

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2898/2007-FIN

ATA/706/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 12 octobre 2010

1^{ère} section

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

contre

**COMMISSION CANTONAL DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

et

D_____ S.A.

représentée par Me Pietro Sansonetti, avocat

EN FAIT

1. Le présent litige concerne l'impôt fédéral direct (IFD) relatif à l'année 2000.
2. La société D_____ S.A. (ci-après : la société ou la contribuable) dont le siège est à Genève, a pour but l'exploitation d'hôtels, de restaurants, de bars, en Suisse, et toutes activités dans le domaine du tourisme, l'exposition et la vente de mobilier d'hôtel.
3. N'ayant pas rempli sa déclaration d'impôts dans les délais, la société a fait l'objet, le 7 décembre 2001, d'une taxation d'office sur la base d'un bénéfice net imposable de CHF 50'000.- et d'un capital propre imposable de CHF 132'000.- concernant l'impôt fédéral direct de l'année 2000. Le montant de l'impôt s'élevait ainsi à CHF 4'450.-, auquel il convenait d'ajouter une amende de CHF 200.-.
4. Par courrier du 19 décembre 2001, la contribuable a demandé à l'administration fiscale cantonale de l'impôt fédéral direct (ci-après : l'AFC-GE) l'annulation de cette taxation d'office en précisant qu'elle allait remplir sa déclaration d'impôts "dans les plus brefs délais".
5. Par lettre du 20 février 2002, la société a remis à l'AFC-GE sa déclaration fiscale.

Elle détenait des participations à 100 % dans les sociétés "SI C_____, en liquidation" et "SI F_____, en liquidation", acquises au moyen d'un financement bancaire.

Selon le bilan au 31 décembre 2000 de la société, le bénéfice net de l'exercice totalisait CHF 562'097,69 et son capital propre imposable ascendait à CHF 644'229.-. Ses "participations" s'élevaient à CHF 11'000'000.-. Il s'agissait d'actions de la société de H_____ S.A. Son compte de pertes et profits faisait état dans la rubrique des charges de "pertes sur participations" s'élevant à CHF 3'742'025.87. Ses états financiers n'ayant été ni révisés, ni approuvés par l'assemblée générale des actionnaires, la société a toutefois émis les "réserves d'usage" les concernant.

Le total des actifs de la société à la fin de la période fiscale s'élevait à CHF 24'068'522.-, dont 49,86% concernaient les participations dans les deux sociétés immobilières précitées et le total des frais de financement, pour l'année considérée, à hauteur de CHF 990'743.-

Dans la formule de déclaration fiscale, la contribuable a fait état, sous la rubrique "taux de la réduction pour participation", d'un taux de 88.801 %. Pour arriver à ce pourcentage, elle retenait les chiffres suivants :

Rendement brut des participations	CHF 4'387'989.-
Frais de financement	CHF 146'816.-
Amortissements	CHF -3'742'026.-
Rendement net des participations	CHF 449'147.-

Le taux de réduction susmentionné de 88.801 %, correspondait à la mise en rapport du rendement net des participations avec le bénéfice net de l'exercice (CHF 449'147.- x 100 / CHF 562'098.-). La société n'avait toutefois pas déduit du rendement brut une partie des frais de financement (intérêts débiteurs) figurant au débit de son compte de profits et pertes, au motif que sa participation dans les SI susmentionnées n'avait duré que 107 jours en 2000.

6. Par courrier du 25 avril 2002, l'AFC-GE a requis de la société qu'elle lui fournisse un exemplaire de ses comptes comprenant le bilan et le compte de pertes et profits bouclés au 31 décembre 2000, révisés et approuvés par l'assemblée générale, ainsi que le détail et la justification du poste "pertes sur participations" s'élevant à CHF 3'742'025,87.
7. Un rappel a été adressé à la société le 31 mai 2002, s'agissant de la transmission des documents susmentionnés.
8. Le 23 juillet 2002, la contribuable a fourni à l'AFC-GE des renseignements et annexé une copie du rapport de révision des états financiers bouclés au 31 décembre 2000 ainsi qu'une copie d'un fax indiquant que le poste "pertes sur participations" se décomposait comme suit :

Valeur comptable des participations	CHF 12'000'000.-
Valeur nominale des participations	CHF (100'000.-)
Perte initiale sur participations	CHF 11'900'000.-
Annulation et compensation de créances	CHF (8'157'974,13)
Pertes sur participations	CHF 3'742'025,87

9. Par décision sur réclamation du 9 juillet 2004, l'AFC-GE a maintenu sa taxation d'office et l'amende établie s'agissant de la taxation fédérale pour la période fiscale de l'année 2000.

La société n'avait pas répondu de "manière exhaustive et satisfaisante" aux renseignements qui lui avait été demandés. Cela étant, les éléments figurant dans la déclaration déposée tardivement laissant apparaître une différence avec ceux taxés d'office, un bordereau rectificatif était joint à cette décision, retenant un bénéfice net imposable de CHF 465'400.- et un capital imposable de CHF 644'000.-. L'impôt total s'élevait à CHF 25'141,10, lequel comprenait une amende de CHF 200.-.

10. Le 6 août 2004, la contribuable a recouru auprès de la commission cantonale de recours de l'impôt fédéral direct, devenue par la suite la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), concluant à l'annulation tant de la décision sur réclamation de l'AFC-GE du 9 juillet 2004 que du bordereau d'impôt fédéral direct notifié le même jour et à la notification d'un nouveau bordereau tenant compte d'une réduction d'impôt sur les rendements de participation de 100%.

Il était contraire à la volonté du législateur d'appliquer, dans le cas particulier, la circulaire n° 9 de l'administration fédérale des contributions du 9 juillet 1998 (ci-après, circulaire n° 9). L'art. 70 al. 1 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (ci-après : LIFD - RS 642.11), précisait en effet que le rendement des participations au sens de l'art. 69 LIFD correspondait au revenu de ces participations, diminué des frais de financement y relatifs. Il s'agissait donc pour le législateur de cerner précisément le coût des participations pendant une période donnée, et d'imputer ce coût au rendement des participations, ceci afin de déterminer la part du rendement exonéré. Si une participation était vendue et que le produit d'aliénation se traduisait par une extinction de la dette qui la grevait, la méthode préconisée par l'AFC s'avérait concevable. Tel n'était toutefois pas le cas si une participation était vendue et que la contrepartie consistait en un actif d'exploitation, sans extinction de la dette. Dans cette hypothèse, la pratique instaurée par l'AFC était infondée. Ainsi, par exemple, si une société devait être liquidée au 1^{er} janvier de l'exercice avec comme dividende de liquidation en nature un immeuble, la participation n'occasionnerait aucun frais de financement durant l'exercice. En revanche, ces coûts seraient directement liés à l'immeuble. La circulaire n° 9 du 9 juillet 1998 était une mesure pratique visant à simplifier le calcul du coût de financement mais ce mode opérationnel ne devait cependant pas se substituer à un calcul précis si ce dernier pouvait être démontré. Dans le cas particulier, la contribuable possédait deux participations à hauteur de 100 % dans deux sociétés immobilières, acquises au moyen de prêts bancaires. Les immeubles en propriété avaient été transférés à la société, le 18 avril 2000. Le coût réel de financement portait ainsi sur 107 jours soit du 1^{er} janvier 2000 au 17

avril 2000. Le solde des intérêts annuels se rapportait aux immeubles transférés, soit des actifs d'exploitation. Le coût lié aux participations envers les deux sociétés immobilières se montant à 3.5 % l'an sur CHF 12'000'000.- pendant 107 jours, soit CHF 124'833. Le taux de réduction de l'impôt sur les rendements de participations était estimé comme suit :

Rendement brut des participations	CHF 4'387'989.-
Frais de financement	CHF -124'833.-
Amortissements liés avec la distribution	CHF -3'742'036.-
Solde (rendement net des participations)	CHF 517'130.-

CHF 517'130.- / CHF 465'410.- = 111.113 % (soit une réduction maximale de 100%)

11. Dans sa réponse du 29 novembre 2005, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

Elle avait pris en compte par erreur le montant de CHF 1'985'924.- pour le dividende de la liquidation de la SI F_____ au lieu du montant correct de CHF 1'965'924.-. Le rendement brut total des participations devait donc être corrigé pour être ramené au montant revendiqué de CHF 4'387'989.-. L'AFC-GE était toutefois prête à renoncer à cette correction si les frais de financement déductible fixés par celle-ci à CHF 493'984.- étaient maintenus.

Ceux-ci, déductibles du rendement brut des participations, avaient été calculés comme suit :

Intérêts passifs totaux de l'exercice 2000	CHF 990'743.-
49,86 : valeur comptable des participations des deux SI liquidées au 18 avril 2000 (CHF 12'000'000.-) divisée par les actifs totaux de la société au 31.12.2000, soit CHF 24'068'522.-	x 49.86%
Frais de financement déductibles	CHF 493'984.-

Lors de la remise initiale de la formule intercalaire C datée du 25 février 2002, la contribuable avait déclaré comme frais de financement déductibles le montant de CHF 146'816.-, (correspondant à CHF 493'984.- x 107 jours/360 jours) pour tenir compte de la durée effective du financement des deux participations en question durant l'année 2000.

Puis, dans le cadre de son recours, la société avait revendiqué des frais de financement déductibles de CHF 124'833.-, selon les calculs suivants :

Dettes ayant financé des participations liquidées (endettement à 100 %)	CHF 12'000'000.-
3,5 : taux d'intérêt effectif relatif à ces dettes (entre le 01.01 et le 17.03.05)	x 3,5 %
Intérêts annuels y relatifs	CHF 420'000.-
	x 107 jours /360 jours
Frais de financement effectifs déductibles	CHF 124'833.-

Le calcul de la société ne saurait être retenu. Il convenait en effet de prendre en compte, dans le calcul du taux de réduction, les frais de financement proportionnellement au rapport entre la valeur comptable de la participation et le total des actifs, comme il était d'usage pour toutes les sociétés, quel que soit leur type d'activité. A cet égard, le Tribunal fédéral avait indiqué, dans un arrêt (dont elle indiquait comme référence, "cause Banque X c/administration fiscale cantonale du canton de Genève et Tribunal administratif du canton de Genève") concernant notamment les art. 69 et 70 LIFD, qu'il ressortait des travaux préparatoires que le législateur avait prévu une réduction de l'impôt pour atténuer une triple imposition économique et non une exonération pure et simple des rendements de participations. Au considérant 2.1 de cet arrêt, le Tribunal fédéral avait ajouté que le texte légal ne prévoyait rien s'agissant de la méthode à appliquer pour la répartition des frais de financement. Il mentionnait au surplus que la méthode de calcul utilisée par l'administration fiscale cantonale n'était pas arbitraire.

La taxation litigieuse ainsi que l'amende établie étaient par conséquent maintenues.

12. Par décision du 13 juin 2007, notifiée le 29 juin 2007, la CCRA a admis partiellement le recours de la contribuable et renvoyé le dossier à l'AFC-GE pour nouvelle décision.

Dans le cadre de son recours, la contribuable demandait l'application d'un régime spécial tenant compte des frais de financement. Elle réclamait une répartition *pro rata temporis* de ceux-ci et prétendait que dans son cas des frais correspondant à 107 jours devaient être imputés sur le rendement de la participation. Dans la mesure où le système de réduction pour participation voulu par le législateur était basé sur la détermination aussi précise que possible du rendement net des participations, tel que cela était prévu dans la circulaire n° 9, il était conforme d'intégrer dans la détermination du rendement net les frais de financement dont il était manifeste qu'ils avaient contribué à l'acquisition et au maintien de participations dans le bilan de la recourante. Dès lors que les participations étaient liquidées en cours d'année, les frais de financement payés par la société postérieurement à cette aliénation ne pouvaient être pris en compte dans la détermination du rendement net des participations liquidées puisque celles-ci ne figuraient précisément plus à l'actif du bilan de la contribuable. La contribuable avait la liberté d'utiliser le produit de la liquidation pour rembourser le prêt, auquel cas elle n'aurait plus acquitté d'intérêts, ou de le réinvestir ou non dans un actif ouvrant le droit ou pas à la réduction pour participations. Dans tous les cas, force était de constater qu'il n'existait pas de connexité entre les intérêts payés postérieurement à la liquidation et le rendement net généré par la participation liquidée. Par conséquent, il convenait de ne prendre en compte, dans le calcul du rendement net de la participation, que la part des intérêts correspondant à la durée de détention de la participation durant l'exercice.

S'agissant de l'amende de CHF 200.-, elle était justifiée tant dans son principe que dans son montant.

13. Le 26 juillet 2006, l'AFC-GE a interjeté recours auprès du Tribunal administratif, concluant à l'annulation de la décision de la CCRA et à la confirmation de sa propre décision du 9 juillet 2004.

La décision querellée allait à l'encontre de la circulaire n° 9 et violait le principe de l'égalité de traitement. Elle avait accordé à la contribuable un régime spécial et ce de façon arbitraire. La circulaire n°9 devait être appliquée au cas d'espèce et c'était à juste titre qu'elle avait elle-même pris en compte des frais de financement s'élevant à CHF 493'984.-. Seul le rendement brut sur participations et les frais de financement laissaient apparaître une différence entre les montants calculés par la contribuable et ceux retenus par l'AFC-GE. S'agissant du montant relatif au rendement brut des participations qui était erroné, elle était prête à le ramener à CHF 4'387'989.- pour autant que les frais de financement déductibles fixés à CHF 493'984.- soient maintenus. Concernant ce poste, la liquidation des sociétés immobilières suivie de la reprise en nom par les actionnaires des

immeubles de ces dernières, constituait une opération parfaitement similaire à une aliénation en ce qui concernait le calcul des frais de financement à prendre en compte, ce que ne contestait au demeurant pas la contribuable.

14. Le 27 août 2007, le Tribunal administratif a suspendu l'instruction de la procédure jusqu'à ce qu'un nouveau mandataire ou un représentant de la contribuable soit désigné.
15. Le 3 septembre 2007, la CCRA a déposé ses dossiers.
16. Le 6 juillet 2009, le tribunal de céans a informé la contribuable que l'instruction de la procédure serait reprise malgré le fait que cette dernière n'avait donné aucune suite à son courrier du 27 août 2007. Un délai au 7 août 2009 lui avait été accordé pour répondre au recours de l'AFC-GE.
17. Le 7 août 2009, la contribuable, par l'intermédiaire d'un mandataire, a répondu au recours de l'AFC-GE, concluant à son rejet.

La décision de la commission n'était ni arbitraire ni contraire au principe de l'égalité de traitement. La circulaire n° 9 prévoyait une répartition des frais de financement annuels entre les participations et les autres actifs, en principe, proportionnellement à leurs valeurs déterminantes en fin d'exercice, ou cas échéant au moment de leur aliénation. Cette méthode qui ne distinguait pas selon que la participation avait été acquise, respectivement aliénée, au cours d'un exercice donné et la situation classique selon laquelle la participation se trouvait dans les actifs d'une société pendant toute la durée de l'exercice, était, à juste titre, largement critiquée par la doctrine. En effet, l'application sans nuance des recommandations contenues dans la circulaire n° 9 pouvait excéder le cadre légal. C'était le cas notamment lorsque, comme en l'espèce, des frais de financement étaient intégralement alloués à une participation, alors que le bilan de clôture faisait état d'actifs d'exploitation acquis en substitution à la participation en cause, sans extinction de la dette initiale. Par ailleurs, le fait que la circulaire préconisait une répartition proportionnelle impliquait que les particularités d'un cas puissent être prises en compte, pour respecter la volonté du législateur de réduire effectivement la double imposition économique, à défaut de la supprimer. L'opération effectuée par la société, laquelle consistait à acquérir des sociétés immobilières en liquidation impliquait un calcul spécifique des frais de financement. Refuser une attribution *pro rata temporis* des intérêts de dettes au bénéficiaire en capital issu de la liquidation des sociétés immobilières, alors même que ces immeubles étaient devenus et restaient propriété de la société, d'une part, et que le financement étranger et les coûts liés étaient restés à charge de cette société, d'autre part, revenait à minimiser le coût de financement de ces actifs et leurs rendements. Il en résultait une réduction injustifiée du bénéfice en capital réellement réalisé, avec pour corollaire une augmentation correspondante du bénéfice "ordinaire" d'exploitation et, par conséquent, une double imposition

