

Gestion locative et défiscalisation : perte de chance et préjudices réparables

Moussa Thioye, Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IEJUC,
avocat au barreau de Toulouse

AJDI 2021 p.787

La gestion locative n'est pas toujours un havre de paix ou un oreiller d'insouciance pour l'administrateur de biens qui ne doit jamais oublier que l'*intuitus personae* qui caractérise l'opération ne doit pas faire de l'ombre à l'*intuitus pecuniae* qui la motive de part et d'autre. Si le mandant - qui n'ignorerait pas nécessairement les arcanes de l'administration d'un patrimoine locatif ou n'en craindrait pas nécessairement les risques - a choisi de recourir aux services payants d'un professionnel pour gérer son bien en son nom et pour son compte, c'est naturellement dans un souci d'efficacité et de rentabilité. Une rentabilité *via* la réalisation de gains mais aussi *via* l'évitement de pertes. Il s'ensuit qu'il peut avoir tendance à penser que tout préjudice subi à l'occasion de la gestion, qu'il s'agisse d'un gain manqué (*lucrum cessans*) ou d'une perte subie (*damnum emergens*), doit pouvoir être mis sur le dos de son « homme ou femme de confiance ». À tort ou à raison ? À raison, sans doute, si l'on se fie à la tendance (confinant au bilan) jurisprudentielle marquée par la sévérité à l'égard des intermédiaires immobiliers professionnels et, notamment, de ceux qui sont spécialisés dans les opérations dites de défiscalisation puisqu'ils sont clairement réputés être tenus vis-à-vis des investisseurs concernés, qu'ils soient ou non liés contractuellement avec eux, d'une obligation très lourde de diligence ainsi que d'un devoir de renseignement, de conseil et/ou de mise en garde ayant toutes les allures d'une véritable bombe à retardement difficilement maîtrisable *ex ante* (V. Civ. 1^{re}, 16 oct. 2008, n° 07-14.542, AJDI 2009. 376, obs. M. Thioye ; Civ. 1^{re}, 19 mars 2009, n° 06-20.983, AJDI 2009. 738, obs. M. Thioye ; Civ. 3^e, 29 oct. 2015, n° 14-17.469, D. 2015. 2320 ; AJDI 2016. 61, obs. M. Thioye ; RDI 2016. 222, obs. H. Heugas-Darraspen ; Civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-25.568, AJDI 2016. 62, obs. M. Thioye ; rapp. Paris, 20 févr. 2007, n° 05/04445, AJDI 2007. 676, obs. M. Thioye ; Civ. 3^e, 16 nov. 2016, n° 15-23.790, AJDI 2017. 54 ; *ibid.* 367, obs. M. Thioye ; Civ. 1^{re}, 11 déc. 2019, AJDI 2020. 469, obs. M. Thioye).

L'arrêt de cassation rapporté, certes inédit au *Bulletin civil*, s'inscrit indiscutablement dans cette tendance, puisque la haute juridiction y retient que, en fait de gestion locative d'un bien neuf acheté en vue de réaliser une opération de défiscalisation, tant la perte d'une chance de bénéficier d'un avantage fiscal que celle de ne pas payer les intérêts moratoires fiscaux constituent bel et bien des préjudices indemnisables par, notamment, le gérant (ou gestionnaire). Cela au grand soulagement et au grand bonheur d'un couple qui, après avoir acquis en l'état futur d'achèvement à Saint-Martin un appartement destiné à la location et permettant de réaliser une opération dite de « défiscalisation », a subi un redressement fiscal pour un montant de près de 250 000 € majoré de près de 20 000 € d'intérêts moratoires. Tout cela à cause d'un retard dans la mise en location du logement et de son occupation à titre de résidence secondaire alors que le bien lui avait été vendu par un promoteur-

vendeur dans le cadre d'une opération d'optimisation fiscale et que sa gestion locative avait été confiée à un administrateur de biens. C'est ainsi que les époux acquéreurs et investisseurs allaient assigner en responsabilité civile, au titre de leur perte d'un avantage fiscal et au titre du préjudice lié aux intérêts de retard, le promoteur-vendeur et le gestionnaire locatif avec l'espoir de pouvoir mettre à leur charge, en dernier ressort, tous les fruits financiers amers du redressement fiscal subi. Une demande à laquelle la cour d'appel de Paris n'allait répondre que « chichement », parce qu'elle va limiter à la somme de 21 948 € le montant des dommages-intérêts, correspondant aux majorations appliquées par l'administration fiscale lors des rappels de droits, et rejeter :

- d'une part, la demande d'indemnisation au titre de la perte d'un avantage fiscal par les acquéreurs au motif que « le préjudice subi par ces derniers ne constitue pas un préjudice direct mais une perte de chance de bénéficier d'un tel avantage, le rappel des droits correspondant au paiement de l'impôt auxquels ils étaient légalement tenus » ;

- d'autre part, la demande des acquéreurs au titre du préjudice lié aux intérêts de retard au motif que « ceux-ci ne constituent pas un préjudice indemnisable dès lors qu'ils ne sanctionnent pas le non-paiement de l'impôt mais compensent seulement la perte subie par le Trésor public du fait de la perception différée de l'impôt, dont le montant est resté dans le patrimoine des contribuables et dont sa propre trésorerie n'a pu bénéficier jusqu'à la rectification et le paiement des sommes dues ».

Mais, persuadés qu'ils ne devaient pas se rendre aux raisons ainsi avancées par les juges parisiens, les époux acquéreurs formèrent un pourvoi en cassation bâti sur deux moyens complémentaires.

En premier lieu, estimant que « le juge est tenu d'évaluer le préjudice dont il a constaté l'existence en son principe », ils faisaient grief à la cour d'appel d'avoir commis un déni de justice et, ainsi, violé l'article 4 du code civil « en refusant d'indemniser le préjudice tiré de la perte de chance de bénéficier d'un avantage fiscal dont elle avait pourtant constaté l'existence ».

En second lieu, considérant que « si le paiement d'un impôt légalement dû ne constitue pas un préjudice réparable, le paiement des intérêts et majorations de retard consécutifs au non-paiement de cet impôt est indemnisable, dès lors que le contribuable n'a pas acquitté à l'échéance l'impôt légalement dû à raison de la faute commise par la société qu'il avait mandatée pour réaliser une opération d'optimisation fiscale », ils reprochaient à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1147 devenu, avec la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1231-1 du code civil.

Deux arguments auxquels la Cour de cassation sera sensible et perméable puisqu'elle va, par l'arrêt rapporté, les valider l'un après l'autre.

Premièrement, elle avance, sous le visa de l'article 4 du code civil, qu'il résulte de ce texte que « le juge est tenu d'évaluer le préjudice dont il a constaté l'existence en son principe », tant et si bien que, « en refusant d'indemniser le préjudice des acquéreurs tiré de la perte de chance de bénéficier d'un avantage fiscal dont elle avait constaté l'existence en son principe, la cour d'appel de Paris a violé le texte susvisé ».

Secondement, les hauts juges énoncent, sous le visa de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, qu'il résulte de ce texte que « si le contribuable n'a pas acquitté à l'échéance l'impôt légalement dû en raison du manquement du professionnel à ses obligations, la perte de chance de ne pas payer les intérêts de retard s'analyse en un préjudice réparable », de sorte que, en refusant d'indemniser le préjudice des acquéreurs lié aux intérêts moratoires alors que le retard litigieux était bel et bien dû à une faute commise par la société qu'ils avaient mandatée pour réaliser une opération d'optimisation fiscale, la cour d'appel de Paris a violé le texte susmentionné. Il s'en est donc logiquement ensuivi la cassation de son arrêt rendu le 8 avril 2019 en ce qu'elle a, en violation de la loi, rejeté les demandes des acquéreurs tendant à l'indemnisation du préjudice lié aux intérêts de retard et à la perte de chance de bénéficier d'un avantage fiscal.

L'affaire et les parties ayant été remises, sur ces points, dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt, elles ont été renvoyées devant la cour d'appel de Versailles ainsi invitée, désormais, à « remettre les pendules à l'heure ».

Remettre les pendules à l'heure sans perdre de vue que, en droit spécial de l'intermédiation immobilière, les professionnels fautifs (et leurs assureurs) sont ordinairement condamnés à réparer intégralement l'ensemble des dommages subis par leurs mandants (V. M. Thioye, *Droit des intermédiaires immobiliers*, LexisNexis, 4^e éd., 2020, n° 687), même si, en droit commun de la responsabilité civile, il faut rappeler que les directives données dans les articles 1231-3 et 1231-4 à propos de la matière contractuelle sont plutôt indulgentes et que, de manière générale, « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » (Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, n° 96-15.380, D. 1998. 191 ; Civ. 2^e, 9 avr. 2009, n° 08-15.977, D. 2009. 1277).

Conseil pratique

Les intermédiaires professionnels et, notamment, ceux qui sont spécialisés dans les opérations dites de « défiscalisation » doivent être conscients du fait qu'ils doivent aux investisseurs concernés, surtout lorsqu'ils sont liés contractuellement avec eux, une obligation très lourde de diligence et d'efficacité qui a toutes les allures d'une véritable bombe à retardement difficilement maîtrisable *ex ante*.

Mots clés :

PROFESSIONS * Administrateur de biens * Promoteur immobilier * VEFA * Mandat de gestion
* Gestion locative