

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/771/2010-ICC

ATA/162/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 mars 2013

1^{ère} section

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

I_____ S.A.

représentée par BfB Audit S.A., mandataire

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
25 janvier 2012 (JTAPI/68/2012)**

EN FAIT

1. La société I_____ S.A. (ci-après : I_____ ou la contribuable) a son siège à l'adresse _____, avenue des Y_____ à Lancy.

Selon le registre du commerce du canton de Genève, elle a pour but la réalisation de toutes les prestations de services au profit du groupe I_____, telles qu'études de marché effectuées au moyen d'enquêtes, de sondages, de recherches statistiques ou par tous autres procédés tendant à faciliter et à organiser l'implantation commerciale, la promotion, la diffusion de produits et services, et autres activités de conseil au profit du groupe I_____.

2. Le 24 juillet 2009, la contribuable a établi sa déclaration fiscale 2008. Elle y a joint son compte de bilan et son compte de pertes et profits pour l'exercice 2008. Les positions au bilan étaient les suivantes :

Actifs	Valeurs vénables en fin d'exercice
Actifs circulants	15'843'459.26
Actifs immobilisés	2'250'060.64
Total	18'093'519.90

Passifs	Valeurs vénables en fin d'exercice
Exigibles à court terme	
Dettes résultants d'achats et de prestations	
- envers des tiers	268'554.97
- envers des sociétés du groupe	2'767'860.55
Dettes de charges salariales	206'998.96
AFC c/c TVA	717'839.64
Coûts des études en cours à payer et factures à recevoir	3'320'103.31
	7'281'357.43
Exigibles à long terme	0.00
Comptes de régularisation	
Passifs transitoires	4'613'234.81
Provisions	
Provisions sur débiteurs et travaux en cours	306'000.00
Total des fonds étrangers	12'200'592.24

Fonds propres	
Capital-actions	100'000.00
Réserves générale	50'000.00
Pertes et profits reportés	2'135'006.84
Résultat de l'exercice (bénéfice)	3'607'920.82
Total des fonds propres	5'892'927.66
Total du passif	18'093'519.90

A teneur de l'annexe des comptes fournis, les dividendes prévus s'élevaient à CHF 5'500'000.-.

Dans sa déclaration fiscale, elle avait mentionné un bénéfice imposable net de CHF 3'607'920.- et un capital propre imposable de CHF 392'926.-.

3. Le 5 novembre 2009, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE), a établi un bordereau de taxation définitive concernant l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) 2008 à l'encontre d'I_____ pour un montant de CHF 860'833,45.

Elle a fixé les éléments imposables, correspondant aux montants déclarés, comme suit. Le bénéfice net imposable de l'exercice selon le compte de pertes et profits était de CHF 3'607'920.-, le capital-actions de CHF 100'000.-, la réserve générale de CHF 50'000.- et le bénéfice reporté de CHF 242'926.-.

L'AFC-GE a déterminé le montant total du capital propre imposable à hauteur de CHF 1'500'465.-, alors que seuls CHF 392'926.- avaient été déclarés par la contribuable. Ce faisant, l'AFC-GE a procédé à une reprise de CHF 1'107'539.- au titre de capital propre dissimulé. Le montant du capital propre imposable se composait du capital-actions de CHF 100'000, de la réserve générale de CHF 50'000, du bénéfice reporté de CHF 242'926.- et du capital propre dissimulé de CHF 1'107'539.-. La différence entre le montant de capital propre imposable calculé par l'AFC-GE et celui déclaré par la contribuable correspondait donc au montant du capital propre dissimulé.

Le calcul du capital propre dissimulé avait été effectué au moyen de la formule intercalaire D intitulée « détermination du capital propre dissimulé et des intérêts non admis sur les dettes envers les actionnaires » (ci-après : formule D), reprenant les bases du calcul figurant dans la circulaire de l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH) n°6 sur le capital propre dissimulé de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives du 6 juin 1997 (ci-après : la circulaire) et servant à déterminer le capital propre dissimulé.

Sur cette base, les fonds étrangers fiscalement admis par rapport aux actifs étaient de CHF 16'299'054.-. En l'occurrence, les dettes totales s'élevaient à CHF 17'406'593.- au 31 décembre 2008 et se composaient de dettes envers les tiers pour CHF 9'138'732.- et de dettes exigibles à court terme envers les actionnaires, les associés du groupe et leurs proches pour CHF 8'267'860 (soit dettes résultant d'achats et de prestations envers les sociétés du groupe pour CHF 2'767'860 + les dividendes à distribuer pour CHF 5'500'000.-). La différence entre les fonds étrangers figurants au passif du bilan d'I_____ et le total des fonds étrangers fiscalement admis, et constituant de fait un capital propre dissimulé, s'élevait donc à CHF 1'107'539.-.

L'AFC-GE n'a pas retenu d'intérêts passifs versés aux actionnaires susceptibles d'affecter l'impôt sur le bénéfice.

4. Le 16 décembre 2009, I_____, sous la plume de son représentant, BfB Audit S.A., a élevé réclamation contre le bordereau de taxation définitive ICC 2008 du 5 novembre 2009. L'AFC-GE avait retenu à tort un capital propre dissimulé pour un montant de CHF 1'107'539.-. Dans son calcul, elle avait inclus les dettes résultant d'achats et de prestations envers les sociétés du groupe s'élevant à CHF 2'767'860.-. Or, ces dettes résultaient uniquement de l'activité de la société et devaient donc être considérées comme des fonds étrangers et non comme du capital propre dissimulé. Ces dettes variaient fortement d'un exercice à l'autre, et durant l'exercice commercial. Les factures des sociétés du groupe étaient réglées dans les mêmes délais que celles des fournisseurs tiers, soit entre 30 et 60 jours.
5. Par décision du 5 février 2010, l'AFC-GE a rejeté la réclamation. Le redressement, à hauteur de CHF 1'107'539.-, correspondait à la requalification de ce montant en capital propre et s'inscrivait dans le cadre du financement et de l'endettement admis de la personne morale d'une part, et de la double imposition économique justifiée fiscalement et expressément voulue par le législateur d'autre part. Le redressement avait eu lieu conformément à la loi. De plus, aucune distinction pour le calcul du capital propre dissimulé n'était faite entre le fait qu'un prêt des actionnaires résultait d'achats et de prestations ou que celui-ci soit apparenté à du capital de financement.
6. Par acte daté du 1^{er} mars 2010, I_____ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), devenue le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) le 1^{er} janvier 2011, en concluant à l'annulation de la décision sur réclamation du 5 février 2010.

Au cours de la période fiscale 2008, l'AFC-GE avait retenu un capital propre imposable à hauteur de CHF 1'500'465.- et procédé à une reprise de CHF 1'107'539.- au titre de capital propre dissimulé. Dans son calcul, elle avait pris en compte les dettes à court terme résultant d'achats et de prestations envers les sociétés du groupe I_____, qui s'élevaient à CHF 2'767'860.- à fin 2008.

A l'appui de son recours, I_____ a produit un extrait de sa comptabilité des fournisseurs qui, s'agissant des opérations à l'égard des sociétés du groupe, se présentait comme suit :

Dates d'émission des factures	Délais de paiement	Fournisseurs	Montants (CHF)
18.10.2008-25.01.2009	30 jours	I_____ Central Eastern Europe	266'894.89
16.10.2008-16.10.2008	exigible de suite	I_____ China Ltd	7'454.13
16.12.2008-16.12.2008	30 jours	I_____ Tambor	38'001.57
23.12.2008-23.12.2008	30 jours	I_____ Argentina	155'739.98
31.10.2008-29.12.2008	30 jours	I_____ KMG	38'207.48
16.12.2008-16.12.2008	30 jours	I_____ -STAT (KSA)	14'686.31
15.12.2008-15.12.2008	30 jours	M_____	49'909.65
27.11.2008-19.12.2008	30 jours	X_____ Polska	56'155.77
26.11.2008-11.12.2008	30 jours	I_____ Acess Panels	69'500.03
23.12.2008-23.12.2008	30 jours	I_____ Asi	76'606.49
09.12.2008-12.12.2008	30 jours	I_____ Asi Gmbh	159'157.13
19.12.2008-24.12.2008	30 jours	I_____ Asi SRL	43'561.47
28.11.2008-28.11.2008	30 jours	I_____ Estudios Internacionales	50'372.98
16.12.2008-16.12.2008	30 jours	I_____ France	1'132.67
08.12.2008-08.12.2008	30 jours	I_____ Insight Ltd	39'293.96
21.02.2007-30.12.2008	30 jours	I_____ Interactive Services Ltd	520'718.00
03.10.2008-12.12.2008	30 jours	I_____ Investigation de mercado	78'499.99
30.09.2008-23.12.2008	30 jours	I_____ Marketing	172'823.75
24.09.2008-19.12.2008	30 jours	I_____ Observer	420'884.80
31.10.2008-19.12.2008	30 jours	I_____ Operaciones	158'071.78
19.12.2008-24.12.2008	30 jours	I_____ Opertations SRL	32'253.05
31.12.2008-31.12.2008	30 jours	I_____ S.A.	4'524.80
05.12.2008-05.12.2008	30 jours	I_____ SRL	6'953.39
05.12.2008-18.12.2008	30 jours	I_____ UK	112'501.78
18.12.2008-18.12.2008	30 jours	I_____ -ASI Inc.	381'182.25
Total			2'955'088.10