économique contraire à la volonté du législateur. Seuls les frais de financement dont il était manifeste qu'ils avaient un lien étroit avec l'acquisition et le maintien de participations dans le bilan d'une société pouvaient être déduits du rendement brut de la participation. Or, en l'espèce, aucun lien de connexité n'était établi entre les intérêts payés par la contribuable postérieurement à la liquidation des participations qu'elle détenait et le rendement net provenant de cette liquidation. En revanche, le financement lié à la détention de ces participations était intégralement reporté sur les actifs d'exploitation qui avaient remplacés les participations en cause. En ce sens, la décision querellée était conforme à la réalité économique et à la volonté du législateur.

18. Par courrier du 29 août 2009, l'AFC-CH s'est ralliée aux considérations et conclusions exprimées par l'AFC-GE, concluant à l'annulation de la décision de la CCRA et à la confirmation de la décision sur réclamation de l'AFC-GE.
19. Le 12 septembre 2009, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est à cet égard recevable (art. 56 A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La question litigieuse consiste à déterminer si la méthode de calcul appliquée par l'AFC-GE concernant en particulier les frais de financement déductibles du rendement brut des participations, est conforme au droit.
3. a. Aux termes de l'art. 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 2 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.

L'art. 70 al. 1 LIFD prévoit que le rendement net des participations au sens de l'art. 69 LIFD correspond au revenu de ces participations, diminué des frais de financement y relatifs et d'une contribution de cinq pour cent destinée à la couverture des frais d'administration, sous réserve de la preuve de frais d'administration effectifs inférieurs ou supérieurs à ce taux. Sont réputés frais de financement les intérêts passifs ainsi que les autres frais qui sont économiquement assimilables à des intérêts passifs. Font également partie du revenu des participations les bénéfices en capital provenant de participations ainsi que le produit de la vente de droits de souscription y relatifs.

La LIFD ne prescrit pas de méthode de répartition particulière pour le calcul des intérêts financiers déductibles. Les travaux préparatoires ne donnent pas non plus d'indications à ce sujet. Selon la circulaire n° 9 de l'Administration fédérale des contributions (W97-009F du 9 juillet 1998, § 2.6.2) lorsque tous les frais de financement sont établis, leur répartition est en principe effectuée en fonction du rapport entre les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice (valeurs comptables fiscalement déterminantes) des participations générant un rendement et l'ensemble des actifs. Les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice sont généralement calculées selon l'état à la fin de la période fiscale. Pour les participations qui ont été aliénées durant l'exercice commercial, une quote-part annuelle des frais de financement doit être prise en compte en se fondant sur la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice effectif au moment de l'aliénation (cf. exemples n° 8 et 9 dans l'annexe à la circulaire n°9).

b. Le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral, 2P.80/2004 du 12 mai 2005, consid. 2.1) s'est exprimé comme suit à propos de la circulaire précitée, étant précisé que dans le cas qu'il a eu à examiner, la participation de la société recourante avait été financée uniquement au moyen de fonds propres et que, dans le calcul du taux de réduction, l'administration fiscale cantonale avait calculé des frais de financement proportionnellement au rapport entre la valeur comptable de la participation, et le total des actifs :

« Comme on l'a vu ci-dessus (consid. 1.4), le texte légal ne dit rien sur la méthode à appliquer pour la répartition des frais de financement. Il mentionne uniquement que le revenu des participations doit être diminué des frais de financement y relatifs. La répartition des intérêts passifs proportionnellement aux actifs est une pratique connue et courante en Suisse (cf. circulaire n° 9 du 9 juillet 1998 sur 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, no 2.6.2). Même si d'autres méthodes de calcul sont concevables, celle utilisée par l'Administration fiscale cantonale n'a rien d'arbitraire (sur cette notion cf. ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 117 Ia 97 consid. 5b p. 106, 292 consid. 3a p. 294 et la jurisprudence citée) ni dans son application ni dans son résultat. Il est vrai que les circulaires de l'Administration fédérale des contributions (circulaire n° 27 du 29 décembre 1995 sur la réduction d'impôt sur les rendements de participations des sociétés de capitaux et de coopératives [art. 69 et 70 LIFD], in: Archives 64 715; circulaire n° 9 susmentionnée) prévoient que la répartition des frais de financement est opérée en principe en fonction du rapport existant entre la valeur comptable des participations et le total de l'actif du bilan. L'interprétation que fait la recourante du terme "en principe " - qui à nouveau oppose son interprétation à celle de l'autorité intimée - est irrelevante dès lors que le calcul opéré par l'autorité cantonale n'est pas arbitraire. En outre, il s'agit de circulaires pour l'impôt fédéral direct. Même si la loi genevoise sur les personnes morales prévoyait une réduction

identique, la loi sur l'harmonisation n'était pas encore applicable en 1995, le délai de huit ans accordé aux cantons pour harmoniser leur législation échéant à fin 2000, de sorte que les cantons pouvaient définir librement la portée de l'expression contenue dans le texte législatif "les frais de financement y relatifs" ».

c. La doctrine distingue la méthode de répartition proportionnelle, recommandée par la Conférence suisse des impôts et faisant l'objet de la circulaire n° 9 de la méthode directe. A propos de ces deux méthodes, il y a lieu de relever ce qui suit : « Une partie de la doctrine recommande l'application de la méthode de répartition directe, à l'instar de la pratique hollandaise, selon laquelle les dettes sont attribuées à des actifs particuliers (...). Ainsi, seuls les intérêts de dettes ayant servi à financer l'acquisition d'une participation seraient déductibles des rendements de ladite participation. Une telle approche suppose que l'on puisse non seulement déterminer par quels moyens (fonds propres ou étrangers) une participation a été financée au moment de son acquisition, mais également, par la suite, continuer à suivre l'évolution de la dette. Outre, le fait qu'elle pourrait susciter des abus, une répartition objective est étrangère aux principes comptables suisses qui n'établissent pas de rapports directs entre actifs et passifs, sous réserve d'exceptions dans le domaine bancaire et des prêts hypothécaires (...). De plus, en cas de répartition directe, la société ne devrait logiquement plus être autorisée à déduire fiscalement les intérêts passifs encourus sur la dette d'acquisition de la participation d'autres rendements commerciaux, ce qui priverait les sociétés d'une déduction non négligeable. La méthode de répartition proportionnelle, fondée sur le rapport entre les participations ayant généré un rendement et les actifs totaux à la fin de la période fiscale, qui est notamment recommandée par le Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat (actuellement la conférence suisse des impôts) et une partie de la doctrine, semble d'une application plus simple et pratique. Elle est également, à notre avis, la plus équitable. C'est également la méthode de répartition proportionnelle qui a été retenue par l'Administration fédérale des contributions. Les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice sont prises en compte, à l'exclusion des réserves latentes qui ne sont du reste jamais financées par des dettes (D. BERDOZ, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2008, art. 70, n. 90, p. 946).

La méthode objective contenue dans la circulaire n° 9 est critiquée à plus d'un titre lorsqu'on est en présence d'une vente de participation en cours d'années. Les critiques portent sur la composition du dénominateur de la fraction permettant de calculer la répartition proportionnelle des frais de financement, la prise en compte d'une part entière et non proportionnelle des frais annuels ainsi que sur la déduction des frais de financement en tant que telle, en rapport avec les bénéfices en capital. Ainsi, à propos de l'exemple n° 8 annexé à la circulaire n° 9, la doctrine s'exprime comme suit : « premièrement, le dénominateur de la fraction pour calculer la répartition proportionnelle des frais de financement ne prend en

compte que la valeur des actifs au 31 décembre (20'000) et ignore la valeur de la participation D (2'000) cédée en cours d'année, bien que celle-ci ait reçu une part des frais de financement et d'administration. Cela revient à attribuer aux participations une part de frais proportionnellement plus importante que sur les autres actifs. Le dénominateur devrait donc inclure la valeur de la participation aliénée (...). Cette critique n'est pertinente à notre avis que dans les cas où la valeur comptable de la participation vendue ne se trouve plus incluse dans les actifs à la fin de l'année (p.ex. lors qu'un montant supérieur au bénéfice réalisé a été distribué sous forme de dividende avant la fin de l'année). Deuxièmement, bien que la participation D n'ait été détenue que pendant trois mois durant l'exercice, elle se voit attribuée une part entière et non proportionnelle des charges annuels de financement (...). Une attribution tenant compte de façon plus précise de la durée de détention est souhaitée par certains auteurs, même si ceux-ci reconnaissent qu'en thésaurisant les bénéfices de ses sociétés filles (plutôt que de les recevoir sous forme de dividende régulier) et en les distribuant en une seule fois, sous forme d'un dividende de substance, ou en réalisant les bénéfices thésaurisés dans les sociétés-filles lors de la vente de participation, la société-mère est en mesure de planifier à son avantage la déduction des frais financiers (...). En effet, tant qu'une participation ne produit aucun rendement, tous les frais financiers sont déductibles des autres rendements commerciaux. Ainsi, en réalisant en une fois les bénéfices accumulés, dans une société-fille, par exemple lors de sa vente, la société-mère ne se voit attribuer que les frais de financement de l'exercice en cours.

Enfin, DELL'ANNA/RIEDER (...) sont d'avis, qu'aucune déduction de frais de financement, ou d'administration n'a à être opérée sur les bénéfices en capital afin de respecter l'intention du législateur et le texte de l'art. 70 al. 1 qui ne mentionne expressément la déduction de frais qu'en rapport avec les dividendes (1^{ère} phrase de l'art 70 al. 1) et non pas en rapport avec les gains en capital (3^{ème} phrase de l'art. 70 al. 1) (...). Bien que le texte de l'art. 70 al. 1 prête en effet à interprétation et que le message n'apporte pas de clarification non plus, une approche différenciée pour le calcul du rendement net selon qu'il provienne d'une distribution de bénéfices ou d'un bénéfice en capital nous paraît difficilement justifiable (...). En définitive, il ressort des différentes critiques exprimées qu'une formule idéale n'existe probablement pas et que la solution retenue représente un compromis pratique et relativement simple à appliquer » (D. BERDOZ, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle, 2008, art. 70, N. 158 à 160, p. 964-965).

D'autres avis sont encore émis. Ainsi : « la répartition des intérêts passifs sur les rendements de participation et les bénéfices en capital présentée dans la circulaire a été parfois critiquée. En effet, cette méthode exige une exactitude à laquelle le législateur a lui-même renoncé. A ce sujet, des précisions pourraient certainement être apportées en attribuant l'ensemble des intérêts passifs pendant la

durée de possession d'une participation à l'ensemble des rendements provenant de cette même participation ; sans doute, ceci ne serait toutefois pas admis en raison du principe de la périodicité (...) (P. AGNER, A. DIGERONIMO, H-J. NEUHAUS, G. STEINMANN, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2001, p. 249-259).

4. En l'espèce, dans le cadre de son recours, l'AFC-GE conclut à la confirmation de sa taxation et à l'annulation de la décision de la CCRA. L'intimée conclut au rejet du recours de l'AFC-GE et, implicitement, à la confirmation de la décision de la CCRA.

Dans sa décision du 13 juin 2007, la CCRA a retenu un montant de CHF 493'984.- au titre de frais de financement déductibles, montant qu'elle a ensuite réduit *pro rata temporis*, pour tenir compte de la durée effective du financement des deux participations, soit 107 jours par rapport à 360 jours. Le chiffre finalement pris en considération a donc été de CHF 146'816.-. Le montant de CHF 493'984.- a été obtenu en multipliant les intérêts passifs totaux de l'exercice 2000 par le taux de 49,86%, ce taux étant lui-même le résultat de la fraction ayant au numérateur la valeur comptable des participations des deux SI liquidées au 18 avril 2000 (CHF 12'000'000.-) et au dénominateur les actifs totaux de la société au 31.12.2000, soit CHF 24'068'522.-. A ce stade, la CCRA a appliqué la circulaire n° 9, plus précisément son § 2,4,2, en assimilant les dividendes de liquidation ici en cause à des bénéfices en capital. Ce montant de CHF 493'984.- étant celui également retenu par l'AFC-GE, il n'y a pas lieu de revenir sur celui-ci ni sur la qualification de bénéfices en capital des dividendes de liquidation.

Seule est litigieuse la réduction *pro rata temporis* revendiquée par l'intimée.

La réduction *pro rata temporis* des frais de financement déductibles telle qu'indiquée ci-dessus n'est prévue ni par la LIFD, ni par la circulaire n° 9. Elle a pour conséquence que durant l'année de liquidation des sociétés faisant l'objet de participations ou durant l'année de la vente des participations seule une partie des frais annuels de financement encourus sont pris en considération alors même que lesdites participations ont été conservées au minimum un an, ainsi que le requiert l'art. 70, al. 4, let. b. LIFD. De ce point de vue déjà, la réduction *pro rata temporis* ne se justifie pas. Si les participations ont été détenues pendant plus d'un an, les frais de financement, en particulier les intérêts passifs, ont aussi été à la charge de la société débitrice pendant plus d'un an. La réduction *pro rata temporis* se justifie dès lors encore moins, ce d'autant plus qu'en thésaurisant les bénéfices de ses sociétés filles (plutôt que de les recevoir sous forme de dividende régulier) et en les distribuant en une seule fois, sous forme d'un dividende de substance, ou en réalisant les bénéfices thésaurisés dans les sociétés-filles lors de la vente de participation, la société-mère est en mesure de planifier à son avantage la déduction des frais financiers. En outre, dans la mesure où le principe de

périodicité ne permet pas de tenir compte d'intérêts passifs au-delà d'un exercice annuel, le calcul d'une quote-part annuelle des frais de financement non réduite *pro rata temporis* se justifie d'autant plus. Enfin, le Tribunal fédéral (arrêt 2P.80/2004 précité) ayant admis, dans le cas d'une société holding dont la participation avait été acquise entièrement par des fonds propres qu'il y avait lieu de prendre en compte, dans le calcul du taux de réduction, une quote-part annuelle des frais de financement comptabilisés par ladite société, en application de la circulaire n° 9, à plus forte raison, il convient d'admettre un tel calcul dans le cas présent où les participations ont été entièrement financées par des fonds étrangers.

En conséquence, la réduction *pro rata temporis* des frais de financement déductibles ne saurait être retenue dans le cas particulier. De même en est-il d'ailleurs des autres méthodes de calcul préconisées par la doctrine. En particulier, les conditions ne sont en l'espèce pas réalisées pour une modification du dénominateur de la fraction. En outre, contrairement à l'opinion de DELL'ANNA et de RIEDER, tant l'interprétation littérale que l'interprétation systématique de l'art. 70 al. 1 LIFD ne permettent pas de conclure que les frais de financement ne sont pas déductibles des bénéfices en capital (D. BERDOT, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008, art. 70, N. 158 à 160, p. 954-965 ; M. DUSS/J. ALTORFER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), art. 1-28, 2. Auflage, 2008, art. 70, n. 1148)

5. Partant, le Tribunal administratif confirmera la méthode de calcul de l'AFC-GE fondée sur la circulaire n° 9.
6. Enfin, l'argument de l'intimée selon lequel le terme « en principe » figurant au § 2.6.2 de ladite circulaire, doit s'entendre comme permettant de prendre en considération des cas particuliers n'emporte pas la conviction du tribunal. En effet, ce terme doit être compris comme permettant d'utiliser d'autres méthodes de calcul uniquement, applicables à des branches d'activités présentant des caractéristiques particulières et non à des cas particuliers ne présentant pas de caractère général.
7. Au vu de ce qui précède, le recours de l'AFC-GE sera admis en tant qu'il est recevable.
8. Un émolument de procédure de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la contribuable (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

admet dans la mesure où il est recevable le recours interjeté le 26 juillet 2007 par l'administration fiscale cantonale contre la décision du 23 juin 2007 de la commission cantonale de recours en matière administrative en tant qu'il est recevable ;

annule la décision du 13 juin 2007 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

rétablit le bordereau rectificatif du 9 juillet 2004 ;

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

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 Me Pietro Sansonetti, avocat de D_____ S.A., à l'administration fédérale des contributions, ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière administrative.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :