RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1124/2007-FIN **ATA/486/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 2 octobre 2007

dans la cause

I_____ S.A.
représentée par Me Pierre-Alain Guillaume, avocat

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS DE L'IMPÔT FÉDÉRAL DIRECT

et

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

EN FAIT

1. I_____ S.A. (ci-après: la contribuable) est une société anonyme ayant son siège à Genève, dont le but social inscrit au registre du commerce est "Participations à toutes entreprises, à l'exclusion de participations dans des sociétés immobilières en Suisse".

2. Selon son bilan au 31 décembre 2003, la contribuable détenait une participation de 40% du capital social de la société genevoise G_____ S.A. (ci-après: G_____ S.A.), acquise le 19 décembre 2000.

   Le compte de pertes et profits de la contribuable pour l'exercice 2003 indiquait un bénéfice de CHF 235'101,20 réalisé grâce à des intérêts créanciers de CHF 35'474,84 et un gain de change de CHF 268'952,18.

3. Par bordereau de taxation du 12 novembre 2004, l'impôt fédéral direct 2003 dû par la contribuable a été fixé à CHF 19'983,50 sur la base d'un bénéfice imposable de CHF 235'100.- au taux ordinaire de 8,5%.

4. Par réclamation du 19 novembre 2004, la contribuable a requis la modification du bordereau de taxation 2003. Elle a indiqué à l'administration fiscale cantonale (ci-après: AFC) que le bénéfice était constitué essentiellement de gains de change non réalisés. Ceux-ci résultaient d'un ajustement comptable pour des prêts accordés à des sociétés du groupe. Il n'y avait donc pas lieu de les imposer.

5. Par décision du 9 mars 2005, l'AFC a maintenu la taxation ordinaire pour la période fiscale 2003 et a refusé de modifier le bordereau du 12 novembre 2004.

   Les comptes remis à l'AFC étaient censés refléter la situation économique de l'entreprise. Il n'était pas admissible qu'un contribuable, constatant après coup qu'une opération aurait pu être comptabilisée à moindre frais fiscaux, en exige la modification ou l'annulation dans ses états financiers.

6. Par acte du 7 avril 2005, la contribuable a saisi la commission cantonale de recours en matière d'impôts d'un recours contre la décision de l'AFC. Elle demandait l'attribution du statut de société auxiliaire ainsi que l'annulation du bordereau de taxation 2003 pour l'impôt fédéral direct.

7. Dans sa réponse datée du 26 octobre 2005, l'AFC a conclu au rejet du recours.

   D'une part, la question du statut des sociétés ne relevait pas du droit fédéral, mais était réglée par le droit cantonal. La commission cantonale de recours de

l'impôt fédéral direct (ci-après: CCRIFD) ne pouvait par conséquent pas se prononcer sur ce point. D'autre part, la contribuable ne pouvait prétendre à une modification du bordereau de taxation basé sur son bilan. En effet, elle n'était pas fondée à remettre en cause le caractère du gain de change présenté comme un produit lors du dépôt de son bilan et prétendre, dans son recours, qu'il s'agissait de gains non taxables, car non réalisés.

8. Dans sa réplique du 31 janvier 2006, la contribuable a demandé l'application de l'article 22 de la loi du 23 septembre 1994 sur l'imposition des personnes morales (LIPM - D 3 15) et, partant, l'octroi du statut de société holding. Le gain de change réalisé sur le prêt accordé à G_____ S.A. devait par conséquent être exempté de l'impôt.

9. Par duplique du 1er mars 2006, l'AFC a persisté dans ses conclusions.

La question de l'octroi du statut de société holding relevait du droit cantonal et non fédéral.

10. Par décision datée du 7 février 2007, la CCRIFD a rejeté le recours de la contribuable.

Le droit fédéral ne connaissait pas l'exonération des sociétés holdings et auxiliaires, mais seulement la réduction pour participations selon les articles 69 et 70 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD - RS 642.11). La contribuable ne pouvait donc la revendiquer dans le cadre d'un recours devant la CCRIFD. S'agissant de l'impôt fédéral direct, même si la contribuable remplissait les conditions donnant droit à la réduction pour participations prévue à l'article 69 LIFD, les produits réalisés en 2003, à savoir les intérêts créanciers et le gain de change, n'étaient pas assimilables à des rendements de participations au sens des articles 69 et 70 LIFD, car ils étaient liés à des prêts accordés à des sociétés du groupe. Une réduction ne pouvait par conséquent pas être accordée.

11. La notification de la décision de la CCRIFD à la contribuable a eu lieu le 15 février 2007.

12. Par pli posté le 19 mars 2007, la contribuable a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision de la CCRIFD. Elle sollicite l'annulation de celle-ci et l'octroi de la réduction pour participations prévue à l'article 70 LIFD s'agissant du gain de change de CHF 268'952.-.

Les conditions de la réduction pour participations de l'article 69 LIFD étaient réunies dans la mesure où la participation de la contribuable dans la société G_____ S.A. dépassait 20% du capital-actions de la filiale et avait une valeur comptable supérieure à CHF 2'000'000.-. Le gain de change de CHF 268'952.-

étant étroitement lié à la participation de la contribuable, la recourante devait par conséquent bénéficier de la réduction pour participations.

13. Dans sa réponse du 22 mai 2007, l'AFC conclut au rejet du recours.

La contribuable ne pouvait pas être mise au bénéfice d'une réduction pour participations concernant le gain de change qu'elle avait comptabilisé en 2003. Celui-ci résultait d'opérations de prêts et devait donc être qualifié de revenu de prêts. Or, selon la circulaire n° 9 du 9 juillet 1998 qui complète l'article 70 alinéa 2 LIFD, sont exclus des rendements de participations, les revenus de prêts ou de licences versés par une filiale à la maison-mère. Le gain de change litigieux ne pouvait donc bénéficier d'une réduction d'impôt. De plus, étant donné que le gain de change en question n'avait pas été imposé auprès de la filiale, accorder une telle réduction reviendrait à détourner l'esprit de la loi, qui visait exclusivement à éviter la "multiple" imposition.

14. Par courrier daté de 18 juillet 2007, l'administration fédérale des contributions s'est ralliée à la position de l'AFC et conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision de la CCRIFD.

15. Le 18 septembre 2007, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Datée du 7 février 2007, la décision attaquée a été notifiée à la contribuable le 15 février 2007. C'est donc le 16 février 2007 qu'a commencé à courir le délai de recours. Le dernier jour du délai tombant un samedi, il a été reporté au premier jour utile suivant. Interjeté le 19 mars 2007, le recours est donc recevable de ce point de vue (art. 63 al. 1er let. a et art. 17 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Par ailleurs, formé devant la juridiction compétente et dans les formes prescrites, le recours est également recevable à cet égard (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a LPA).

2. Seule demeure litigieuse devant le tribunal de céans la question de la réduction pour participations prévue aux articles 69 et 70 LIFD concernant le gain de change de CHF 268'952,18 réalisé en 2003.

3. Dans son bilan au 31 décembre 2003, la recourante détenait une participation de l'ordre de CHF 2'000'000.- dans la société G_____ S.A., ce qui représentait 40% du capital social de cette dernière.

4. Aux termes de l'article 69 LIFD, lorsqu'une société de capitaux ou une société coopérative possède 20% au moins du capital-actions ou du capital social d'une autre société ou une participation représentant une valeur vénale d'au moins deux millions de francs, l'impôt sur le bénéfice est réduit proportionnellement au rapport entre le rendement net de ces participations et le bénéfice net total. Cette disposition a pour but d'éliminer l'imposition multiple des bénéfices que des sociétés de capitaux suisses et étrangères versent à des sociétés intermédiaires contribuables en Suisse (Arrêt du Tribunal fédéral du 25 février 1999, in RDAF 2000 II p. 409 ; P. AGNER, B. JUNG, G. STEINMANN, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Zurich 2001, p. 297).

5. La contribuable, grâce à sa participation représentant 40% du capital de G_____ S.A. peut donc bénéficier de la réduction de l'impôt sur le bénéfice prévue par l'article 69 LIFD pour le rendement de ses participations.

6. Reste à déterminer si le gain de change de CHF 268'952,18 peut être qualifié de rendement de participations au sens des articles 69 et 70 LIFD.

7. Les participations dont le produit donne droit à une réduction sont les participations au capital social, c'est-à-dire en droit suisse :

- les actions de sociétés anonymes et en commandite par actions ;
- les bons de participation des sociétés anonymes ;
- les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés coopératives (P. AGNER, A. DIGERONIMO, H.-J. NEUHAUS, G. STEINMANN, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct - Complément, Zurich 2001, p. 225 ; J.-M. RIVIER, La fiscalité de l'entreprise constituée sous forme de société anonyme, Lausanne 1994, p. 288).

8. 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 constituent pas du droit fédéral au sens de l'article 49 lettre a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA - RS 172.021 ; ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c et les références citées).

Elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b).

9. La circulaire n° 9 du 9 juillet 1998 de la division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé et des droits de timbre concernant les conséquences de la loi fédérale sur la réforme 1997 de l'imposition des sociétés relative à la réduction d'impôt sur les rendements des participations des sociétés de capitaux et des coopératives (http://www.estv.admin.ch/f/dbst/dokumentation/kreisschreiben.htm p. 3, consultée le 14 septembre 2007 - ci-après: circulaire 9/98) précise le sens de la loi dans la mesure où cette dernière ne donne pas de critère permettant de définir la notion de participation et se borne à dresser une liste des rendements qui ne peuvent être assimilés à des rendements de participations (art. 70 al. 2 LIFD). Elle est donc applicable en l'espèce.

10. Selon la circulaire, les participations sont des parts qu'une société possède dans le capital-actions ou dans le capital social d'autres sociétés. Ne sont pas considérées comme des participations notamment les prêts et avances au sein d'un même groupe de sociétés (voir également P. AGNER, A. DIGERONIMO, H.-J. NEUHAUS, G. STEINMANN, op. cit., p. 225 et J.-M. RIVIER, op. cit., p. 288 ; cf. également A. WIDMER, La réduction pour participations, Genève-Bâle-Zurich 2002, p. 26).

En l'espèce, les produits qui ont été réalisés durant la période fiscale 2003, comprenant des intérêts créanciers ainsi que le gain de change litigieux, résultent, du propre aveu de la contribuable dans sa réclamation du 19 novembre 2004 ainsi que dans sa réplique du 31 janvier 2006, de prêts accordés à des sociétés du groupe.

11. Le gain de change réalisé par la contribuable étant lié à des prêts accordés à sa filiale, il ne peut donc être assimilé à un rendement de participations. L'impôt sur le bénéfice de la recourante n'a, par conséquent, pas à être réduit conformément à l'article 69 LIFD, car aucun rendement de participation n'a été mentionné au bilan.

12. Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté et le bordereau de taxation 2003 confirmé. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 mars 2007 par I_____ S.A. contre la décision de la commission cantonale de recours de l'impôt fédéral direct du 7 février 2007 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'500.- ;

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 Me Pierre-Alain Guillaume, avocat de la recourante, à la commission cantonale de recours de l'impôt fédéral direct, à l'administration fiscale cantonale ainsi qu'à l'administration fédérale des contributions.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :	la vice-présidente :
P. Pensa	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :