

du 3 février 2004

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIERE D'IMPOTS

et

BANK E.

représentée par Me Xavier Oberson, avocat

EN FAIT

1. La société E. (ci-après : la banque), autrefois B..., exerce une activité de banque à Genève. Son capital-actions s'élève à CHF 250 millions.

2. Au 31 décembre 1995, elle détenait une participation évaluée à CHF 15'093'000.- dans une société de siège au Luxembourg. Le dividende brut échu en 1995 provenant de cette société s'est élevé à CHF 187'200.-.

Quant au bénéfice net réalisé par la banque pour l'exercice commercial 1995, il a été de CHF 14'039'756.-.

3. En raison de sa participation dans la société luxembourgeoise, la banque a chiffré son taux de réduction de participation à 1,267 % calculé de la manière suivante : le rendement a été diminué de CHF 9'360.- correspondant aux frais d'administration. Par rapport au bénéfice net total, le montant correspondait à 1,267 % ($187'200 - 9'360 \times 100 : 14'039'756$).

Ce faisant, la banque n'a pas déduit du dividende brut les frais de financement au motif que cette participation n'était financée que par des fonds propres.

4. L'administration fiscale cantonale (ci-après : l'AFC) n'a pas adhéré à ce mode de calcul. Elle a estimé qu'il fallait déduire des frais de financement correspondant aux intérêts débiteurs. Ceux-ci s'étaient élevés en 1985 à CHF 36'892'311.-. Comme la participation se montait à CHF 15'093'000.-, elle représentait 1,94 % du total des actifs. Les frais financiers devant être imputés sur le dividende devaient donc correspondre à CHF 715'711.- ($36'892'311 \times 1,94 : 100$).

L'AFC a donc fixé à 0 le taux de réduction holding. Elle a confirmé sa position sur ce point dans sa décision sur réclamation du 27 octobre 2000.

5. La banque a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôts (ci-après : la commission de recours) par acte du 23 novembre 2000. Elle a expliqué que l'ordonnance sur les banques faisait obligation aux banques de financer à 100 % par des fonds propres leurs participations permanentes consolidées supérieures à 20 %. C'est ainsi que la participation

qu'elle détenait dans la fondation luxembourgeoise avait été financée sans le recours à des fonds étrangers. Le taux de réduction holding devait donc être calculé sans déduction des frais de financement, méthode qui correspondait à la réalité économique. L'AFC s'était inspirée d'un arrêt du Tribunal fédéral publié à la RDAF 1990 pages 278 ss qui n'était plus actuel. Depuis lors, suite à l'introduction de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, l'administration fédérale des contributions avait émis deux circulaires, l'une en 1995, l'autre en 1998, qui allaient dans le même sens que l'interprétation qu'elle faisait du calcul du taux de réduction holding. Ces circulaires laissaient en effet sous-entendre des exceptions au principe de la méthode de répartition proportionnelle.

6. Par décision du 12 décembre 2002, la commission de recours a admis le recours. Elle s'est fondée essentiellement sur l'interprétation qu'il fallait donner à l'article 21 alinéa 2 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 15), entrée en vigueur le 1er janvier 1995. Selon cette disposition, le rendement net des participations correspondait au revenu de ces participations, diminué des frais de financement et d'administration y relatifs. C'était donc à juste titre que la banque avait contesté la répartition proportionnelle des intérêts passifs qu'avait retenu l'AFC.

Quant à la manière dont devaient être calculés les frais de financement relatifs à la participation de la banque dans sa société luxembourgeoise, rien dans le dossier fiscal de l'intéressée ne laissait supposer que la couverture de cette participation n'aie pas été effectuée en totalité par les fonds propres de la banque. Aussi la commission de recours a estimé que le produit net de la participation ne devait être amputé d'aucun frais de financement pour la détermination de la réduction holding. Le taux de réduction de 1,267 % correspondait donc à sa situation.

