

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 11439

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE
NOUVELLE-CALEDONIE
et autre

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Bichet
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Audience du 31 mai 2012
Lecture du 14 juin 2012

Vu la requête, enregistrée le 29 décembre 2011, présentée pour la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE , dont le siège est (...), et pour la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II , dont le siège est (...), par la SELARL Descombes & Salans ; les deux sociétés requérantes demandent au tribunal :

- d'annuler l'arrêté n° 2011-2331/GNC du 4 octobre 2011 par lequel le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a rejeté leur demande d'agrément fiscal au titre de l'article 43 du code des impôts ;
- d'enjoindre au gouvernement d'accorder l'agrément sollicité dans le délai d'un mois à compter du jugement ;
- de condamner la Nouvelle-Calédonie à leur payer la somme de 500 000 F CFP en vertu de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE et la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II soutiennent que :

- l'arrêté ne peut avoir un caractère confirmatif d'une précédente décision ; la matière est fiscale ; les éléments d'appréciation de l'administration sont différents ; la demande a été complétée ; un nouveau traité de fusion a été établi ; des précisions substantielles ont été apportées ; il s'agit là d'une manœuvre pour échapper au contrôle du juge ; il y a erreur manifeste d'appréciation à considérer qu'il s'agirait d'une décision purement confirmative ; le dossier de demande comportait l'ensemble des pièces exigées ;
- la décision est surabondamment motivée par le fait que STHNC III ne déclarerait aucun employé ; la création de cette filiale n'a été rendue nécessaire que pour préserver les droits des actionnaires minoritaires ; la société participe activement à l'exploitation de l'hôtel et au

maintien des emplois ; une répartition des charges d'exploitation entre STHNC et STHNC III a été mise en place ; le projet de fusion a donc une dimension sociale ; l'arrêté est entaché sur ce motif d'une erreur de fait ;

- il est aussi entaché d'une erreur de droit ; l'agrément est de droit ; or il a été refusé pour des motifs parfaitement étrangers à l'article 43 du code des impôts ; dans la demande d'information complémentaire, l'administration n'a sollicité aucun élément sur la question de l'emploi ;
- l'arrêté litigieux ne contient aucun élément permettant de s'assurer qu'il a été pris à la majorité des membres du gouvernement ;
- l'annulation de l'arrêté implique nécessairement que l'agrément leur soit accordé ;

Vu, enregistré le 28 février 2012, le mémoire présenté par la Nouvelle-Calédonie qui conclut au rejet de la requête, en faisant valoir que :

- il est justifié de la composition du gouvernement lors de la réunion au cours de laquelle l'arrêté en litige a été pris ;
- l'agrément est discrétionnaire, et non de droit ; la demande d'injonction est donc vouée au rejet ;
- la demande d'agrément s'assimile à un recours gracieux exercé sur la précédente décision ; le gouvernement a examiné cette nouvelle demande et a confirmé son refus ; la demande ne reposait pas sur une cause juridique distincte de la précédente ; le recours est donc tardif ;
- la fusion n'est pas motivée par l'emploi ;
- la création de la filiale ne visait qu'à la voir structurellement déficitaire ; il s'agit d'un acte anormal de gestion ; la société mère vient juste de sortir de son propre régime d'exonération et elle commençait à dégager des déficits imposables ; la fusion ne répond qu'à des considérations fiscales ;

Vu l'ordonnance en date du 2 mars 2012 fixant la clôture d'instruction au 2 avril 2012, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 2 avril 2012, le mémoire présenté pour la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE et pour la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II qui concluent aux mêmes fins que leur requête, par les mêmes moyens, et en faisant valoir en outre que :

- l'arrêté ne rejette pas la demande comme étant un recours gracieux ; l'administration se livre là à une substitution de motif, sans en respecter les conditions ; la première demande a été rejetée pour des motifs de forme, la seconde pour des motifs de fond ;
- le montage invoqué par l'administration ne peut en tout cas être opposé aux nouveaux actionnaires ; il n'y a nullement eu montage ;
- le projet de fusion est destiné à préserver l'emploi créé au sein de la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE et à le développer grâce à une rationalisation des moyens au sein du groupe qui comprend sept hôtels, rationalisation qui a commencé à porter ses fruits ; la décision repose donc sur une erreur de fait sur ce point ;
- l'article 43 du code des impôts fixe la liste limitative des éléments à prendre en compte pour délivrer l'agrément ;

Vu l'ordonnance en date du 4 avril 2012 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 17 avril 2012, le mémoire présenté par la Nouvelle-Calédonie qui maintient ses conclusions de rejet de la requête, par les mêmes moyens et en faisant valoir en outre que :

- il y a forclusion ;
- les déficits ne sont pas justifiés ; le montage est opposable aux nouveaux actionnaires ;
- l'opération n'a pas pour but de préserver l'emploi ; des travaux ont démarré, financés par l'aide métropolitaine ; les demandes ne mentionnaient ni l'emploi ni l'investissement comme étant des objectifs de la fusion ;
- les requérantes ont renoncé à la fusion après ce refus d'agrément ; l'objectif est donc bien fiscal ;

Vu, enregistré le 2 mai 2012, le mémoire présenté pour la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE et pour la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II qui concluent aux mêmes fins que leur requête, par les mêmes moyens, et en faisant valoir en outre que :

- la fin de non-recevoir opposée est fantaisiste et l'administration semble y renoncer ;
- l'agrément est de droit dès lors que l'opération répond aux trois conditions qui s'en dégagent ;
- l'administration est en mesure de vérifier la justification des déficits ;
- la création de la filiale était tout à fait adaptée en présence de minoritaires nombreux, et ne répondait nullement à une volonté d'éluder l'impôt ;
- le projet a en vue la pérennisation des emplois ;

Vu l'arrêté attaqué ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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

Vu le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 31 mai 2012 :

- le rapport de M. Bichet, premier conseiller ;
- les conclusions de, M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Ranson, avocat de la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE - STHNC et de la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II – STHNC, et de M. Boiteux, représentant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

Considérant que la requête susvisée tend à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté n° 2331 du 4 octobre 2011 par lequel le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a rejeté la demande d'agrément présentée le 16 juin 2011 par la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE et par la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II pour le transfert de déficits d'un montant total de 580 210 989 F CFP ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par l'administration :

Considérant que la seule circonstance que l'arrêté du 4 octobre 2011 en litige ne comporte aucune mention relative aux conditions de majorité dans lesquelles il a été pris par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est sans incidence, par elle-même, sur sa régularité ;

Considérant qu'aux termes de l'article 43 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie : « I. En cas de fusion de sociétés, les déficits subis par la société absorbée, qu'il s'agisse des déficits ordinaires ou de ceux correspondant aux amortissements pratiqués mais réputés différés en période déficitaire, ne peuvent être déduits des bénéfices de la société absorbante./ Toutefois, sous réserve d'un agrément préalable par arrêté de l'Exécutif et dans la mesure définie par cet agrément, les fusions de sociétés peuvent ouvrir droit au report des déficits antérieurs non encore déduits par la société absorbée. II. Les sociétés qui sollicitent l'agrément visé au I doivent formuler leur demande avant la réalisation de la fusion ou de l'apport partiel d'actif. / La demande doit être adressée sur papier libre aux services fiscaux, signée par le représentant légal de la société absorbante et contresignée par le représentant de la société absorbée. / La demande doit comporter les documents et renseignements suivants : - engagement de la société absorbée de renoncer à la déduction ultérieure de ses déficits ; - nature et valeur nette comptable des apports ; situation et caractéristiques des immeubles apportés ; - mode de rémunération des apports (remise de parts prise en charge de passif, primes, etc.) ; - motif de l'opération de fusion ; exposé détaillé des raisons ; prévisions concernant les avantages attendus de l'opération ; investissements envisagés ; - origine et montant des déficits dont le transfert est demandé. / L'arrêté d'agrément ou le refus d'agrément doivent intervenir dans un délai de 2 mois à compter de la réception de la demande. A défaut, l'agrément est réputé accordé. / Ce délai de 2 mois peut être interrompu une seule fois par une demande de compléments d'information du service chargé de l'instruction de la demande de transfert de déficits. L'entreprise pétitionnaire dispose du délai de trente jours mentionné à l'article 922 du code des impôts pour répondre à la demande d'information du service. Un nouveau délai de 2 mois court à compter de la réception de la réponse de l'entreprise pétitionnaire. » ;

Considérant que ces dispositions, qui s'abstiennent de fixer expressément des conditions à l'obtention de l'agrément qu'elles prévoient, ont donné à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie le pouvoir d'apprécier si les opérations de fusion qui lui sont soumises en vue de cette obtention justifient, compte tenu de l'objectif qu'elles poursuivent, l'octroi de l'avantage fiscal qu'elles comportent ;

Considérant qu'il ressort des termes même de l'arrêté attaqué que l'agrément en litige a été refusé aux motifs que l'opération de fusion envisagée « ne se justifie directement ni par de nouveaux investissements ni par des nécessités impératives liées à la préservation ou la création d'emplois, la société touristique et hôtelière de Nouvelle-Calédonie II n'ayant d'ailleurs déclaré aucun employé » ;

Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pouvait légalement prendre en compte les incidences éventuelles du projet de fusion sur la création ou la préservation de l'emploi ; que, s'il a cru pouvoir indiquer, à cet égard, que la société faisant l'objet du projet d'absorption n'avait déclaré aucun employé, cette constatation, qui est surabondante, ainsi que les requérantes le relèvent, n'entache pas l'arrêté d'une erreur de droit ;

Considérant que, si l'arrêté attaqué relève, en outre, que la demande d'agrément n'apporte aucun élément nouveau et pertinent par rapport à une précédente demande, il ressort des autres éléments de la motivation de cet arrêté, tels qu'exposés ci-dessus, ainsi que des pièces du dossier, que le gouvernement, pour prendre sa décision, s'est livré à un examen particulier de cette demande d'agrément, laquelle a d'ailleurs donné lieu à un supplément d'instruction ;

Considérant que, si les requérantes soutiennent que le projet de fusion poursuit un objectif de rationalisation de la gestion du groupe, lequel est à présent constitué de sept hôtels à Nouméa, et partant du développement, sinon de la préservation, des emplois existants au sein de la société touristique et hôtelière de Nouvelle-Calédonie, elles n'établissent pas que ce projet de fusion serait indispensable à la préservation de ces emplois, alors d'ailleurs qu'elles indiquent que la stratégie du groupe, hors fusion, a commencé à voir le niveau d'occupation globale s'améliorer ; que le gouvernement a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, estimer que l'opération de fusion envisagée ne se justifiait pas par des nécessités liées à la préservation ou à la création d'emplois ; que, du reste, les requérantes ne contestent pas le bien fondé du motif tiré de ce que ce projet de fusion ne se justifiait pas davantage par de nouveaux investissements ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête à fin d'annulation de la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE et de la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II ne peut qu'être rejetée ; qu'il en résulte que les conclusions à fin d'injonction présentées par les intéressées ne peuvent qu'être écartées, ainsi que leurs conclusions tendant au bénéfice des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

DE C I D E :

Article 1er : La requête susvisée de la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE et de la SOCIETE TOURISTIQUE ET HOTELIERE DE NOUVELLE-CALEDONIE II est rejetée.