Arrêt commercial

Audience publique du douze décembre deux mille douze.

Numéro 37698 du rôle.

Composition :

Françoise MANGEOT, présidente de chambre;
Valérie HOFFMANN, conseillère;
Marie-Laure MEYER, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A SA, *établie et ayant son siège social à L-…. U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 27 juin 2011,*

comparant par Maître Grégori TASTET, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société par actions simplifiée B SAS, *établie et ayant son siège social à F-….. V, inscrite au registre de commerce de W sous le numéro ……..., représentée par son président en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit SCHAAL,*

comparant par Maître Denis PHILIPPE, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier du 31 juillet 2009, la société par actions simplifiée B S.A.S. basée en France a assigné la société anonyme A S.A. basée à Luxembourg à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 95.998,30 euros, avec les intérêts tels qu'indiqués dans l'assignation.

Elle a encore requis la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000,- euros et l'exécution provisoire du jugement.

La demanderesse a fait exposer qu'elle a vendu à la société A du matériel et des instruments de mesure pour des barrages en Algérie, que lors du chargement en France, les chauffeurs de la société A ont inscrit sur les DUT (document unique de transport) comme lieu de destination X en France, qu'à la vue de ces documents, le contrôleur des impôts français a requalifié ces « exportations » en « livraisons domestiques » soumises à la TVA française, que la société B a donc dû annuler les factures HTVA dressées en 2004 et les remplacer par des factures TVAC dans la mesure où la société A ne lui a pas fourni d'attestation d'exonération établie par l'administration fiscale française; que des factures pour un montant total de 602.947,40 euros ont ainsi été émises pour lesquelles seul un montant de 509.107,40 euros a été réglé, de sorte qu'il subsiste, malgré plusieurs rappels et mises en demeure, un solde impayé de 95.998,30 euros.

La demande était basée principalement sur le principe de la facture acceptée et subsidiairement sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (ci-après « Convention de Vienne »).

La société A s'est opposée à la demande en faisant valoir qu'il s'agissait de livraisons intracommunautaires, de sorte qu'elle pouvait bénéficier de l'exonération de la TVA. Pour prouver que les marchandises ont été transportées au Luxembourg, elle a versé des certificats de l'administration luxembourgeoise des douanes et accises ainsi que des lettres de voiture.

Par jugement rendu contradictoirement le 18 mars 2011, le tribunal :

- a reçu la demande en la forme;
- l'a dit fondée;
- partant, a condamné la société A à payer à la société B le montant de 87.639,05 euros avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 13 avril 2007, jusqu'à solde ainsi que le montant de 6.202,49 euros avec les intérêts tels que prévus par les articles 3 et 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à compter des échéances respectives des factures, jusqu'à solde ; et
- a condamné la société A aux frais et dépens, ainsi qu'au paiement d'une

indemnité de procédure de 1.000,- euros.

Par acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 27 juin 2011, la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement, qui lui avait été signifié le 18 mai 2011.

L'appelante demande, par réformation du jugement entrepris, à voir dire irrecevable (pour respectivement défaut de qualité à agir et pour défaut de base légale), sinon non fondée la demande de paiement adverse ; elle réclame une indemnité de procédure de 3.000,- euros pour l'instance d'appel et requiert la condamnation de l'intimée aux frais et dépens des deux instances.

La société A explique avoir commandé du matériel auprès de la société B avec laquelle elle était en relations d'affaires. La facturation se faisait hors TVA et l'appelante déclare avoir payé les factures HTVA en 2004.

Elle conteste la véracité de la soumission à la TVA, nonobstant la communication de l'attestation de la direction générale des finances publiques de W du 17 décembre 2010 indiquant que la société B a dû acquitter le 6 juillet 2006 la TVA de 87.639,- euros alors qu'elle n'était pas en mesure d'établir l'existence du transport ou de l'expédition hors de France des biens vendus à la société A

L'appelante émet d'abord des réserves quant à la valeur de cette attestation, en raison de l'absence de preuve du paiement par la société B de la somme de 87.639,- euros à l'administration fiscale française et elle allègue ensuite que le litige ne concernerait que ces deux parties et que l'imposition de la société B ne serait imputable qu'à sa propre turpitude, consistant dans le fait de ne pas avoir été en mesure de prouver à l'administration fiscale française que les factures en litige portaient sur des livraisons de biens destinés à l'export.