7. L'AFC a recouru auprès du Tribunal administratif par acte du 17 janvier 2003. Le but de l'article 21 LPIM, d'ailleurs identique aux articles 69 et 70 LIFD, était d'atténuer, sinon d'éviter la triple imposition économique à laquelle étaient soumis les dividendes provenant d'une participation. Par rapport à l'ancienne disposition, l'impôt sur le bénéfice était réduit en application du rapport entre le rendement net des

participations et le bénéfice net total, et non plus, comme autrefois, en fonction du rapport entre le rendement des participations et le rendement brut total. D'ailleurs, le principe de la répartition proportionnelle des intérêts passifs était depuis plusieurs décennies profondément ancré dans la pratique des autorités fiscales suisses.

L'AFC a relevé que les banques avaient obtenu un avantage par rapport aux autres sociétés commerciales, leur situation étant particulière. L'administration fédérale des contributions avait en effet signé en mars 1995 un protocole avec l'association suisse des banquiers (ASB), dont il résultait qu'un tiers des intérêts passifs pouvait être compensé avec les intérêts actifs, ce qui représentait une exception au principe de base.

L'AFC a encore précisé que la méthode qu'elle avait suivie correspondait à celle appliquée par l'administration fiscale cantonale zurichoise, laquelle administration ne rencontrait aucune contestation, émanant notamment des établissements bancaires concernés par la réduction, ceci au niveau tant de l'impôt cantonal que de l'impôt fédéral. Dans le cas d'espèce, si l'on compensait le tiers des intérêts débiteurs avec les intérêts créanciers, le rendement net des participations demeurerait négatif.

8. L'intimée s'est opposée au recours. Elle a expliqué que le but du traitement fiscal des holding était d'éviter une triple, voire une quadruple imposition du revenu. Ceux-ci n'étaient pas simplement exonérés du bénéfice net imposable, mais c'était l'impôt lui-même qui était réduit proportionnellement au rapport existant entre le rendement net des participations et le bénéfice net total. A vrai dire, le but fixé par le législateur était parfaitement atteint dans la majorité des cas, notamment pour les sociétés holding pures ou les sociétés holding mixtes financées intégralement par des fonds propres. En revanche, en particulier pour les banques, ce but n'était pas atteint si l'on tenait compte, comme l'avait fait l'AFC, des frais de financement, à savoir les intérêts débiteurs. En effet, les fonds qu'empruntait la banque ne servaient en réalité qu'à consentir des prêts à des clients. En conséquence, l'opération devait être totalement neutre sur le taux de la réduction holding. Dans son cas, la participation qu'elle avait dans la société luxembourgeoise avait été entièrement financée par des fonds propres. Il était donc incorrect

de déduire des revenus de telles participations une proportion des frais financiers, puisque ceux-ci étaient inexistantes. Il en résultait que le privilège fiscal était nul, ce que le législateur n'avait pas voulu. Or, la circulaire de l'administration fédérale des contributions du 9 juillet 1998 autorisait une répartition des frais financiers en fonction du lien direct qui pouvait exister entre les différents actifs financiers. Le contribuable devait avoir la possibilité de compenser intégralement les intérêts débiteurs avec les intérêts créanciers découlant des prêts, en raison du lien économique évident existant entre les prêts à la société et les prêts de la société aux tiers d'un montant au moins identique.

L'AFC s'était fondée sur une jurisprudence désuète.

Quant à l'accord conclu entre l'ASB et l'administration fédérale des contributions, elle ne constituait pas un obstacle à la non-déductibilité des intérêts pour le calcul de la réduction holding. Dans un courrier du 29 juillet 1998, l'ASB avait écrit à l'administration fiscale genevoise que la solution négociée constituait une approche pragmatique et que, dans certains cas, cette pratique pouvait conduire à des résultats manifestement trop élevés, de sorte qu'une réduction supérieure à un tiers se justifiait.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 59A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. a. De nouvelles dispositions fiscales sont entrées en vigueur le 1er janvier 2001 (loi sur l'imposition des personnes physiques - détermination du revenu net - calcul de l'impôt et du rabais d'impôt - compensation des effets de la progression à froid du 22 septembre 2000 - LIPP - V D 3 16). Toutefois, dans la présente espèce, l'ensemble des faits pertinents, antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit, doivent être examinés sous l'angle des dispositions légales applicables au moment des faits (ATA AFC c/G. du 18 mars 2003, cause No

A/720/2002). La LCP est donc applicable au présent litige.

b. Le 1er janvier 2002 est également entrée en vigueur la loi de procédure fiscale (LPFisc du 4 octobre 2001 D 3 17). La LPFisc prévoit expressément en son article 86 que les règles de procédure s'appliquent dès l'entrée en vigueur de cette loi aux causes encore pendantes. Il s'ensuit qu'en matière de procédure, c'est la LPFisc qui est applicable à la présente cause. Cependant cette modification législative n'influe nullement sur la solution du litige.

3. a. Selon l'article 70 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) entrée en vigueur le 1er janvier 1995, le rendement net des participations correspond au revenu de ces participations "diminué des frais de financement y relatifs et d'une contribution de 5 % destinée à la couverture des frais d'administration. Sont réputés frais de financement les intérêts passifs ainsi que les autres frais qui sont économiquement assimilables à des intérêts passifs".

b. L'article 21 alinéa 2 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 15) a une teneur semblable.

4. L'intimée souhaiterait que dans le calcul de la réduction holding, l'on ne tienne pas compte des intérêts débiteurs à sa charge, car ils sont intégralement compensés par les intérêts créanciers. Une compensation intégrale devrait être opérée.

5. Sous l'empire de l'ancien droit, la question d'une compensation entre intérêts créanciers et intérêts débiteurs, s'agissant des banques, s'était déjà posée. Le Tribunal fédéral avait estimé qu'une telle compensation se heurtait à des difficultés d'application, car l'autorité fiscale devait distinguer dans les intérêts passifs de la banque, ceux qu'elle attribuait objectivement à certaines recettes. Si les intérêts créanciers et débiteurs d'un établissement bancaire étaient, les uns par rapport aux autres, dans une étroite interdépendance économique, les intérêts débiteurs ne pouvaient être assimilés à un coût commercial ou comptable des intérêts créanciers, car ils pouvaient dépendre dans leur volume d'abord du financement de l'établissement bancaire dans son ensemble, de

l'importance de ses fonds étrangers et des taux du marché, et ils pouvaient être supérieurs ou inférieurs aux intérêts créanciers, selon que d'autres actifs étaient également financés par l'emprunt ou, au contraire, que l'établissement disposait de fonds propres plus importants (RDAF 1990, pages 278 ss).

6. Le cas de l'intimée est relativement limpide, puisque sa participation dans la société luxembourgeoise représente une infime partie du total de ses actifs, de sorte qu'elle a été financée entièrement par ses fonds propres. Il n'empêche que la situation pourrait être singulièrement différente pour d'autres établissements bancaires, de sorte que le principe de la compensation que voudrait l'intimée se heurterait à de grandes difficultés d'appréciation. Pour ce motif déjà, une compensation intégrale n'est pas possible.
7. S'agissant de ce qu'il faut entendre par frais de financement "y relatifs", la doctrine a reconnu que la loi restait incertaine. Elle ne devait tracer qu'un cadre dans lequel les législations cantonales devaient rester. Il était probable qu'un grand nombre de cantons recourraient au procédé d'une imputation des intérêts passifs en proportion de la valeur des participations par rapport aux actifs totaux (W. RYSER, La réduction pour participations, les sociétés holding et de "domicile", Archives de droit fiscal, 1992/1993 page 389).
8. Suite à une modification entrée en vigueur le 1er janvier 1998 d'une partie de l'article 70 LIFD - il s'agissait principalement d'ajouter aux avantages existants la réduction pour participations sur les bénéfices en capital réalisés par la vente de participations et de droits de souscription y relatifs -, l'administration fédérale des contributions a établi une circulaire No 9 du 9 juillet 1998. Au chapitre portant sur les frais de financement, il est prévu que 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 (valeur comptable fiscalement déterminante) 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.

Tandis que l'intimée voit dans l'expression "en principe" la possibilité d'ouvrir la porte à des

exceptions, dont celle visant le cas des participations entièrement couvertes par des fonds propres, l'AFC, elle, estime que le terme "en principe", tout comme d'ailleurs celui de "généralement" signifie qu'il peut y avoir des exceptions, mais non pas sur la méthode de financement des frais de financement, mais sur les valeurs à prendre en considération.

9. La répartition des intérêts passifs présentée dans la circulaire précitée, ce que dénonce la doctrine, a été parfois critiquée, car cette méthode exige une exactitude à laquelle le législateur a délibérément renoncé (P. AGNER, A. DIGERONIMO, H.-J. NEUHAUS et G. STEINMANN, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Complément, 2001 page 249; A. WIDMER, La réduction pour participations ("privilège holding"), 2002 page 60). Ce système est qualifié de rigide. La solution appropriée semblerait être celle qui consiste pour chaque participation à prendre à sa charge la part de frais qu'elle a réellement engendrée. Selon la doctrine, les termes de la loi n'excluent d'ailleurs pas une telle interprétation ("frais de financement y relatifs"), mais cette méthode, pour séduisante qu'elle soit, engendre des complications, voire des impossibilités qui la rendent irréaliste (A. WIDMER, eodem loco, page 66).
10. Plusieurs auteurs ont estimé que dans certains secteurs d'activité, une application stricte de la clé de répartition résultant de la circulaire No 9 conduit à des résultats qui ne sont pas en rapport avec la réalité (A. WIDMER op. cit. page 60, P. AGNER, B. JUNG et G. STEINMANN, Commentaire de la loi sur l'impôts fédéral direct 2001 page 308). D'autres auteurs concluent que l'imputation d'une quote-part annuelle de frais de financement est donc toujours nécessaire tant qu'une participation produit un rendement brut suffisant; cette conclusion se justifie à la lumière de l'ensemble des règles régissant la réduction pour participations (A. DIGERONIMO, Le traitement fiscal des participations selon la réforme 1997 de l'imposition des sociétés in : Archives de droit fiscal 1997/1998 page 705).
11. Le Tribunal constate que l'administration fédérale des contributions a tenu compte des particularités qu'offrent les banques, puisque leurs charges - les intérêts débiteurs le plus souvent - n'ont parfois aucune relation avec la détention d'éventuelles participations. Aussi a-t-elle admis des règles différentes de répartition pour les banques, en ce sens que celles-ci

peuvent forfaitairement compenser le tiers de leurs intérêts débiteurs avec leurs intérêts créanciers. Cette exception au principe général de la répartition correspond à celle appliquée par l'administration fédérale des contributions, par l'administration fiscale cantonale zurichoise, méthode qui est régulièrement appliquée aux établissements bancaires concernés par la réduction, ceci au niveau tant de l'impôt cantonal que de l'impôt fédéral.

C'est aussi la méthode de calcul qu'applique l'AFC. Dans le cas de l'intimée cependant, si l'on compense le tiers des intérêts débiteurs, le rendement net des participations demeure négatif.

12. Le Tribunal estime ainsi qu'en ayant interprété la circulaire No 9 comme elle l'a fait, l'AFC a fait une application correcte de celle-ci et de l'ensemble des règles qui régissent la réduction pour participations.

Le recours sera ainsi admis. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de l'intimée, qui succombe.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 janvier 2003 par l'administration fiscale cantonale contre la décision de la commission cantonale de recours en matière d'impôts du 12 décembre 2003;

au fond :

l'admet;

annule la décision de la commission cantonale de recours en matière d'impôts du 12 décembre 2003;

met à la charge de l'intimée un émolument de CHF 2'000.-;

communiquera le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à la commission cantonale de recours en matière d'impôts, à E. et à l'administration fiscale cantonale.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin, Schucani,
Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux
parties.

Genève, le

la greffière :

N. Mega