

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NICE

N° 0804693

SA SMART CITY Suisse

C/

Direction nationale des vérifications de situations
fiscales

Mme Amslem
Rapporteur

M. Lemaitre
Rapporteur public

Audience du 23 novembre 2010
Lecture du 7 décembre 2010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Nice,
6^{ème} Chambre,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 9 août 2008 sous le n°0804693, présentée par Me Valdy pour la SA SMART CITY Suisse, dont le siège social est avenue du Prieuré à Pully (Suisse) élisant domicile au cabinet de son avocat sis 1360, route des Dolines Les Cardoulines B 3 à Sophia Antipolis (Alpes-Maritimes), représentée par son dirigeant en exercice ; la société requérante demande :

- la décharge de la cotisation d'impôt sur les sociétés, de la contribution sur l'impôt sur les sociétés et de la retenue à la source, ainsi que des pénalités y afférentes, auxquelles elle a été assujettie au titre de l'année 2003 par un avis de mise en recouvrement établi le 25 janvier 2007 par le services des impôts des entreprises d'Antibes,
- et la condamnation de l'Etat à lui verser une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient :

- que sa seule activité est de vendre des compléments alimentaires ;
- qu'il existe également une société Smart City de droit luxembourgeois ainsi qu'une succursale, qui est domiciliée, pour des préoccupations de coûts, à l'adresse de la société luxembourgeoise ;

- que cette succursale n'a eu aucune activité ; que le vérificateur a commis une méprise en estimant qu'elle agit par l'intermédiaire de sa succursale alors que c'est la société Smart City Luxembourg qui contracte en France les différentes prestations ;
- que la réception le 23 novembre 2004 d'un courrier ne peut démontrer qu'elle disposait en France au cours de l'année 2003 d'un établissement stable ;
- que la signature figurant sur l'accusé de réception postale n'est pas celle de M. Serra ;
- qu'il était normal que M. Serra amène son ordinateur portable avec lui ;
- que la phrase extraite du rapport de la société Sophia System ne permet pas de conclure que la gestion des stocks et des commandes se déroulait au moins en partie sur Antibes ; qu'il n'y est question que d'entités étrangères ;
- que la société Smart City a continué à exister après le jugement de liquidation judiciaire ; qu'elle-même n'a jamais eu d'établissement stable en France ;
- que le traitement des clients est fait au Luxembourg ;
- que l'adresse de l'association Nutrition et Prévention, sise à Juan-les-Pins, n'a jamais été le lieu d'une quelconque activité commerciale ;
- qu'il s'est agi, en donnant un numéro français, de ne pas rebuter les clients ;
- qu'aucun serveur français n'a hébergé de sites web ;
- qu'une adresse de domiciliation ne saurait qualifier l'activité réelle d'une association à but non lucratif ;
- que le compte bancaire ouvert en France l'a été au nom de la société Smart City Luxembourg ;
- que M. Brancaleoni a toujours été salarié de cette société luxembourgeoise ; qu'un amalgame est fait entre les deux sociétés ; que M. Brancaleoni n'a jamais eu le pouvoir d'engager la société suisse ;
- que l'impact des prescripteurs est minime ; que ces derniers n'avaient pas le pouvoir d'engager la société ; qu'il n'y a pas de cycle complet d'opérations en France ;
- que seul environ 10 % du chiffre d'affaires a été réalisé hors de France ; que c'est donc normal que les publicités soient effectuées sur des supports français ;
- que les fournisseurs de service, qui agissaient en France, n'avaient de contact qu'avec la société luxembourgeoise ;
- que les fournisseurs de produits n'étaient pas en France ;
- qu'il n'y a pas eu de cycle commercial complet en France ; qu'elle n'a pas d'établissement stable en France ;
- qu'elle est connue des services fiscaux suisses et a été imposée dans ce pays ;
- que le vérificateur, qui a eu connaissance des comptes de résultats de l'année 2003, a préféré forfaitiser les charges ;

Vu la décision attaquée ;

Vu le mémoire, enregistré au greffe du Tribunal le 14 février 2009, présenté par le chef des services fiscaux de la direction nationale des vérifications de situations fiscales ; le chef des services fiscaux conclut au rejet de la requête ; il soutient :

- que M. Serra contrôle directement ou indirectement plusieurs sociétés dont la dénomination est Smart ou Smart City ;
- qu'une perquisition fiscale a été diligentée le 20 janvier 2004 ; que les documents saisis ont permis d'établir que la société requérante disposait d'un établissement stable en France ;
- que les rappels ont été notifiés selon la procédure d'imposition d'office ;

- qu'il n'y a eu aucune confusion entre les différentes entités bien qu'elles comportent la même dénomination ; que la société Smart City Luxembourg a été enregistrée comme la succursale de la société requérante ; qu'elle assure diverses prestations de nature commerciale et administrative; que la société luxembourgeoise fait état de recettes s'établissant pour l'année 2003 à 3 653 055 euros ;
- que la société requérante disposait en France de locaux et de moyens matériels ;
- que la gestion des stocks et des commandes fournisseurs se déroule au moins en partie à Antibes ;
- que les courriers ont été distribués à Antibes ;
- qu'il existe une boîte postale en France sur laquelle M. Serra dispose d'une procuration ;
- que les factures émises par la société requérante sont encaissées sur un compte français ouvert au nom de sa succursale ;
- que M. Brancaloni, qui disposait de la signature sur le compte bancaire, pouvait engager la société ; qu'il avait donc le statut de représentant en France au cours de l'année 2003 ;
- que le montant des encaissements enregistrés sur le compte bancaire français atteste du chiffre d'affaires réalisé en France ; que la présence en France de prescripteurs constitue un élément supplémentaire établissant l'existence d'un cycle commercial complet en France ;
- que la circonstance qu'une partie du cycle se soit déroulé à l'étranger ou que le centre de décision soit lui-même situé à l'étranger reste sans influence sur le caractère complet du cycle commercial réalisé en France ;
- que la société requérante a une installation fixe d'affaires en France au sens de la convention franco-suisse ;
- que son directeur vit en France ;
- que M. Brancaloni peut être regardé comme constituant un établissement stable en France ;
- que la circonstance que la société requérante soit connue des services fiscaux suisse est inopérante ;
- que l'Etat n'est pas la partie perdante ;

Vu l'ordonnance portant clôture de l'instruction au 18 octobre 2010 ;

Vu les pièces constatant la notification aux parties des requête et mémoires ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la convention conclue entre la France et la Suisse le 9 septembre 1966 ;

Vu la convention conclue entre la France et le Luxembourg le 1^{er} avril 1958 ;

Vu le code général des impôts, ensemble le livre des procédures fiscales ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 23 novembre 2010 :

- le rapport de Mme Amslem, premier conseiller,
- et les conclusions de M. Lemaitre, rapporteur public ;

Considérant que la SA SMART CITY, société de droit suisse, a été constituée le 10 mai 2002 en vue d'exercer une activité de distribution et de commerce de produits et matières premières alimentaires et cosmétiques, et notamment de suppléments nutritionnels ; que son directeur, M. Serra, qui détient 48 % de son capital, dirige également la SA Smart City, société de droit luxembourgeois, créée le 6 décembre 2000 et dont l'objet social est identique à celui de la société requérante ; qu'un contrat de prestations a été conclu le 2 janvier 2003 entre la SA SMART CITY Suisse et la SA Smart City Luxembourg aux termes duquel la société luxembourgeoise s'engageait, contre rémunération, à effectuer, pour le compte de la société suisse, des travaux administratifs ainsi que des travaux de comptabilité, de saisie et de transmission des commandes ; que cette société a été également chargée d'encaisser les factures émises par la société suisse à ses clients, de fournir des services d'administration et de contrôle en matière de gestion commerciale et financière et de procéder à des études de marchés et au démarchage de la clientèle ; qu'une procédure de visite domiciliaire a été diligentée le 20 janvier 2004, sur le fondement des dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, aux domiciles de M. Serra et d'un salarié de la société luxembourgeoise, M. Brancaleoni ; qu'au vu des renseignements recueillis à cette occasion, l'administration a procédé à la vérification de comptabilité de la SA SMART CITY Suisse pour l'année 2003 ; qu'au terme de ce contrôle, elle a mis en recouvrement des droits supplémentaires de taxe sur la valeur ajoutée, des cotisations d'impôt sur les sociétés et de contributions sur l'impôt sur les sociétés ainsi que la retenue à la source de l'article 115 quinquies du code général des impôts ; que la société requérante, qui ne conteste pas les rappels de taxe sur la valeur ajoutée qui lui ont été réclamés, demande la décharge des autres impositions mises à sa charge ;

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 209 du code général des impôts : "I. Sous réserve des dispositions de la présente section, les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés d'après les règles fixées par les articles 34 à 45, 53 A à 57 et 302 septies A bis et en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions..." ; qu'aux termes de l'article 7 de la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 : "1) Les bénéfices d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre Etat, mais uniquement dans la mesure où ils sont imposables audit établissement..." ; qu'aux termes de l'article 5 de la même convention : "1) Au sens de la présente convention, l'expression "établissement stable" désigne une installation fixe d'affaires où l'entreprise exerce tout ou partie de son activité. 2) L'expression "établissement stable" comprend notamment : a) un siège de direction ; b) une succursale ; c) un bureau ; d) une usine ; e) un atelier ; f) une mine, une carrière, ou tout autre lieu d'extraction de ressources

naturelles ; g) un chantier de construction ou de montage dont la durée dépasse douze mois... 4) Une personne agissant dans un Etat contractant pour le compte d'une entreprise de l'autre Etat contractant, autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant, visé au paragraphe 6, est considérée comme "établissement stable" dans le premier Etat si elle dispose dans cet Etat de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise, à moins que l'activité de cette personne ne soit limitée à l'achat de marchandises pour l'entreprise... 6) On ne considère pas qu'une entreprise d'un Etat a un établissement stable dans l'autre Etat contractant du seul fait qu'elle y exerce son activité par l'intermédiaire d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre intermédiaire jouissant d'un statut indépendant, à condition que ces personnes agissent dans le cadre normal de leur activité ; 7) Le fait qu'une société qui est un résident d'un Etat contractant contrôle ou est contrôlée par une société qui est un résident de l'autre Etat contractant ou qui y exerce son activité (que ce soit par l'intermédiaire d'un établissement stable ou non) ne suffit pas, en lui même, à faire de l'une quelconque de ces sociétés un établissement stable de l'autre..." ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Smart City Luxembourg, qui s'est identifiée, le 4 octobre 2002, au registre du commerce et des sociétés du Luxembourg comme la succursale de la SA SMART CITY Suisse, bien qu'elle ait une personnalité morale distincte, avait des liens très étroits avec celle-ci ; qu'elle exerçait en effet son activité exclusivement pour la commercialisation des suppléments nutritionnels dont la société requérante était le distributeur et possédait avec elle un dirigeant commun, M. Serra, lequel est le fondateur et le responsable de l'organisation ainsi mise en place ; qu'elle ne peut, dans ces conditions, être regardée comme jouissant d'un statut indépendant par rapport à la société requérante ;

Considérant qu'il revenait, au cours de l'année 2003, à la société Smart City Luxembourg, dont le personnel administratif est installé à Luxembourg, de gérer les stocks informatiques, de centraliser les commandes des suppléments nutritionnels et de les transmettre à l'entrepôt de Glasgow (Ecosse), lequel gérait le stock physique, en vue de leur expédition aux clients ; que les fournisseurs des produits, objet de l'activité de la société requérante, étaient installés dans un Etat tiers de la Communauté européenne : que les commandes étaient adressées à la société luxembourgeoise par courriers, par appels téléphoniques et par le réseau Internet ; que cette dernière disposait d'une boîte postale à Thionville (Moselle) pour réceptionner le courrier et d'un numéro de téléphone français pour recevoir les appels ; que le serveur qui hébergeait le site web de la société n'était pas, pour sa part, installé en France au cours de l'année en litige ; que le démarchage de la clientèle française, qui constituait environ 90 % de la clientèle totale de l'entreprise, était réalisé par la société Smart City Luxembourg, qui concluait et réglait les contrats publicitaires avec des prestataires français, fidélisait un réseau de prescripteurs installés en France, faisait distribuer dans ce pays des catalogues et éditait par l'intermédiaire de l'association Nutrition et Prévention, une lettre d'information "Nutranews", laquelle était distribuée sur le territoire français et comportait des bulletins d'abonnement à adresser à la boîte postale susmentionnée ; que les règlements portant sur les factures émises au nom de la société requérante étaient encaissés sur un compte bancaire ouvert à Metz (Moselle) et sur lequel M. Brancaloni, salarié de la société Smart City Luxembourg et résident français, disposait de la signature ; que les sommes étaient ensuite virées régulièrement sur un compte bancaire luxembourgeois ;

que si la très forte implication de la SA Smart City Luxembourg dans la commercialisation des compléments alimentaires est démontrée, il n'est pas établi, en revanche, que la SA SMART CITY Suisse serait intervenue dans le circuit de commercialisation de ces produits et qu'elle aurait participé personnellement aux opérations commerciales et plus particulièrement à la gestion des commandes ; qu'il n'est pas en effet démontré que la société requérante aurait des rapports juridiques avec les clients et les fournisseurs ; qu'aucune précision n'est d'ailleurs apportée sur les moyens humains et matériels dont elle disposait en Suisse ; que la délégation qu'elle a donnée à la société luxembourgeoise a en fait conféré à celle-ci des pouvoirs lui permettant d'engager la société requérante dans les relations commerciales ayant trait aux opérations constituant l'activité propre de cette dernière ; qu'il en résulte que la société luxembourgeoise constitue un établissement stable de la SA SMART CITY Suisse ; qu'il y a donc lieu de rechercher si cette société exploitait en France, durant la période en litige, une entreprise en application des dispositions de l'article 209, I du code général des impôts et de la convention franco-luxembourgeoise ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 4-1 de la convention conclue entre la France et le Luxembourg le 1^{er} avril 1958 : "Les revenus des entreprises ...commerciales... ne sont imposables que dans l'Etat sur le territoire duquel se trouve un établissement stable." ; qu'aux termes de l'article 2-3 de la même convention : "1. Le terme "établissement stable" désigne une installation fixe d'affaires dans laquelle l'entreprise exerce tout ou partie de son activité. 2. Au nombre des établissements stables figurent notamment : a. les sièges de direction ; b. les succursales ; c. les bureaux ; d. les usines ; e. les ateliers ; f. les installations à usage d'entrepôt ou de magasin... 4. Un représentant ou un employé agissant dans un des territoires pour le compte d'une entreprise de l'autre territoire, autre qu'une personne visée à l'article 6 ci-après, n'est considéré comme un "établissement stable" dans le premier territoire que s'il : a. Dispose de pouvoirs généraux qu'il exerce habituellement lui permettant de négocier et de conclure des contrats au nom de l'entreprise, à moins que son activité soit limitée à l'achat de matériel et de marchandises ou b. Détient habituellement dans le premier territoire un stock de matériel ou de marchandises appartenant à l'entreprise en vue d'effectuer régulièrement des livraisons pour le compte de cette dernière... 6) On ne considère pas qu'une entreprise de l'un des territoires a un établissement stable dans l'autre territoire du seul fait qu'elle effectue des opérations commerciales dans cet autre territoire par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre intermédiaire jouissant d'un statut vraiment indépendant, à condition que ces personnes agissent dans le cadre ordinaire de leur activité ainsi définie...";

Considérant que la triple circonstance que la société Smart City Luxembourg disposait d'une boîte postale en France, qu'elle partageait avec l'association Nutrition et Prévention et sur laquelle son dirigeant, M. Serra, avait procuration, qu'elle disposait d'un numéro de téléphone indigo et utilisait un compte bancaire en France ne permet pas d'établir qu'elle exploitait une entreprise dans ce pays et qu'elle était, par suite, imposable à l'impôt sur les sociétés en application de la loi française, alors qu'elle ne disposait d'aucun local dans ce pays pour y exercer son activité de gestion commerciale et administrative, que les approvisionnements en produits nutritionnels qu'elle gérait pour le compte de la société suisse se faisaient hors de France et que les commandes qu'elle centralisait étaient traitées au Luxembourg, avant que les produits ne soient livrés par le site écossais ; que les contrats passés avec des fournisseurs de prestations français, pour la réalisation notamment

d'opérations publicitaires, et la mise en place d'un réseau de "prescripteurs" ne suffisent pas à démontrer, nonobstant l'importance du chiffre d'affaires réalisé avec des clients français, que la société luxembourgeoise effectuait un cycle commercial complet en France ; que les factures des prestations étaient au demeurant adressées au Luxembourg; que, par ailleurs, si M. Brancoleoni, qui se présentait comme le directeur du développement international, disposait de la signature sur le compte bancaire ouvert en France, il n'est pas établi qu'il aurait été habilité à négocier et à conclure des contrats au nom de son employeur, d'autant qu'il n'avait, à l'époque des faits, que des fonctions administratives ; que ni la circonstance que l'intéressé ait eu en sa possession, au cours de l'année 2004, des documents et fichiers concernant la société Smart City Luxembourg, ni le fait qu'il était joignable, dans le cadre de son activité professionnelle, sur un téléphone mobile en France ne constituent des preuves de l'existence d'une représentation en France ; qu'eu égard à ce qui vient d'être dit, la société luxembourgeoise ne peut davantage être regardée comme possédant en France un établissement stable au sens et pour l'application de l'article 2-3 de la convention franco-luxembourgeoise ; qu'il suit de là que la SA SMART CITY Suisse ne peut être réputée disposer, par l'intermédiaire de la société Smart City Luxembourg, d'un établissement stable en France ;

Considérant, enfin, que la société requérante, qui ne disposait en France ni d'un établissement, ni d'un représentant et qui n'effectuait, dans ce pays, aucun cycle commercial complet, n'exploitait pas une entreprise au regard du droit interne ; que faute d'un établissement stable en France, elle n'est pas davantage imposable à l'impôt sur les sociétés en vertu des dispositions combinées de l'article 209, I du code général des impôts et de la convention franco-suisse ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SA SMART CITY Suisse est fondée à demander la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et de contribution sur l'impôt sur les sociétés auxquelles elle a été assujettie au titre de l'année 2003 ainsi que, par voie de conséquence, la retenue à la source de l'article 115 quinquies du code général des impôts ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de condamner l'Etat à payer à la société requérante une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE

Article 1^{er} : La SA SMART CITY Suisse est déchargée des cotisations supplémentaires à l'impôt sur les sociétés et à la contribution sur l'impôt sur les sociétés ainsi que la retenue à la source auxquelles elle a été assujettie au titre de l'année 2003 et des pénalités afférentes à ces impositions.

Article 2 : L'Etat est condamné à verser à la SA SMART CITY Suisse la somme de 1 000 euros au titre des frais de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la SA SMART CITY Suisse et au chef des services fiscaux de la direction nationale des vérifications de situations fiscales.

Délibéré à l'issue de l'audience du 23 novembre 2010, où siégeaient :

M. Jacq, Président,

Mme Amslem et M. Taormina, premiers conseillers, assistés de Mme Gabrielli, greffier.

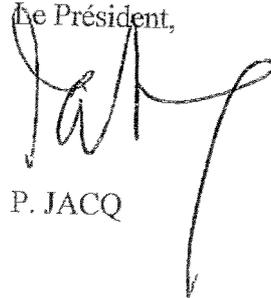
Prononcé en audience publique le 7 décembre 2010.

Le Rapporteur,



R. AMSLEM

Le Président,



P. JACQ

Le Greffier,



G. GABRIELLI

La République mande et ordonne au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme

Le Greffier en Chef,