S'appuyant sur le message du Conseil fédéral (ci-après : le message) du 25 mai 1983 relatif à la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (FF 1983 III 1) et sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, I_____ a fait valoir qu'une requalification de dettes en capital propre dissimulé ne pouvait avoir lieu que s'il existait des prêts consentis par l'actionnaire et qui avaient la fonction de fonds propres d'un point

de vue économique. Dans le cas d'espèce, il ne s'agissait pas de prêts consentis par l'actionnaire, mais de créances à très court terme résultant de factures à payer pour des prestations fournies par d'autres sociétés du groupe. Il ne s'agissait donc pas de prêts, et encore moins de prêts consentis par des actionnaires ou des proches de ceux-ci. De plus, les fonds propres n'étaient pas exigibles et devaient être des capitaux permanents ou à disposition de l'entreprise à long terme. Les extraits de la comptabilité fournie permettaient de constater que les factures étaient payées dans les 30 jours. Il en résultait donc uniquement des créances liées à l'activité de la société qui n'assuraient pas le rôle de fonds propres, nécessaires à son existence. Il n'existait aucune disproportion entre les prestations qu'auraient consenties des tiers en situation de concurrence. Ces dettes n'avaient donc pas de lien avec le rapport de participation. Le fait que la société travaillait avec d'autres sociétés du même groupe ne devait pas, en soi, la discriminer sur le plan fiscal. En effet, elle pouvait effectuer le même type de prestations pour des sociétés hors du groupe. De plus, elle n'avait pas besoin de disposer de capitaux supplémentaires vu les bénéfices qu'elle réalisait et les dividendes importants distribués à sa société-mère (CHF 5'500'000.- en 2008). Les dettes résultant d'achats et de prestations envers les sociétés du groupe ne devaient donc pas être incluses dans la détermination du capital propre pour la période fiscale 2008.

Le 2 mars 2010, la recourante a fait parvenir au TAPI diverses pièces à l'appui de son recours.

7. Le 3 novembre 2010, l'AFC-GE a répondu au recours, en concluant à son rejet. La question litigieuse était celle de savoir si le montant de CHF 2'767'860,55 correspondant aux dettes à court terme envers des sociétés du groupe pouvait être assimilé à des dettes de la société devant être prises en compte pour la détermination du capital propre dissimulé.

Selon la formule D, il convenait de se fonder sur la teneur des comptes après la répartition du bénéfice. En effet, la décision de verser un dividende, même si le montant de ce dernier n'avait pas été formellement approuvé à la date du bouclage des comptes, devait être intégrée dans la détermination du capital imposable, afin de prendre en compte l'intégralité des éléments patrimoniaux de la société.

S'agissant des dettes liées à court terme, elles assuraient, par définition, un financement dont la contrepartie se trouvait à l'actif du bilan (soit des liquidités à court terme). Or, la circulaire n°6 de l'AFC-CH du 6 juin 1997 appréhendait la sous-capitalisation, soit la notion de capital propre dissimulé, à la lumière des actifs auxquels s'appliquaient les ratios d'endettement fiscalement admis. En outre, cette circulaire ne faisait pas référence à des prêts mais à des avances de fonds. Seuls ceux qui provenaient directement ou indirectement des détenteurs de parts ou de personnes qui leur étaient proches pouvaient constituer un capital propre dissimulé. Une telle qualification n'était pas possible si les fonds étrangers

étaient fournis par des tiers indépendants et que ni les détenteurs de parts, ni des personnes proches ne les garantissaient. Dès lors, si l'AFC-CH n'avait pas expressément traité la question des fournisseurs liés à court terme dans sa circulaire, c'était qu'elle n'entendait pas leur appliquer un régime différent des fonds liés à long terme.

La recourante, n'avait pas démontré un rapport concret de financement conforme aux conditions du marché, ce qui aurait pu être le cas si une banque, par exemple, avait accepté de financer les actifs de la société selon un ratio d'endettement différent de celui appliqué. Enfin, elle n'avait pas établi que les valeurs vénales en termes d'actifs étaient plus élevées que les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice.

8. A la requête du TAPI, I_____ a remis à ce dernier le 1^{er} décembre 2011 des factures pour la période allant de fin 2008 au début 2009, ainsi que des extraits de ses comptes bancaires ouverts auprès de l'UBS concernant les dettes envers les sociétés du groupe. Les factures adressées à I_____ S.A. étaient établies en faveur de sociétés faisant toutes parties du groupe I_____ au 31 décembre 2008, à teneur du rapport annuel du groupe, disponible sur son site internet [http://www.I_____.com/sites/www.I_____.com/files/RA/FR/2008/sources/projet/fiches/Comptes_sociaux.pdf] (consulté le 25 février 2013). Par ailleurs, selon le rapport annuel en question, I_____ S.A. était détenue à 100% par I_____ S.A., cette dernière possédant souvent des parts représentant 50% à 100%, dans les sociétés créancières d'I_____ S.A.

Les factures ne comportaient aucun libellé précis, mentionnant « sale export » ou « reallocation », voire « sale local ». En sus, toutes les factures en lien avec les opérations bancaires faisant l'objet des relevés n'avaient pas été fournies, puisque les relevés de compte faisaient également état de versements pour des sociétés du groupe en Grèce, en Arabie Saoudite, en République dominicaine et à Singapour.

9. Le 25 janvier 2012, le TAPI a admis le recours d'I_____.

Dans une précédente affaire, il avait jugé que la circulaire n°6 de l'AFC-CH ne prévoyait aucune exception au principe de la prise en considération de l'intégralité des actifs et des fonds étrangers d'une société pour le calcul du capital propre dissimulé. Les dettes commerciales auprès du groupe devaient donc être prises en compte dans ce calcul. Cela se justifiait par le fait que l'endettement total admis correspondait au montant maximum qu'un établissement bancaire tiers était disposé à prêter à une société pour financer chacun de ses actifs, estimés à la valeur vénale. Il était donc logique que les fonds propres étrangers totaux déterminants pour le calcul de l'endettement intègrent les dettes à court terme. Cependant, le cas d'espèce était différent. Les dettes en question, intitulées « dettes résultant d'achats et de prestations envers les sociétés du groupe » ne

correspondaient pas à des avances ni à des prêts octroyés par l'actionnaire ou les sociétés du groupe. Le poste incriminé était composé essentiellement de factures émises par diverses sociétés du groupe. De plus, sur 173 factures produites, seules 19 avaient été payées dans les quatre à six mois suivant leur émission. Les autres factures, datées des mois de novembre et décembre 2008, avaient, à l'exception de 2 factures payées en mars 2009, été réglées entre le 9 janvier et le 13 février 2009. Dès lors, le total de ces factures encore ouvertes au 31 décembre 2008 ne correspondait pas à une dette devant être considérée comme un financement de l'actionnaire ou d'un proche. Enfin, les délais entre l'émission de chacune des factures et leur paiement correspondaient à une pratique normale.

10. Le 20 février 2012, l'AFC-GE a recouru contre le jugement du TAPI du 25 janvier 2012 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant à l'annulation de celui-ci et à la confirmation de sa décision sur réclamation du 5 février 2010.

a. Le TAPI avait fondé son jugement sur des pièces qu'I_____ lui avait remises le 1^{er} décembre 2011. Celles-ci ne lui avaient pas été communiquées et elle n'avait pas été invitée à se déterminer à leur sujet. Elle n'avait pu consulter les pièces qu'après avoir pris connaissance du jugement et en avoir fait la demande expresse au TAPI. Ce dernier avait donc violé son droit d'être entendu.

b. Sur le fond, les dettes commerciales liées devaient être retenues pour le calcul du capital propre dissimulé, puisqu'il existait une contrepartie à l'actif des dettes à court terme concernées. En outre, le TAPI, par deux fois, avait déjà jugé que des dettes de fournisseurs liés (moins de 30 jours) ou des dettes commerciales à court terme, et dont le règlement n'excédait pas 30 jours, devaient être considérées comme un financement susceptible d'entraîner l'admission d'un capital propre dissimulé (DCCR 256/2008 cause M. S.A. du 9 juin 2008 ; JTAPI/447/2011 cause V. S.A du 9 mai 2011). En dépit de sa jurisprudence, le TAPI avait considéré que le cas d'espèce était différent et que les dettes commerciales envers les sociétés du groupe, auquel appartenait la contribuable, ne correspondaient pas à des avances ou des prêts par l'actionnaire ou les sociétés du groupe. Cependant, la circulaire de l'AFC-CH ne faisait pas référence à des prêts mais à des avances de fonds et n'abordait pas expressément la question des fournisseurs liés à court terme. Partant, l'AFC-CH n'entendait pas leur appliquer un régime différent de celui des fonds liés à long terme (emprunts liés). Peu importait que l'on se trouve en présence de dettes commerciales à court terme ou de prêts à court terme. Pour ce premier motif, le jugement devait être annulé.

c. De plus, I_____ n'avait pas démontré que son financement était conforme aux conditions du marché alors que le fardeau de la preuve lui incombait. Elle n'avait pas non plus établi l'existence de valeurs vénales (en termes d'actifs) plus élevées que les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice. Ainsi, le TAPI n'avait appliqué les règles sur la répartition du fardeau de la preuve qui

prévoient qu'il appartenait à l'autorité fiscale d'établir des faits dont résultait l'obligation de payer une contribution, alors qu'il incombait au contribuable de rapporter la preuve de ceux qui avaient pour effet de supprimer ou de réduire cette obligation (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.347/2002 consid. 2.1). Pour ce second motif, le jugement devait également être annulé.

d. Enfin, les distributions ouvertes de dividendes devaient être considérées comme des fonds étrangers dans le bilan fiscal. En effet, si les dividendes à distribuer n'étaient pas considérés comme des fonds propres imposables, ils devaient nécessairement l'être comme des fonds étrangers (ATA/167/2005 du 22 mars 2005). Pour ce troisième motif, le jugement querellé devait être annulé.

11. Le 1^{er} mars 2012, le TAPI a indiqué ne pas avoir d'observations à formuler et a produit son dossier.

12. Le 30 mars 2012, la contribuable a répondu en concluant, implicitement, au rejet du recours et à la confirmation du jugement du TAPI, en reprenant son argumentation. Selon le message précité, la requalification de fonds appartenant à l'actionnaire ou à des proches n'était possible que pour les prêts (dettes) à la société jouant économiquement le rôle de fonds propres. Or, un tel rôle ne pouvait pas être retenu s'agissant de dettes résultant d'achats et de prestations. L'absence de précision relative aux fournisseurs liés à court terme dans la circulaire n° 6 de l'AFC-CH était justifiée par le fait qu'il tombait sous le sens que des dettes résultant d'achats et de prestations ne jouaient pas le rôle économique de fonds propres.

Son financement était conforme aux conditions du marché. Elle s'était comportée de la même manière qu'avec d'autres fournisseurs tiers. Les paiements intervenaient dans des délais usuels appliqués dans les relations commerciales. Force était donc d'admettre que cette manière de faire était conforme aux conditions du marché.

Les dividendes ne devaient pas être pris en considération en tant que fonds étrangers. En effet, le but de la notion de capital propre dissimulé était de déterminer les fonds propres nécessaires à la société, permettant ainsi de requalifier les dettes de celle-ci vis-à-vis de son actionnaire ou des proches de ceux-ci. Or, si une société décidait de distribuer des dividendes, elle n'avait pas besoin de ces fonds. Partant, il était erroné de les prendre en considération en tant que fonds propres.

13. Le 5 avril 2012, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendu au motif que le TAPI ne lui a pas communiqué les pièces sur lesquelles il a fondé son jugement. Elle n'a donc pas pu se prononcer à leur sujet.
3. Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1. p. 293 ; ATA/841/2012 du 18 décembre 2012).

Il s'agit d'une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 p. 197 ; ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b ; ATA/430/2008 du 27 août 2008 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 3e éd., Berne 2011, p. 323 ch. 2.2.7.4). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/899/2010 du 21 décembre 2010).

En l'espèce, l'AFC-GE a pu, sur demande, une fois le jugement du TAPI rendu, obtenir les pièces sur lesquelles ce dernier avait fondé son jugement. De plus, la chambre administrative dispose du même pouvoir de cognition que le TAPI. En conséquence, la violation du droit d'être entendu alléguée par la recourante a été réparée par le dépôt de son recours auprès de la chambre de céans. En effet, à cette occasion, elle a pu se déterminer sur les documents en question. Partant, le grief de la violation du droit d'être entendu sera écarté.

4. L'AFC-GE fait également valoir que les dettes à court terme des fournisseurs liés au groupe auquel appartient la contribuable doivent être prises en compte comme des dettes de la société devant entrer dans le calcul du capital propre dissimulé.

5. Il s'agit dès lors de déterminer quels sont les fonds propres étrangers, ou la nature de ceux-ci, qui doivent être pris en considération pour la détermination du capital propre dissimulé. Pour ce faire, il convient d'interpréter les dispositions légales suivantes, qui sont muettes sur le sujet.
6. L'impôt sur le capital a pour objet le capital propre. Le capital propre imposable des sociétés comprend le capital-actions et le capital-participation ou le capital social libéré, les réserves ouvertes et la part des réserves latentes qui aurait été constituée grâce à des bénéficiaires imposés (art. 29 al. 1 et 2 let. a de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 - LHID - RS 642.14 et art. 27 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 - LIPM - D 3 15).
7. A teneur des art. 29a LHID et 30 LIPM, le capital propre imposable de sociétés de capitaux, telle une société anonyme, est augmenté de la part de leurs fonds étrangers, économiquement assimilable au capital propre.
8. De jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale : ATF 137 IV 180 consid. 3.4 et les arrêts cités ; ATA/79/2012 du 8 février 2012 consid. 9b ; ATA/377/2009 du 29 juillet 2009). Si le texte légal n'est pas absolument clair, et que plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique : ATF 136 III 283 consid. 2.3.1), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique : ATF 132 V 321 consid. 6 p. 326 ; ATF 129 V 258 consid. 5.1 p. 263/264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 135 II 243 consid. 4.1 ; ATF 133 III 175 consid. 3.3.1 p. 178 ; ATF 125 II 206 consid. 4a ; ATA/66/2013 du 6 février 2013 consid. 4 ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités ; ATA/836/2012 du 18 décembre 2012, consid. 8).
9. Selon le message, il existe un capital propre dissimulé lorsqu'une société est dotée par ses associés de fonds propres minimes, particulièrement inappropriés par rapport à l'ensemble de ses actifs, et que le capital propre manquant est complété par des prêts ou avances de la part des associés. Par ce biais, des moyens financiers qui remplissent économiquement la fonction de fonds propres apparaissent formellement comme des fonds étrangers et les intérêts passifs y relatifs sont débités du compte de résultats alors qu'il s'agit économiquement d'une distribution de bénéfice. Ce procédé permet ainsi d'éluder la double imposition économique de la société et des titulaires des droits de participation.

10. D'après les travaux préparatoires concernant l'art. 30 LIPM, cette disposition est destinée à « lutter contre la sous-capitalisation et sert à éviter que des ayants droit économiques d'une société de capitaux [...] ne perçoivent un bénéfice de cette entité sous forme d'intérêts. Étant donné que ces derniers sont considérés comme une charge déductible du résultat de la société débitrice, ce moyen permettrait, en l'absence de correction fiscale, d'éluider la règle selon laquelle le bénéfice à disposition des actionnaires doit provenir du bénéfice net soumis à l'impôt sur le bénéfice de la personne morale. Le critère permettant de définir si l'on est en présence d'un financement étranger authentique est celui de savoir si un tiers indépendant aurait exposé des fonds aux mêmes risques que le créancier-actionnaire. Sur cette base, le législateur fédéral a introduit [...] dans la LHID (art. 29, al. 3) [...] une clause générale permettant de considérer comme des fonds propres imposables la part de fonds étrangers (prêts, endettement) qui est économiquement assimilable à des fonds propres » (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève, 1995/IV, séance 35, pp. 4185-4189 ; ATA/435/2008 du 27 août 2008 consid. 4b).

11. L'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH), a édicté une circulaire n° 6 intitulée « Capital propre dissimulé de sociétés de capitaux et de sociétés coopérative (art. 65 et 75 LIFD) » du 6 juin 1997 (ci-après : la circulaire, publiée aux Archives 66 pp. 296 ss), qui expose la pratique en matière de sous-capitalisation de sociétés de capitaux.

Cette circulaire n'a pas valeur de loi. Cependant, elle a pour but d'assurer une pratique uniforme. A l'instar du Tribunal fédéral, la chambre administrative ne saurait s'en écarter sans justes motifs (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.338/2004 du 26 avril 2006 consid. 4.1 ; ATA/746/2011 du 6 décembre 2011).

La circulaire en question est applicable en droit cantonal selon l'information n° 6/97 aux associations professionnelles du 9 octobre 1997 de l'AFC-GE (ATA/728/2011 du 29 novembre 2011).

12. D'après la circulaire, les règles concernant le capital propre dissimulé permettent de distinguer, quant à leur traitement fiscal, les fonds étrangers des fonds propres (point 1).

Pour déterminer le capital propre dissimulé des sociétés de capitaux, il faut partir en règle générale de la valeur vénale des actifs à la fin de la période fiscale. L'autorité de taxation se fonde sur les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice des sociétés, sauf si des valeurs vénales plus élevées peuvent être démontrées (point 2.1 de la circulaire ; ATA/728/2011 précité).

13. En règle générale, la société peut obtenir, par ses propres moyens, des fonds étrangers à concurrence des pourcentages suivants, calculés sur la valeur vénale de ses actifs (point 2.1) :

Liquidités	100%
Créances pour livraisons et prestations	85%
Autres créances	85%
Stocks de marchandises	85%
Autres actifs circulants	85%
Obligations suisses et étrangères en francs suisses	90%
Obligations étrangères en monnaie étrangère	80%
Actions cotées suisses et étrangères	60%
Autres actions et parts de S.à r.l.	50%
Participations	70%
Prêts	85%
Installations, machines, outillage, etc.	50%
Immeubles d'exploitation	70%
Villas, propriétés par étages, maisons de vacances et terrains à bâtir	70%
Autres immeubles	80%
Frais de constitution, d'augmentation de capital et d'organisation	0%
Autres actifs immatériels	70%

14. Ces taux servent à déterminer la garantie qu'offrent les actifs d'une société du point de vue d'un futur créancier (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.338/2004 précité).
15. Seuls les fonds qui proviennent directement ou indirectement des détenteurs de parts ou de personnes qui leur sont proches peuvent constituer du capital propre dissimulé. En outre, le critère permettant de définir si l'on est en présence d'un financement étranger authentique est celui de savoir si un tiers indépendant aurait exposé des fonds aux mêmes risques que le créancier-actionnaire (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.338/2004 précité, M. ZWEIFEL/P. ATHANAS, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), volume I/1, 1997, N 16 ad art. 29/29a LHID p. 412). Autrement dit, il s'agit par ces normes de vérifier si les dettes de la société correspondent à sa capacité d'emprunt (ATF 102 Ib 151 consid. 5 p. 151).
16. Il faut conclure à l'existence de capital propre dissimulé même si les fonds mis à disposition par l'actionnaire ne portent pas intérêt (point 3.2 de la circulaire). En effet, dans la mesure où les dettes figurant au bilan sont supérieures aux fonds étrangers admissibles, il faut admettre l'existence de capital propre dissimulé (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.338/2004 précité ; ATA/167/2005 précité).
17. Enfin, de jurisprudence constante et selon un principe généralement admis en matière fiscale, il appartient à l'autorité fiscale de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, alors que le contribuable

supporte le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation fiscale. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve (ATF 133 II 153 consid. 4.3 p. 158 ; ATF 121 II 257 consid. 4c/aa p. 266 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_477/2009 du 8 janvier 2010 consid. 3.5 ; 2C_199/2009 du 14 septembre 2009 consid. 3.1 ; 2C_76/2009 du 23 juillet 2009 consid. 2.2 ; 2A.295/2006 consid. 4.3 du 16 octobre 2006 ; 2A.534/2004 du 18 février 2005 ; ATA/124/2013 du 26 février 2013 consid. 3d ; ATA/742/2012 du 30 octobre 2012 ; ATA/633/2011 du 11 octobre 2011 et les références citées). En présence d'indices concluants permettant d'établir l'existence de faits justifiant une imposition, il incombe alors au contribuable de remettre en cause le point de vue de l'administration. Il en va de même lorsque la présentation des faits par l'autorité est vraisemblable selon l'expérience de la vie. Dans ces situations, le fardeau de la preuve des allégations contraires à celles de l'administration repose alors sur le contribuable (ATA/812/2005 du 29 novembre 2005 ; ATA/792/2003 du 28 octobre 2003 ; ATA/384/2003 du 20 mai 2003 ; RDAF 1998 II 24 ; X. OBERSON, Droit fiscal suisse, Bâle, 2012, p. 513, N 12).

18. a. En l'espèce, en suivant les ratios d'endettement prévus par la circulaire, l'AFC-GE a, à juste titre, déterminé que les fonds étrangers de l'intimée dépassaient le seuil d'endettement fiscalement admis de CHF 1'107'539.- et qualifié ce montant de capital propre dissimulé.
- b. La recourante a pris en compte dans son calcul les dettes d'achats et de prestations envers les sociétés du groupe pour un montant de CHF 2'767'860.-. Cette somme représente des dettes commerciales liées aux fournisseurs appartenant au groupe, figurant au passif du bilan d'I____. Les factures en lien avec ce poste du bilan ne permettent pas de connaître précisément la nature des achats et des prestations en question, les libellés étant généraux. Par ailleurs, la société n'a pas apporté la justification de toutes les opérations bancaires liées à ses fournisseurs. En effet, des transactions envers des sociétés du groupe en Grèce, en République dominicaine, à Singapour, ou encore en Arabie Saoudite ne sont justifiées par aucune facture. La provenance du financement n'est donc pas totalement transparente. I____ dépasse largement le seuil d'endettement admis fiscalement. Cette réalité doit s'appréhender d'un point de vue économique, selon le législateur fédéral et cantonal. Les achats et prestations envers les sociétés du groupe sont des dettes. Elles trouvent de ce fait leur contrepartie dans les actifs de la société, peu importe qu'il s'agisse de prêts, d'avance de fonds ou de dettes envers des fournisseurs liés, puisqu'elles financent l'activité de la société.
- c. Bien que le message de 1983 précité fasse expressément référence à des prêts ou avances d'actionnaires ou d'associés, il faut, d'un point de vue économique, comprendre cette notion de manière générale comme étant un

financement, quelle que soit sa nature. Le but de la loi ressort des travaux préparatoires, à savoir éviter une sous-capitalisation permettant d'éviter l'impôt sur le capital et sur le bénéfice par le biais d'un financement propre au sein du groupe, les dettes en faveur de sociétés du groupe représentant précisément un financement interne de la contribuable.

Si on établissait une distinction en fonction de la nature du financement par les actionnaires, les associés ou les personnes qui leur sont proches, il en résulterait une contradiction avec la volonté du législateur, une inégalité de traitement, ainsi qu'un encouragement au financement de sociétés par le biais de dettes commerciales à court terme.

Par ailleurs, il serait fiscalement discriminatoire d'admettre un financement sans limite par le biais de dettes commerciales liées, exigibles à court terme d'une part, et de requalifier en capital propre dissimulé le financement fiscalement non admis par rapport aux actifs et obtenu au moyen de fonds étrangers à long terme, d'autre part. Ceci reviendrait à encourager la soustraction d'une partie de l'impôt sur le capital et sur le bénéfice dans le premier cas et à l'éviter dans le second. Une telle pratique n'est pas admissible.

d. En outre, ni les lois fédérale et cantonale, ni les travaux préparatoires, ni même la circulaire n'établissent de distinction entre les divers modes de financement, ni ne prévoient d'exception. La jurisprudence ne peut pas créer d'exception ne correspondant pas la volonté du législateur. Par ailleurs, il n'est pas contesté que les dettes, soit le financement étranger litigieux, proviennent d'actionnaires, en l'occurrence des sociétés appartenant au groupe. Il se justifie dès lors de prendre en compte les dettes liées aux fournisseurs du groupe dans le calcul de l'endettement, dans la mesure où elles représentent un financement de la contribuable par des actionnaires, associés ou personnes proches. Partant, la détermination du capital propre dissimulé est correcte.

e. La contribuable invoque un traitement égal de ses fournisseurs, tant ceux faisant partie du groupe que les tiers. Cependant, elle n'a pas démontré que le financement par les sociétés du groupe était similaire à celui fourni par des tiers. Elle a certes produit des factures et extraits de comptes bancaires concernant les fournisseurs du groupe, mais pas toute la documentation en lien avec les fournisseurs tiers, ce qui rend impossible toute comparaison. La contribuable n'a donc pas démontré que, pour l'exercice 2008, son endettement total correspondait au montant maximum qu'un établissement bancaire aurait accepté de lui prêter pour financer l'ensemble des actifs et que dès lors le financement était conforme aux conditions du marché.

f. En outre, I_____ ne prétend pas que la valeur vénale de ses actifs était supérieure à leur valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice.

19. L'autorité fiscale a apporté la preuve d'un endettement supérieur de la contribuable au montant fiscalement admis. Les éléments pris en considération par la recourante étant ceux qu'elle devait considérer pour la taxation, comme indiqué ci-dessus, il appartenait à I_____ d'apporter la preuve des allégations contraires, ce qu'elle n'est pas parvenue à faire.
20. La recourante fait également valoir que les dividendes à distribuer doivent être considérés comme des fonds étrangers, entrant dans le calcul de l'endettement admissible.
21. L'assemblée générale d'une société anonyme détermine librement l'emploi du bénéfice résultant du bilan et des réserves constituées en vue d'une distribution (J.-M. RIVIER, La fiscalité de l'entreprise, 1994, p. 264). Tout actionnaire a droit à une part du bénéfice résultant du bilan, pour autant que les règles légales et statutaires aient été respectées (art. 660 al. 1 CO). Par conséquent, le dividende tel que fixé par l'assemblée générale doit être considéré comme dette de la société à l'égard de ses actionnaires sur le plan fiscal dans le cadre de la détermination de l'existence d'un capital dissimulé (ATA/167/2005 précité consid. 4 ; MGC, 1994/IV séance 33, p. 3887).
- Par conséquent, les CHF 5'500'000.- correspondant au dividende doivent être pris en compte au titre de créance envers les actionnaires dans la détermination de l'endettement fiscalement admissible de la société.
22. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera admis, le jugement du TAPI du 25 janvier 2012 annulé et la décision sur réclamation du 5 février 2010 rétablie.
23. Au vu de cette issue, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de I_____, qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 février 2012 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 janvier 2012 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 janvier 2012 ;

rétablit la décision sur réclamation de l'administration fiscale cantonale du 5 février 2010 ;

met à la charge d'I_____ S.A. un émolument de CHF 2'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à I_____ S.A., représentée par BfB Audit S.A., mandataire, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :