

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/56/2008-FIN

ATA/435/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 27 août 2008

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE D'IMPÔTS

et

T_____ S.A.

représentée par KPMG Fides Conseil Fiscal, mandataire

EN FAIT

1. La société T_____ S.A. (ci-après : la société, la contribuable ou l'intimée) a été inscrite le 30 septembre 2002 au registre du commerce de Genève. Elle a pour but la détention de participations dans d'autres entreprises principalement actives dans le domaine du transport de produits pétroliers, à l'exclusion de toutes opérations soumises à la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger. Son capital-actions s'élève à CHF 9'310'000.- (980 actions de CHF 9'500.-, au porteur).

Dans le cadre de sa création, T_____ S.A., société fondatrice de la contribuable, a fait un apport en nature d'une participation d'une valeur de CHF 65'000'000.-, correspondant au 99,96% du capital-actions de la société C_____ à Odessa (Ukraine).

2. Le 7 août 2003, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC ou la recourante) a octroyé à la contribuable un statut de société holding en application de l'article 22 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15), à compter de la période fiscale 2003 et pour une durée de cinq ans.
3. Dans sa déclaration fiscale 2003, la société a déclaré un bénéfice net nul, compte tenu d'une perte de CHF 1'536'608.-, et d'un capital propre imposable de CHF 9'300'311.-. Les comptes annexés à la formule de déclaration faisaient état d'actifs de CHF 65'102'178.-, incluant CHF 65'000'000.- de participations, ainsi que des frais d'incorporation de CHF 102'178.-. Etait également mentionnée une dette envers une société du groupe de CHF 57'132'786.-.
4. Le 30 juin 2004, l'AFC a notifié à la contribuable un bordereau de taxation ICC 2003 d'un montant de CHF 16'463.40 fondé sur un bénéfice imposable nul et un capital imposable de CHF 19'602'178.-. Ce faisant, l'AFC a procédé à une reprise de CHF 10'102'178.- au titre de capital propre dissimulé.
5. Le 6 juillet 2004, la contribuable a élevé réclamation contre ledit bordereau. Elle devait être considérée comme une société financière, et non comme une société ordinaire, à laquelle il fallait appliquer la limite maximale des fonds étrangers à 6/7 du total du bilan, tel que le prévoyait la circulaire n° 6 de l'administration fédérale des contributions du 6 juin 1997 (ci-après : circulaire n° 6). Celle-ci n'excluait pas de la définition des sociétés financières, les sociétés holdings.
6. Par décision du 11 octobre 2005, l'AFC a rejeté la réclamation. La circulaire n° 6 excluait implicitement qu'une société holding soit considérée comme une

société financière pour le calcul du capital propre dissimulé. Le but et l'activité essentiels d'une holding consistaient à détenir des participations, dont l'endettement admis était de 70% selon ladite circulaire, tandis que ceux d'une société financière visaient à octroyer des prêts, dont l'endettement admis était de 85%. Ce pourcentage correspondait approximativement au coefficient multiplicateur de 6/7 (= 85,714%) qui pouvait s'appliquer forfaitairement à tous les actifs d'une société financière selon la circulaire. Le différentiel de 15% prévu entre le taux d'endettement admis pour les prêts et celui admis pour les participations démontrait l'antinomie entre les deux types de sociétés.

7. Par mémoire du 11 novembre 2005, la contribuable a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôts (ci-après : CCRICC) contre cette décision en reprenant en substance l'argumentation développée au stade de la réclamation.

Elle a conclu à l'annulation du bordereau ICC 2003 et au renvoi du dossier à l'AFC pour nouvelle taxation.

8. Dans sa déclaration fiscale 2004, la société a fait état d'un bénéfice nul, compte tenu d'une perte de CHF 2'409'343.-, et d'un capital propre imposable de CHF 9'296'796.-. Les comptes annexés à la formule de déclaration faisaient état d'actifs en CHF 65'076'945.-, dont CHF 65'000'000.- de participations.
9. Le 2 novembre 2005, l'AFC a notifié à la contribuable un bordereau de taxation ICC 2004 au montant de CHF 13'159.60, fondé sur un bénéfice imposable nul et un capital imposable de CHF 19'576'633.-. Ce faisant, l'AFC a procédé à une reprise de CHF 10'076'633.- au titre de capital propre dissimulé.
10. La société a élevé réclamation contre ce bordereau en date du 8 novembre 2005, résumant en substance l'argumentation développée à l'appui de sa réclamation contre sa taxation 2003.
11. Par décision sur réclamation du 15 novembre 2005, l'AFC a rejeté la réclamation précitée en reprenant l'argumentation mise en exergue dans le cadre de sa décision sur réclamation du 11 octobre 2005 concernant l'ICC 2003.
12. Par acte du 28 novembre 2005, la contribuable a recouru contre cette décision auprès de la CCRICC avec les mêmes conclusions que celles figurant dans son recours du 11 novembre 2005.
13. Après un double échange d'écritures pour chacune des causes, la CCRICC les a jointes par décision du 10 décembre 2007 et admis le recours.

Selon les comptes de la contribuable, celle-ci avait eu pour seule activité depuis sa fondation en 2002, la détention et l'administration de sa participation dans la société C_____. Au vu du but social de la contribuable, des activités

exercées, ainsi que de la structure des actifs en 2003 et 2004, composés exclusivement de la participation, la société entrerait dans la catégorie des sociétés holding pures. De telles sociétés devaient être assimilées à des sociétés financières, pour lesquelles la limite maximale admissible de leur fonds étrangers était fixée à 6/7 du total du bilan.

14. Par acte du 10 janvier 2008, l'AFC a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée en concluant à son annulation et à la confirmation de sa propre décision du 11 octobre 2005.

L'AFC avait appliqué à la société le calcul usuel du capital propre dissimulé en prenant en compte les taux d'endettement admis pour chaque type d'actif tels qu'ils ressortaient de la circulaire en utilisant la formule intercalaire D. Cette formule intitulée "Détermination du capital propre dissimulé et des intérêts non admis sur les dettes envers les actionnaires" existait depuis la période fiscale 2001. Elle était appliquée tant pour l'ICC que pour l'IFD sur la base de la circulaire et de l'information. Cette formule donnait une définition restrictive de la société financière laquelle excluait les holding. Seule cette formule, qui considérait que les sociétés financières étaient celles dont l'activité principale consistait en l'octroi de prêts, permettait de calculer les fonds étrangers admissibles sur la base des actifs et non pas en fonction du statut fiscal de la société.

15. La contribuable a répondu le 25 février 2008 en reprenant ses arguments précédemment développés et en concluant au rejet du recours.
16. Dans ses observations du 28 janvier 2008, la CCRICC a persisté dans les considérants et le dispositif de sa décision.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 lit. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Le litige se circonscrit à l'imposition du capital de la société pour les années 2003 et 2004. Plus précisément, il s'agit de déterminer quelle est la part de fonds étrangers injectée dans la contribuable qui échappe à dite imposition.
3. Selon l'article 27 LIPM, l'impôt sur le capital a pour objet le capital propre.
4. L'article 30 LIPM précise que le capital propre imposable des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives est augmenté de la part de leurs fonds

étrangers qui est économiquement assimilable au capital propre. Cette disposition règle ainsi la problématique du capital propre dissimulé, appelé également "sous-capitalisation" (ATA/167/2005 du 22 mars 2005).

a. Cette disposition a été introduite dans la LIPM le 1^{er} janvier 1996 pour des motifs d'harmonisation tant horizontale que verticale, suite à l'entrée en vigueur de l'article 29a de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14) et de l'article 75 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) (aujourd'hui abrogé) (MGC 1995 35/IV 4185-4189).

b. Selon les travaux préparatoires concernant cet article "les règles destinées à lutter contre la sous-capitalisation servent à éviter que des ayants droit économiques d'une société de capitaux ou d'une coopérative ne perçoivent du bénéfice de cette entité sous forme d'intérêts. Etant 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 au sein 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." (MGC 1995 35/IV 4185-4189).

5. La circulaire n° 6 qui expose la pratique en matière de sous-capitalisation des sociétés de capitaux et sociétés coopératives, est applicable en droit cantonal selon l'information n° 6/97 aux associations professionnelles du 9 octobre 1997 de l'AFC.

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

Selon cette 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 et des sociétés coopératives, il faut partir en règle générale de la valeur vénale des actifs. Sont déterminantes les valeurs vénales à la fin de la période fiscale. L'autorité de taxation se fondera 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).

En règle générale, on considérera que la société peut obtenir, par ses propres moyens, des fonds étrangers à concurrence des pourcentages suivants, calculé sur la valeur vénale de ses actifs :

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 sàrl	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%

(point 2.1)

6. La proportion d'endettement admissible est ainsi fonction de la nature des actifs de la société (D. YERSIN, Y. NOEL, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008, p.869 n. 16).
7. 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 du 26 avril 2006, consid. 6.2).

8. La directive ajoute que pour les sociétés financières, « la limite maximale admissible des fonds étrangers est fixée en règle générale à 6/7 du total du bilan. » (point 2.1)
9. Les parties divergent précisément sur cette notion de "société financière". Pour les intimées, une holding serait une société financière et devrait donc pouvoir bénéficier de la proportion de fonds étrangers suscitée. En revanche, pour la recourante, un taux de 70% devrait être appliqué à la participation détenue par la contribuable, celle-ci n'étant pas une société financière.
10. La circulaire ne définit pas ce qu'elle entend par société financière, notion que l'on ne retrouve pas non plus dans la loi. Le législateur a, par des formules aussi vagues que celles des articles 29a LHID et 30 LIPM, laissé à la pratique le soin de poser des ratios minima de fonds propres en fonction des types de sociétés qu'elle a elle-même définies (X. OBERSON, Droit fiscal suisse, Bâle 2007, p.227 n.6).
11. L'AFC a dans ce sens établi un formulaire (intercalaire D) reprenant les bases du calcul figurant dans la directive et servant à déterminer le capital propre dissimulé. Il y définit les différents types de sociétés : immobilières, commerciales, industrielles et financières.

Ainsi, une société financière est "toute société qui effectue des prêts dont les montants représentent au moins 2/3 des actifs totaux et dont les intérêts comptabilisés représentent au moins 2/3 des produits totaux. En revanche, les holdings et les sociétés de gérance de fortune ne sont pas considérées comme des sociétés financières mais comme des sociétés "commerciales" dans la présente formule. Un coefficient multiplicateur de 6/7 (= 85,714%) s'applique forfaitairement à tous les actifs des sociétés financières." (note 2 de l'intercalaire D).

Ce taux vise manifestement à simplifier le calcul pour des sociétés détenant de nombreux actifs et majoritairement des prêts.

Une société holding est en revanche "toute société ne constituant ni une société immobilière, ni une société financière telles que définies ci-dessus." (note 10 de l'intercalaire D).

12. La doctrine distingue quant à elle, en Suisse, trois types de sociétés holding. D'une part, les sociétés holding pures qui ont pour seuls actifs des participations dans d'autres sociétés et pour seule activité d'administrer ces participations. De telles sociétés étant rares, on assimile à celles-ci celles dont l'activité principale est la gestion de participations. D'autre part, les sociétés financières qui sont constituées exclusivement par des investissements passifs : participations, papiers-valeurs, créances, brevets. Enfin, les sociétés holding mixtes - industrielles,

commerciales ou de services - qui exploitent un commerce ou une entreprise de fabrication ou de services et dont l'actif comprend une ou plusieurs participations (J-M. RIVIER, La fiscalité de l'entreprise (société anonyme), Lausanne 1994, p. 282 n.34.3.1).

13. En l'espèce, la holding intimée n'est pas une société financière selon le formulaire D. Par rapport aux catégories susmentionnées, elle ne l'est pas non plus : elle est en effet une holding pure, dès lors qu'elle détient une seule participation qu'elle administre depuis sa constitution. C'est ce que retient la CCRICC tout en appliquant à tort des jurisprudences concernant des périodes fiscales antérieures à la circulaire et à l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995 de l'article 29a LHID.

Aussi, il n'y a aucun juste motif pour s'écarter de ce qui est prévu par la circulaire n° 6 et des définitions retenues dans la formule intercalaire D.

Dite circulaire prévoit un taux d'endettement de 70% pour les participations. Ce taux est celui qui a été appliqué par l'AFC aux actifs de la contribuable pour calculer le capital propre dissimilé. La nature des actifs de la société ne prête à aucune confusion, il s'agit bien d'une seule participation.

14. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis, la décision de la CCRICC annulée, et la décision de l'AFC du 11 octobre 2005 confirmée.
15. Un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge de la contribuable (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 10 janvier 2008 par l'administration fiscale cantonale contre la décision du 10 décembre 2007 de la commission cantonale de recours en matière d'impôts ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision de la commission cantonale de recours et confirme la décision de l'administration fiscale cantonale du 11 octobre 2005 ;

met à la charge de T_____ S.A. un émolument de CHF 2'500.- ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 la commission cantonale de recours en matière d'impôts, ainsi qu'à KPMG Fides Conseil Fiscal, mandataire de T_____ S.A..

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :