

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1400133

Société ER Travaux

M. Gueguein
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 13 mai 2015
Lecture du 4 juin 2015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête, enregistrée le 3 avril 2014, présentée pour la société ER Travaux, dont le siège est (...), par Me Chevalier ; la société ER Travaux demande au tribunal de :

- prononcer la décharge du redressement d'impôt à la taxe de solidarité sur les services pour les exercices 2008 à 2010 d'un montant de 20 691 148 F CFP, dont 10 936 126 F CFP au principal, auquel elle a été assujettie ;

- prononcer la décharge de la majoration pour manœuvres frauduleuses ;

- mettre la somme de 200 000 F CFP à la charge du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le redressement est entaché d'une erreur de droit ; que l'activité de la société Prima Pause ne peut être regardée comme celle d'un sous-traitant ; qu'il s'agit d'un des prestataires en charge de la pose des menuiseries d'aluminium qu'elle produit ;

- la création de cette société vient répondre à la scission opérée par les donneurs d'ordre institutionnels entre les opérations de fourniture et de pose de menuiserie ;

- il n'existe aucune preuve de l'élément intentionnel ; qu'il n'y a pas manœuvres frauduleuses ;

Vu la décision par laquelle gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, service du contentieux fiscal a statué sur la réclamation préalable ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 3 juillet 2014, présenté par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui conclut au rejet ;

Il soutient que :

- la société requérante a signé un protocole d'accord dans lequel elle admet que tous les faits relevés dans la notification de redressement sont fondés ; que l'accord n'a pas été mis en œuvre à défaut pour elle de pouvoir faire état d'une caution bancaire ;

- le gérant de la société ERT est également gérant de la société Prima Pose et de la société HCG ; qu'il s'agit de créations de sociétés pour lesquelles l'administration n'a pas souhaité retenir l'abus de droit, et donc nier la réalité de ces sociétés, mais la manœuvre frauduleuse dans la facturation des prestations ; que les éléments produits justifient parfaitement de cette qualification et de la manœuvre frauduleuse ;

- à titre subsidiaire, la réalisation de menuiserie aluminium sur mesure constitue un contrat d'entreprise relevant de la TSS ;

Vu l'ordonnance en date du 4 juillet 2014 fixant la clôture d'instruction au 18 août 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 juillet 2014, présenté pour la société ER Travaux qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens ;

Vu le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 13 mai 2015 :

- le rapport de M. Gueguein, rapporteur ;

- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;

- et les observations de Me Elmosnino, substituant Me Chevalier, avocat de la société requérante, et de Mme Lozach, représentant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

1. Considérant que la société ER Travaux demande au tribunal de prononcer la décharge du redressement d'impôt à la taxe de solidarité sur les services pour les exercices 2008 à 2010 d'un montant de 20 691 148 F CFP, dont 10 936 126 F CFP au principal et la décharge de la majoration pour manœuvre frauduleuse ;

Sur le redressement à la taxe de solidarité sur les services :

2. Considérant qu'aux termes de l'article Lp. 918 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « *I - Sont soumises à la taxe, les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel. / Les opérations autres que les livraisons de biens sont*

considérées comme des prestations de services. / Est considéré comme livraison d'un bien, le transfert du pouvoir de disposer d'un bien meuble corporel comme un propriétaire. III - Sont notamment considérés comme des prestations de services, cette liste n'étant pas limitative : ... - les travaux immobiliers ... » ; qu'aux termes de l'article Lp. 918 A du même code : « I - Sont assujetties à la taxe les personnes qui effectuent de manière indépendante une des activités économiques mentionnées au quatrième alinéa du présent article quels que soient le statut juridique de ces personnes, leur situation au regard des autres impôts et la forme ou la nature de leur intervention. / Les personnes qui agissent de manière indépendante sont celles qui exercent une activité sous leur propre responsabilité et jouissent d'une totale liberté dans l'organisation et l'exécution des travaux qu'elle comporte. / Sont notamment réputées agir d'une manière indépendante les personnes qui exercent une activité professionnelle en vertu : - d'un contrat d'entreprise : convention par laquelle une personne s'engage à faire un ouvrage ou une prestation pour autrui, en conservant son indépendance dans les conditions d'exécution des tâches ... » ;

3. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le gérant de la société ER Travaux dont l'objet social est la réalisation de menuiseries en aluminium, est également gérant et propriétaire du capital social des sociétés Prima Pose et HCG ; que lors de la vente de menuiseries aluminium, les acheteurs peuvent opter soit pour une prestation complète d'achat et de pose, soit pour un achat simple à charge pour eux de procéder à l'installation des menuiseries ; que la société ER Travaux propose notamment la possibilité d'une pose par la société Prima Pose ; que ces deux sociétés qui ont déclaré avoir deux sièges différents et deux établissements principaux différents se signalent, dans leur documentation commerciale et auprès des services de l'OPT, comme ayant les mêmes coordonnées téléphoniques et le même fichier clients ; que si la société ER Travaux soutient que cette situation résulte de la conclusion d'une convention de gestion administrative avec la société HCG, il demeure que le vérificateur a pu relever à juste titre, et alors il n'est pas contesté que la société Prima Pose n'a pas d'autres activités réelles que la pose de menuiseries réalisées par la société requérante, que les prestations de pose assurées par la société Prima Pose sont commandées directement par l'intermédiaire du commercial de la société ER Travaux, à l'occasion de l'achat des menuiseries par le biais d'un document unique ; qu'ainsi, et nonobstant l'élaboration par ces deux sociétés de devis et factures différents, l'administration fiscale a pu estimer à bon droit que la société Prima Pose intervenait alors comme sous-traitant de la société ER Travaux, laquelle se voit alors titulaire d'un contrat d'entreprise et donc redevable de la taxe de solidarité sur les services à hauteur de la totalité de la prestation y inclus le prix des menuiseries ;

4. Considérant que la société ER Travaux n'est pas fondée à demander le dégrèvement du complément d'imposition à la taxe de solidarité sur les services mis à sa charge pour les exercices 2008 à 2010 ;

Sur les pénalités :

5. Considérant qu'aux termes de l'article 1054 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « Lorsque la déclaration ou l'acte mentionnés à l'article 1053 font apparaître une base d'imposition ou des éléments servant à la liquidation de l'impôt insuffisants, inexacts ou incomplets, le montant des droits mis à la charge du contribuable est assorti : ... 2°. et d'une majoration de 40 % si la mauvaise foi de l'intéressé est établie ou de 80 % s'il s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses ou d'abus de droit au sens de l'article 971. » ;

6. Considérant que pour justifier l'application de la pénalité prévue par les dispositions précitées de l'article 1054 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie aux rappels de taxe de solidarité sur les services, le service se borne à faire valoir que la société ER Travaux a participé en toute connaissance de cause à un schéma de fraude à ladite taxe ; que toutefois l'administration n'établit, ni même n'allègue, l'existence, de la part de la société contribuable, de démarches ou procédés destinés à l'égarer dans ses contrôles caractérisant des manœuvres frauduleuses ; qu'ainsi l'administration n'établit pas le bien fondé de la pénalité pour manœuvre frauduleuse infligée à la société requérante ;

7. Considérant, toutefois, qu'il appartient au juge, dans une telle hypothèse, alors même que l'administration ne le saisisait pas d'une demande en ce sens, de rechercher si les éléments qui étaient invoqués par l'administration pour justifier des pénalités pour manœuvres frauduleuses permettent, à défaut d'établir ces dernières, de caractériser la mauvaise foi du contribuable et de substituer, au besoin d'office, à la majoration appliquée par l'administration la majoration de 40 % pour mauvaise foi prévue par les mêmes dispositions de l'article 1054 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie ;

8. Considérant qu'en l'espèce, compte tenu des circonstances qui ont justifié les rappels litigieux, notamment du fait que la société contribuable ne pouvait ignorer que le procédé mis en œuvre conduisait à exonérer irrégulièrement certaines de ses transactions de la taxe de solidarité sur les services en raison de la qualité de sous-traitant de la société Prima Pose, l'absence de bonne foi de la société contribuable est établie ; qu'il y a lieu, par suite, de substituer d'office à la majoration pour manœuvres frauduleuses, celle prévue, en cas d'absence de bonne foi, par l'article 1054 du code général des impôts ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que dans le cadre d'un processus transactionnel, l'administration fiscale avait modéré le montant des pénalités pour manœuvres frauduleuses en arrêtant le montant desdites pénalités à la somme de 5 468 060 F CFP, soit l'application d'un taux de majoration de 50 % ; qu'il y a donc lieu d'accorder à la société ER Travaux la décharge de l'obligation de payer la somme de 1 093 610 F CFP, et de porter ainsi le montant des pénalités dues à la somme de 4 374 450 F CFP ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

10. Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* » ;

11. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la Nouvelle-Calédonie la somme demandée par la société ER Travaux au titre des dispositions précitées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La pénalité de 40 % pour mauvaise foi prévue par les dispositions de l'article 1054 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie est substituée à la pénalité de 50 % dont ont été assortie les rappels de taxe de solidarité sur les services réclamés à la société ER Travaux au titre de la période allant du 1^{er} août 2008 au 31 décembre 2010.

Article 2 : La société ER Travaux est déchargée de la différence entre les impositions qui lui ont été assignées et celles qui résultent de l'article 1^{er}.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.