

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2665/2011-ICC

ATA/393/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 mai 2014

1^{ère} section

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

A _____ SA

représentée par Fiducap société fiduciaire SA, mandataire

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
6 mai 2013 (JTAPI/533/2013)**

EN FAIT

- 1) A_____ SA (ci-après : la société) est une société anonyme qui a été constituée le 11 octobre 2000 et a été inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève du 23 octobre 2000 au 29 septembre 2008, son siège ayant subséquentement été déplacé à Sion (Valais).

Elle a pour but social d'« acquérir, détenir et céder des participations à d'autres sociétés, directement ou indirectement, ainsi que le financement de sociétés affiliées, à l'exclusion de sociétés immobilières en Suisse ».

Son capital-actions est de CHF 450'000.-, entièrement libéré.

- 2) Le 7 juin 2004, la société a remis sa déclaration fiscale 2003. Elle a annoncé un bénéfice net total de CHF 5'381'164.-, et un capital propre total à la fin de l'exercice de CHF 35'290'191.-. Dans la rubrique « observations », elle a mentionné que l'imposition devait se faire selon l'art. 22 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15), c'est-à-dire en tant que société holding.

- 3) Le 6 avril 2005, la société a remis sa déclaration fiscale 2004. Elle a annoncé un bénéfice net total de CHF 12'875'357.-, et un capital propre total à la fin de l'exercice de CHF 48'165'548.-.

Il ressortait de ses comptes, joints en annexe et bouclés au 30 septembre 2004, qu'elle détenait des participations constituées de 702'000 actions « B » de la société anonyme B_____ SA (ci-après : B_____) à Genève pour une valeur de CHF 33'408'718.-, la totalité des actions de la société anonyme C_____ LTD (ci-après : C_____) pour CHF 6'243'500.-, ainsi qu'un compte courant créancier contre cette dernière société de CHF 14'853'280.-. Compte tenu d'autres actifs, à savoir « débiteurs AFC » pour CHF 3'943'764.- et « débiteurs divers » pour CHF 123'950.-, le total du bilan s'élevait à CHF 58'573'212.-.

Ses produits étaient les suivants : produits placements et titres de placements pour CHF 118'639.-, résultat sur titres de CHF 861'869.-, résultat de change de CHF 1'103'093.-, intérêts créditeurs pour CHF 35'896.- et dividende de participations de CHF 11'232'000.-. Seul ce dernier poste correspondait à des revenus de participations et relevait de la catégorie « holding », mais il constituait 84,13 % de l'ensemble des recettes (CHF 13'351'497.-) et donc plus des 2/3 de celles-ci.

Une fois retranchés divers frais d'exploitation pour CHF 70'276.-, des intérêts débiteurs pour 235'863.- et des impôts pour CHF 170'000.-, le résultat (bénéfice) net de l'exercice s'élevait à CHF 12'875'357.-.

4) Selon le RC, le capital-actions de B _____ avait, le 30 septembre 2004, une valeur nominale totale de CHF 23'350'000.-, composée de 73'500'000 actions nominatives liées selon statuts à droit de vote privilégié de CHF 0,10 chacune, de 14'700'000 actions au porteur de CHF 1.- chacune et de 1'300'000 actions nominatives liées selon statuts de CHF 1.- chacune.

5) Le 14 février 2006, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a écrit à la société, lui demandant sous quinzaine des explications sur le détail, la justification et la nécessité de trois postes, à savoir le résultat sur titres de CHF 861'869.-, le résultat de change de CHF 1'103'093.- et la provision sur opérations à terme et changes 2004 de CHF 536'067.-. Il convenait également qu'elle lui fasse parvenir une demande d'arrangement fiscal « statut holding ».

Sur demande de la société, un délai pour ce faire lui a été fixé au 31 mars 2006.

6) Le 22 mars 2006, la société a sollicité le renouvellement du statut holding qui lui avait été accordé lors des exercices 2001 et 2002.

Le but social était conforme à ce statut. De plus, la valeur des participations représentait 78,15 % de la valeur des actifs au 30 septembre 2003, et 99,98 % au 30 septembre 2004 ; et les dividendes provenant de ces participations représentaient 99,44 % du total des recettes au 30 septembre 2003, et 84,13 % au 30 septembre 2004. Les comptes 2003 et 2004 étaient joints.

7) Le 2 août 2007, l'AFC-GE a informé la société qu'elle ne pouvait pas lui accorder le statut holding sollicité, les conditions pour en bénéficier n'étant pas remplies.

Les sociétés bénéficiant du statut holding devaient avoir pour but et pour activité effective la gestion de participations. La simple détention d'actions éparses ne correspondait pas à la nature d'une société holding.

L'AFC-GE avait fait paraître une information à l'intention des associations professionnelles le 18 juillet 2003 à ce sujet, laquelle précisait que ces participations ne pouvaient être mesurées qu'en termes de parts détenues, et non pas en termes de valeur vénale, comme cela était le cas en matière de réduction pour participations. La détention d'actions à hauteur de 3 % ne constituait donc pas une participation au sens de l'information précitée, même si la valeur vénale de ces actions était supérieure à CHF 2'000'000.-.

8) Le 21 septembre 2007, l'AFC-GE a fait parvenir à la société ses bordereaux d'impôt 2004, tant pour l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) que pour l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC).

- 9) Le 15 octobre 2007, la société a élevé réclamation contre le bordereau ICC précité. À la lecture de celui-ci, il apparaissait que le statut holding n'avait pas été pris en compte comme demandé. L'interprétation restrictive défendue dans le courrier du 2 août 2007 surprenait car les conditions tant de l'art. 22 LIPM que de l'art. 28 al. 2 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14) étaient remplis.

En effet, le but de la société était la participation à d'autres entreprises ; plus des deux tiers des investissements, soit du total de l'actif du bilan était représenté par une participation à 100 % dans la filiale C_____ à Nassau et une participation dans le capital-actions de B_____ à Genève, société propriétaire de D_____, société dans laquelle l'actionnaire de la société avait une activité dirigeante ; plus des deux tiers des recettes provenaient de dividendes de B_____ ; ces deux participations représentaient un investissement au 30 septembre 2004 de CHF 54'505'498.-, donc plus que les CHF 2'000'000.- par participation requis par la LIPM et la LHID ; et la société n'avait pas d'activité commerciale, ni en Suisse ni à l'étranger.

De plus, une erreur s'était glissée dans le calcul de la réduction pour participations en matière d'IFD.

- 10) Les mandataires de la société et des représentants de l'AFC-GE ont eu un entretien au sujet du statut holding le 23 octobre 2007.
- 11) Le 30 novembre 2007, l'AFC-GE a indiqué qu'après avoir examiné les arguments présentés lors de l'entretien précité, elle maintenait sa position initiale consistant à refuser à la société le statut holding pour les périodes 2004 et suivantes.
- 12) Le 21 juillet 2011, l'AFC-GE a admis la réclamation élevée par la société le 15 octobre 2007, en tant qu'elle portait sur l'IFD, et l'a admise partiellement en tant qu'elle portait sur l'ICC.

Elle a en revanche maintenu sa position s'agissant du statut holding, tout en modifiant son argumentation.

Elle avait en effet appliqué son information 8/2003 à la société, mais la jurisprudence de la commission cantonale de recours en matière d'impôts – dont les compétences ont été reprises depuis par la commission cantonale de recours en matière administrative entre 2009 et 2011 et par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) depuis le 1^{er} janvier 2011 – proscrivait d'ajouter un critère sur l'importance des participations pour les holdings en mains d'un actionnaire personne physique.

La société ne remplissait néanmoins pas l'une des autres conditions posées par l'art. 22 LIPM. En effet, elle exerçait une activité commerciale en exerçant un

commerce de titres et en menant des opérations de change. Il résultait des comptes 2004 que les sous-jacents, c'est-à-dire les titres, ayant généré trois catégories de produits (produits de placements et titres de placement – résultat sur titres – résultats de change) étaient inexistantes, ceci parce que ces titres, dont le montant net au bilan de septembre 2003 était de CHF 9'581'515.-, avaient été attribués à une filiale nouvellement créée au cours de l'exercice commercial 2003-2004, soit C_____ aux Bahamas.

Ces éléments montraient indubitablement que la société avait déployé au cours de l'exercice 2003-2004 une activité de commerce de titres allant bien au-delà de la simple gestion accessoire d'un surplus de liquidités dégagé par les dividendes qu'elle percevait chaque année de ses participations permanentes et qualifiées. La nature des produits de titres montrait une manière d'agir systématique ou planifiée au vu de la fréquence élevée des transactions et de la courte durée de possession des titres, ainsi que du réinvestissement des bénéfices réalisés dans des éléments de fortune similaires.

Au surplus, la société s'était engagée dans des opérations de change à terme (hors bilan) pour un montant de CHF 68'676'458.-, les résultats de change s'élevant au cours de l'exercice à CHF 1'103'093.-. La nature de ces opérations allait à l'encontre du seul but holding affiché par la société. Celle-ci déployait donc une activité commerciale en Suisse et ne pouvait dès lors bénéficier du statut holding.

La raison de l'admission partielle de la réclamation n'était pas indiquée, mais le nouveau bordereau ICC retenait une réduction pour participations de 85,88 % au lieu de 84,91 % auparavant, et parvenait à un total d'impôt de CHF 593'133,95 en lieu et place des CHF 620'906,90 initialement taxés.

- 13) Le 22 août 2011, la société a interjeté recours auprès du TAPI contre la décision sur réclamation ICC précitée, concluant à la constatation que cette dernière, quant à l'imposition des fonds propres et de l'activité de gestion de la trésorerie, était contraire à l'art. 22 LIPM.

Elle contestait avoir exercé une activité commerciale du simple fait qu'elle disposait d'un portefeuille de titres et que ce dernier générait un rendement.

Le portefeuille-titres, qui s'élevait à CHF 9'581'915.- au 30 septembre 2003 et à CHF 21'096'780.- lors de son transfert à la filiale C_____, s'expliquait par le réinvestissement de la majeure partie de la liquidité des dividendes encaissés entre 2001 et 2004 de B_____, dividendes totalisant CHF 29'063'000.-. Il était « aberrant » d'assimiler à une activité commerciale le réinvestissement des liquidités détenues par une société holding, sachant en outre que le financement de ce portefeuille-titres était effectué au moyen de fonds propres. Le rendement du portefeuille-titres, soit CHF 980'508.-, n'avait quant à lui rien d'insolite puisqu'il

s'élevait à 6,4 % du portefeuille-titres en cause, et que l'évolution des indices boursiers les plus importants avait été supérieure à ce chiffre au cours de la période considérée. Il était dès lors tout à fait légitime pour une société holding qui s'était constitué un « trésor de guerre », en l'occurrence au moyen de dividendes provenant de ses titres de participations, de le gérer en vue d'autres investissements futurs.

- 14) Par jugement du 6 mai 2013, le TAPI a admis le recours et renvoyé le dossier à l'AFC-GE pour nouvelle décision de taxation dans le sens des considérants.

On ne pouvait exclure qu'une activité de commerce de titres puisse constituer une activité commerciale interdisant l'octroi du statut de holding. Toutefois, l'AFC-GE, à qui incombait le fardeau de la preuve, n'avait pas démontré que la société avait effectivement exercé une activité de commerce professionnel de titres pendant la période 2003/2004. En effet, les produits de placements et le résultat sur titres de respectivement CHF 118'639.- et CHF 861'869.- n'étaient de loin pas extraordinaires au regard des liquidités dont disposait la société grâce aux dividendes qu'elle avait perçus. Bien plus, celle-ci avait allégué, sans être contredite, que ces produits avaient été réalisés essentiellement à l'occasion du transfert d'un portefeuille dans sa filiale nouvellement constituée au cours de l'exercice, ce qui constituait une restructuration de son organisation et non un commerce de titres.

Les mêmes considérations valaient s'agissant du résultat de change de CHF 1'103'093.-, qui ne représentait de toute manière que le 8,26 % du total des produits réalisés par la société durant l'exercice en cause.

- 15) Par acte déposé le 7 juin 2013, l'AFC-GE a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et à la confirmation de sa décision sur réclamation du 21 juillet 2011.

Les produits de placements et le résultat sur titres de respectivement CHF 118'639.- et CHF 861'869.- étaient caractéristiques d'une activité commerciale incompatible avec le statut de holding.

Cette problématique pouvait toutefois demeurer ouverte, dans la mesure où la société s'était également engagée dans des opérations de change à terme (hors bilan) pour un montant de CHF 68'676'458.-, les résultats (bénéficiaires) s'en montant à CHF 1'103'093.-. Le TAPI avait considéré qu'il ne s'agissait pas d'une activité commerciale notamment en raison de ce que ce résultat de change ne représentait que 8,26 % du total des produits réalisés par la société au cours de l'exercice.

Or la notion même d'activité commerciale prohibée ne dépendait pas de son importance au regard des « produits holding » comptabilisés. Soit l'on était en présence d'une activité commerciale, aussi minime soit-elle, et cela excluait le statut holding, soit l'on n'était pas en présence d'une telle activité, et le statut holding pouvait être accordé.

Sans porter atteinte à la périodicité de l'impôt, on pouvait noter au surplus que lors des exercices suivants, non seulement la société avait poursuivi ses opérations de change, mais avait également été engagée dans des opérations à titre fiduciaire.

- 16) Le 25 juillet 2013, la société n'a pas pris de conclusions formelles mais a implicitement conclu au rejet du recours.

Elle contestait que la gestion de la trésorerie d'une société holding au moyen de ses fonds propres puisse être assimilée à une activité commerciale. L'information 8/2003 de l'AFC-GE définissait spécifiquement les activités commerciales interdites, qui consistaient à être partie prenante de la vie économique en qualité de producteur ou de vendeur de marchandises, de biens immatériels ou de services. La gestion de la trésorerie au moyen de fonds propres n'entrait pas dans ces catégories, mais relevait d'une activité accessoire de la gestion des participations.

Il résultait de l'art. 22 LIPM pris a contrario que les actifs ou recettes autres que les participations ou leur rendement pouvaient atteindre un tiers du total des actifs ou des recettes.

Concernant les opérations de change à terme, le montant de CHF 68'676'458.- mentionné au point 12 de l'annexe aux comptes annuels arrêtés au 30 septembre 2004 était erroné. Selon attestation de l'organe de révision jointe en annexe à la réponse, c'était en fait un montant de CHF 13'033'247.- qu'il fallait prendre en compte, pour trois opérations de change à terme ouvertes à la date de bouclage annuelle.

Enfin, l'activité déployée lors des exercices subséquents n'était pas pertinente, étant précisé que le point de vue de l'AFC-GE était contesté également pour ces exercices.

- 17) Le 26 juillet 2013, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 13 septembre 2013 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 18) Le 10 septembre 2013, l'AFC-GE a indiqué ne pas avoir de requêtes ni d'observations à formuler.
- 19) La société ne s'est quant à elle pas manifestée.

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) Le litige concerne exclusivement l'ICC pour les années 2003 et 2004, et plus précisément la question de savoir si les activités déployées par l'intimée durant ces exercices l'empêchent de jouir, relativement à ces derniers, du statut de société holding.
- 3) Les questions de droit matériel sont résolues par le droit en vigueur au cours des périodes fiscales litigieuses (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_835/2012 du 1^{er} avril 2013 consid. 8 ; 2A.568/1998 du 31 janvier 2000 ; ATA/647/2013 du 1^{er} octobre 2013 ; ATA/197/2013 du 26 mars 2013 ; ATA/724/2012 du 30 octobre 2012 ; ATA/505/2008 du 30 septembre 2008 ; ATA/93/2005 du 1^{er} mars 2005 ; ATA/877/2004 du 9 novembre 2004).

Sont donc applicables au présent litige la LHID, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993 et dont les dispositions sont directement applicables à Genève depuis le 1^{er} janvier 2001 (art. 72 al. 2 LHID), ainsi que la LIPM, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

- 4) À titre liminaire, il convient de rappeler que l'imposition spéciale des sociétés de participations pures ou sociétés holding vise à éviter la triple imposition économique (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.80/2004 du 12 mai 2005 consid. 1.3-1.4). Le législateur a pour ce faire opéré des choix différents au niveau fédéral et cantonal. Le premier ne connaît en effet que la réduction pour participations (art. 69 et 70 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 - LIFD - RS 642.11), qui vaut pour toutes les sociétés, tandis que le second connaît en sus une exemption directe d'impôt pour les sociétés de participations pures (art. 28 al. 2 LHID, et, à Genève, art. 22 LIPM ; sur ces questions voir not. Susanne RAAS, *Die Entstehung der Besteuerung der juristischen Personen im Kanton Zürich und im Bund*, 2012, pp. 190 ss ; Anne WIDMER, *La réduction pour participations [« privilège holding »]*, 2002, pp. 16-21).
- 5) Ainsi, selon l'art. 28 al. 2 1^{ère} phr. LHID, les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives dont le but statutaire principal consiste à gérer durablement des participations et qui n'ont pas d'activité commerciale en Suisse ne paient pas d'impôt sur le bénéfice net lorsque ces participations ou leur rendement représentent au moins deux tiers du total des actifs ou des recettes. L'art. 22 al. 1 LIPM a la même teneur.

Cette exonération fiscale ne se limite pas aux rendements de participations, mais s'applique également aux autres revenus qui n'ont par hypothèse pas déjà été taxés, ce qui introduit un élément étranger au système et conduit à un privilège qui ne va pas sans poser problème (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_645/2011 du 12 mars 2012 consid. 2.2 ; selon le Message LHID, FF 1983 III 1ss, p. 67, le Conseil fédéral a reconnu que le privilège holding était à l'origine de critiques fondées, mais ne l'en a pas moins maintenu pour des raisons éminemment pragmatiques). Le statut holding cantonal est actuellement discuté dans le cadre de la troisième réforme de l'imposition des entreprises (RIE III).

- 6) La notion d'activité commerciale en Suisse a été précisée comme suit par le Conseil fédéral dans son Message sur l'harmonisation fiscale de 1983 : « le statut de société holding pure ne doit être accordé qu'à des sociétés de capitaux et coopératives qui méritent cette qualification sans contestation possible. Aussi leur but statutaire doit-il consister principalement et durablement en l'administration de participations. En conséquence, les sociétés purement financières sont exclues du privilège holding. En outre, une société holding pure ne doit exercer en Suisse aucune activité industrielle ou commerciale, pour se limiter à la pure administration. Elle peut avoir des employés » (FF 1983 III 124). Il n'y est ensuite plus fait allusion dans les travaux parlementaires relatifs à la LHID ou à la LIPM.
- 7) Le Tribunal fédéral ne s'est quant à lui que très rarement penché sur cette condition d'obtention du statut de holding. Néanmoins, dans un arrêt de 2005, il a implicitement admis qu'une activité commerciale pouvait également inclure une activité de service (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.284/2004 du 6 avril 2005 consid. 3.3 = RF 2006 138). À cette occasion, le Tribunal fédéral a décrit l'obligation des deux tiers du total des actifs ou des recettes en participations ou rendements de participations comme le critère quantitatif, et celle de l'absence d'activité commerciale comme le critère qualitatif (ibid., consid. 2.2).
- 8) a. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives – ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives – n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux. Elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. À défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence. Toutefois, du moment qu'elles tendent à une application uniforme et égale du droit, les tribunaux ne s'en écartent que dans la mesure où elles ne restitueraient pas le sens exact de la loi (ATF 133 II 305 consid. 8.1 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_95/2011 du 11 octobre 2011 consid. 2.3 et les références citées).

b. Dès lors que l'information n° 8/2003 est une directive qui a pour but d'interpréter les notions juridiques indéterminées de la LIPM et de la LHID en matière de sociétés de participations, elle sert effectivement le but de la loi et peut

donc être prise en considération dans l'application de celle-ci par la chambre de céans, ce qu'elle a déjà reconnu à plusieurs reprises (ATA/127/2012 du 6 mars 2012 consid. 5 ; ATA/359/2008 du 1er juillet 2008 consid. 4).

c. L'information n° 8/2003 précise ce qui suit à propos de l'activité commerciale : « avec l'interdiction d'exercer une activité commerciale en Suisse, une société holding n'a pas le droit de prendre part à la vie économique au moyen d'une activité industrielle, artisanale ou commerciale en qualité de producteur ou de vendeur de marchandises, de biens immatériels ou de services pour obtenir, en créant de la valeur, un revenu supérieur au revenu passif de la fortune. Dans le cadre de la gestion des participations, les activités accessoires qui ont principalement pour objet de gérer efficacement et judicieusement les propres participations de la société holding sont autorisées » (ch. IV 2.1). Il y est également précisé : « la société holding (pure) peut exercer des activités de soutien en faveur de l'ensemble du groupe. Ces activités comprennent notamment la mise en place d'un système de direction et de reporting centralisé, les études de marché pour l'ensemble du groupe, le conseil juridique et fiscal au niveau du groupe ainsi que le conseil pour la recherche de cadres. Ces activités de soutien peuvent aussi concerner la politique de communication du groupe, les relations avec les investisseurs, la levée centralisée de fonds sur le marché des capitaux ainsi que le financement des filiales » (ch. IV 2.3).

- 9) La doctrine définit plus ou moins largement les activités visées. Pour REICH, les activités prohibées sont toutes celles qui constituent une participation extérieurement visible au marché suisse, et qui ne sont pas en lien direct avec l'administration des participations (Markus REICH, *Steuerrecht*, 2^{ème} éd., 2012, § 23 n. 16).

Pour OBERSON, « la société ne doit pas avoir d'activité commerciale en Suisse. Cette exigence ne saurait être interprétée trop sévèrement. La loi tolère d'ailleurs implicitement qu'un tiers des revenus de la société holding provienne de source autre que de ses participations. Ce qui est manifestement proscrit, c'est l'activité industrielle ou commerciale au sens strict, telles que la fabrication, la distribution ou l'achat et la vente de biens. En revanche, les activités de gestion de participations, de coordination, de supervision ou de financement du groupe peuvent être tolérées » (Xavier OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 4^{ème} éd., 2012, § 12 n. 24).

KUNZ envisage notamment comme ne posant pas problèmes les tâches d'administration propre de la holding, de même que la prise en charge des fonctions stratégiques résultant directement de la qualité d'actionnaire, comme la direction des affaires de la holding, l'investissement du patrimoine propre de l'entreprise, l'établissement de sa comptabilité, l'exercice des fonctions d'administrateur et la participation aux assemblées générales (Thomas KUNZ,

Das Holdingprivileg : Auseinandersetzung mit steuerlichen Sonderfragen, RF 59/2004 724-741, p. 729).

Pour HÖHN et WALDBURGER, constituent seules des activités commerciales celles par lesquelles l'entreprise prend part aux échanges économiques suisses (de manière visible) de l'extérieur ; sont en revanche exclues les activités de gestion des participations, lesquelles incluent les opérations de financement et les interventions sur le marché des capitaux (Ernst HÖHN/Robert WALDBURGER, Steuerrecht, vol. I, 2001, § 20 n. 17).

RYSER défend quant à lui une conception très restreinte de l'activité commerciale, ne considérant comme proscrites que les activités de fabrication, les activités commerciales systématiques d'achat et de vente de produits sur le marché suisse, ou encore les prestations de service à l'intention de clients suisses, pour autant qu'elles représentent une partie notable de l'activité totale ; doivent en revanche être admises toutes les activités commerciales liées à la gestion des participations, y compris la coordination d'activités de direction relatives à ces participations et les activités de financement (Walter RYSER, La réduction pour participations, les sociétés holding et de « domicile », Archives 61/1992-1993 387-403, p. 394 s.).

Enfin, les commentateurs de la LHID (Marco DUSS/Julia von AH/Frank RUTISHAUSER, in Martin ZWEIFEL/Peter ATHANAS, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung des direkten Steuern der Kantone und Gemeinden - StHG, 2ème éd., n. 112 ad art. 28 LHID) renvoient au Message déjà cité ainsi qu'à la définition donnée par la conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat (Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat - Commission d'harmonisation fiscale, Harmonisation et fiscalité de l'entreprise, 1995, p. 103), qui est identique au passage précité de l'information n° 8/2003 de l'AFC-GE et a probablement inspiré cette dernière.

- 10) En l'espèce, l'AFC-GE met en avant dans son recours devant la chambre de céans les opérations de change à terme menées par l'intimée au cours des exercices en cause.

Le montant de ces opérations est controversé entre les parties, la société mandataire de l'intimée produisant avec sa réponse au recours une attestation signée par elle-même, et selon laquelle c'est un montant de CHF 13'033'247.- qu'il fallait prendre en compte, pour trois opérations de change à terme ouvertes à la date de bouclage annuelle, et non celui de CHF 68'676'458.- mentionné au point 12 de l'annexe aux comptes annuels arrêtés au 30 septembre 2004. Le résultat (bénéficiaire) de ces opérations de change n'est en revanche pas contesté : il s'agit du montant de CHF 1'103'093.- mentionné dans le compte de résultat arrêté au 30 septembre 2004, et qui représente 8,26 % du total des produits (CHF 13'351'497.-), tandis que les rendements de participations – en l'occurrence

unique, à savoir le dividende relatif aux actions B_____ – s'élevait à CHF 11'232'000.- et représentait ainsi 84,12 % du total des produits. Il n'est pas davantage contesté que ces opérations de change ont été menées exclusivement avec des fonds propres de la société.

- 11) Une opération de change à terme est une transaction où l'on échange des devises – achetant ou vendant une devise particulière – à une date ultérieure fixée d'un commun accord, et à un cours convenu au moment de la transaction, cours qui est appelé le prix à terme.

En concluant de telles opérations mettant en jeu ses liquidités, la société ne peut être vue comme s'étant impliquée dans la vie économique locale en tant que producteur ou vendeur de marchandises, de biens immatériels ou de services, le vendeur de services étant ici le changeur ou la banque avec le ou laquelle elle a traité.

Par ailleurs, la proportion du résultat de change au sein des produits de la société reste assez largement inférieure à un tiers, si bien que l'on reste en présence d'une activité admissible pour une société holding.

Ce premier grief de l'AFC-GE sera dès lors écarté.

- 12) Même si la recourante estime dans son acte de recours que la question du commerce professionnel de titres peut rester ouverte – et qu'elle ne motive dès lors plus son grief portant sur ce point –, la réponse donnée au considérant précédent montre que tel n'est pas le cas. Il convient donc d'examiner si les produits de placements et le résultat sur titres de respectivement CHF 118'639.- et CHF 861'869.- sont caractéristiques d'une activité commerciale incompatible avec le statut de holding.

Dans sa décision sur réclamation, dont elle a repris l'argumentaire dans sa réponse au recours déposé par-devant le TAPI, la recourante invoque que la société aurait déployé au cours de l'exercice 2003-2004 une activité de commerce de titres allant bien au-delà de la simple gestion accessoire d'un surplus de liquidités dégagé par les dividendes qu'elle perçoit chaque année de ses participations permanentes et qualifiées ; la nature des produits de titres montrait une manière d'agir systématique ou planifiée au vu de la fréquence élevée des transactions et de la courte durée de possession des titres, ainsi que du réinvestissement des bénéfices réalisés dans des éléments de fortune similaires.

Cela étant, l'AFC-GE ne conteste nullement que le « commerce de titres » en cause ne repose que sur le fait que les titres en cause, dont le montant net au bilan de septembre 2003 était de CHF 9'581'515.-, avaient été attribués à une filiale nouvellement créée au cours de l'exercice commercial 2003-2004, soit C_____ aux Bahamas.

Il n'est dès lors pas possible de parler d'opérations systématiques ou de fréquence élevée des transactions. De plus et surtout, admettre qu'un tel transfert de participations constitue une activité commerciale interdite par les art. 28 al. 2 LHID et 22 al. 1 LIPM reviendrait à interdire à toute société holding de transférer ses participations à une entité tierce sous peine de perdre son statut, ce qui paraît inconcevable dès lors que la gestion de participations inclut à l'évidence la possibilité de se défaire ou de transférer lesdites participations. Le transfert en cause constitue ainsi, comme l'a indiqué le TAPI, une restructuration de la société plutôt qu'un commerce professionnel de titres constitutif d'une activité commerciale.

- 13) Mal fondé, le recours sera ainsi rejeté.
- 14) Malgré l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 2ème phr. LPA), ni aucune indemnité de procédure allouée, l'intimée n'ayant pas formé de conclusions à ce sujet (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 juin 2013 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 6 mai 2013 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à l'intimée, représentée par Fiducap Société fiduciaire SA, mandataire, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :