A a exposé que suivant offre du 8 juin 1999 et confirmation de commande du 24 août 1999 elle a vendu à la société F une installation de malaxage pour sable stabilisé et béton maigre, qu'après envoi d'une première facture d'acompte à l'adresse de la société F il y a eu novation dans le chef du cocontractant de la société A, le groupement d'intérêt économique B, établi au Grand-Duché de Luxembourg, s'étant substitué à la société F, de sorte que la livraison devait avoir lieu à Luxembourg et non en Belgique et que B entendait bénéficier d'une exonération de TVA conformément à la législation applicable en matière de TVA intercommunautaire, que toutefois l'administration de la TVA belge a constaté que le numéro de TVA intercommunautaire communiqué par la partie assignée n'était pas actif, que le montant de la TVA du mois de mai 2003, correspondant à la vente effectuée avec B s'élève à 53.968,16 euros, qu'en outre l'installation qui devait avoir lieu à

Luxembourg a in fine été effectuée en Belgique au profit de la société F, qu'en effet F a pris possession de la marchandise à X et l'a transportée par ses soins chez B qui l'a ensuite retransportée à F à X, que B a de la sorte, en collusion avec F cherché à frauder l'administration belge et a ainsi mis à charge de A la TVA s'élevant à 53.968,16 euros, cette société ayant été contrainte de reverser ce montant à l'administration belge.

Faisant valoir que suivant l'article 24 du règlement CEE n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique les membres du groupement répondent indéfiniment et solidairement des dettes du groupement, la société A a requis la condamnation solidaire de B et des autres parties assignées, membres du groupement.

Par jugement rendu le 9 décembre 2009 le tribunal a dit la demande non fondée.

Par exploit d'huissier du 5 mars 2010 la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Il résulte des pièces versées que suite à la confirmation de commande du 24 août 1999 la société A émet le 26 août 1999 à l'adresse de la société F une facture d'acompte au montant de 3.040.000 BEF. Le 31 août 1999 la société A envoie une note de crédit au montant de 3.040.000.- BEF à la société F et une facture à l'adresse de B au montant de 74.368,06 euros.

Le 30 décembre 1999 elle envoie à B une deuxième facture au montant de 51.239,59 euros, le 28 février 2000 une troisième facture (dite facture de livraison entière finale) au montant de 97.496,52 euros et le 12 juillet 2002 une facture (solde de mise en route et 4 commandes pour modifications/adaptations) au montant de 33.887,05 euros.

Toutes ces factures qui se chiffrent à un total de 256.991,58 euros indiquent une TVA à 0% et elles sont entièrement réglées par B.

Il résulte de trois lettres de voiture que la centrale de malaxage a été transportée en janvier et février 2000 par les soins de la société A auprès de la société F à Y. Les parties versent d'autre part trois bons de livraison portant sur la centrale, datés de janvier et février 2000, émis par la société F à l'adresse de B, signés pour réception par un responsable du groupement. La centrale de malaxage est finalement installée début 2002 à Y. Les parties intimées font plaider à ce sujet que B n'a pu concrétiser le projet à bref délai, la recherche d'un terrain approprié s'étant avéré très difficile, et qu'elle a donc revendu la centrale à la société F.

Le 30 septembre 2002 la société A envoie à B une note de crédit au montant de 256.991,58 euros, soit le total des quatre factures émises auparavant, et une facture au montant de 310.959,38 euros, représentant ce total avec la TVA à 21%.

Le 16 mai 2003 la société A émet une nouvelle note de crédit, cette fois-ci au montant de 310.959,38 euros et une nouvelle facture au montant de 256.991,58 euros.

Le 31 mai 2003 intervient une nouvelle note de crédit au montant de 256.991,58 euros et une nouvelle facture au montant de 310.959,38 euros.

Dans un courrier adressé le 5 juin 2003 par les autorités belges à la société A et concernant son client B il est dit:

"Selon le relevé trimestriel rentré par vos soins des livraisons intracommunautaires exemptées du 3ème trimestre 2002, vous avez livré pendant cette période des marchandises pour un montant de € 223.104,17 au client sous rubrique. Le numéro d'identification T.V.A. que vous nous avez indiqué n'est pas valable, car ce numéro est erroné ou n'était pas actif pendant la période concernée."

Il est indiqué dans ce courrier que le numéro d'identification de B était valable du 2 décembre 1998 au 23 mai 2001.

En première instance la société A avait plaidé la théorie de la facture acceptée, faisant valoir que la facture du 30 septembre 2002 n'avait pas été contestée.

Ce moyen a été rejeté par les premiers juges au motif que la facture du 30 septembre 2002 a été annulée par la note de crédit du 16 mai 2003 et que la société A ne peut invoquer l'acceptation tacite d'une facture qu'elle a elle-même révoquée.

En instance d'appel la société A soutient que sa facture du 31 mai 2003 n'a pas été contestée et elle reprend son moyen de la facture acceptée par rapport à cette facture.

C'est à juste titre que les intimées font valoir que si l'absence de contestation permet de présumer l'acceptation de la facture il n'en est pas de même lorsqu'il ne se dégage des factures émises, suivies aussitôt de notes de crédit les annulant, et ce à de multiples reprises en quelques mois, aucun caractère de créance due et affirmée par l'émetteur de la facture.

Au vu du nombre de notes de crédit et de factures émises depuis fin septembre 2002 un silence de B à la réception de la facture du 31 mai 2003 ne fait pas nécessairement présumer une acceptation de cette facture, pouvant s'expliquer par l'attente d'une nouvelle note de crédit.

Le moyen de la facture acceptée reste non fondé.

La société A soutient en second lieu que pour bénéficier de l'exonération de la TVA en cas de livraisons intracommunautaires le bien doit être transporté en dehors du territoire de l'Etat membre vendeur, que les lettres de voiture versées attestent une livraison en Belgique, que les bons de livraison produits par les

intimés sont des pièces irrecevables pour l'administration fiscale dans la mesure où elles émanent de deux sociétés du même groupe et ne peuvent justifier une livraison intracommunautaire.

L'appelante soutient que nonobstant ses nombreux pourparlers avec l'administration fiscale belge elle a dû acquitter un montant de 53.968,16 euros au titre de la TVA indûment déduite.

A titre subsidiaire elle offre de prouver par l'audition d'un témoin les faits suivants:

"Attendu que lors d'un contrôle fiscal les autorités belges ont fait savoir à la partie appelante que le numéro individuel d'identification du B était inactif et que partant l'opération effectuée avec cette dernière société ne pouvait aucunement s'analyser en une livraison intracommunautaire exonérée,

que la partie appelante a en date du 9 juin 2003, sans préjudice quant à la date exacte, pris contact avec le préposé en charge du dossier auprès des autorités belges,

que lors de cet entretien la partie appelante a indiqué audit préposé vouloir s'enquérir auprès du B afin de clarifier au plus vite la situation,

qu'en date du 12 juin 2003, sans préjudice quant à la date exacte, l'administration de contrôle de TVA belge a mis en demeure la partie appelante de fournir un dossier complet avec explications sur le projet de B,

que le comptable de la partie appelante s'est à plusieurs reprises entretenu avec l'administration de contrôle de TVA belge et ce notamment en date du 9 juin, 17 juin et 20 juin 2003,

que lors d'une entrevue en date du 27 juin 2003, sans préjudice quant à la date exacte, l'administration de contrôle de TVA belge a, nonobstant les explications fournies, maintenu sa position alors qu'elle a estimé que l'opération effectuée n'était pas susceptible de s'analyser en une livraison intracommunautaire exonérée,

que la partie appelante a partant procédé à la déclaration de TVA en considérant que la prédite opération n'était pas une livraison intracommunautaire exonérée conformément à la position adoptée par l'administration de contrôle TVA belge,

qu'au titre de l'exercice 2003 la partie appelante s'est acquittée d'un montant de 92.126,26 EUR de TVA,

que ce montant incluait le montant de 53.968,16.- euros correspondant au montant de TVA redu du chef de l'opération effectuée avec le B."

Les sociétés intimées concluent au rejet de l'appel. Elles font valoir qu'elles ont satisfait aux exigences des autorités fiscales en fournissant, au moment où

le marché a été conclu, le numéro de TVA de B et qui était actif à ce moment, ainsi que les accusés de réception requis, que les observations contenues dans le courrier du 5 juin 2003 émanant des autorités belges n'ont été faites qu'à propos du troisième trimestre 2002, alors que les factures portant sur la livraison de la centrale de malaxage dataient de 1999 et 2000 et concernant ces factures l'appelante ne produit aucune observation de l'administration fiscale belge.

Rappelant que d'après l'article 17 § 1er du Code TVA belge *"Pour les livraisons de biens, le fait générateur de la taxe intervient et la taxe devient exigible au moment où s'opère la livraison du bien",* elles font valoir qu'en l'espèce la livraison a eu lieu aux mois de janvier et février 2000, donc à un moment ou B disposait d'un numéro d'identification TVA et que les factures émises pouvaient légitimement bénéficier de l'exonération.

Elles font observer que la seule critique émise par l'administration de la TVA a porté sur le fait qu'au troisième trimestre 2002 le numéro TVA de B était inactif, mais qu'à aucun moment l'administration n'invoque que l'irrégularité constatée serait fondée sur une "fausse" livraison intracommunautaire. Elles soutiennent que ce ne sont que les "gesticulations administratives désordonnées" de l'appelante, émettant coup sur coup des notes de crédit, des factures avec TVA, des notes de crédit, des factures sans TVA, qui ont eu pour effet que les factures émises au courant du troisième trimestre 2002 ont fait l'objet des observations de l'administration fiscale belge.

Concernant l'offre de preuve formulée par la société A les intimés font valoir qu'il est remarquable de constater qu'aucun document n'aurait été établi lors des entretiens et discussions que l'appelante prétend avoir eus avec l'administration de la TVA, l'appelante alléguant même avoir été mise en demeure le 12 juin 2003 sans produire le moindre écrit.

La Cour constate avec les parties intimées que le courrier de l'administration fiscale belge du 5 juin 2003 est le seul document écrit renseignant la position prise par cette administration et dans ce courrier il n'est question que d'un numéro d'identification TVA de B inactif au troisième trimestre 2002. Il n'y est pas question d'un défaut de justification valable d'une livraison intracommunautaire.

Dans ce contexte il n'est pas sans intérêt de remarquer que dans un courrier adressé le 5 mai 2003 à la société F la société A lui demande *"1. une attestation dûment signée par vous et par vos sociétés, déclarant que les marchandises livrées par A à X (cela était inclus dans le prix contractuel de base) ont effectivement été transportées par vos soins au Luxembourg et ont été retransportées à X plus tard par vous.*
2. copies des documents de transport (p.e.CMR) prouvant cela."

Le 10 mai 2003 elle accuse réception des documents lui envoyés, déclarant pouvoir ainsi expliquer la rectification des factures et notes de crédit sans TVA.

Il faut admettre que la société A a transmis ces documents à l'administration fiscale. Le courrier du 5 juin 2003, intervenu près d'un mois plus tard, est muet au sujet de ces documents.

La Cour s'étonne d'autre part de ce que des nombreux pourparlers et discussions que la société A dit avoir eus au sujet du problème litigieux il n'existe aucune trace écrite, alors que dans un courrier adressé le 27 juin 2003 à la société F elle écrit: *"Nous avons consulté et/ou des recherches sont en train avec - un avocat fiscaliste – un avocat spécialiste en matière TVA – un avocat pour la plainte – le registre de commerce au GDL – la police fédérale au GDL – le contrôle TVA local – la supervision intracommunautaire TVA à Bruxelles – divers banques …".*

Entre le 27 mars 2003 et le 27 juin 2003 la société A a adressé à la société F pas moins de dix courriers au sujet du problème de la TVA, ensemble un problème de décompte qui n'intéresse pas le présent litige, et il n'est pas compréhensible qu'elle n'ait pas jugé utile d'adresser un seul courrier à l'administration fiscale belge pour lui expliquer que la livraison pour laquelle l'exonération est demandée a eu lieu début 2000.

L'offre de preuve par témoin formulée à ce sujet par l'appelante n'est pas pertinente. Il n'en résulte pas en effet que l'exonération aurait été refusée par l'administration fiscale en raison d'une insuffisance des documents produits pour justifier l'exportation de l'installation vendue. Toute discussion au sujet des bons de livraison versés à ce sujet par les intimés est donc vaine.

La société A soutient enfin que les factures adressées par elle à B les 31 août 1999, 30 décembre 1999, 28 août 2000 et 12 juillet 2002 étaient des factures d'acompte, que conformément à l'article 17 du Code de TVA belge la TVA ne devient exigible qu'*in fine* alors que les factures d'acompte n'ont pas à appréhender la question de la TVA, que partant au moment où la TVA devenait exigible, à savoir après la mise en route de la centrale, B ne disposait plus d'un numéro TVA de sorte que la TVA devait être facturée par l'appelante.

Ainsi que le font valoir à bon droit les intimés, l'article 17 du Code de TVA belge ne dit pas que la TVA ne devient exigible qu'*in fine*, mais qu'elle devient exigible au moment où s'opère la livraison du bien et la facture émise le 28 février 2000 porte la mention: "Facture de livraison entière finale".

Il est vrai que la dernière facture émise par la société A à l'adresse de B et portant la mention : "reste à facturer le solde à la mise en route et les 4 commandes pour modifications / adaptations" date du 12 juillet 2002 et à ce moment le groupement ne disposait plus d'un numéro d'identification TVA. Mais l'appelante n'établit pas et ne soutient d'ailleurs pas que c'est en raison de cette dernière facture que l'administration belge a refusé une exonération de l'ensemble des factures émises. Elle n'explique pas non plus pourquoi elle n'a pas en 2000 déjà demandé une exonération pour la vente et livraison de la centrale à B.

Son appel est donc à dire non fondé.

La société A, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande formée sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile est à rejeter.

La société anonyme G ayant été déclarée en état de faillite en cours d'instance d'appel, Maître Guy Houtain, curateur de la faillite a repris l'instance engagée contre la société faillie.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme;

rejette l'offre de preuve formulée par l'appelante;

dit l'appel non fondé et confirme le jugement entrepris;

déboute l'appelante de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.