L'appelante insiste encore sur le fait que la société B aurait dû éviter ou contester cette taxation, respectivement prouver qu'elle a fait le nécessaire pour éviter cette imposition.

Elle verse les certificats des douanes luxembourgeoises afin de prouver que les marchandises ont bien reçu la certification d'export en partant de Luxembourg.

Selon elle, l'erreur à l'origine du redressement fiscal, proviendrait du fait que le comptable de la société B s'était trompé de destination de certaines livraisons de biens en indiquant à plusieurs reprises un lieu de livraison en France.

A titre subsidiaire, l'appelante estime que la demande en remboursement de la TVA ne saurait trouver sa base légale dans le Convention de Vienne.

Elle conclut, sur base des développements ci-dessus (défaut de qualité à agir et absence de base légale), à l'irrecevabilité de la demande adverse.

Quant au fond, elle rappelle que les marchandises ont été vendues à une société luxembourgeoise qui les a achetées pour les exporter en Algérie.

L'intimée, qui conclut à la confirmation du jugement (y compris en ce qu'il a procédé à la rectification de l'erreur matérielle contenue dans le calcul de sa demande initiale et dit que le montant réclamé n'est que de 93.841,54 euros), rappelle sa version des faits et ses moyens développés en première instance et reproduits ci-dessus. Elle précise avoir annulé les factures HTVA dressées en 2004 et avoir, en accord avec la société A, dressé de nouvelles factures TVAC.

Il aurait été convenu entre parties que la société A devait, afin de régulariser la situation avec l'administration fiscale française, démontrer son droit à exonération.

En l'absence de la production, d'une telle justification d'exonération, la société B a payé 93.300,- euros à l'administration fiscale française et a, par la suite, adressé un rappel de paiement le 5 mars 2007 puis un courriel de rappel le 8 août 2007, à la société A Les deux mises en demeure des 2 octobre 2007 et 27 mai 2008 n'ont pas reçu de réponses.

A. Quant aux moyens d'irrecevabilité soulevés

i) la qualité à agir de la société B

Le défaut de qualité à agir de la société B est un moyen nouveau qui n'a pas, au vu du jugement entrepris, été soulevé en première instance, mais qui est toutefois recevable car il tend à faire écarter les prétentions adverses et peut, en tant que fin de non-recevoir d'ordre privé, être soulevé en tout état de cause.

La qualité à agir se définit comme étant la faculté légale d'agir en justice, et par la suite, le titre auquel on figure dans un acte juridique ou dans un procès. Ont seuls qualité à agir le propriétaire du droit litigieux, son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour le faire.

La société B qui a vendu du matériel à la société A et qui déclare avoir dû payer à l'administration fiscale la somme de 93.300,- euros du chef de TVA, a sans conteste qualité pour agir en vue d'obtenir le paiement des factures émises et le remboursement de la TVA payée.

Le moyen soulevé qui n'est pas fondé, est donc à rejeter.

ii) la base légale

Il ne ressort nulle part du jugement entrepris que la société A avait soulevé l'exception du libellé obscur en première instance.

L'assignation du 31 juillet 2009 comportait un exposé exhaustif des faits à la base du litige ne permettant pas à la partie défenderesse de se méprendre sur l'objet de la demande dirigée à son encontre et lui rendant ensuite possible le choix des moyens de défense appropriés.

L'indication de la base légale n'est pas requise dans l'exploit d'assignation.

Par ailleurs, en application des dispositions de l'article 61 du nouveau code de procédure civile, le juge est obligé de donner aux faits qui lui sont soumis par les plaideurs la qualification exacte.

Au vu des développements sub (i) et (ii) ci-dessus, c'est à tort que la société A prétend que la demande de la société B devrait être déclarée irrecevable pour défaut de qualité dans le chef du demandeur respectivement pour absence de base légale.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré recevable la demande de la société B.

B. Quant au bien-fondé de la demande

Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, c'est à juste titre que les premiers juges ont dit que la Convention de Vienne de 1980 est applicable au contrat conclu entre parties, qui a pour objet la vente de matériel et d'instruments pour des barrages, alors qu'il s'agit d'une vente internationale de marchandises.

La demande en paiement de la société B comporte deux volets : l'un ayant trait au remboursement de la TVA pour les factures émises en 2004, l'autre concernant trois factures restées impayées dans leur totalité.

La société B invoque à chaque fois le principe de la facture acceptée.

i) le paiement de la TVA

- le principe de la facture acceptée

La société B fait plaider que la société A aurait été d'accord à régler les factures rectifiées (comprenant la TVA), émises suite à l'annulation des factures initiales; qu'elle aurait également été d'accord à payer la TVA avant d'en

demander le remboursement auprès des administrations fiscales françaises. A l'appui de sa version des faits, elle verse un courrier du 1er février 2007 émanant de la société A

Les factures litigeuses datent des 9 mars 2006, 22 septembre 2006, 26 octobre 2006, 27 décembre 2006, 2 mars 2007 et 10 mai 2007 et leur réception par la société A n'a jamais été contestée.

La Cour ne dispose pas de pièces desquelles il résulterait que la société A ait formellement contesté ces factures mais il est établi au vu des éléments du dossier que la société A a toujours refusé, contrairement aux affirmations adverses, le principe même d'être tenue au paiement de la TVA.

Le courrier du 1er février 2007, invoqué par l'intimée, confirme qu'il y a eu des discussions entre parties au sujet de la TVA et contient l'engagement de la société A de régler les montants réclamés de ce chef dès le remboursement de ces sommes par les services fiscaux français.

La société B s'est encore référée à un courrier du 5 mai 2007, émanant de M. C, administrateur de la société A, courrier duquel elle déduit que des démarches seraient entreprises par cette société pour respecter ses engagements.

Ce courrier n'est pas versé; l'affirmation de la société B reste donc à l'état de pure allégation.

Quant au principe de la facture acceptée invoquée par l'Intimée, la Cour rappelle que « les protestations du client (contre la facture) peuvent être explicites ou implicites, écrites ou verbales » (cf. A. CLOQUET : La facture, n°566 et s.). Au vu des circonstances de la cause, le refus par la société A d'être tenue au paiement des montants réclamés du chef de TVA, est établi à suffisance de droit au regard de ses contestations implicites.

La Cour ne saurait donc admettre que les factures rectifiées, comportant la mise en compte de la TVA, aient été acceptées par la société A

A défaut de facture acceptée, il y a lieu d'examiner si la société B est en droit de réclamer à la société A le paiement de la TVA.

L'article 256 I du code (français) général des impôts (CGI) énonce le principe de l'application de la TVA française aux livraisons de biens effectuées à titre onéreux par un assujetti, en disposant que:

« *sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel* ».

La définition de l'assujetti respectivement du « redevable de la taxe » (TVA) résulte de l'article 283,1, al. 1er du CGI qui dispose que le paiement de l'impôt

incombe, en général, aux personnes qui réalisent les opérations taxables et elles seules peuvent être normalement recherchées en paiement.

Depuis le 1er janvier 1993, les livraisons intracommunautaires de biens c'est-à-dire les livraisons effectuées de la France à destination d'un autre Etat membre de l'Union européenne sont exonérées de la TVA.

L'exonération est subordonnée à la réunion de quatre conditions suivantes :

- l'opération doit être une livraison de biens à titre onéreux,
- le vendeur est un assujetti agissant en tant que tel,
- le bien est expédié ou transporté hors de France par le vendeur, par l'acquéreur ou pour leur compte, à destination d'un autre Etat membre, et
- l'acquéreur est un assujetti ou une personne morale non assujettie, qui ne bénéficie pas dans son Etat membre du régime dérogatoire l'autorisant à ne pas soumettre à la TVA ses acquisitions intracommunautaires.

Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le vendeur doit soumettre la livraison à la TVA (cf. art. 258, I, a du CGI).

Dans le présent litige, seule la 3ième condition est en discussion.

Or, conformément aux dispositions légales françaises, le vendeur doit justifier par tout moyen de la réalité de l'expédition ou du transport des biens hors de France. Les moyens de preuve peuvent être directs ou indirects. En tout état de cause, les justificatifs produits par le vendeur doivent être corroborés par les pièces et documents comptables (cf. JurisClasseur Fiscal Chiffre d'affaires fasc. 009-75 : livraisons intracommunautaires n°9). Il appartient au fournisseur d'établir que les biens ont effectivement quitté le territoire de l'Etat (cf. CJCE 6 juillet 2006, aff. C-439/04 KITTEL).

L'ensemble des indications résultant des documents commerciaux usuels permet, en principe, au vendeur d'apporter la preuve, pour chaque livraison, de l'existence de l'expédition ou du transport. Il peut s'agir des justificatifs suivants: document de transport, lettre de voiture, facture du transporteur, contrat conclu avec l'acquéreur, bon de commande écrit de l'acquéreur indiquant que les biens doivent être expédiés ou transportés dans un autre Etat membre, confirmation écrite par l'acquéreur de la réception des biens.

Au vu des pièces communiquées en cause, et notamment des document unique de transport et lettre de voiture, il est établi que les marchandises chargées auprès de la société B ont été transportées et déchargées à X, respectivement à Y (cf. pièces 21 et 22 de la farde de 23 pièces de Maître PHILIPPE).

Or, lorsque l'acquéreur assure lui-même, comme en l'espèce, le transport, le vendeur ne dispose pas, au moment du chargement des moyens de preuve permettant d'établir la réalité de l'expédition ou du transport des biens hors de France.

Dans pareil cas, la jurisprudence admet, si l'opération s'inscrit dans le cadre de relations commerciales régulières avec l'acquéreur, que le vendeur doit veiller à recueillir auprès de l'acquéreur, pour chaque livraison, les pièces justificatives lui permettant, en cas de contrôle ultérieur, d'établir la réalité de la livraison intracommunautaire.

Il ressort des pièces soumises à la Cour que la société B a, à de multiples reprises, relancé la société A, pour lui communiquer de telles pièces.

Comme la société A, qui était elle-même en charge du transport, n'a à aucun moment de la procédure pu démontrer (en communiquant p.ex. les factures de son transporteur; le contrat conclu avec B ou le bon de commande indiquant que la livraison doit avoir lieu à Luxembourg), que contrairement à ce qu'indiquent les lettres de transport, le matériel facturé par B a été livré au Luxembourg, elle doit supporter la TVA avancée par la société venderesse B.

Contrairement aux affirmations de la société A, l'erreur à l'origine du présent litige – à admettre que tel fut le cas –, n'est pas imputable au comptable de la société B qui a indiqué sur les factures un lieu de livraison en France mais au chauffeur du transporteur (D) agissant pour le compte de la société A qui a indiqué sub. «chargement» l'adresse où il a reçu les marchandises à savoir au siège de la société B à Z et sub. «déchargement» X (pièce 21) respectivement Y (pièce 22).

La Cour ne dispose d'aucun élément permettant de mettre en doute les indications du chauffeur quant au lieu du déchargement.

Rappelons que la livraison intracommunautaire (exonérée) se double d'une acquisition intracommunautaire (imposable) qui a lieu dans le pays de destination.

Pour que des livraisons de biens effectuées à l'intention d'un assujetti situé dans un autre Etat membre soient exonérées dans l'Etat de départ et imposées en tant qu'acquisitions intracommunautaires dans l'Etat d'arrivée, il est nécessaire que les autorités de l'Etat de départ puissent vérifier la réalité de l'expédition ou du transport des biens en dehors du territoire de cet Etat.

Si celle-ci n'est pas établie, l'opération sera soumise à la TVA de l'Etat de départ.

L'exonération de TVA par les services français n'aurait en l'espèce pu être appliquée que dans l'hypothèse où les biens étaient passés effectivement de la France vers le Luxembourg.

L'intimée conteste formellement l'affirmation de la société A relative à la communication de documents établissant la réalité d'une livraison intracommunautaire et justifiant de l'exonération de TVA, de sorte que la société B aurait à tort mis en compte la TVA.

Quant aux documents émanant de l'administration des douanes et accises luxembourgeoises, dont la société A entend déduire une livraison au Luxembourg, il y a lieu de noter qu'ils n'établissent pas que les marchandises, dont la facturation est actuellement litigieuse, ont été livrées au Luxembourg. La Cour confirme partant, par adoption de motifs, les premiers juges qui ont dit qu'il n'est pas établi que ces documents sont en relation avec les marchandises vendues par la société B pour lesquelles elle réclame actuellement la TVA.

Rappelons que la fourniture par l'acquéreur d'une déclaration aux autorités fiscales de l'Etat membre de destination relative à l'acquisition intracommunautaire peut constituer une preuve supplémentaire visant à établir que les biens ont effectivement quitté le territoire de l'Etat membre de livraison. Cependant elle ne constitue pas une preuve déterminante aux fins de l'exonération de la TVA (CJCE aff. C-409-04 TELEOS e.a.).

Comme la société A n'a, à aucun moment, établi la livraison du matériel hors du territoire français, le contrôleur des impôts français a sur base de la règlementation en matière de TVA requalifié ces « exportations » en « livraisons domestiques », soumises à la TVA française.

Le paiement de la TVA à hauteur de la somme de 93.300,- euros, par la société B en date du 6 juillet 2006, contesté dans l'acte d'appel par la société A, résulte à suffisance de droit de l'attestation de l'inspecteur principal des impôts de la direction générale des finances publiques de W du 17 décembre 2010 (cf. pièces n° 20 et 23 de la farde de Maître PHILIPPE).

La TVA est payable par B qui doit la répercuter sur son client A

Il n'y a pas non plus double facturation tel que l'affirme l'appelante alors que la société B ne réclame pour les factures n° 51015460, 50283596 et 50318197 que les montants correspondant à la TVA, le principal ayant été acquitté par la société A en 2004.

Au vu des constatations ci-dessus, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit que « la société A n'a pas établi la réalité du transport intracommunautaire et de son exonération subséquente, de sorte qu'elle est redevable de la taxe sur la valeur ajoutée».

ii) <u>les autres factures</u>

L'appelante a encore contesté les factures (n° 50310537 du 26 octobre 2006 d'un montant de 2.101,97 euros, n° 50334477 du 10 mai 2007 d'un montant de 1.009,42 euros et n° 50325867 d'un montant de 450,- euros) tant en leur principe, qu'en leur quantum en faisant valoir que les sommes réclamées ne correspondent à aucune commande.

Comme en première instance, elle n'avait pas émis d'observations quant aux deux premières factures dont ni la réception, ni la conformité des marchandises

n'avaient été contestées, ses contestations vagues et imprécises formulées en instance d'appel ne sont pas de nature à valoir contestations. La Cour rappelle que la société A n'avait même pas contesté la mise en compte de la TVA pour ces deux factures (celles-ci avaient en effet été directement émises TTC).

Concernant la facture n° 50325867 pour laquelle seul un solde de 450,- euros, correspondant à des frais de transport, reste en litige, l'appelante omet toujours d'émettre des contestations de sorte que sa demande en réformation du jugement entrepris est encore à rejeter sur ce point.

Il y a donc lieu de confirmer le jugement entrepris également en ce qu'il a déclaré la demande de la société B fondée pour les sommes réclamées sur base de ces trois factures.

C. Quant aux intérêts de retard

L'appelante conteste redevoir des intérêts de retard sur base de la loi du 18 avril 2004. Elle reproche au « tribunal (d'avoir) par lui-même établi la loi applicable ».

Le présent litige a incontestablement trait à une vente internationale de marchandises et est partant soumis à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, dite Convention de Vienne.

C'est à bon droit, que les premiers juges sur le visa des articles 38, 39 et 59 de ladite Convention, - ont constaté l'absence de contestation de la société A tant à l'égard des biens vendus qu'à l'égard des factures y relatives - et ont fait application de l'article 78 de la Convention de Vienne en allouant des intérêts de retard à la société B.

Comme le taux de ces intérêts n'est pas fixé par la Convention de Vienne, les premiers juges ont déterminé, à bon droit, sur base de la Convention de Rome, et en prenant égard au fait que la société A n'avait à aucun moment plaidé l'application d'une autre loi, la loi luxembourgeoise comme étant celle applicable en l'espèce.

Il y a lieu de confirmer, par adoption de motifs, les premiers juges en ce qu'ils ont dit que les intérêts légaux courent sur le montant de 87.639,05 euros (facture n° 51015460) à compter de la mise en demeure du 13 avril 2007 au vu du fait que cette facture se rapporte à une commande antérieure à l'entrée en vigueur de la loi modifiée du 18 avril 2004, mais que les intérêts de retard tels que prévus par les articles 3 et 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 sont à appliquer aux autres factures d'un montant de 6.202,49 euros.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel est à déclarer non fondé.

D. les indemnités de procédure

L'appelante a réclamé une indemnité de procédure de 3.000,- euros.

En tant que partie succombante, elle est à condamner aux frais, de sorte que sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile requiert un débouté.

L'intimée a requis une indemnité de procédure de 1.000,- euros pour l'instance d'appel.

Comme il paraît inéquitable de laisser à sa charge des frais irrécupérables qu'elle a dû exposer pour l'instance d'appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure est fondée pour la somme que la Cour fixe à 1.000,- euros.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

partant confirme le jugement entrepris,

déboute la société anonyme A SA de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme A SA à payer à la société par actions simplifiée B SAS une indemnité de procédure de 1.000,- euros,

condamne la société anonyme A SA aux frais et dépens de l'instance d'appel.