

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1600447

---

SAS POLYANNA

---

M. Quillévére  
Président-rapporteur

---

M. Schnoering  
Rapporteur public

---

Audience du 15 février 2018  
Lecture du 8 mars 2018

---

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le tribunal administratif  
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 14 décembre 2016, et des mémoires enregistrés les 25 avril, 4 mai, 8 septembre, 16 novembre 2017, 10 et 19 janvier 2018, la SAS Polyanna, représentée par son président en exercice dûment habilité, ayant pour avocat maître Froment-Meurisse, demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision implicite du président de la Nouvelle-Calédonie rejetant sa réclamation préalable du 6 avril 2016 ;

2°) de prononcer la décharge des impositions supplémentaires en droits et pénalités à l'impôt sur les sociétés auquel elle a été assujettie au titre des exercices clos les 30 juin, 31 décembre 2011 et, le 31 décembre 2012 ;

3°) de prononcer la décharge de l'imposition à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM) en droits et pénalités, de la contribution exceptionnelle de solidarité, des centimes additionnels et de la contribution sociale additionnelle (CSA) mis à sa charge pour les années 2011 et 2012 ;

4°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui verser une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La SAS Polyanna soutient que :

*S'agissant des redressements à l'impôt sur les sociétés :*

En ce qui concerne la valorisation de la cession de titres :

- le signataire de la réclamation contentieuse avait compétence pour présenter cette réclamation préalable ;
- la SAS Polyanna a cédé le 22 juillet 2011 à la société Torghar les 99,89 % d'actions qu'elle détenait dans le capital de la société SCIE Gros pour le prix de 517 300 000 F CFP ; la société SCIE Gros avait pour seul objet de détenir la société Rabot dont il convient en conséquence de fixer la valeur pour évaluer la valeur des titres cédés ;
- le prix de 517 300 000 F.CFP auquel la société a cédé le 22 juillet 2011 à la société Torghar les 99,89 % qu'elle détenait dans le capital de la société SCIE Gros n'est pas minoré et n'est pas constitutif d'un acte anormal de gestion ; au demeurant, le service supporte la charge de la preuve de la minoration de la valeur des actions cédées ;
- le service ne peut récuser le prix de cession figurant à l'annexe C1B du protocole de cession qui en détaille le calcul sauf à démontrer et à apporter la preuve qu'il s'agit d'un prix de complaisance à caractère frauduleux ;
- la valeur du groupe, a été fixée sur la base d'un multiple d'EBIT de 6,5 en tenant compte de la dette financière évaluée à 5,6 millions d'euros, de la valeur globale du groupe Polyanna d'un montant de 88,2 millions d'euros ; la valeur de la transaction retenue pour la cession de la SCIE Gros au bénéfice de la société Torghar a été déterminée par la même méthode que celle utilisée dans la transaction globale ; la transaction de reprise des actions de la société Rabot a été fixée à la somme de 517 300 000 F CFP calculée sur les bases exposées dans l'annexe CIB du protocole de cession d'actions ; il a été tenu compte pour déterminer la valeur de 517 300 000 F CFP de la dette financière et de la trésorerie au 31 décembre 2010 et des dividendes 2010 à verser ;
- il a été retenu pour la SCIE Gros un multiple d'EBIT de 5 et non de 6,5 en raison de la moindre rentabilité des activités de gros et, parce que la société Rabot perd après la cession des actions, la garantie de réaliser environ 25 % de son chiffre d'affaires ;
- la combinaison de méthodes mise en œuvre par le service pour démontrer que le prix de cession retenu par la SAS Polyanna est de 57,7 % inférieur au prix réel de cession des actions est entachée de plusieurs erreurs qui la rendent non pertinente ; la formule retenue par le service pour la valorisation qui combine et pondère les méthodes de la valeur mathématique, de la valeur de productivité, et de la valorisation par la marge brute d'autofinancement n'est au demeurant pas expliquée ; cette formule a été appliquée sans explication des paramètres dont la pertinence est sans rapport avec la logique et la réalité du marché de la Nouvelle-Calédonie comme de la réalité économique de la société elle-même ;
- la valeur du fonds de commerce (goodwill) a été arbitrairement arrêtée par le service à 11 % du chiffre d'affaires ; les provisions et charges ont été arbitrairement réintégrées alors que leur constitution est une obligation légale et comptable ;
- pour la mise en œuvre de la valeur de productivité, le taux de capitalisation des profits retenu est de 6,18 %, taux qui n'a jamais été utilisé en Nouvelle-Calédonie ;
- le vérificateur indique que la valorisation de la marge brute doit être comprise entre 4 et 12 puis retient en définitive une valeur de 12, sans explication ;
- les calculs du service reposent sur des rentabilités passées ; or, la valeur d'une entreprise doit être fondée sur ses perspectives de résultats futurs qui seuls sont susceptibles de rémunérer les capitaux investis par le repreneur ;
- le service n'a pas tenu compte des critiques que la société a émises en direction de la méthode d'EBIT ; il ne retient pas pour la valorisation des actions de la société Rabot un multiple d'EBIT de 6,5 et écarte la transaction intervenue entre les parties pour aboutir à un redressement arbitraire, d'un montant de 707 643 525 F CFP au titre de l'exercice clos en 2011, décidé en mettant en œuvre une combinaison de méthodes ;

- la méthode d'EBIT mise en œuvre par le groupe Polyanna est une méthode standard pour des transactions financières significatives ; elle se réfère au marché et repose sur des données économiques concrètes ; les seules critiques pertinentes du service pouvaient être la fixation du multiple d'EBIT à 5 et non à 6,5 pour la transaction d'ensemble et, l'absence de prise en compte des résultats de l'exercice clos en 2011 dans la détermination du prix de cession ;

- la fixation du multiple d'EBIT à 5 s'explique par une anticipation de l'impact négatif de la sortie de la société Rabot du groupe Lavoix ; ces craintes sont pleinement justifiées ; les résultats de l'exercice clos en 2011 n'étaient pas disponibles lorsque le protocole de vente avec le groupe Hayot a été signé le 21 juin 2011 ; l'absence de prise en compte du résultat 2011 comme complément de valeur n'a pas lieu d'être puisque la transaction a été effectuée sans tenir compte de la distribution de 140 000 000 F CFP au titre de l'année 2011 ;

- la société considère que le prix de transaction retenu pour la cession de la SCIE Gros c'est-à-dire de la société rabot est surévalué ; la prétention du service à fixer la valeur de la société Rabot à la somme de 1 224 000 F CFP est dépourvue de tout lien avec la réalité économique ;

- contrairement à ce que soutient le service, la société n'a pas racheté ses propres titres de participations à un prix supérieur à celui auquel les actionnaires les avaient cédés.

En ce qui concerne l'inscription au passif de la société d'une dette injustifiée d'un montant de 901 448 168 F CFP :

- pour remettre en cause l'opération de rachat des titres détenus par M. Raymond Lavoix, actionnaire de Polyanna, le service a recouru à l'abus de droit ; le vérificateur a mis en œuvre la procédure d'abus de droit au sens et dans le prolongement de la jurisprudence du conseil d'Etat du 27 septembre 2006 Janfin et, ne s'est pas placé pour fonder le redressement sur le terrain de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

- la procédure de l'abus de droit ne pouvait être mise en œuvre dès lors que l'opération n'emporte aucun avantage fiscal pour la société ;

- l'avance de fonds consentie par la société Magenta Plage n'est pas fictive ; l'arrêt du conseil d'Etat du 24 mars 1982 sur lequel le service s'appuie pour fonder son redressement n'est pas pertinent et ne peut être appliqué à l'espèce ; il découle des jurisprudences du Conseil d'Etat Roesch du 29 décembre 2000 et Persicot du 28 février 2007 que si un abus de droit doit être caractérisé, c'est uniquement à l'égard de l'actionnaire cédant les actions en cause dès lors qu'il bénéficierait d'un régime fiscal plus avantageux qu'en cas de rachat direct par la société concernée. La société Polyanna n'a bénéficié d'aucun avantage fiscal, l'opération étant fiscalement neutre pour elle, de telle sorte qu'aucun impôt n'a été éludé ;

- l'opération n'est ni fictive, ni motivée par un but exclusivement fiscal ; l'opération de rachat des titres détenus par M. Lavoix était indispensable pour la survie même du groupe Lavoix SCIE ; cette opération n'était en aucun cas motivée par des considérations fiscales ; aucun de ses éléments n'a été dissimulé à l'administration fiscale ; aucun de ses éléments n'est fictif ; M. Lavoix ayant refusé la solution du rachat par la société de ses propres actions, les autres actionnaires n'avaient d'autres choix que de contourner ce refus en constituant une structure juridique à laquelle M. Raymond Lavoix ne pourrait refuser le droit d'acheter ses actions et qui pourrait mobiliser les ressources financières de la société ou plutôt celle de sa filiale la SCI Magenta ; telle est la seule et unique raison du recours à la société civile Marco Polo, ce recours découlant directement des statuts de la société Polyanna (article 11, III, 3<sup>ème</sup> alinéa) ;

- M. Lavoix pouvait bloquer le rachat de ses actions par la société elle-même en revanche il ne pouvait pas bloquer le rachat de ses actions par une autre société ;

- la circonstance que le rachat direct par la société de ses propres actions aurait emporté des conséquences fiscales différentes ne prouve pas l'abus de droit, les conséquences fiscales auraient été plus favorables pour M. Lavoix mais en aucun cas pour la société elle-même ;

- aucune des opérations décrites par le vérificateur n'a été dissimulée à l'administration, les sociétés civiles Marco Polo et Marco Polo Mère ont été légalement constituées ; la cession des actions de M. Lavoix à la société civile Marco Polo a été enregistrée, les transmissions universelles de patrimoine n'ont pas été dissimulées ;

- c'est l'avance de fonds d'un montant de 901 441 168 F CFP consentie par la SCI Magenta Plage à sa mère, la société Polyanna qui a permis à cette dernière de payer à M. Lavoix le prix de ses actions. Cette avance de fonds figure dans les comptes des deux sociétés : en cas de rachat direct par la société de ses titres détenus par M. Lavoix la société aurait également été amenée à emprunter les fonds en cause auprès de la SCI Magenta Plage ; la jurisprudence citée par le service ne concerne pas la présente espèce ;

- le service ne peut demander une substitution de base légale à titre subsidiaire, il doit y procéder ou y renoncer ;

- le montage allégué n'a pas été mis en place au bénéfice de M. Lavoix ; une rupture familiale complète s'est produite il y a plus de dix ans entre M. Raymond Lavoix, d'une part et, sa mère, ses deux frères et sa sœur, d'autre part. l'avocat de M. Raymond Lavoix a mis la société en demeure le 9 septembre 2005 de lui rembourser dans les huit jours son compte courant d'associé d'un montant de 549 142 881 F CFP ; la société assignée devant les tribunaux a perdu en première instance et en appel ; l'expertise décidée par une ordonnance du président du tribunal mixte de commerce de Nouméa du 10 avril 2006 afin d'évaluer les actions de la société Polyanna a duré deux ans ; le 21 juin 2011 M. Raymond Lavoix a assigné en justice sa mère âgée de 88 ans, ses deux frères et sa sœur ;

- le service ne peut inférer de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 octobre 1994 Sandrini dont il se prévaut pour soutenir que la haute juridiction aurait autorisé l'administration fiscale à procéder à une substitution de base légale à titre subsidiaire.

En ce qui concerne la réintégration de charges non engagées dans l'intérêt de l'entreprise :

- la société conteste la réintégration dans les résultats des exercices clos les 30 juin 2010, 30 juin 2011 et 31 décembre 2012 des honoraires versés aux sociétés Accuracy (ex-Arthur Andersen, audit et conseil en gestion) et Rothschild (banque d'affaires) ; les honoraires versés sont des honoraires d'expertise et d'évaluation des éléments cédés au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat SA Sofige n° 132531 du 21 juin 1995 ; les honoraires versés l'ont bien été dans l'intérêt de la société Polyanna ;

- dans la mesure où la SCI Magenta Plage filiale de la société Polyanna rejette le redressement qui lui a été notifié à raison du refus du vérificateur de prendre en compte l'option qu'elle a exercée en 2007 en faveur d'une imposition à l'impôt sur le revenu, la société Polyanna ne peut que rejeter le redressement fondé sur l'imposition entre les mains de la SCI Magenta Plage et, non entre celles de la SAS Polyanna, de la plus-value à long terme de 254 000 000 F CFP relative à la vente de l'immeuble dit « Clémenceau » ;

- par une décision n° 412804 du 20 décembre 2017 le Conseil d'Etat a rejeté l'appel formé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à l'encontre de l'arrêt rendu le 27 avril 2017 par lequel la Cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à l'encontre du jugement du tribunal administratif n° 1500341 du 7 avril 2016 ; l'ordonnance n° 17PA02980 de la Cour administrative d'appel de Paris a pris acte du désistement du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de son appel formé à l'encontre du jugement n° 1600343 du 1<sup>er</sup> juin 2017.

*Sur l'imposition à l'impôt sur le revenu pour les années 2011 et 2012 :*

En ce qui concerne les distributions :

- c'est à bon droit qu'elle a considéré que les distributions effectuées étaient exonérées d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ; elle a appliqué l'exonération d'IRVM au titre des dividendes redistribués sans considération de l'exercice de perception desdits dividendes, conformément au droit positif applicable à l'époque des faits litigieux et peut au surplus, se prévaloir de la réponse du 23 septembre 1993 qui prévoit expressément cette possibilité ;

- la société a procédé à des distributions de dividendes au titre des exercices clos le 30 juin 2011, le 31 décembre 2011 et le 31 décembre 2012 portant sur des produits qu'elle a elle-même perçus de ses filiales au cours des exercices clos pour les années 2008 à 2011 ;

- la société pouvait considérer que les dividendes redistribués ayant déjà donné lieu au paiement de l'IRVM, il convenait de déduire ces derniers de la base imposable à ce même impôt ; en redistribuant en franchise d'IRVM au titre des exercices clos de juin 2011 à décembre 2012 les dividendes perçus de ses filiales au cours des exercices allant de 2008 à 2011, la société s'est conformée au droit positif applicable à l'époque des faits litigieux ;

- l'interprétation que fait le service des dispositions de l'article 536 du code des impôts est trop restrictive ; la société est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article 536 du code des impôts tel que modifiées par l'article 2 de la loi du pays n° 2014-19 du 31 décembre 2014 ; les dividendes qui ont déjà supporté l'IRVM en amont sont exonérés de cet impôt lorsqu'ils font l'objet d'une redistribution ; la société en exonérant d'IRVM les redistributions de dividendes quel que soit l'exercice de leur réception a fait une application des dispositions de l'article 536 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie conforme à l'état du droit applicable au titre des exercices clos au cours de la période qui a couru de juin 2011 à décembre 2012 ;

- la société est fondée à se prévaloir de la réponse de l'administration fiscale publiée au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie sur le fondement des dispositions de l'article 983 du code des impôts ; le service ne peut écarter l'opposabilité de la réponse sur le seul fondement d'une distinction entre imposition primitive et rehaussement d'imposition ; le texte de l'article 983 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ne pose aucune condition d'antériorité de la doctrine par rapport au fait générateur de l'impôt ; l'interprétation de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales en métropole va dans le sens de l'extension de la protection du contribuable ; écarter l'opposabilité de la doctrine administrative au motif de l'absence de rehaussement d'imposition méconnaît l'objectif de sécurité juridique des dispositions de l'article Lp. 983 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

En ce qui concerne la taxation des revenus réputés distribués :

- à titre principal, ces redressements sont rejetés dans la mesure où ils sont la conséquence de redressements en base de la société, eux-mêmes rejetés. Seuls ont été acceptés par le service les redressements initiaux relatifs à la convention d'honoraires avec l'EURL EGJ et aux loyers du dock « fruits et légumes » de Ducos ;

- s'agissant du redressement d'un montant de 901 441 168 F CFP la société conteste la qualification de revenus distribués et, par conséquent, l'application de l'IRVM sur ces sommes ; la dette regardée comme injustifiée en matière d'impôt sur les sociétés n'est pas un revenu distribué au sens de l'article 112 du code des impôts ; la suppression d'une dette au bilan ne peut caractériser une distribution que si elle tire des conséquences d'un désinvestissement réalisé par la société au profit d'un associé ou d'un tiers ; tel n'est pas le cas en l'espèce puisque la suppression de la dette a été effectuée par le biais d'une opération économique qui s'est traduite par le versement d'un prix de vente en contrepartie de l'acquisition de titres dont la valeur n'est

pas contestée ; la société est fondée à se prévaloir d'un arrêt du Conseil d'Etat de plénière en date du 5 décembre 1984 n° 49962.

*Sur les redressements de contribution sociale additionnelle à l'impôt sur les sociétés :*

- le rejet du redressement découle du rejet des redressements à l'impôt sur les sociétés.

*Sur la taxe de solidarité sur les services (TSS) :*

- le service soutient à tort que la société parce qu'elle donne en location nue ses docks et locaux situés dans le secteur de Ducos à Nouméa doit être regardée comme revêtant la qualité d'un assujetti exerçant de manière indépendante une activité économique au sens de l'article Lp. 918 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ; considérer que cette seule location nue suffit à modifier la nature juridique de la société et de son activité est juridiquement erroné ;

- la société ne possède qu'un seul dock à Ducos ; le maintien de ce dock de petite taille dans le patrimoine de la société alors qu'il aurait dû être transféré à la SCI Magenta Plage qui détenait la totalité des biens immobiliers affectés à l'exploitation du groupe de distribution dénommé « groupe Lavoix » est une erreur involontaire qui ne permet pas de la regarder comme un professionnel exerçant une activité indépendante.

*Sur les pénalités :*

- la mauvaise foi n'est pas démontrée par le service ;

- la société considérant qu'elle n'avait pas à être assujettie à la taxe de solidarité sur les services ne peut que rejeter la majoration pour dépôt tardif des états de liquidation de TSS au titre des exercices clos le 30 juin 2011 et le 31 décembre 2012.

*Sur les bénéficiaires des distributions :*

- par une lettre du 17 octobre 2014 la société a comme il le lui avait demandé, désigné au service l'identité des bénéficiaires des revenus distribués à savoir : l'EURL EGJ pour la somme de 2 863 964 F CFP, la société transaction R pour la somme de 2 918 881 F CFP et la société Accuracy pour la somme de 4 773 270 F CFP ; il y a lieu pour la société de désigner les personnes au bénéfice desquelles les sommes rémunérant les dépenses litigieuses ont été prises en charge par la société ; ainsi, il y a lieu pour la somme de 2 863 964 F CFP versée à l'EURL EGJ de désigner comme bénéficiaire M. Charles Lavoix pour 70 % de la somme et M Paul Lavoix pour 30 % de cette même somme ;

- pour les deux autres dépenses il importe peu que la société se soit bornée à désigner les sociétés auxquelles les sommes en cause ont été versées dans la mesure où comme il a été exposé ci-avant le bénéficiaire final est la société elle-même ;

- la société regarde les sommes d'un montant de 2 918 881 F CFP et de 4 773 270 F CFP comme des dépenses effectuées dans l'intérêt de la société elle-même et souligne qu'elle n'avait donc pas en conséquence à désigner les bénéficiaires de ces sommes distribuées.

*Sur les conclusions reconventionnelles présentées dans le cadre de l'instance par le service :*

- les conclusions présentées par le service à titre reconventionnel sont irrecevables ; le service sollicite à titre reconventionnel le rétablissement dans les écritures de la société Polyanna des sommes imposées entre les mains de la société Magenta tout à la fois au titre de l'IS et au

titre de l'IRVM ; les dispositions de l'article R. 200-15 du livre des procédures fiscales applicable en métropole prévoient que l'administration peut présenter des conclusions reconventionnelles ; le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ne comporte pas de dispositions similaires ; le service ne fonde d'ailleurs sa demande reconventionnelle sur aucune disposition du code des impôts de Nouvelle-Calédonie ;

- subsidiairement, l'exercice 2010 n'est pas concerné par la présente instance et la réintégration de la quote-part de résultat de la SCI Magenta Plage au titre de l'exercice clos en 2010 est sans objet ;

- l'arrêt de la CAA de Paris n° 16PA01865 a fait l'objet d'un pourvoi en cassation, il y aurait donc lieu de surseoir à statuer sur la demande reconventionnelle du service ; toutefois, en tout état de cause, ces conclusions reconventionnelles sont irrecevables ;

- le service a en outre, comme il l'indique dans sa notification de redressement du 30 septembre 2014, soustrait des bases imposables de la SAS Polyanna la quote-part de résultat de la SCI Magenta. Cette décision de dégrèvement est antérieure à la décision implicite de rejet par le service de la réclamation formée par la SCI Magenta Plage. Les conclusions reconventionnelles ne sont pas applicables *rationae materiae* lorsque les dites conclusions ne visent pas à la réformation de la décision de bien fondé devant le tribunal administratif mais d'une autre décision de dégrèvement prononcée antérieurement à l'instance ; le dégrèvement dont le service demande l'annulation ne résulte pas de la décision prise par ce dernier sur une réclamation concernant cette imposition ; pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être dites les conclusions reconventionnelles concernant la plus value de long terme relative à la vente de l'immeuble Clémenceau sont irrecevables ;

- les conclusions reconventionnelles présentées au titre de l'IRVM sont irrecevables ; il n'y a jamais eu de décision de dégrèvement en ce qui concerne l'IRVM ;

- le quantum des impositions en litige est fixé par la réclamation préalable dont est saisi le service ; les conclusions reconventionnelles qui aboutissent à majorer les rehaussements au regard du montant des droits notifiés sont en tout état de cause irrecevables ; au demeurant, la réintégration dans l'assiette de l'IRVM telle que proposée par le service est arbitraire et dépourvue de base légale et donc infondée.

Des mémoires ont été enregistrés les 28 mars 2017, 10 août 2017 et 6 octobre 2017 présentés par la Nouvelle-Calédonie qui conclut au rejet de la requête et demande à titre reconventionnel que le tribunal rétablisse dans les comptes de la SAS Polyanna, les bases imposables en droits correspondant aux redressements opérés au niveau de la SCI Magenta Plage qui ont été annulés par le jugement du 1<sup>er</sup> juin 2017 n° 1600343 du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie, soit un montant total d'imposition à rétablir d'un montant de 530 145 857 F CFP au titre des exercices clos en juin et décembre 2011 et 2012.

La Nouvelle-Calédonie fait valoir que :

*Sur les redressements à l'impôt sur les sociétés :*

En ce qui concerne la cession de titres :

- les observations en réponse à la notification de redressements de la société Polyanna à propos de la cession en litige du 22 juillet 2011 ont été présentées par un avocat qui n'était pas habilité à le faire et ne peuvent pas être regardées comme l'expression d'un refus d'acceptation du redressement ; la société Polyanna doit être regardée comme ayant tacitement acceptée les impositions et pénalités en résultant ; la société doit donc apporter la preuve de l'exagération de ses bases d'imposition.

S'agissant des redressements à l'impôt sur les sociétés :

- à la clôture de chaque exercice, les entreprises doivent évaluer les titres détenus dans leur portefeuille et comparer cette valeur d'inventaire à la valeur d'origine, c'est-à-dire la valeur d'inscription au bilan ; le III de l'article 20 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie prévoit que les titres non cotés sont évalués à leur valeur probable de négociation ; il résulte aussi des dispositions combinées des articles 332-6 et 332-9 du plan comptable général 1999 qu'à la clôture de chaque exercice la valeur actuelle des titres non cotés est estimée à leur valeur probable de négociation ;

- l'arrêt du conseil d'Etat du 21 octobre 2016 n° 390421 Sté France élévateur précise que la valeur vénale réelle de titres non cotés en bourse sur un marché règlementé doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui résultant du jeu de l'offre et de la demande à la date à laquelle la cession est intervenue ; cette valeur est établie en priorité par référence à la valeur de titres de la société telle qu'elle ressort des transactions portant à la même époque sur ces titres ; en l'absence de transactions intervenues dans des conditions équivalentes et portant sur les titres mêmes de la société, l'administration peut se fonder sur l'une des méthodes destinées à déterminer la valeur de l'actif par capitalisation des bénéfices ou d'une fraction du chiffre d'affaires annuelle ou sur la combinaison de plusieurs de ces méthodes ; la valeur vénale peut être estimée par référence à la valeur mathématique combinée à l'appréciation de la valeur patrimoniale de la société ou encore de la rentabilité ou de la productivité des titres ; l'écart entre la valeur vénale et le prix de vente constitue pour les vendeurs une libéralité qui doit être réintégrée dans le résultat imposable au taux de droit commun ;

- à la date de cession des titres le 22 juillet 2011, la SAS Polyanna avait pour actionnaires minoritaires Charles et Paul Lavoix eux-mêmes actionnaires de la société Torghar ;

- le vérificateur a distingué plusieurs méthodes d'évaluation : la première qui repose sur une approche patrimoniale et qui fait appel à la notion de valeur mathématique, la seconde fondée sur la rentabilité et qui recourt à la notion de valeur de productivité et à celle de la marge brute d'autofinancement (MBA) ; le recours à ces différentes méthodes a abouti à des résultats certes supérieurs divergents qui ont amené le vérificateur à les pondérer afin de réduire la dispersion des valeurs et d'obtenir une valeur des titres proche de la valeur du marché ; les valeurs mathématiques et de productivité ont été affectées d'un coefficient 2 avant d'être combinées avec la valeur de la marge brute d'autofinancement (MBA) ; la moyenne pondérée de ces valeurs a conduit à déterminer un prix de négociation de l'action à 174 906 F CFP à rapprocher du prix minoré de 73 985 F CFP fixé par la société Polyanna lors de la transaction litigieuse ;

- le service a valorisé le fonds de commerce en appliquant à la moyenne pondérée du chiffre d'affaires compris entre les périodes de 2009 à 2011 un taux de 11 % soit une valeur de fonds de commerce arrêtée au montant de 710 710 863 F CFP : au titre de la correction des éléments du passif, l'actualisation de l'actif net a nécessité la réintégration des provisions pour risques et charges déduction faite de l'impôt sur les sociétés latent ; la société Polyanna ne produit aucun élément permettant de justifier que les dotations en litige aient été constituées en vue de faire face à une charge probable et non seulement éventuelle au sens de l'article 27 du code des impôts ;

- la valeur de productivité a été obtenue en divisant le résultat net par le taux de capitalisation ; ce taux de capitalisation a été déterminé à partir d'un taux de base, d'une prime de risque, et d'un coefficient variant selon le risque de son secteur d'activité et du risque propre de l'entreprise et fixé à 0,8 ; la société Polyanna ne peut utilement soutenir que le taux de capitalisation n'a jamais été utilisé en Nouvelle-Calédonie, elle ne justifie pas d'un risque économique susceptible d'être couru par la société Rabot au regard de la nature de son activité,

ni de l'existence de l'usage constaté dans des entreprises comparables pour retenir un taux supérieur à celui déterminé par le service ;

- la société Polyanna ne peut utilement soutenir que les modalités de calcul de la MBA n'aient pas été motivées au sens de l'article 967 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ; le choix du multiple de 12 découle notamment de ce que les amortissements pratiqués par la société sont d'une faible importance ;

- la méthode de l'EBIT est proche de celle de la marge brute d'autofinancement (MBA) ; la cession du 22 juillet 2011 est entachée d'une présomption de libéralité que crée la communauté d'intérêt unissant les actionnaires de ces deux sociétés, les actionnaires de la société qui acquièrent les actions sont eux même actionnaires de la société vendeuse ;

- la société ne peut utilement soutenir que la méthode de valorisation par l'EBIT est une méthode pertinente en référence au marché dès lors que la cession est entachée de présomption d'intention d'accorder une libéralité ; alors même que le coefficient 6,5 d'EBIT serait retenu, la valorisation de la cession d'actions demeurerait minorée d'un montant de 336 805 704 F CFP ;

- la prudence de la société à retenir une valeur de l'EBIT de 5 n'est pas démontrée par la requérante qui n'apporte pas la preuve qui lui incombe ;

- le service n'a pas soutenu que les comptes de la société sont falsifiés pour écarter la valorisation de la cession à partir de la valeur de l'EBIT ; il a écarté cette méthode dès lors qu'elle ne permet pas d'obtenir une valeur des actions se rapprochant autant que possible de la valeur du marché ;

- les discordances constatées dans le prix des actions déterminé par la mise en œuvre de la méthode de l'EBIT et obtenu en mettant en œuvre la méthode de la valeur mathématique ou une combinaison de méthodes, montre que la mise en œuvre de la méthode de l'EBIT n'est pas appropriée ;

- la combinaison des méthodes de valorisation résumées dans la formule appliquée par le service a été choisie afin que la méthode de reconstitution du prix de cession des titres repose sur les valeurs homogènes et non disparates ;

- la SAS Polyanna n'est pas fondée à se plaindre de ce que le service a préféré retenir une combinaison de méthodes à celle de l'EBIT seule méthode mise en œuvre par la société dès lors que l'écart de prix constaté du prix de l'action selon la méthode mise en œuvre est de 57,7 %, soit un écart important et significatif.

En ce qui concerne les charges non engagées dans l'intérêt de l'entreprise et le rehaussement de produits :

- le service a procédé à des rehaussements de charges et de produits ; en ce qui concerne les charges redressées, les chefs de redressements ont été notifiés sur le fondement de l'article 21 du code des impôts dès lors que ces charges n'ont pas été engagées dans l'intérêt de l'entreprise à l'exception du redressement afférent à la dette injustifiée pour un montant de 901 448 168 F CFP qui a été rapportée aux résultats de l'entreprise en mettant en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue à l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

- les recettes dissimulées ont été réintégrées sur le fondement des dispositions de l'article 18 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

- la société Polyanna conteste à tort la réintégration dans ses résultats des exercices clos les 30 juin 2010 et 30 juin 2011 et 31 décembre 2012 des honoraires versés aux sociétés Accuracy et Rothschild au motif qu'ils constituent des commissions d'intermédiaires et non des honoraires exposés lors de la préparation de la cession au groupe GBH de la société vérifiée ; la société ne peut se prévaloir utilement de la jurisprudence Conseil d'Etat du 21 juin 1995 n° 132531 ;

- les actions formant le capital de la société Polyanna et dont l'évaluation et l'expertise a nécessité d'exposer des frais d'honoraires pris en charge par la société cédée constituent la

propriété privée de MM. Charles et Paul Lavoix ; dans la mesure où les plus-values réalisées par les particuliers à l'occasion de la cession des éléments de leur patrimoine privé ne sont pas soumises à taxation, il en résulte de façon mécanique qu'aucune dépense ne peut venir en déduction du prix de vente afin de diminuer le montant de la plus-value réalisée ; la société n'apporte pas la preuve que ces dépenses se rapportent à l'évaluation et à l'expertise de son propre actif ;

- la réintégration de la plus value nette à long terme et les déductions des résultats de la SCI Magenta Plage sont la conséquence de la perte de translucidité de la société civile Magenta Plage après qu'elle ait été soumise par l'administration fiscale à l'impôt sur les sociétés ; l'imposition des résultats de la société civile a été établie au nom de cette société, cette situation a été contestée par la SCI Magenta Plage devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par une requête enregistrée au greffe de ce tribunal, le 20 septembre 2016, sous le n° 1600343 ;

- l'imposition des résultats de la société civile Magenta Plage n'a pas été établie au nom de son associé la SAS Polyanna mais au nom de la SCI Magenta Plage ; la SAS Polyanna ne peut utilement se prévaloir du jugement du 7 avril 2016 du tribunal de la Nouvelle-Calédonie qui a trait à l'exercice clos en 2010.

En ce qui concerne le redressement à raison d'une dette injustifiée d'un montant de 901 448 168 F CFP à l'égard de la SCI Magenta Plage :

- l'opération de portage d'action a un caractère artificiel et a pour seul but de soustraire les opérations de rachats d'actions à l'imposition ; la société de portage Marco Polo en cours d'immatriculation lors des acquisitions d'actions des 18 mai et 30 mai 2008 a été constituée le 15 mai 2008 avant de disparaître en raison de la confusion de patrimoine du 28 juin 2010 ; la durée d'activité de la société Marco Polo n'a pas excédé deux ans ;

- la société Marco Polo n'a pu s'acquitter de ses engagements d'acquisition d'actions que grâce à une avance que lui a consentie la société civile immobilière Magenta Plage qui est une filiale de la société émettrice ; l'avance de fonds de la SCI Magenta Plage doit être regardée comme ayant eu un caractère fictif et comme ayant dissimulé le rachat indirect par la société Polyanna de ses propres actions lors des cessions des 18 et 30 mai 2008 ;

- les associés de la société Marco Polo ne justifient d'aucun intérêt autre que de l'intérêt personnel qu'ils ont eu à consentir la vente de leurs titres aux principaux actionnaires de la société civile Marco Polo, associés de Polyanna plutôt qu'à Polyanna directement. Les associés sortants ne pouvaient ignorer le rachat ultérieur par Polyanna de leurs actions dès lors que l'actionnaire principal de la société civile Marco Polo à qui les associés sortants venaient de céder leurs actions étaient également actionnaires majoritaires de la société Polyanna ;

- la décision de M. Lavoix de recourir au portage des titres par la SCI Marco Polo a répondu au seul but de contourner le traitement fiscal réservé au rachat de titre ;

- les extraits de décisions de justice des 17 décembre 2010 et 5 septembre 2011 produits par la société afin de démontrer le caractère conflictuel des relations entre M. Raymond Lavoix et la SAS Polyanna sont postérieurs à la cession d'action ;

- les 25 actions de Mme Yveline Lavoix qui n'était pas en conflit avec la SAS Polyanna ont été rachetées par l'intermédiaire de la société Marco Polo et non pas directement ;

- le service a réintégré sur le fondement des dispositions de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie la dette d'un montant de 901 448 168 francs CFP dans les résultats de la société Polyanna au passif de son bilan ;

- en présence d'un rachat par une société de ses propres actions l'excédent éventuel du remboursement des droits sociaux annulés sur le prix d'acquisition de ces droits supérieur au montant de l'apport remboursable a la nature d'un boni de cession assimilé à un boni de liquidation imposable à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux

mobiliers ; ce boni de liquidation qui prend la forme d'un revenu distribué s'analyse comme une mise à disposition au sens du b) de l'article 112 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie taxable à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ;

- dans la mesure où il existait au bilan de la société Polyanna un report à nouveau créditeur, le rachat par la société de ses propres titres au sens des dispositions des articles 530 et 112 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie aurait dû dégager un revenu à distribuer égal à la totalité du prix de cession ;

- l'opération de rachat de titre par le biais de la société Marco Polo interposée a conduit à éluder l'imposition à l'IRVM alors que le même rachat effectué sans société interposée est imposé à hauteur de la somme de 338 580 000 F CFP ; seul le bénéfice d'un montant de 6 042 937 F CFP a été imposé à l'impôt sur les sociétés au taux de 30 % ;

- la société Polyanna qui n'a ni déclaré le bénéfice de 6 042 937 F CFP au titre de l'exercice 2010 et ne s'est pas acquittée de l'IRVM n'a pas pu imputer l'impôt de distribution imputé sur l'impôt normalement dû ;

- si le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie considère que le montage artificiel auquel la société elle-même a pris partie n'est pas constitutif d'un abus de droit, l'administration fiscale entend substituer à son redressement de 901 448 168 F CFP un autre fondement légal tiré de l'acte anormal de gestion ainsi que l'y autorisent les dispositions de l'article 1116-1 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ; la SAS Polyanna n'a bénéficié d'aucune contrepartie dans l'opération de rachat d'actions et s'est endettée à hauteur de la somme de 901 448 168 F CFP quand les associés ont tiré un avantage fiscal d'un montant de 338 580 000 F CFP ; la SAS Polyanna a d'ailleurs racheté ses titres de participation à un prix supérieur à celui auquel les actionnaires les avaient cédés ;

- la justification du portage de titres par la société civile Marco Polo repose non pas sur des considérations statutaires mais sur des motifs purement fiscaux, à savoir soustraire le boni de cession à la taxation ;

- la SAS Polyanna ne s'est jamais acquittée auprès des services fiscaux de l'impôt de distribution (IRVM) d'un montant de 119 806 500 F CFP dont elle aurait dû faire l'avance en vertu de l'article 545 du code des impôts au nom et pour le compte de la société civile Marco Polo sous forme de précompte sur le prix total de rachat de 274 actions ;

- le boni de cession n'a jamais été déclaré spontanément dans les résultats de la société Polyanna ;

- la SAS Polyanna ne produit aucun document permettant de justifier que la société civile Marco Polo était en capacité de transférer la pleine propriété des 274 titres ;

- elle est fondée à demander une substitution de base légale à titre subsidiaire ainsi que le Conseil d'Etat l'a jugé sous un arrêt CE n° 115549 du 3 octobre 1994 Sandrini.

#### En ce qui concerne l'imputation des dividendes :

- la SAS Polyanna doit démontrer que la nouvelle distribution au titre d'un exercice n'excède pas le montant des dividendes reçus au cours de cet exercice et qui ont déjà supporté l'IRVM ; l'administration fiscale est fondée à exclure de la base exonérée d'IRVM au titre de la redistribution de dividendes opérée par la société requérante au titre de l'exercice clos en 2011, les dividendes touchés par elle au cours des exercices antérieurs ;

- la SAS Polyanna ne peut utilement se prévaloir sur le terrain des dispositions de l'article Lp 983 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie de la réponse publiée au JONC n° 1251 du 30 août 1993 parue au JONC 6939 du 23 septembre 1993 et qui n'avait pas été rapportée à la date du fait générateur que constitue la distribution de dividendes, dès lors que l'administration fiscale n'a pas procédé à un rehaussement d'imposition ;

- les principes de confiance légitime et de sécurité juridique qui font partie des principes généraux du droit communautaire ne sont pas applicables au présent litige en Nouvelle-Calédonie ; l'interprétation littérale des dispositions de l'article 536 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie dont se plaint la SAS Polyanna est ce qui a toujours été appliqué sur le territoire depuis l'origine du texte ; la lecture restrictive des dispositions de l'article 536 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ne vient pas porter atteinte aux situations acquises des entreprises néo-calédoniennes ; les contribuables ont de plus intérêt à se prévaloir de la lecture faite par le service des dispositions de l'article 536 du code des impôts éclairée par la doctrine administrative du 23 septembre 1993 lorsque les dividendes ne sont pas redistribués au titre de l'exercice au cours duquel ils ont été perçus ;

Sur les impositions supplémentaires à l'impôt sur le revenu :

- le service a procédé à deux rehaussements l'un, portant sur des distributions régulières de dividendes qui n'avaient pas été soumises à l'impôt de distribution et l'autre, concernant les distributions où certaines charges ou dépenses qui n'avaient pas été admises en déduction du résultat de la société vérifiée et faisaient donc l'objet d'une présomption légale de distribution à l'égard des associés ou de certains tiers ;

- s'agissant des distributions relatives à l'insuffisance de prix dans la vente de la société Rabot et aux charges de cession des parts de Polyanna la société se borne à contester le caractère infondé du redressement opéré à l'impôt sur les sociétés mais n'apporte pour les revenus de capitaux mobiliers aucune précision permettant d'apprécier le bien fondé et la portée de son moyen ;

- la SAS Polyanna soutient à tort que la suppression de la dette d'un montant de 901 441 168 FCFP au passif de son bilan n'est pas caractéristique d'un désinvestissement imposable au titre des revenus distribués ; le rachat par une société de ses propres titres est une distribution de capitaux mobiliers ; l'acquisition de titre en l'espèce n'a pas été consentie dans l'intérêt propre de la société Polyanna ; l'avance de fonds consentie par la SCI Magenta Plage qui n'a donné lieu à aucun contrat de prêt ni à stipulation d'intérêt entre les parties quelles qu'elles soient n'avait pas fait l'objet au 28 janvier 2014 du moindre remboursement, de sorte qu'elle déguisait une remise de dette ou un abandon de créance de nature à être également imposable chez la société en tant qu'avantage occulte au sens de l'article 114 c du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

En ce qui concerne la taxe de solidarité sur les services (TSS) :

- le vérificateur a estimé à bon droit que la taxe de solidarité sur les services devait être rappelée sur certaines prestations à caractère administratif juridique et financier servies par les fournisseurs établis hors de la Nouvelle-Calédonie dès lors que la SAS Polyanna est un professionnel exerçant une activité indépendante au sens de l'article 918-B-IV du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

En ce qui concerne les pénalités :

- les redressements liés à la cession des titres de la SCI Gros pour un prix significativement inférieur à la valeur vénale, à la mise à disposition gratuite de la SCIE Distribution d'un dock et aux frais d'études et d'évaluation des titres de la SAS Polyanna ainsi que les prestations fournies par l'EURL EGJ ont été majorés des pénalités de mauvaise foi ;

l'administration apporte la preuve de l'inexactitude ou du caractère incomplet des déclarations et de l'intention d'éluider l'impôt ;

- la dette réintégrée d'un montant de 901 441 168 F CFP a été assortie de la pénalité d'abus de droit dès lors que la création et l'interposition de la société Marco Polo n'a eu d'autres but que d'éluider l'impôt ; si le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie venait à considérer que l'endettement de la société vérifiée à hauteur de 901 441 168 F CFP est constitutif d'un acte anormal de gestion, l'administration fiscale demande à substituer à la majoration d'abus de droit celle de manœuvres frauduleuses prévues à l'article 1054-2° du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

- faute pour la société Polyanna d'avoir fourni dans le délai imparti les déclarations de TSS qui auraient dû être déposées au titre des exercices de juin 2011 et décembre 2012 en vertu du V de l'article 919 H du code des impôts, les droits rappelés en la matière ont été majorés de la pénalité de 10 % ;

- faute pour la société vérifiée d'avoir procédé à la désignation demandée de l'identité précise des personnes au bénéfice desquelles certaines dépenses non admises en déduction du résultat fiscal avaient été versées, le service vérificateur a soumis à la charge de la société, les sommes correspondantes augmentées de l'IRVM au taux maximum de 40 % en application des articles 117 et 50 du code des impôts ; par une lettre du 17 octobre 2014, la SAS Polyanna par l'intermédiaire de son conseil s'est bornée à désigner comme bénéficiaires des revenus réputés distribués les entreprises elles-mêmes, dont les prestations litigieuses qu'elles avaient rendues n'avaient pas été admises au nombre des charges déductibles de l'entreprise ; la désignation du bénéficiaire pour la somme de 2 863 964 F CFP versée à l'EURL EGJ a été faite au-delà du délai de trente jours dont disposait la SAS Polyanna pour le faire.

#### En ce qui concerne les conclusions reconventionnelles :

- les quotes-parts de résultats de la SCI Magenta Plage qui avaient été déduites à compter de l'exercice 2010 des bases imposables de la société vérifiée afin d'être taxées au niveau de la société civile sont réintégrées comme suit : + 14 120 F CFP au titre de l'exercice clos en 2010, +267 462 913 F CFP au titre de l'exercice clos en juin 2011 ; + 122 076 726 F CFP au titre de l'exercice clos en décembre 2011 et + 619 289 387 F CFP au titre de l'exercice clos en 2012 ;

- la plus value à long terme d'un montant de 254 000 000 F CFP qui avait été réintégrée dans les bases imposables vérifiées afin d'être taxée au niveau de la société civile est déduite des bases rehaussées pour être à nouveau imposée au niveau de la SAS Polyanna, soit un rappel de 63 500 000 F CFP au titre de l'exercice clos en 2012 ;

- le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie ayant jugé que la société civile Magenta Plage n'est pas une société soumise à l'impôt sur les sociétés dont les dividendes distribués sont assujettis à l'IRVM, il convient donc de procéder à l'opération inverse en taxant à l'IRVM les produits perçus de cette filiale et redistribués par la SAS Polyanna, soit une base taxable majorée à 940 647 543 F CFP au titre de l'exercice clos en décembre 2011 et à 747 714 871 F CFP au titre de l'exercice clos en décembre 2012 ;

- le service peut présenter des conclusions reconventionnelles sur le fondement des dispositions de l'article R. 631-1 du code de justice administrative ; en l'absence de dispositions spéciales la règle générale des procédures concernant les demandes incidentes et commune à toutes les juridictions est applicable ;

- les résultats de la SCI Magenta Plage qui ont été déchargés par décision de justice des cotisations supplémentaires propres aux sociétés de capitaux sont rétablis dans la base d'imposition de la société Polyanna ;

- la Nouvelle-Calédonie entend, en tout état de cause, user de son droit de compensation afin de tirer les mêmes conclusions que celles présentées dans le cadre des conclusions reconventionnelles.

Vu :

- la réclamation préalable présentée par la SAS Polyanna en date du 6 avril 2016 ;
- le jugement du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie n° 1600343 du 18 mai 2017 ;
- l'arrêt du Conseil d'Etat n° 412804 en date du 20 décembre 2017 ;
- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative dans sa rédaction applicable en Nouvelle-Calédonie.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Quillévéré, président rapporteur,
- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public,
- les observations de Me Froment-Meurisse, représentant la SAS Polyanna et de M. Harbulot représentant la Nouvelle-Calédonie.

Une note en délibéré produite par la société Polyanna a été enregistrée le 19 février 2018 ;

Une note en délibéré produite par la Nouvelle-Calédonie a été enregistrée le 28 février 2018 ;

Considérant ce qui suit :

1. La société par actions simplifiées (SAS) Polyanna qui a pour objet social l'acquisition, la propriété, l'administration, la gestion et l'exploitation de tous biens et droits mobiliers et immobiliers a fait l'objet d'une vérification de comptabilité au titre des exercices clos les 30 juin, 31 décembre 2011 et 31 décembre 2012 à l'issue de laquelle des impositions supplémentaires à l'impôt sur les sociétés, à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM), aux centimes additionnels et à la contribution sociale additionnelle (CSA) ont été mises à sa charge par une notification de redressement du 30 septembre 2014 pour un montant total en droits et pénalités de 1.083 972 634 francs CFP. La SAS Polyanna a présenté ses observations par deux courriers des 17 octobre et 28 novembre 2014. Le service a répondu aux observations de la société Polyanna le 8 avril 2015 et a maintenu les redressements en litige. Treize avis de mise en recouvrement ont été adressés à la société Polyanna le 27 mai 2015. Cette dernière a présenté, le 6 avril 2016, à la direction des services fiscaux de Nouvelle-Calédonie en application des dispositions des articles 1105 et suivants du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, une réclamation contentieuse par laquelle elle demande la décharge en droits et pénalités des impositions supplémentaires mises à sa charge. Postérieurement au rejet implicite de sa réclamation du 6 avril 2016, la société Polyanna a saisi le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie pour lui demander, à titre principal, la décharge en droit et pénalités des impositions

supplémentaires à l'impôt sur les sociétés et à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières mises à sa charge au titre des exercices clos les 30 juin et 31 décembre 2011 et des années 2011 et 2012.

Sur les conclusions à fin d'annulation de la décision de rejet de la réclamation préalable :

2. La décision par laquelle l'administration statue sur la réclamation contentieuse du contribuable ne constitue pas un acte détachable de la procédure d'imposition. Elle ne peut, en conséquence, être déférée à la juridiction administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir, et ne peut faire l'objet d'un recours contentieux qu'au titre de la procédure fixée par les articles 1096 et suivants du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie. Dès lors, les conclusions de la SAS Polyanna tendant à demander l'annulation implicite par laquelle le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a rejeté sa réclamation préalable sont irrecevables et doivent être rejetées.

Sur les conclusions en décharge de l'imposition à l'impôt sur les sociétés :

*En ce qui concerne la charge de la preuve :*

3. Le service fait valoir que les observations présentées pour la SAS Polyanna à l'occasion de la cession de titres en litige, le 22 juillet 2011, ont été présentées par un avocat qui n'était pas habilité à le faire et, par suite, ces observations ne peuvent être regardées comme l'expression d'un refus d'acceptation des redressements litigieux. Dès lors, la SAS Polyanna a tacitement accepté les impositions supplémentaires en droit et pénalités en litige faute d'avoir fait parvenir dans le délai qui lui était imparti pour ce faire, ses observations signées par une personne régulièrement habilitée. Le service fait valoir que la SAS Polyanna supporte en conséquence, le fardeau de la preuve et doit apporter la preuve de l'exagération des bases d'imposition retenues par l'administration.

4. Toutefois, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat statuant au contentieux, dans un arrêt n° 227373 du 5 juin 2002, rendu sur la requête de M. Brandeau, il résulte des dispositions des articles 4 et 6 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques que, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires excluant l'application d'un tel principe dans les cas particuliers qu'elles déterminent, les avocats ont qualité pour représenter leurs clients devant les administrations publiques sans avoir à justifier du mandat qu'ils sont réputés avoir reçu de ces derniers dès lors qu'ils déclarent agir pour leur compte. Aucune disposition législative ou réglementaire applicable au déroulement de la procédure d'imposition ne subordonne en Nouvelle-Calédonie la possibilité pour un avocat de représenter un contribuable à la justification du mandat qu'il a reçu. Par suite, la société Polyanna a régulièrement présenté des observations et répondu aux observations du service et c'est à l'administration qu'incombe, en conséquence, la charge de prouver l'exagération de la valeur retenue pour la vente de la SA Etablissements Rabot par le protocole de cession, en pièce jointe au dossier, du 21 juin 2011.

Sur le bien fondé de l'imposition à l'impôt sur les sociétés :

*En ce qui concerne la valorisation des titres de la SCIE Gros détenus par la SAS Polyanna :*

5. La SAS Polyanna demande au tribunal de prononcer la décharge de la somme de 705 643 525 F CFP qui a été mise à sa charge au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2011 en conséquence de la revalorisation des titres de la SCIE Gros détenue par la SAS Polyanna et cédés le 22 juillet 2011 à la société Torghar.

6. Les 21 juin 2011 et 8 février 2012, MM Charles et Paul Lavoix ont cédé au bénéficiaire du groupe Bernard Hayot, domicilié en Martinique, des actions qu'ils détenaient dans la holding Polyanna, société mère du groupe Lavoix en Nouvelle-Calédonie qui déploie ses activités dans le domaine de la grande distribution. Jusqu'à la date du 20 juin 2011, la société Polyanna, holding du « Groupe Lavoix » était détenue par messieurs Charles et Paul Lavoix respectivement à hauteur de 70 % et 30 % avant qu'elle ne devienne en exécution du protocole de cession la propriété du « Groupe Bernard Hayot » (GBH) à concurrence de 51 % et 100 % les 21 juin 2011 et 8 février 2012. Le 22 juillet 2011, la SAS Polyanna a cédé à la société Torghar dont le gérant est M. Charles Lavoix et dont M. Paul Lavoix est actionnaire minoritaire, 99,89 % des actions qu'elle détenait dans le capital de l'une de ses filiales, la SCIE Gros dont le seul objet était la détention de la SA des Etablissements Rabot, créée le 26 mars 1982 et dont l'objet social est la vente en gros et demi-gros de tous produits, pour le prix de 517 300 000 F CFP. Le capital social de la SA des Etablissements Rabot était fixé à la somme de 70 000 000 F CFP divisé en 7000 actions de 10 000 francs CFP. L'évaluation des 80 290 titres cédés de la SCIE Gros contre la somme de 517 300 000 francs CFP a résulté directement de la valeur globale de la SA des Etablissements Rabot. La société Polyanna conteste le redressement d'un montant de 705 643 724 F CFP notifié au titre de l'exercice clos en décembre 2011 par lequel le service vérificateur a considéré que la vente de la société Rabot au profit de la société civile Torghar, consentie selon le service, pour un prix inférieur de plus de 57 % à sa valeur de marché, est constitutive d'un acte anormal de gestion.

7. La valeur vénale réelle de parts de sociétés non cotées en bourse sur un marché réglementé doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui résultant du jeu de l'offre et de la demande à la date à laquelle la cession est intervenue. En l'absence de transactions portant sur des sociétés similaires à celle pour laquelle l'administration doit calculer la valeur vénale des titres, celle-ci peut légalement se fonder sur la combinaison de plusieurs méthodes, destinées à déterminer la valeur des parts cédées. L'administration ne saurait toutefois procéder par combinaison entre la méthode par comparaison et l'une ou plusieurs des méthodes alternatives.

8. Il résulte de l'instruction que la SAS Polyanna a valorisé les titres cédés par la SCIE Gros au prix unitaire de 73 985 F CFP en retenant un multiple de l'EBIT (Earnings Before Interest and Taxes) affiché de 5 et, en tenant compte de la dette financière nette d'un montant de 21 700 000 F CFP. La valeur de la transaction retenue pour la cession de la SCIE Gros à la société Torghar a été basée sur la méthode utilisée dans la transaction globale de Polyanna, en retenant un multiple de 5 et une base de valeur d'entreprise de 1100 MF CFP. Le service à l'occasion de ses interventions sur place a formulé une demande de renseignement à deux reprises les 18 mars et, 3 juillet 2014 sur le fondement de l'article 927 bis du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie relative à la vente des titres de la SCIE Gros intervenue au cours de l'exercice clos en décembre 2011 auxquelles la société n'a pas répondu (les documents comptables, copies de lettres, pièces de dépenses de nature à justifier l'exactitude et le montant de la vente des titres de participations réalisée au profit de la société n'ont pas été produits au service par la société requérante). A l'occasion de la réunion de synthèse le 29 août 2014, la SAS Polyanna a expliqué l'évaluation des titres de la société Rabot avait été effectuée à partir d'un multiple d'EBIT de 5 et non de 6,5 retenu pour la valorisation du groupe holding Polyanna au motif que les activités de gros exercées par la SA Etablissements Rabot sont moins rentables et

parce que la SA Rabot perd avec la cession du groupe Lavoix les 21 juin 2011 et 8 février 2012 au bénéfice du groupe Hayot domicilié en Martinique, la garantie de réaliser 25 % de son chiffre d'affaires.

9. Il est constant que le prix des actions ne pouvait être déterminé par référence à d'autres transactions. Il résulte de l'instruction ainsi que l'a mentionné le vérificateur dans la notification de redressement du 30 septembre 2014 que le choix du multiple d'EBIT de 5 au lieu de 6, 5 au motif d'une baisse envisagée du chiffre d'affaire de 25 % à compter de l'exercice 2011 n'est pas pertinent dès lors que le chiffre d'affaires a progressé de 13 % entre 2011 et 2013 par rapport à la moyenne des chiffres d'affaires ayant servi de base pour le calcul de l'EBIT. En outre, il ne résulte pas de l'instruction que le multiple d'EBIT de 5 choisi pour la valorisation du groupe ait été arrêté à l'issue d'une comparaison avec des multiples déterminés à l'occasion de cessions de titres de sociétés relevant du même secteur d'activité. Ainsi, compte tenu du refus de la SAS Polyanna de communiquer au vérificateur tous documents comptables ou tout rapport d'expert de nature à justifier l'exactitude et le montant de la vente des actions réalisée au profit de la société Torghar et des incertitudes sur la fiabilité du multiple d'EBIT retenu, le service a pu contrôler si le prix unitaire des actions (73985 francs CFP) fixé lors de la transaction du 22 juillet 2011 avait été déterminé par rapport à la valeur vénale et mettre en œuvre des méthodes alternatives de valorisation des titres de la SCIE Gros dans le but de corrélérer positivement la valeur unitaire de cession des actions retenue par la SAS Polyanna ou d'écarter cette valeur.

10. Il résulte de l'instruction que le service a évalué la valeur vénale des 80 290 titres cédés par la SCIE Gros au montant unitaire de 174 906 francs CFP en retenant une moyenne arithmétique affectée de coefficients de pondération des valeurs obtenues par trois méthodes d'évaluation différentes, l'une fondée sur la valeur mathématique des titres, et, les deux autres sur, d'une part, la valeur de productivité des titres et, d'autre part, la marge brute d'autofinancement. Les valorisations obtenues par le service à partir des trois méthodes de la valeur mathématique (VM), de la valeur de production (VP) et de la valeur de la marge brute d'autofinancement (MBA) diffèrent toutes les trois significativement de la valeur retenue par SAS Polyanna et fixée à 73 985 F CFP et conduisent à fixer respectivement un prix unitaire de l'action de 135 826 F CFP, 271 590 F CFP et de 216 017 F CFP.

11. La SAS Polyanna soutient que les trois méthodes auxquelles a eu recours le service pour écarter sa propre méthode fondée sur l'EBIT ne reflètent pas la réalité de la transaction qui est intervenue le 22 juillet 2011.

*Quand à la valeur mathématique :*

12. Dans le cadre de la détermination de la valeur mathématique, qui correspond à la valeur comptable actualisée de l'entreprise, le service vérificateur a valorisé le fonds de commerce après avoir appliqué à la moyenne pondérée du chiffre d'affaires compris entre les années 2009 à 2011 un taux de 11 %, soit une valeur du fonds de commerce réévaluée à la somme de 710 710 863 F CFP. La SAS Polyanna fait valoir que le pourcentage du chiffre d'affaires de 11 % retenu par le service ne repose sur aucun fondement et a été déterminé de manière approximative. Toutefois, il résulte de l'instruction et, notamment de la notification de redressement du 30 septembre 2014 et de la réponse aux observations du contribuable du 8 avril 2015 que la valorisation du fonds de commerce a été effectuée en appliquant respectivement les coefficients 1, 2 et 3 aux chiffres d'affaires relatifs aux années 2009, 2010 et 2011, la somme obtenue étant divisée par 6 comme il est d'usage de le faire dans l'application de la méthode du pourcentage appliqué au chiffre d'affaires moyen pondéré et dont il n'est pas contesté qu'il soit de 11 % dans le secteur de l'activité de gros dans lequel la SA Etablissements Rabot exerçait.

13. La SAS Polyanna soutient que les provisions pour risques et charges ont été réintégrées arbitrairement par le vérificateur au motif qu'elles constituent une obligation comptable. Toutefois, la requérante ne produit aucun élément de nature à justifier que les dotations dont il s'agit ont été constituées en vue de faire face à une charge probable et non seulement éventuelle au sens de l'article 27 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

14. La SAS Polyanna ne critique en conséquence pas utilement par les éléments produits et arguments qu'elle avance la valeur de l'action d'un montant de 135 826 F CFP retenue par le service en mettant en œuvre la valeur mathématique.

*Quant à la valeur de productivité :*

15. La SAS Polyanna soutient que le taux de capitalisation des profits retenu par le service, de 6,8 % est inédit et n'a jamais été utilisé dans une transaction en Nouvelle-Calédonie. Il résulte de l'instruction que le vérificateur a déterminé le taux de capitalisation en retenant un taux de base qui correspond au taux de rendement des obligations publiques garanties par l'Etat préalablement déflaté, soit un taux de 2,65 %, une prime de risque égale au produit de la prime de risque constatée sur le marché français et un coefficient variant selon le risque propre de l'entreprise et de son secteur d'activité, soit 0,8 en l'espèce. Si la SAS Polyanna fait valoir comme il a été dit que le taux de capitalisation calculé par le vérificateur n'a jamais été utilisé dans une transaction en Nouvelle-Calédonie, la société outre cet argument de portée générale et imprécise n'apporte aucun élément de nature à établir la réalité d'un risque économique susceptible d'être encouru par la SA Etablissement Rabot au regard de la nature de son activité, ni de l'existence de l'usage constaté dans des entreprises comparables dont elle se prévaut, pour retenir un taux supérieur à celui déterminé par le service. Ainsi, la SAS Polyanna ne démontre pas que la valorisation des titres de la SCIE Gros obtenue par la mise en œuvre de la méthode de productivité fût elle inédite sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie serait radicalement viciée.

*Quant la méthode de la marge brute d'autofinancement :*

16. La SAS Polyanna soutient que le vérificateur n'a pas expliqué le calcul de la marge brute d'autofinancement et que les modalités de sa détermination ne sont pas motivées au sens de l'article 967 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie. Il résulte de l'instruction et notamment de la notification de redressement en date du 30 septembre 2014 et de la réponse aux observations du contribuable en date du 8 avril 2015 que le vérificateur après avoir rappelé que la valeur de l'entreprise est déterminée en affectant à la marge brute d'autofinancement (MBA) un coefficient multiplicateur variant de 4 à 12, a justifié le choix du coefficient 12 en raison du faible taux d'amortissement pratiqué par la société qui représente en moyenne un montant non contesté de moins de 16 % du bénéfice net déclaré et que les dotations aux amortissements des exercices 2009 et 2011 sont totalement compensées par les reprises correspondantes. La SAS Polyanna ne propose pas de méthode alternative de calcul et ne critique pas utilement les facteurs de calcul retenus par le service. Il suit de là que la SAS Polyanna ne démontre pas par les moyens qu'elle invoque que la méthode de la marge brute d'autofinancement mise en œuvre par le service serait radicalement viciée.

17. Ainsi, il résulte de ce qui a été dit aux points 12 à 16 que l'écart important constaté dans la valorisation des actions en tenant compte de tous les éléments permettant d'obtenir un chiffre aussi proche que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande permettait au service prenant en compte l'important écart entre la valeur d'origine et d'inventaire des titres et s'appuyant sur trois méthodes différentes mais pertinentes et non utilement critiquées par la SAS Polyanna, de conclure à l'existence d'un prix de cession

des actions de la SCIE Gros manifestement minoré et d'écarter la méthode de l'EBIT retenue par la SAS Polyanna.

*Quant à la combinaison des valeurs :*

18. La SAS Polyanna soutient que la formule utilisée par le service :  $[2VM + (2VP + MBA)/2]/3$  pour évaluer la valeur des titres cédés après avoir remis en cause la méthode de l'EBIT, ne fait l'objet d'aucun commencement de justification ou d'explication. Le service fait valoir pour expliquer la méthode de la valeur mathématique, de la valeur de productivité et de la marge brute d'autofinancement qu'elles ont été affectées de coefficient de pondération dans le but de réduire la dispersion des valeurs de l'action valorisée et de réduire l'hétérogénéité de ces valeurs. En effet, les valorisations obtenues par les trois méthodes diffèrent significativement de la valeur retenue par Polyanna et fixée à 73 985 F CFP et sont respectivement de 135 826 F CFP, 271 590 F CFP et de 216 017 F CFP. Les trois méthodes de valorisation retenues par le service pour déterminer la valeur d'inventaire des actions ne sont pas manifestement irrégulières comme il a été dit aux points 12 à 16. Dès lors, le service a pu sans que la SAS Polyanna soit fondée à se plaindre, déterminer une valeur moyenne de l'action en pondérant ainsi qu'il l'a fait les trois méthodes mises en œuvre pour fixer à 174 906 F CFP (valeur inférieure à la moyenne arithmétique de 207 811 F CFP des trois valeurs obtenues par les trois méthodes) la valeur des 6 692 titres de la SA Etablissement Rabot détenus par la SCIE Gros filiale de la SAS Polyanna sous la forme d'un apport partiel d'actif et pour lesquels la SCIE a émis 80 290 actions cédées par la SAS Polyanna à la société Thorghar.

19. Il résulte de ce qui précède que l'administration apporte la preuve dont elle a la charge de la minoration de la valeur des 80 290 titres cédés par la SAS Polyanna le 21 juillet 2011 pour un montant de 517 300 000 F CFP à la société SC Torghar. La SAS Polyanna ne peut au demeurant utilement rapprocher la valeur nette de la société Rabot retenue par le service, soit 1.222 MCFP, de la valeur brute de cette même entreprise d'un montant de 1.100 MCFP déterminée à partir de la méthode de l'EBIT en retenant un multiple d'EBIT fixé par référence à la valorisation de la seule cession de la SAS Holding Polyanna, appliqué à la valorisation des actions d'une société de taille très différente, exerçant dans un secteur d'activité différent, fixé sans comparaison à aucune autre transaction effectuée dans le même secteur d'activité que celui de la SAS Polyanna et sans tenir compte de la dette, des découverts de trésorerie et des dividendes à verser pour soutenir que l'écart entre les valeurs unitaires des titres cédés retenus par la société requérante et par le service ne serait pas de 57,7 %. Dans ces conditions, la SAS Polyanna en cédant à la société SC Torghar les 80 290 actions de la SCIE Gros pour un prix inférieur de 57,7 % à leur valeur vénale soit un montant de sous évaluation du prix des actions cédées d'un montant de 705 643 724 F CFP ( $100\,922 \text{ F CFP} \times 6992 \text{ titres}$ ) a commis un acte anormal de gestion dont l'avantage correspondant doit être réintégré dans les comptes de la SAS Polyanna sur le fondement des dispositions de l'article 18 I du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

*En ce qui concerne l'existence d'une libéralité consentie par la SAS Polyanna à la société SC Thorghar :*

20. Aux termes de l'article 18 du code général des impôts de Nouvelle-Calédonie, applicable en matière d'impôt sur les sociétés: « 1. (...) le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconques de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation (...) ». En vertu de ces dispositions, le bénéfice imposable à l'impôt sur les sociétés est celui qui provient des opérations de toute nature faites par l'entreprise, à

l'exception de celles qui, en raison de leur objet ou de leurs modalités, sont étrangères à une gestion normale. S'il appartient à l'administration d'apporter la preuve des faits sur lesquels elle se fonde pour estimer que l'avantage consenti sans contrepartie à l'occasion d'une cession de titres constitue un acte anormal de gestion, à concurrence de l'insuffisance du prix stipulé, elle est réputée apporter cette preuve dès lors que cette entreprise n'est pas en mesure de justifier qu'elle a bénéficié en retour de contreparties.

21. Il résulte de ce qui a été dit aux points 5 à 19 que l'administration apporte la preuve de ce que le prix unitaire de 73 985 F CFP, auquel a été fixée la valeur des titres de la SA Etablissements Rabot, ne reflète pas le prix du marché. En se bornant à expliquer que ce prix résulte de l'accord des parties et est le prix du marché déterminé à partir de la méthode de l'EBIT retenue par les deux parties alors même qu'il a été écarté à bon droit par le service, la SAS Polyanna n'apporte pas de justifications suffisantes de l'avantage propre qu'elle a retiré de cette cession consentie à un prix notablement inférieur à la valeur réelle des actions de sa filiale. Par suite, à concurrence de l'insuffisance du prix stipulé, l'administration doit être regardée comme apportant la preuve du caractère anormal de l'acte de gestion en cause.

22. Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que les services fiscaux ont réintégré dans les bases imposables de la SAS Polyanna la somme de 705 643 525 F CFP au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2011.

*En ce qui concerne la dette injustifiée d'un montant de 901 448 168 F CFP à l'égard de la SCI Magenta Plage.*

23. Les 26 septembre 2005 et 18 novembre 2005, M. Lavoix Raymond a notifié à la SAS Polyanna son intention de céder la totalité des actions qu'il détenait dans cette société, à la société civile Laella dont il était le gérant. La SAS Polyanna s'est opposée à cette cession et a proposé, le 2 décembre 2005, à M. Raymond Lavoix le rachat par la société elle-même des actions qu'il détenait. Postérieurement au refus de M. Raymond Lavoix, le conseil d'administration de la société Polyanna a entériné le 2 décembre 2015 un projet d'acquisition des actions détenues par M. Raymond Lavoix et Mme Yveline Lavoix par une société dont les associés seraient les actionnaires de la SAS Polyanna. Une ordonnance du président du tribunal mixte de commerce de Nouméa du 10 avril 2006 désignant un expert pour la valorisation des titres précisait que les actions de M. Raymond Lavoix dans le capital de la société Polyanna devaient être acquises par un ou plusieurs actionnaires ou par la société ou par un tiers dans un délai de deux mois commençant à courir à compter du jour du dépôt du rapport d'expertise au greffe du tribunal. Le rapport d'expertise déposé au greffe du tribunal mixte, le 21 mars 2008 valorisait les actions à la somme de 805 200 000 F CFP. Le 14 mai 2008 M. Raymond Lavoix a cédé à la société civile Marco Polo dont l'objet social est la propriété, l'acquisition et la gestion de valeurs mobilières, alors en cours d'immatriculation, et immatriculée le 22 mai 2008 suivant, les 249 actions dont il était propriétaire dans la SAS Polyanna pour un prix de 805 200 000 F CFP. Le 30 mai 2008, une autre actionnaire, Mme Burke Lavoix Yveline, a également cédé à la société civile Marco Polo, les 23 actions qu'elle détenait dans le capital de Polyanna pour un prix de 66 000 000 F CFP. Le 28 décembre 2009, la SAS Polyanna a procédé au rachat des 274 actions portées par la SCI Marco Polo pour un prix total de 904 200 000 F CFP en contrepartie d'une réduction équivalente de son capital social pour un montant de 1 370 000 F CFP et ramenant le montant du capital de la SAS Polyanna à la somme de 5 360 000 F CFP. La SCI Marco Polo a déclaré le 30 mars 2010 que la différence entre le produit de cession de ses éléments d'actifs et leur valeur comptable a permis de dégager un résultat exceptionnel de 33 000 000 F CFP. Ce résultat diminué des charges financières et d'exploitation de la société au titre de l'année 2009 a permis de constater un résultat net comptable d'un

montant de 6 053 437 F CFP dont l'imposition a été établie au nom de son nouvel associé unique la SCI Marco Polo Mère. Le bénéfice fiscal de la SCI Marco Polo Mère n'a toutefois donné lieu à aucune imposition au niveau de la SAS Polyanna. Les cessions de parts sociales ont été suivies respectivement les 28 juin et 5 juillet 2010 de transmissions universelles de patrimoine, la SAS Polyanna a repris à son passif la dette inscrite au bilan de la SCI Marco Polo à l'égard de la SCI Magenta Plage qui a permis l'acquisition des titres de M. Lavoix Raymond et de Mme Lavoix Yveline et arrêtée à la somme de 901 448 168 F CFP. Les sociétés civiles Marco Polo et, Marco Polo Mère ont été dissoutes par l'effet des confusions de patrimoines datées respectivement des 28 juin et 5 juillet 2010.

*Quand à l'abus de droit :*

24. Aux termes de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « *Aux termes de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « Ne peuvent être opposés à l'administration fiscale les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : b) (...) qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus. L'administration fiscale est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. Il lui appartient d'apporter la preuve du bien-fondé du redressement (...) ».* En vertu de ces dispositions, l'administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables les actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé de tels actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles. Toutefois ces dispositions ne sont pas applicables, alors même qu'une de ces conditions serait remplie, lorsque le redressement est justifié par l'existence d'un acte anormal de gestion.

25. Il résulte de l'instruction et notamment de la notification de redressement du 30 septembre 2014 que le service s'est placé sur le terrain des dispositions de l'article 971 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie pour regarder l'avance de fonds d'un montant de 901 441 168 F CFP du 30 juin 2010 consentie par la SCI Magenta Plage filiale de la SAS Polyanna à la SCI Marco Polo porteuse des 274 titres cédés par M. Raymond Lavoix et Mme Yveline Lavoix comme ayant eu un caractère fictif et, comme ayant dissimulé le rachat indirect par la SAS Polyanna de ses propres actions à l'occasion des cessions de titres intervenues les 18 et 30 mai 2008.

26. Les cessions effectuées par M. Lavoix Raymond et Mme Lavoix Burke Yveline respectivement les 18 mai et 30 mai 2008 au profit de la SCI Marco Polo ont été suivies dans le délai de 18 mois de leur rachat le 28 décembre 2009 par leur émetteur, la SAS Polyanna. Par acte de cessions datés du 2 juin 2009, les époux Charles et Catherine Lavoix ont vendu leurs parts dans la SCI Marco Polo au bénéfice de la SCI Marco Polo Mère dont le capital a été également cédé le même jour par les mêmes époux au profit de la SA Polyanna. Ces cessions de parts sociales ont été suivies, comme il a été dit ci-dessus, les 28 juin et 5 juillet 2010 de transmissions universelles de patrimoines en application de l'article 1844-5 du code civil, d'une part, de la SCI Marco Polo à la SCI Marco Polo Mère et, d'autre part, de la SCI Marco Polo Mère à la SAS Polyanna. A l'issue de ces confusions de patrimoine la SAS Polyanna a repris à son passif la dette inscrite au bilan de la société civile Marco Polo à l'égard de la SCI Magenta Plage, filiale de la SAS Polyanna, qui a permis l'acquisition des titres de M. Lavoix Raymond et de Mme Lavoix Yveline et arrêtée au montant de 901 448 168 F CFP. Cette avance consentie par la SCI Magenta Plage n'a donné lieu à aucun contrat de prêt, ni à stipulation d'intérêts entre les parties et n'avait pas fait l'objet à la date du début de la vérification le 28 janvier 2014 d'un début de remboursement.

27. Le service a considéré que cette avance de fonds d'un montant de 901 441 168 F CFP devait être regardée comme ayant un caractère fictif et comme ayant dissimulé le rachat indirect par la SAS Polyanna de ses propres actions lors des cessions des 18 et 30 mai 2008. Le service a en conséquence considéré en application des dispositions de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie rappelé au point 24 du présent jugement comme injustifiée la reprise au passif du bilan de la société Polyanna par l'effet des transmissions universelles de l'avance de fonds de 901 448 168 F CFP consentie à la SCI Marco Polo dans la mesure où l'acquisition des 274 titres de M. Lavoix Raymond et de Mme Lavoix Yveline en vue de laquelle ce prêt a été octroyé par une filiale de la SAS Polyanna présente un caractère fictif et artificiel motivé par la seule volonté d'éluider l'impôt.

28. Toutefois, si la création et l'immatriculation de la SCI Marco Polo ont pu légalement être écartées par l'administration comme ne lui étant pas opposables en application des dispositions de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, il n'en résulte toutefois pas que l'avance de fonds consentie par la SCI Magenta à la société Marco Polo pour lui permettre d'honorer ses engagements d'acquisition de titres par la remise des sommes de 805 200 000 F CFP et de 66 000 000 F CFP respectivement aux associés Raymond et Yveline Lavoix ait eu un caractère fictif. En effet, d'une part, il ressort des pièces au dossier que M. Raymond Lavoix comme il a été dit au point 23 a refusé de manière constante le rachat de ses propres actions par la SAS Polyanna, d'autre part, en exécution d'un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 2 mars 2006 confirmant un jugement du tribunal mixte de commerce du 28 novembre 2005, la société Polyanna a dû procéder au remboursement du compte courant de M. Raymond Lavoix pour la somme de 504 000 000 F CFP et, par suite, il n'est pas contesté par le service qu'elle ne disposait pas le 14 mai 2018 date à laquelle M. Raymond Lavoix a cédé ses titres à la société Marco Polo de la capacité financière de racheter les actions de M. Raymond Lavoix, de plus, la constitution de la société Marco Polo à laquelle M. Lavoix ne pouvait refuser de céder ses actions en application de l'article 11, III, 3<sup>ème</sup> alinéa des statuts de la SAS Polyanna, apportée à cette dernière par le biais d'une transmission universelle de patrimoine permettait de mobiliser les ressources financières du groupe dont la requérante soutient sans être contredite que la SCI Magenta Plage disposait. Par suite, l'avance de fonds consentie par la SCI Magenta Plage à la SCI Marco Polo ne recouvre pas un caractère fictif au sens des dispositions de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie mais correspond à une possibilité offerte au « groupe Lavoix » de financer l'opération de rachat de titre et n'est par suite, pas constitutive d'un abus de droit.

29. L'administration fiscale entend toutefois substituer aux dispositions de l'article 971 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie les dispositions de l'article 1116-1 du code des impôts afin de maintenir son redressement de 901 448 168 F CFP.

30. Aux termes de l'article 1116-1 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « 1. *L'administration, ainsi que le contribuable dans la limite du dégrèvement ou de la restitution sollicités, peuvent faire valoir tout moyen nouveau, lors de la procédure contentieuse, devant le tribunal de première instance de Nouméa et la cour d'appel de Nouméa, jusqu'à la clôture de l'instruction. Il en est de même devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie et devant la cour administrative d'appel de Paris.* En application des ces dispositions, l'administration est en droit, à tout moment de la procédure contentieuse, de demander, pour justifier le bien-fondé d'une imposition, que soit substituée une base légale à celle qui avait été initialement invoquée, dès lors que cette substitution peut être faite sans priver le contribuable des garanties qui lui sont reconnues en matière de procédure d'imposition.

31. L'administration est en droit de formuler une substitution de base légale à titre subsidiaire devant le juge, qui doit l'accueillir lorsque la base invoquée à titre principal est erronée et que la procédure d'imposition liée à la nouvelle base invoquée a été régulièrement suivie.

32. Aux termes du I de l'article 18 du même code général des impôts de la Nouvelle-Calédonie: « - *Le bénéfice net est déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises y compris notamment les cessions d'éléments quelconque de l'actif, soit en cours soit en fin d'exploitation.* ». Aux termes du II de l'article 18 du même code : « *Le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés* ». Pour l'application de ces dispositions, il incombe toujours au contribuable de justifier tant du montant des charges qu'il entend déduire du bénéfice net défini à l'article 21 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie que de la correction de leur inscription en comptabilité, c'est-à-dire du principe même de leur déductibilité. De même, il lui appartient dans tous les cas, quelle que soit la procédure d'imposition suivie, de justifier de l'inscription d'une dette au passif du bilan de son entreprise.

33. Il résulte de l'instruction que la SAS Polyanna a pris à sa charge à l'occasion d'une transmission universelle de patrimoine une dette d'un montant de 901 448 168 F CFP inscrite au passif de la SCI Marco Polo Mère correspondant à une avance de fonds consentie par l'une de ses filiales, la SCI Magenta à la SCI Marco Polo, société interposée pour le rachat de ses propres titres par la SAS Polyanna.

34. Si la SAS Polyanna soutient que la dette d'un montant de 901 448 168 F CFP correspond à une avance de fonds, il est constant qu'à l'occasion de cette avance de fonds à la société Marco Polo aucun contrat de prêt n'a été signé, qu'aucune stipulation contractuelle n'a prévu le versement d'intérêts entre les parties quelles qu'elles soient, et que cette dette n'avait pas fait l'objet d'un début de remboursement, le 28 janvier 2014, date à laquelle a été engagée la vérification de comptabilité de la SAS Polyanna. Dans ces conditions, le service doit être regardé comme apportant la preuve que l'inscription de la dette litigieuse au passif du bilan de l'exercice clos en 2010 procède à hauteur de cette somme d'un acte anormal de gestion. Il en résulte que la SAS Polyanna ne justifie pas du bien-fondé de l'inscription de cette dette au passif de son bilan. Par suite, l'administration fiscale a pu légalement réintroduire ce montant dans le bénéfice imposable de cette société au titre de l'exercice 2011.

*En ce qui concerne les charges non engagées dans l'intérêt de l'entreprise :*

*Quand aux frais d'études préalables à la cession des titres de la SA Polyanna :*

35. La SAS Polyanna conteste la réintégration dans les résultats clos les 30 juin 2010, 30 juin 2011 et 31 décembre 2012 des honoraires versés aux sociétés Accuracy (société d'audit et de conseil en gestion) et Rothschild (banque d'affaires). Le service a refusé la déductibilité de ces charges au titre des exercices clos en 2010, 2011 et 2012 au motif que ces dépenses ne répondent pas à l'intérêt direct de la société au sens de l'article 21 du code des impôts et donc à une gestion normale.

36. Aux termes de l'article 21 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : " *Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant (...) notamment : 1° Les frais généraux de toute nature (...)*".

37. Il résulte de l'instruction que la SAS Polyanna a au cours de l'exercice clos en 2011 cédé 51% de ses actions au groupe de distribution Bernard Hayot (Martinique). Préalablement à la réalisation de cette cession la SAS Polyanna a fait effectuer par la société Accuracy et la Banque Rothschild des travaux d'expertise et d'évaluation des actifs des différentes sociétés détenues par la SAS Polyanna. En rémunération de ces études et travaux d'expertises la SAS Polyanna a acquitté et comptabilisé parmi ses frais généraux des exercices clos en 2010 et 2011 des honoraires pour un montant de 4 773 270 F CFP. Toutefois, la SAS Polyanna n'apporte aucun élément de nature à établir que les prestations qui lui ont été facturées comporteraient des contreparties et ont été engagées dans l'intérêt de la SAS Polyanna. Par suite, il y a lieu de rejeter sa demande de déduction des charges pour les montants respectifs de 24 451 075 F CFP, de 2 918 881 F CFP et de 4 773 270 F CFP au titre de l'exercices clos en 2010 et des exercices clos en 2011.

Sur les conclusions en décharge des impositions supplémentaires à l'impôt sur le revenu :

*En ce qui concerne l'exonération des distributions :*

*Sur le terrain de la loi :*

38. La société Polyanna a procédé à des redistributions de dividendes en franchise d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM) sans tenir compte de l'exercice au cours duquel elle avait elle-même perçu les dividendes en provenance de ses filiales. La société soutient qu'ainsi, elle a appliqué le droit positif en vigueur au titre des exercices clos de juin 2011 à décembre 2012 conformément à l'application traditionnellement admise par les services fiscaux des dispositions de l'article 536 du code des impôts.

39. Aux termes de l'article 536 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie alors applicable : « *Lorsqu'une société par actions ou à responsabilité limitée a reçu, en représentation de versements ou d'apports en nature ou en numéraire par elle faits : a) à une autre société par actions, des actions ou des obligations nominatives de cette dernière société ; b) à une autre société à responsabilité limitée, des parts d'intérêts de cette dernière société ou des titres de créance, les dividendes et intérêts distribués par la première société sont, pour chaque exercice, exonérés de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, dans la mesure du produit de ces actions, obligations et parts d'intérêts ou titres de créance touché par elle au cours de l'exercice qui ont déjà supporté l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières à condition que ces actions, obligations et parts d'intérêts ou titres de créance soient restés inscrits au nom de la société cédante (...)* ». Aux termes de l'article 536 bis du même code : " *Pour les distributions effectuées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1993, le bénéfice des dispositions de l'article 536 est transposé de plein droit et sous conditions identiques pour les dividendes issus de participations autres que celles résultant d'apports ou d'augmentations de capital* ".

40. Il résulte de l'instruction que la SAS Polyanna a déduit de la base imposable à l'impôt sur le revenu les dividendes qu'elle distribue estimant qu'ils ont déjà donné lieu à paiement de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM). Toutefois, il résulte des dispositions de l'article 536 rappelées au point 39 que seuls les dividendes reçus au cours de l'exercice au titre duquel intervient leur redistribution bénéficient de l'exonération d'IRVM. Dès

lors, la redistribution de dividendes opérée par la SAS Polyanna au titre des exercices clos en 2011 et 2012 était exonérée du paiement de l'IRVM à hauteur des seuls dividendes reçus par la SAS Polyanna au titre de chacun des exercices correspondant aux distributions.

*Sur le terrain de la doctrine :*

41. Aux termes de l'article Lp. 983 de ce code : « *Lorsque le redevable démontre qu'il a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions, circulaires ou réponses publiées au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie à une date antérieure à celle du fait générateur à laquelle se rapportent les impositions litigieuses et qu'elle n'avait pas modifiée au moment des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement d'impositions déjà établies, en soutenant une interprétation différente. / La même garantie bénéficie au contribuable, lorsque celui-ci démontre que l'interprétation du texte fiscal qui fait l'objet du différend, avait été, à l'époque, formellement admise dans une réponse individuelle qui lui avait été adressée suite à une demande de renseignements écrite, par le directeur des services fiscaux ou un agent de catégorie A ayant reçu spécialement délégation du président du gouvernement pour signer les réponses comportant une interprétation d'un texte fiscal, sous réserve que la réponse soit, elle-même, le cas échéant, conforme aux instructions, circulaires et réponses déjà publiées. / La garantie prévue au deuxième alinéa est applicable dans les mêmes conditions, lorsque la réponse individuelle à la demande de renseignements écrite du contribuable de bonne foi ou de son représentant habilité à cet effet, porte sur l'appréciation d'une situation de fait au regard d'un texte fiscal. Le contribuable ne peut se prévaloir que des réponses qui lui ont été officiellement adressées et dans la mesure où la question a été posée de façon précise et complète. / En cas de changement de législation, les interprétations de textes fiscaux données par l'administration ne sont pas invocables pour l'application de la nouvelle législation. / Ne constituent pas des textes fiscaux pour l'application de cet article, les textes relatifs à la procédure d'imposition et au bienfondé des pénalités ».*

42. La SAS Polyanna doit être regardée comme se prévalant de la réponse de l'administration fiscale de la Nouvelle-Calédonie n° 1251 du 3 août 1993 parue au JONC du 23 septembre 1993 qui autorise une exonération de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières sur les valeurs dividendes redistribués indépendamment de l'exercice au titre duquel ils ont été perçus et n'avait pas été rapportée à la date du fait générateur constitué par les décisions de distribution.

43. Toutefois, les dividendes redistribués par la SAS Polyanna pour un montant de 693 209 901 F CFP au titre de l'exercice clos en décembre 2011 n'ont pas été déclarés et imposés à cette occasion à l'IRVM. Dans ces conditions, la SAS Polyanna n'est pas en droit de se prévaloir de la doctrine administrative qu'elle invoque sur le terrain des dispositions rappelées au point 41 de l'article Lp. 983 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie pour demander la décharge des suppléments d'IRVM mis à sa charge par le service pour un montant de 693 290 901 F CFP dès lors que l'imposition des redistributions effectuée par le service a le caractère d'une imposition primitive.

44. La SAS Polyanna soutient que l'application faite par le service des dispositions de l'article 536 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie est contraire aux principes de confiance légitime et de sécurité juridique. Toutefois, ces principes, principes généraux du droit communautaire, ne trouvent à s'appliquer dans l'ordre juridique de la Nouvelle-Calédonie que dans la mesure où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif est régie par le droit communautaire. La SAS Polyanna ne peut donc utilement se prévaloir que les services

fiscaux ont méconnu ces principes dès lors que la redistribution des dividendes effectuée par la SAS Polyanna n'est pas régie par le droit communautaire.

*En ce qui concerne les revenus distribués nés de la réintégration de la dette liée au rachat de titre de Raymond et Yveline Lavoix :*

45. La SAS Polyanna conteste la qualification de revenus distribués à hauteur de la somme de 901 441 168 F CFP correspondant à la remise en cause de la dette contractée par la société Marco-Polo inscrite au passif de la SAS Polyanna postérieurement à la transmission universelle du patrimoine de la SCI Marco-Polo mère. Le service a regardé comme des revenus distribués en application de l'article 112 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie la somme de 901 441 168 F CFP inscrite au passif de la SAS Polyanna et réintégrée par le service dans la base imposable à l'impôt sur les sociétés.

46. L'administration a constaté au passif du bilan de clôture de l'exercice clos en juin 2011 de la SAS Polyanna, l'inscription d'une dette d'un montant de 901 441 168 F CFP. Pour justifier cette inscription la SAS Polyanna fait valoir que la dette d'un montant de 901 441 168 F CFP a été contractée par la SCI Marco Polo (ultérieurement absorbée par la SAS Polyanna dans le cadre d'une transmission universelle de patrimoine) pour financer l'acquisition des titres de la SAS Polyanna qu'elle a ensuite inscrits à son bilan et dont la valeur d'acquisition n'a pas fait l'objet de contestation de la part de l'administration fiscale.

47. Aux termes de l'article 112 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « *Sont considérés comme revenus distribués : b) toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéficiaires (...) Les sommes imposables sont déterminées pour chaque période retenue pour l'impôt sur les sociétés par la comparaison des bilans de clôture de ladite période et de la période précédente.* ».

48. Le rachat par une société, au cours de son existence, à certains de ses associés ou actionnaires personnes physiques, des droits sociaux qu'ils détiennent, notamment sous forme d'actions, correspond, sous réserve de l'article 530 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, à une mise à disposition au sens du b) de l'article 112 du code des impôts qui doit être soumise à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

49. Si la SARL Polyanna fait valoir que la somme litigieuse n'a fait l'objet d'aucun désinvestissement, ce moyen est toutefois dépourvu de toute portée, dès lors, d'une part, que la rectification contestée n'est pas fondée sur les dispositions de l'article 112 a) du code général des impôts, d'autre part que le service s'est borné à relever l'absence de justification d'un passif et à réintégrer aux résultats la somme correspondante. Par suite, c'est à bon droit que le service a regardé la réintégration du passif injustifié d'un montant de 901 441 168 francs CFP comme constitutive d'un revenu distribué imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

*Quant aux autres revenus regardés comme distribués :*

50. La SAS Polyanna soutient qu'elle conteste les distributions relatives à l'insuffisance du prix de vente de la SA Etablissements Rabot pour un montant de 705 643 525 F CFP au titre de l'exercice clos au 31 décembre 2011 et aux charges de cessions de parts de la SAS Polyanna pour des montants respectifs de 2 918 881 F CFP et 4 773 270 F CFP au titre des exercices clos au mois de juin et au mois de décembre 2011 au motif du caractère infondé des redressements en base et taxés à l'impôt sur les sociétés, elle n'assortit ses griefs

d'aucun moyen propre de nature à contester le bien fondé des redressements opérés par le service à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

51. Il résulte de ce qui précède que les conclusions tendant à la décharge des suppléments d'impôt à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières mis à la charge de la SAS Polyanna au titre des exercices clos en juin et décembre 2001 et décembre 2012 doivent être rejetées.

Sur les rappels de taxe de solidarité sur les services :

52. La SAS Polyanna requérante a donné en location nue des docks et locaux situés dans le secteur de Ducos à Nouméa et a été à ce titre regardée par le service comme un professionnel exerçant une activité indépendante alors même que cette prestation est exonérée de taxe de solidarité sur les services. En conséquence, la SAS Polyanna a été regardée par le service comme redevable auprès des services fiscaux de la Nouvelle-Calédonie du paiement de la taxe de solidarité sur les services sur la base des prestations de services commandées auprès de fournisseurs métropolitains.

53. En effet, la SAS Polyanna a enregistré dans ses écritures comptables des prestations de services à caractère administratif, juridique et financier pour les montants respectifs de 14 175 587 F CFP et de 766 994 F CFP au titre des exercices clos au mois de juin 2011 et au mois de décembre 2012 qu'elle a commandées auprès de fournisseurs situés hors de la Nouvelle-Calédonie et notamment en métropole. Le service a estimé que la taxe de solidarité sur les services rappelée sur ces services devait être acquittée par la SAS Polyanna dès lors qu'elle est un professionnel exerçant une activité indépendante au sens de l'article Lp 918-B-IV du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

54. 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. (...) »*.

55. La SAS Polyanna soutient que le dock « fruits et légumes » objet de la location a été « oublié » au sein du groupe Lavoix-SCIE et que la SAS Polyanna regardait de bonne foi le dock comme la propriété de la SCIE distribution. Ce dock n'a donné lieu à la perception d'aucun loyer et la SAS Polyanna ne s'est pas opposée à la réintégration dans son résultat imposable du montant fixé par le service des loyers qui auraient dû être facturés au preneur. Cette seule location ne saurait en tout état de cause modifier la nature juridique, non commerciale, de la société et de son activité.

56. La location d'un dock nu par son propriétaire ne présente pas le caractère d'une activité professionnelle au sens des dispositions de l'article Lp 918 sauf dans l'hypothèse où, à travers cette location, le bailleur ne se borne pas à gérer son propre patrimoine mais poursuit, selon des modalités différentes, une exploitation commerciale antérieure ou participe à l'exploitation du locataire. La SAS Polyanna ne peut être regardée dans les circonstances de l'espèce comme ayant une activité professionnelle de location de locaux nus au sens des dispositions de l'article Lp. 918 rappelées au point 54. Par suite, la SAS Polyanna est fondée à demander la décharge des suppléments d'imposition à la taxe de solidarité sur les services pour des montants respectifs de 708 779 F CFP et de 38 350 F CFP au titre des exercices clos au mois de juin 2011 et au mois de décembre 2012.

Sur les conclusions en décharge de la contribution sociale additionnelle (CSA) :

57. Aux termes de l'article Lp. 920-1 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « - A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, pour les exercices clos ou la période d'imposition arrêtée conformément au deuxième alinéa de l'article 17, les personnes morales relevant des articles 2 et 4 et dont le bénéfice fiscal imposable au taux de droit commun mentionné au dernier alinéa de l'article 45, atteint ou dépasse deux cent millions de francs, sont assujetties à une contribution sociale, calculée selon le barème fixé par l'article R. 920.2 (...) ».

58. La SAS Polyanna demande la décharge des redressements mis à sa charge au titre des exercices clos en mai et décembre 2011 et décembre 2012.

59. Il a été dit aux points 5 à 37 du présent jugement que les redressements mis à la charge de la SAS Polyanna à l'impôt sur les sociétés sont maintenus et qu'il n'est pas contesté que ces redressements emportent un dépassement du bénéfice fiscal imposable de la SAS Polyanna qui excède ainsi le seuil de 200 000 000 F CFP au titre des exercices clos en mai et décembre 2011 et décembre 2012. Par suite, les conclusions présentées par la SAS Polyanna en décharge de la contribution sociale additionnelle qui ne sont au demeurant assorties d'aucun moyen ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les conclusions reconventionnelles présentées par le service :

60. La demande reconventionnelle présentée par la Nouvelle-Calédonie fait suite au jugement du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie du 1<sup>er</sup> juin 2017 opposant la SCI Magenta Plage au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans lequel le tribunal tirant les conséquences d'un arrêt de la CAA de Paris n° 16PA01865 du 27 avril 2017 statuant sur les mêmes questions de droit et pour la même société mais au titre de l'exercice clos en 2010, a déchargé les impositions auxquelles la SCI Magenta Plage avait été soumise dans le cadre de son assujettissement au régime de l'impôt sur les sociétés par notification de redressements du 30 septembre 2014 pour les exercices clos en 2011 et 2012. En exécution de ce jugement les services fiscaux de la Nouvelle-Calédonie ont procédé au remboursement le 19 juillet 2017 des contributions et taxes dont s'était acquittée la SCI Magenta Plage pour un montant de 758 890 388 F CFP.

61. Par une notification de redressements du 30 septembre 2014, le vérificateur avait soustrait des bases imposables de la SAS Polyanna les résultats et cessions d'actifs que la SAS Polyanna avait déclarés en sa qualité de personne imposable dans la mesure où ces mêmes éléments d'imposition étaient taxés à l'impôt sur les sociétés par le service entre les mains de la SCI Magenta Plage. En outre, en application de l'article 536 du code des impôts les redistributions de dividendes décidées par la SAS Polyanna avaient été exonérées de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM), pour les dividendes ayant déjà supporté cet impôt de distribution au niveau de la SCI Magenta Plage. De sorte que la SAS Polyanna a été totalement déchargée des impositions, contributions et taxes à concurrence des redressements correspondant dont avait fait l'objet la SCI Magenta Plage.

62. Aux termes de l'article R. 200-15 du livre des procédures fiscales : « L'administration peut, au cours de l'instance, présenter des conclusions reconventionnelles tendant à l'annulation ou à la réformation de la décision prise sur la réclamation primitive. Ces conclusions sont communiquées au réclamant dans les conditions prévues par le code de justice administrative ». Aux termes de l'article R. 631-1 du code de justice administrative applicable en

Nouvelle-Calédonie : « *Les demandes incidentes sont introduites et instruites dans les mêmes formes que la requête. Elles sont jointes au principal pour y être statué par la même décision* ».

63. Il est constant qu'aucune des dispositions du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ne permet au service de présenter des conclusions reconventionnelles. Le service ne peut donc utilement se prévaloir de l'application des dispositions de l'article R. 200-15 du livre des procédures fiscales. Si le service entend toutefois demander l'application des dispositions de l'article R. 631-1 du code de justice administrative rappelé ci-dessus pour fonder la recevabilité de ses conclusions reconventionnelles, les dispositions de cet article du code de justice administrative qui précisent que les conclusions reconventionnelles sont présentées dans les mêmes formes que la requête et sont jointes au principal, organisent seulement l'instruction desdites conclusions reconventionnelles qui en l'absence de dispositions du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie pour les présenter sont irrecevables. Au demeurant, si les dispositions de l'article R. 200-15 du livre des procédures fiscales permettent aux services fiscaux de demander au juge de l'impôt d'annuler ou de réduire un dégrèvement qu'il aurait à tort accordé, sur réclamation du redevable, par rapport au montant des droits initialement mis à la charge de ce dernier, elles ne l'autorisent nullement, en l'absence de toute décision de dégrèvement à demander au juge de majorer le montants desdits droits pour tenir compte d'omissions ou d'insuffisances révélées par l'instruction de la réclamation. En l'espèce, il est constant que les impositions dont il est demandé le rétablissement n'ont pas été notifiées dans les bases d'imposition de la société Polyanna et n'ont fait l'objet d'aucune décision de dégrèvement dans le cadre de l'instruction de la réclamation présentée par la SAS Polyanna. Par suite, les conclusions reconventionnelles présentées par l'administration fiscale sont irrecevables.

Sur la demande de compensation :

64. Aux termes de l'article 1116 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie : « *I. Lorsqu'un contribuable demande la décharge ou la réduction d'une imposition quelconque, l'administration fiscale peut, à tout moment de la procédure..., effectuer ou demander la compensation dans la limite de l'imposition contestée, entre les dégrèvements reconnus justifiés et les insuffisances ou omissions de tout nature constatées dans l'assiette ou le calcul de l'imposition au cours de l'instruction de la demande (...)* ».

65. La Nouvelle-Calédonie sollicite en application des dispositions rappelées ci-dessus que la juridiction rétablisse dans les bases imposables de la SAS Polyanna l'ensemble des droits correspondant aux redressements opérés dans la base imposable de la SCI Magenta qui ont été annulés par le jugement du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie du 1<sup>er</sup> juin 2017 pour un montant de 530 145 857 F CFP au titre des exercices clos en juin et décembre 2011 et décembre 2012.

66. L'absence d'imposition mise à la charge de la SAS Polyanna, d'une part, en raison de sa quote-part de résultat dans la SCI Magenta Plage au titre des exercices clos en 2011 et 2012, d'autre part, de la plus value de long terme d'un montant de 254 000 000 F CFP relative à la vente de l'immeuble Clémenceau au titre de l'exercice clos en 2012, enfin, de l'assujettissement à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières des sommes distribuées par la société Polyanna et correspondant aux produits perçus par la SCI Magenta Plage résulte d'une volonté délibérée de l'administration exprimée dès la notification de redressement du 30 septembre 2014 antérieurement à la réclamation présentée par la SAS Polyanna et ne peut être regardée comme une insuffisance ou omission constatée au cours de l'instruction de cette réclamation. Le service n'est donc pas fondé à demander dans la limite du montant des dégrèvements qui ont été accordés à la SCI Magenta, filiale de la SAS Polyanna par le jugement

du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie n° 1600343 le 1<sup>er</sup> juin 2017, dans une instance distincte, le rétablissement des bases imposables et droit correspondants aux redressements opérés au niveau de la SCI Magenta Plage annulés par le jugement du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie du 1<sup>er</sup> juin 2017, dans les bases imposables de la SAS Polyanna.

Sur les pénalités :

*Quant à la majoration pour mauvaise foi :*

67. La SAS Polyanna conteste l'application des pénalités de mauvaise foi au motif qu'elle n'a commis aucune inexactitude et que le caractère délibéré d'une inexactitude ne peut suffire à caractériser la mauvaise foi du contribuable. La majoration pour mauvaise foi appliquée par le service et contestée par la SAS Polyanna concerne trois chefs de redressement : la sous évaluation des titres de la SCIR Gros, la mise à disposition gratuite auprès de la SCIE distribution d'un Dock et les frais d'évaluation de titres de la SAS Polyanna.

68. Aux termes des dispositions des articles 1054 du code des impôts : « *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 (...)* ». Il résulte de ces dispositions que la pénalité pour mauvaise foi, a pour objet de sanctionner la méconnaissance par le contribuable de ses obligations déclaratives. Pour établir ce manquement, l'administration doit apporter la preuve, d'une part, de l'insuffisance, de l'inexactitude ou du caractère incomplet des déclarations et, d'autre part, de l'intention de l'intéressé d'éluder l'impôt.

69. Il résulte de ce qui a été dit aux points 5 à 22 du présent jugement que la SAS Polyanna ne pouvait ignorer que la cession des titres de la SCI Gros pour un prix significativement inférieur de 57,7 % par rapport à leur valeur vénale dissimulait une intention délibérée de libéralité au profit de la SC Torghar dès lors que les parties étaient en relation d'intérêts. Par suite, le service doit être regardé comme apportant la preuve qui lui incombe sur ce point.

70. Il résulte de l'instruction que pour appliquer la pénalité de 40 % prévue par les dispositions rappelées ci-dessus, le service a relevé d'une part, que la SAS Polyanna ne pouvait ignorer que la mise à disposition gratuite auprès de la SCIE Distribution d'un dock était constitutive d'un acte anormal de gestion en dehors de toute contrepartie commerciale ou financière retirée et d'autre part, que les charges comptabilisées relativement aux frais d'études et d'évaluations des titres de la SAS Polyanna détenues par les associés Charles et Paul Lavoix afin de répondre aux besoins privés de ces associés, ne pouvaient être déductibles des résultats de la SAS Polyanna. Dans ces circonstances, l'administration a pu à bon droit faire application de l'article 1054 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, sans que la SAS Polyanna puisse utilement faire valoir qu'elle n'a commis aucune inexactitude et que le caractère délibéré d'une inexactitude ne caractérise pas la mauvaise foi.

*Quant à la majoration pour abus de droit :*

71. Il a été dit aux points 23 à 34 que l'avance de fonds consentie par la SCI Magenta plage à la SCI Marco Polo n'est pas constitutive d'un abus de droit mais que l'administration pouvait à bon droit maintenir le redressement du passif injustifié sur le terrain de l'acte anormal

de gestion. Par suite, la SAS Polyanna est fondée à demander la décharge de la pénalité d'abus de droit mise à sa charge.

*Quant à la demande de substitution de pénalités demandée par le service :*

72. Le service demande au tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie de substituer à la majoration d'abus de droit celle de manœuvres frauduleuses prévues à l'article 1054-2° du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

73. Aux termes de l'article 1054 du CI : « 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 : 1°. de l'intérêt de retard visé à l'article Lp. 1052 ; toutefois, son décompte est arrêté au dernier jour du mois de la notification de redressement ; 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. ».

74. Ainsi qu'il a été dit, la SAS Polyanna soutient à tort que la suppression de la dette d'un montant de 901 441 168 F CFP au passif de son bilan n'est pas caractéristique d'un désinvestissement imposable au titre des revenus distribués. Il est constant que la SAS Polyanna a inscrit cette dette d'un montant de 901 441 168 F CFP à son passif un dette d'un montant de sans contrat de prêt, ni protocole de remboursement alors même qu'elle ne pouvait ignorer son droit au remboursement des sommes en cause. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, il y a seulement lieu de substituer la pénalité de 40 % pour mauvaise foi prévue à l'article 1054-2 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie à la majoration pour abus de droit appliquée aux droits supplémentaires résultant de la réintégration de la dette injustifiée de 901 441 168 F CFP.

*Quant à la majoration de la TSS pour dépôt tardif :*

75. Il a été dit aux points 52 à 56 que la SAS Polyanna ne doit pas être assujettie à la taxe de solidarité sur les services. Par suite, la SAS Polyanna est fondée à demander la décharge de la majoration pour dépôt tardif mise à sa charge.

*Quant à l'application de la pénalité de l'article 117 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie :*

76. Aux termes de l'article 117 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie : « Au cas où la masse des revenus distribués excède le montant total des distributions tel qu'il résulte des documents de la personne morale visée à l'article 116, celle-ci est invitée à fournir à l'administration, dans un délai de trente jours, toutes indications supplémentaires sur les bénéficiaires de l'excédent de distribution. En cas de refus ou à défaut de réponse dans ce délai, les sommes correspondantes, augmentées du complément de distribution qui résulte de la prise en charge de l'impôt par la personne morale versante, sont soumises, au nom de ladite personne morale, à l'impôt sur le revenu, ce dernier étant calculé au taux maximum du barème en vigueur ».

77. Par lettre du 17 octobre 2014, la SAS Polyanna, par l'intermédiaire de son avocat a désigné en réponse à la demande de désignation des bénéficiaires des revenus distribués qui lui avait été faite dans la notification de redressements, l'EURL EGJ au titre des prestations qu'elle a facturées pour la somme de 2 863 964 F CFP, la société Transaction R au titre des frais de cession de titres de la SAS Polyanna pour la somme de 2 918 881 F CFP et la société Accuracy

au titre des frais de cession de titres de la SAS Polyanna pour la somme de 4 773 270 F CFP. Le service a considéré qu'en se bornant à désigner des entreprises et non les bénéficiaires des revenus distribués eux-mêmes, la réponse formulée par la SAS Polyanna était assimilable à un refus de désignation et, par suite, a soumis leur taxation à l'impôt sur le revenu au nom de la SAS Polyanna au taux maximum de 40 % du barème d'imposition à l'impôt sur le revenu applicable en Nouvelle-Calédonie pour des montants respectifs de 2 313 138 F CFP et de 1 909 308 F CFP au titre des exercices clos en 2011.

78. Il résulte de l'instruction et notamment des écritures de la requête de la SAS Polyanna que la société a reconnu son erreur pour ce qui concerne l'EURL EJG et précise que les bénéficiaires sont M. Lavoix Charles pour 70 % de la somme soit 2 004 774 F CFP et M. Lavoix Paul pour 30 % soit la somme de 859 190 F CFP. Pour le surplus, la SAS Polyanna fait valoir que peu importe que la SAS Polyanna se soit bornée à désigner les sociétés auxquelles les sommes en cause ont été versées dans la mesure où le bénéficiaire final est la SAS Polyanna elle-même.

79. Il résulte de l'instruction que s'agissant des bénéficiaires de la somme appréhendée par les actionnaires de l'EURL EJG, la SAS Polyanna reconnaît que la désignation de M. Lavoix Charles et de M. Lavoix Paul est intervenue postérieurement au délai de trente jours prévu par les dispositions rappelées au point 76 du présent jugement.

80. La société soutient qu'elle regarde toutefois les deux autres « sommes distribuées », soit la somme de 2 918 881 F CFP payés à la société Transaction et la somme de 4 773 270 F CFP payés à la société Accuracy, comme des dépenses effectuées dans l'intérêt de la SAS Polyanna elle-même et qu'elle en déduit qu'elle n'avait pas à désigner les bénéficiaires de ces sommes distribuées. Toutefois, la circonstance que l'administration connaîtrait ou serait en mesure de connaître l'identité des bénéficiaires de ces distributions ne lui interdit pas d'adresser à la société la demande de désignation prévue par l'article 117 du code général des impôts et ne fait pas obstacle à ce qu'elle applique à la société, à défaut de réponse de sa part ou en cas de refus de répondre, dans le délai imparti, à l'invitation qui lui a été adressée, la pénalité prévue, en pareil cas. Par suite, la SAS Polyanna ne peut utilement soutenir que l'administration, connaissait le bénéficiaire des distributions en cause.

81. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de dégrever la SAS Polyanna seulement du montant des pénalités qui lui ont été infligées au titre de l'abus de droit dans la mesure de la substitution effectuée au point 74 du présent jugement et de la pénalité pour dépôt tardif de la déclaration de taxe de solidarité sur les services (TSS).

82. Il résulte de ce qui précède que la SAS Polyanna est seulement fondée à demander le dégrèvement des impositions supplémentaires à la taxe de solidarité sur les services (TSS) qui ont été mises à sa charge au titre des exercices clos en juin 2011 et décembre 2012 et des pénalités y afférentes ainsi que de la pénalité d'abus de droit mise à sa charge au titre de l'exercice clos au mois de juin 2011 dans la mesure de ce qui a été dit au point 74 du présent jugement.

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

83. 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 ».*

84. Ces dispositions font obstacle aux conclusions de la SAS Polyanna dans le présent litige dirigées contre la Nouvelle-Calédonie qui n'est pas à titre principal, dans la présente instance, la partie perdante.

### **DECIDE :**

Article 1<sup>er</sup> : La SAS Polyanna est dégrevée de la taxe de solidarité sur les services (TSS) mise à sa charge au titre des exercices clos au mois de juin 2011 et au mois de décembre 2012 et, des pénalités y afférentes.

Article 2 : La pénalité de 40 % pour mauvaise foi prévue à l'article 1054-2 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie est substituée à la majoration pour abus de droit appliquée aux droits supplémentaires résultant de la réintégration de la dette injustifiée de 901 441 168 francs CFP.

Article 3 : La SAS Polyanna est déchargée des pénalités pour abus de droit dans les conditions fixées à l'article 2.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête de la SAS Polyanna est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la SAS Polyanna et à la Nouvelle-Calédonie.

Délibéré après l'audience du 15 février 2018, à laquelle siégeaient :

M. Quillévére, président,  
M. Gueguein, premier conseiller,  
M. Briquet, premier conseiller.

Lu en audience publique le 8 mars 2018.

Le premier assesseur,

Le président rapporteur,

S. GUEGUEIN

G. QUILLÉVÉRE

La greffière de séance,

C. BERTHELOT