

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1400130

M. X. ET AUTRES

M. Gueguein
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 4 juin 2015
Lecture du 19 juin 2015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête, enregistrée le 31 mars 2014, présentée par M. X., élisant domicile (...), M. Y., élisant domicile (...) et Mme Z., élisant domicile (...); M. X. et autres demandent au tribunal :

- d'annuler la décision par laquelle le gouvernement a rejeté le projet d'arrêté portant rejet d'une demande d'agrément pour un transfert de déficit dans le cadre d'une fusion absorption présentée par la Société Touristique et Hôtelière de Nouvelle-Calédonie et la Société Touristique et Hôtelière de Nouvelle-Calédonie II ;

- d'annuler l'agrément pour un transfert de déficit accordé tacitement à la Société Touristique et Hôtelière de Nouvelle-Calédonie et la Société Touristique et Hôtelière de Nouvelle-Calédonie II en application de l'avant-dernier alinéa du II de l'article 43 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

Ils soutiennent que :

- le gouvernement a rejeté une demande de transfert de déficit présenté par la STHNC déposée le 9 juillet 2010 ; une demande identique du 9 juin 2011 a également été rejetée ; une nouvelle demande a été déposée le 26 novembre 2013 ; elle a été instruite régulièrement et un projet de décision de rejet a été inscrit à l'ordre du jour de la séance du 14 janvier 2014 mais n'a pas été adopté ;

- ces décisions contreviennent aux dispositions de l'article 209-3 de la loi organique statutaire en ce qu'elles entraînent une moins-value de recettes qui auraient dû être évaluées et autorisées par une délibération budgétaire ;

- ces décisions sont entachées d'une incompétence matérielle en faisant une application erronée des dispositions de l'article 43 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

- ces décisions contreviennent à l'autorité de la chose jugée eu égard au jugement en date du 14 juin 2012 rejetant les conclusions tendant à l'annulation de la décision de refus opposée le 4 octobre 2011 ;

- les décisions sont entachées d'erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation ; deux demandes identiques ont été rejetées ; aucun élément nouveau n'étant intervenu, il y avait lieu de rejeter la demande d'agrément ;

Vu la décision attaquée ;

Vu le mémoire en production, enregistré le 24 avril 2014, présenté par M. X. et autres ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 1^{er} août 2014, présenté par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui conclut au non-lieu à statuer ;

Il soutient que :

- aucun agrément tacite n'a été accordé ; les conclusions sont donc dirigées contre un acte inexistant et sont irrecevables ;

- l'analyse des requérants est juridiquement fondée, la STHNC ne peut bénéficier d'un tel agrément lequel ne satisfait pas aux conditions de l'article 43 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 août 2014, présenté par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui conclut aux mêmes fins ;

Il soutient également que les sociétés concernées ont effectivement mal interprété l'absence de décision et ont procédé au transfert de déficit ;

Vu l'ordonnance en date du 9 janvier 2015 fixant la clôture d'instruction au 12 février 2015, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 mars 2015, présenté pour la Société Touristique et Hôtelière de Nouvelle-Calédonie, par la SELARL Flecheux & Associés, qui conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 500 000 F CFP soit mise à la charge de la Nouvelle-Calédonie ;

Elle soutient que :

- à titre principal que la requête est irrecevable ; les conclusions dirigées contre la délibération du 14 janvier 2014 portant rejet du projet d'arrêté sont tardives car présentées plus de deux mois après l'adoption de ladite délibération ; les requérants n'ont pas intérêt à agir contre la décision portant agrément tacite en leur qualité de membres du gouvernement ;

- à titre subsidiaire, la demande du 26 novembre 2013 ne saurait être analysée comme un recours administratif ; elle concerne un nouveau projet de fusion tenant compte des motifs de rejet avancés par l'administration ;

- l'agrément tacite est régulier ; chaque année le congrès autorise l'ordonnateur du budget à percevoir l'impôt, droits et taxes de toutes natures et donc des agréments fiscaux ;

- le moyen tiré de l'incompétence matérielle est abscons ;

- les conditions d'invocabilité de l'exception de la chose jugée ne sont pas réunies ;

- la nouvelle demande est appuyée sur des travaux de rénovation qui auront pour effet de sauvegarder les emplois menacés par la perte de clientèle causée par la vétusté du site ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

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

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

Ont été entendu au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Gueguein, rapporteur,
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public,

1. Considérant que M. X. et autres demandent l'annulation de la décision par laquelle le gouvernement a rejeté le projet d'arrêté portant rejet d'une demande d'agrément d'un transfert de déficits dans le cadre d'un projet de fusion absorption présenté par la Société Touristique et Hôtelière de Nouvelle-Calédonie (STHNC) et la Société Touristique et Hôtelière de Nouvelle-Calédonie II (STHNC II) et l'annulation de la décision implicite accordant ledit agrément du fait du silence de l'administration en application de l'avant-dernier alinéa du II de l'article 43 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

Sur la recevabilité de la requête ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 43 du code des impôts de la 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. » ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la STHNC a présenté une demande d'agrément en application des dispositions précitées de l'article 43 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie en juillet 2010 et en juin 2011 au titre d'un projet de fusion avec la STHNC II ; que ces deux demandes ont fait l'objet de décisions de rejet en date des 24 août 2010 et 4 octobre 2011 ; que par un jugement en date du 14 juin 2012 le tribunal administratif de Céans a rejeté les conclusions de la STHNC tendant à l'annulation de l'arrêté n° 2011-2333/GNC du 4 octobre 2011 par lequel le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a rejeté sa demande d'agrément fiscal au titre de l'article 43 du code des impôts ; que par un courrier du 26 novembre 2013 cette même société STHNC a présenté une demande similaire au titre du même projet de fusion ; que contrairement à ce que soutient le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, une telle demande, présentée plus d'un an après l'intervention du jugement du présent tribunal administratif ne saurait être regardée comme un recours administratif alors même qu'un recours contentieux avait déjà été soldé ; qu'ainsi, M. X. et autres sont fondés à soutenir que le silence du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a donné naissance à un agrément tacite et sont donc recevables à en demander l'annulation ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article R. 421-1 du code de justice administrative : *« Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée... »* ; qu'aux termes de l'article R. 421-6 du même code : *« Devant les tribunaux administratifs ... de Mata-Utu et de Nouvelle-Calédonie le délai de recours de deux mois prévu à l'article R. 421-1 et au deuxième alinéa de l'article R. 421-2 est porté à trois mois. »* ;

5. Considérant ainsi que la requête introductive d'instance tendant à l'annulation de la délibération gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 14 janvier 2014 enregistrée au greffe du tribunal administratif de Céans le 31 mars suivant n'est pas tardive ; que la fin de non-recevoir soulevée par la STHNC doit donc être écartée ;

6. Considérant enfin que l'agrément tacite résultant directement de la délibération du 14 janvier 2014 en litige, il y a lieu de regarder les requérants, lesquels en tant que membres du gouvernement en exercice à cette date, justifient d'une qualité leur donnant intérêt à agir contre ladite délibération, comme justifiant également d'un intérêt à agir contre ledit agrément ;

Sur le fond :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens :

7. Considérant que les dispositions précitées de l'article 43 du code des impôts de Nouvelle-Calédonie s'abstiennent de fixer expressément des conditions à l'obtention de l'agrément qu'elles prévoient et 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 ;

8. Considérant qu'il est constant que le projet de fusion est identique à celui ayant donné lieu à deux décisions de rejet ; que le rapport établi par les services fiscaux propose le rejet de la demande d'agrément pour les mêmes motifs que ceux ayant fondé les décisions de rejet intervenues en 2010 et 2011 soit 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 STHNC II n'ayant d'ailleurs déclaré aucun employé ;

que selon ses propres écritures, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'a pas adopté le projet d'arrêté portant rejet d'agrément motif pris de ce qu'il pensait rejeter ainsi implicitement un recours gracieux dirigé contre l'arrêté portant refus d'agrément en date du 4 octobre 2011 ; que M. X. et autres sont par conséquent fondés à soutenir que la décision portant rejet du projet de rejet de la demande d'agrément et l'agrément tacite en litige sont entachés d'une erreur manifeste d'appréciation ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. X. et autres sont fondés à demander l'annulation de la décision du 14 janvier 2014 portant rejet du projet de refus de la demande d'agrément déposée par la STHNC et l'agrément pour un transfert de déficit accordé tacitement à la STHNC et la STHNC II en application de l'avant-dernier alinéa du II de l'article 43 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ;

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

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

11. Considérant qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions de la STHNC tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La décision du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 14 janvier 2014 portant rejet du projet de refus de la demande d'agrément déposée par la STHNC et l'agrément pour un transfert de déficit accordé tacitement à la STHNC en application de l'avant-dernier alinéa du II de l'article 43 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie sont annulés.

Article 2 : Les conclusions de la STHNC tendant à la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.