

GE_GERICHTE ATA/38/2023 vom 17. Januar 2023

GE Cour de justice, 2023-01-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_38_2023

FR: GE_GERICHTE ATA/38/2023 du 17 janvier 2023

IT: GE_GERICHTE ATA/38/2023 del 17 gennaio 2023

Regeste

Résumé: Contestation par l'AFC-GE d'un jugement du TAPI annulant des reprises effectuées par l'AFC-GE dans la taxation de la société au titre de capital propre dissimulé, des prêts ayant été octroyés par Tamedia, en même temps que cette dernière devenait actionnaire majoritaire de la contribuable. Pour analyser la question de l'existence ou non de capital propre dissimulé, il convient d'examiner si le prêt a été octroyé par un actionnaire ou un proche de la société. Or, de manière concomitante, le prêt a été octroyé au même moment où Tamedia devenait actionnaire, à des conditions plus favorables (taux d'intérêt) pour la contribuable que le prêt qu'elle avait précédemment obtenu d'un tiers absolu, et donc octroyé en raison de la position de Tamedia. La société n'a pas démontré que les conditions du prêt étaient conformes au marché. Il s'agit donc d'un capital dissimulé, dont la contribuable n'a pas contesté le montant. Recours de l'AFC-GE admis et annulation du jugement du TAPI. Les décisions sur réclamation de l'AFC-GE seront rétablies.

Erwägungen

E. 25

avril 2022. Ainsi, déposé auprès du guichet de la chambre de céans le 25 avril 2022, le recours est recevable. Le fait que ledit jugement ait été notifié le 23 mars 2022 à l'intimée n'y change rien. Cela ne remet pas non plus en cause la date de réception précitée auprès de l'autorité fiscale, dans la mesure où le TAPI a envoyé ce jugement par courrier recommandé à la contribuable et par courrier interne à l'AFC-GE. Le mode d'acheminement différent explique la différence d'un jour invoquée par l'intimée. 2)

Le litige porte sur le bien-fondé de l'annulation par le TAPI de la reprise dans la taxation de l'ICC 2018 de la contribuable au titre de capital propre dissimulé, ainsi que les intérêts y relatifs. La recourante conteste en particulier l'analyse du TAPI s'agissant des personnes ayant octroyé les prêts litigieux, qui, pour elle, sont des actionnaires de la société.

a. Selon l'art. 27 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15), l'impôt sur le capital a pour objet le capital propre. Le capital propre imposable des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives comprend le capital-actions et le capital-participation ou le capital social libéré, les réserves ouvertes et les réserves latentes constituées au moyen de bénéfices imposés (art. 28 al. 1 LIPM).

b. L'art. 30 LIPM, intitulé capital propre dissimulé, prévoit que le capital propre imposable des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives est augmenté de la part de leurs fonds étrangers qui est économiquement assimilable au capital propre.

D'après les travaux préparatoires concernant l'art. 30 LIPM, cette disposition est destinée à « lutter contre la sous-capitalisation et sert à éviter que des ayants droit économiques d'une société de capitaux [...] ne perçoivent un bénéfice de cette entité sous forme d'intérêts.

Étant donné que ces derniers sont considérés comme une charge déductible du résultat de la société débitrice, ce moyen permettrait, en l'absence de correction fiscale, d'éviter la règle selon laquelle le bénéfice à disposition des actionnaires doit provenir du bénéfice net soumis à l'impôt sur le bénéfice de la personne morale. Le critère permettant de définir si l'on est en présence d'un financement étranger authentique est celui de savoir si un tiers indépendant aurait exposé des fonds aux mêmes risques que le créancier-actionnaire. Sur cette base, le législateur fédéral a introduit [...] dans la

- 10/17 - A/1619/2021 loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14 ; art. 29 al. 3) [...] une clause générale permettant de considérer comme des fonds propres imposables la part de fonds étrangers (prêts, endettement) qui est économiquement assimilable à des fonds propres » (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève, 1995/IV, séance 35, pp. 4185-4189 ; ATA/435/2008 du 27 août 2008 consid. 4b).

Il peut y avoir un avantage important, pour une société de capitaux, à disposer des fonds nécessaires sous forme de prêt de l'actionnaire plutôt que de fonds propres, puisque les intérêts passifs dus sont déductibles du bénéfice imposable. Fiscalement, ce procédé n'est toutefois pas admis lorsque le prêt joue économiquement le rôle de fonds propres et qu'ainsi des intérêts passifs déductibles sont payés à l'actionnaire en lieu et place de dividendes (non déductibles) qui ne peuvent l'être. Ces fonds étrangers sont alors traités comme du capital propre dissimulé et les intérêts y relatifs ajoutés au bénéfice imposable. Le financement étranger est considéré comme économiquement assimilable au capital propre lorsque la société obtient l'apport des fonds en question d'un détenteur de parts ou d'une personne qui lui est proche, qu'elle n'aurait pas pu, par ses propres moyens, obtenir les fonds nécessaires de la part de tiers et qu'elle expose les fonds au risque inhérent à la marche des affaires dans une mesure inhabituelle (arrêt du Tribunal fédéral 2C_419/2015 du 3 juin 2016 consid. 4.1.1, non publié aux ATF 142 II 355).

c. Selon la circulaire no 6 relative au capital propre dissimulé, la proportion d'endettement admissible, tout comme le montant du capital propre dissimulé, se détermine à la lumière de la valeur vénale des actifs. Cette pratique se justifie, car il s'agit de déterminer si les dettes de la société correspondent à sa réelle capacité d'emprunt, ce qui ne peut être décidé qu'au regard de la valeur actuelle de ses actifs. L'autorité de taxation se fondera ainsi sur la valeur vénale des actifs si celle-ci est plus élevée (réserves latentes) que la valeur comptable fiscalement déterminante et peut être démontrée par le contribuable. En second lieu, la proportion d'endettement admissible est fonction de la nature des actifs de la société. Selon l'AFC-CH, il y a lieu de considérer qu'une société peut obtenir, par ses propres moyens, des fonds étrangers à concurrence des pourcentages d'endettement admissible de la valeur de ses actifs mentionnés dans la circulaire précitée (Robert DANON, Commentaire romand de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, art. 65, § 15 et 16, p. 1260-1261). Ainsi, selon celle-ci, l'endettement admissible en rapport avec des prêts se monte à 85 %.

Selon le Tribunal fédéral (arrêt 2C_814/2015 du 20 avril 2017 consid. 7.4), pour établir si et dans quelle mesure une société possède du capital propre dissimulé, la circulaire n° 6 prévoit qu'il faut partir de la valeur vénale des actifs et fixer sur cette base les fonds étrangers que la société peut obtenir par ses propres

- 11/17 - A/1619/2021 moyens sous la forme d'un tableau. Dans ce tableau, est attribué à chaque catégorie d'actifs un pourcentage de sa valeur vénale représentant le montant

maximum que la société pourrait obtenir d'un tiers (circulaire n° 6, ch. 2.1). En particulier, les « prêts » sont supposés permettre à la société qui en est propriétaire d'obtenir des fonds étrangers à concurrence de 85 % de leur valeur vénale. La différence entre le prêt (dette) au bilan et le montant maximum ainsi déterminé, dans la mesure où les moyens en question ont été fournis par des détenteurs de parts ou des personnes qui leur sont proches, représente le capital propre dissimulé. Concernant l'origine du financement étranger, la circulaire retient que « seuls les fonds qui proviennent directement ou indirectement de détenteurs de parts ou de personnes qui leur sont proches peuvent constituer du capital propre dissimulé. Il n'y a pas de capital propre dissimulé si le capital étranger est fourni par des tiers indépendants et que ni les détenteurs de parts ni des personnes qui leur sont proches ne le garantissent. Demeure réservée la preuve qu'un rapport concret de financement est conforme aux conditions du marché » (circulaire n° 6, ch. 2.1).

d. En pratique, la problématique du capital propre dissimulé concerne avant tout les prêts accordés directement par l'actionnaire ou un proche, dans une mesure qui excède ce qu'un tiers aurait fourni, cet écart s'expliquant par les liens de participation. L'existence de capital propre dissimulé peut néanmoins se poser lorsqu'un tiers fournit le prêt. La circulaire n° 6 envisage à cet égard deux cas de figure. Dans le premier, le prêt est accordé directement par le tiers, mais indirectement par l'actionnaire ou le proche. Cette situation se présente lorsque le tiers n'intervient que comme un intermédiaire, les fonds provenant en réalité du porteur de parts ou du proche. Dans le second cas de figure, le prêt est accordé par un tiers et est « garanti » par l'actionnaire ou le proche. La circulaire n° 6 adopte à cet égard une formulation négative en indiquant qu'« il n'y a pas de capital propre dissimulé si le capital étranger est fourni par des tiers indépendants et que ni les détenteurs de parts, ni des personnes qui leur sont proches ne le garantissent » (circulaire n° 6, ch. 2.1), étant rappelé que la preuve qu'un rapport concret de financement est conforme au marché reste réservée (circulaire n° 6, ch. 2.1 in fine). *Lu a contrario*, ce passage signifie que la garantie fournie par l'actionnaire ou un proche pour un prêt accordé par un tiers doit être assimilée à un prêt de l'actionnaire ou du proche (ATF 142 II 355 consid. 7.1).

L'assimilation de la garantie fournie par l'actionnaire ou le proche à la mise à disposition de fonds par celui-ci est conforme à l'art. 65 LIFD si cette garantie joue économiquement le rôle d'un prêt. Tel peut être le cas si la fortune personnelle de l'actionnaire ou du proche est mise à contribution comme substrat de responsabilité (« Haftungssubstrat ») en contrepartie du prêt accordé par le tiers. Dans une telle situation, la garantie peut être assimilée à un prêt du proche. La société peut toutefois apporter la preuve que le rapport de financement est conforme au marché (circulaire n° 6, ch. 2.1 in fine). Par ailleurs, si une société

- 12/17 - A/1619/2021 obtient le prêt par ses propres moyens (par exemple par la mise en gage de ses actifs d'une manière conforme au marché), il n'y a en principe pas de capital propre dissimulé, la garantie du proche apparaissant superfétatoire sur le plan économique (ATF 142 II 355 consid. 7.2).

Il découle de ce qui précède que lorsqu'un prêt accordé par un tiers fait l'objet de garanties réelles portant sur des actifs de la société emprunteuse et qu'en sus, l'actionnaire ou un proche est débiteur solidairement responsable du prêt, il faut déterminer dans quelle mesure la garantie personnelle fournie remplit économiquement la fonction de capital propre. Tel peut être le cas lorsque la garantie réelle est insuffisante pour garantir à elle seule le montant du prêt accordé, car en pareille situation, il faut présumer que la part du prêt qui dépasse le montant couvert par la garantie réelle a été accordée en raison de la garantie personnelle

fournie par l'actionnaire, la preuve que le financement concret est conforme aux conditions du marché restant réservée (ATF 142 II 355 consid. 7.3).

e. Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, 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 cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 129 V 205 consid. 3.2 ; 127 V 61 consid. 3a ; 126 V 68 consid. 4b ; 427 consid. 5a ; 121 II 478 consid. 2b et les références). Émise par l'autorité chargée de l'application concrète d'une loi, l'ordonnance administrative est un mode de gestion : elle rend explicite une ligne de conduite, permet d'unifier et de rationaliser la pratique, assure ce faisant aussi l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et facilite le contrôle juridictionnel, puisqu'elle dote le juge de l'instrument nécessaire pour vérifier que l'administration agit selon des critères rationnels, cohérents et continus, et non pas selon une politique du cas par cas (Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/ Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3ème éd., 2012, p. 426-427).

f. S'agissant de la question de la postposition, interprétant l'art. 29a LHID à la lumière du principe de l'imposition selon la capacité contributive (art. 127 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101), le Tribunal fédéral a retenu que le fait que des dettes avaient fait l'objet d'une convention de postposition au sens de l'art. 725 al. 2 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) ne changeait rien à la qualification de capital propre dissimulé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_77/2012 du 31 août 2012 consid. 3.4 ; 2C_259/2008 du 6 novembre 2008 consid. 2.5.3). Le fait que des dettes aient fait l'objet d'une convention de postposition justifiait même d'autant plus de les assimiler à du capital propre, tant selon la jurisprudence que la doctrine (arrêt du Tribunal fédéral 2C_77/2012 - 13/17 - A/1619/2021 précité consid. 3.4 ; Robert DANON, in Commentaire romand, LIFD, 2017 no 17 ad art. 65 LIFD). En effet, une telle convention, généralement conclue avec des actionnaires ou des personnes proches, avait pour effet qu'en cas de faillite, la société devait désintéresser les titulaires des créances postposées seulement après avoir intégralement réglé tous ses autres engagements (art. 725 al. 2 CO), mais avant les actionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2C_77/2012 précité consid. 3.4).

D'un point de vue économique, les dettes postposées se rapprochent ainsi du capital propre (Robert DANON, in Commentaire romand, LIFD, 2017, no 17 ad art. 65 LIFD).

g. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA). Ce principe n'est pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2 ; ATA/1197/2018 du 6 novembre 2018 consid. 3a).

En matière fiscale, il appartient à l'autorité de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, tandis que le contribuable doit supporter le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation d'impôts. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve, ces règles s'appliquant également à la procédure devant les autorités de recours (ATF 133 II 153 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_89/2014 du 26 novembre 2014 consid. 7.2 ; ATA/1197/2018 précité consid. 3a).

h. En droit fiscal, le principe de la libre appréciation de la preuve s'applique. L'autorité forme librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées, en choisissant entre les preuves contradictoires ou les indices contraires qu'elle a recueillis. Cette liberté d'appréciation, qui doit s'exercer dans le cadre de la loi, n'est limitée que par l'interdiction de l'arbitraire. Il n'est pas indispensable que la conviction de l'autorité de taxation confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité ; il suffit qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des motifs objectifs (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1201/2012 du 16 mai 2013 consid. 4.5 ; ATA/558/2014 du 17 juillet 2014). 3)

En l'espèce, le TAPI a considéré que les prêts mentionnés comme conditions à remplir dans le contrat d'achat d'actions de juillet 2017 avaient été accordés par des tiers indépendants.

- 14/17 - A/1619/2021

Ce raisonnement ne saurait être suivi. Ainsi que le fait valoir la recourante, les quatre actionnaires – personnes physiques – avaient incontestablement la qualité d'actionnaires de l'intimée. Or, le TAPI n'a pas relevé cet élément qui résulte pourtant des pièces du dossier, en particulier de l'Annexe A du contrat du 17 juillet 2017. Les quatre actionnaires – personnes physiques – étaient déjà actionnaires avant l'entrée de G_____ dans le capital-actions de la contribuable, et ils le sont tous restés par la suite. Pour ce motif déjà, le jugement du TAPI du 21 mars 2022 doit être annulé.

À cela s'ajoute que s'agissant de G_____, il n'est pas contesté que celle-ci est devenue actionnaire de la société au moment du « closing », soit le

E. 28

février 2018, de sorte que le montant versé à cette même date, au titre de prêt, selon les conditions qui figurent dans le contrat, doit être qualifié de prêt d'actionnaire. Contrairement à ce que retient le jugement querellé, le fait que le prix d'achat des actions corresponde au prix du marché n'est pas un élément déterminant dans le cadre de la qualification du prêt de G_____ de capital propre dissimulé, et ne figure ni dans la jurisprudence ni dans la circulaire no 6. Est au contraire décisif le fait que le prêt de la part des actionnaires et la vente des actions étaient interdépendants, ce qui ressort des termes du contrat, et en particulier des clauses 4.3.1 et 4.3.3, et ces deux opérations devaient donc s'envisager comme une transaction globale.

L'intimée tente en vain de soutenir que « plutôt qu'un prêt conditionné à l'acquisition d'actions (où G_____ n'aurait pas accordé le prêt sans devenir actionnaire majoritaire), le contrat [faisait] état d'une vente d'actions subordonnée au prêt de G_____ (les actionnaires n'auraient pas vendu leurs actions en l'absence du prêt) ». Cette distinction n'a pas de portée au regard de la circulaire no 6 : au contraire, cet argument souligne

uniquement l'interdépendance des deux actions, et par conséquent le fait que le prêt ait été octroyé en raison de la position d'actionnaire de G_____, ce qui tend à démontrer que la société ne pouvait pas obtenir de financement similaire, à un même taux d'intérêt, de la part d'un tiers. L'intimée a également indiqué dans sa réclamation que G_____ n'était intéressée à financer la société qu'à la condition de devenir l'actionnaire majoritaire de cette dernière, ce qui indique que le prêt n'a été octroyé qu'en raison de la position de G_____, devenue, de manière concomitante à l'octroi du prêt, l'actionnaire majoritaire de la société, en acquérant 52,3 % des actions.

L'intimée fait valoir que toutes les conditions du prêt (montants, intérêts, échéances) accordé par G_____ avaient été négociées avant la conclusion du contrat de vente d'actions du 17 juillet 2017, à une époque où G_____ était un tiers absolu par rapport à la société et à ses actionnaires. Or, outre que cet élément ne ressort pas des pièces figurant au dossier, il ne change rien au fait que G_____ est devenue actionnaire de la société le 28 février 2018 au plus tard, et qu'ainsi, au

- 15/17 - A/1619/2021

E. 31

décembre 2018, date déterminante pour le calcul du capital propre dissimulé, elle était bien actionnaire de l'intéressée.

En outre, la contribuable soutient que le prêt accordé par G_____ a été octroyé aux mêmes conditions que celui qui avait été consenti par B_____. Or, celle-ci avait été considérée comme un tiers absolu. Il appert toutefois que le prêt de G_____ est plus favorable pour la contribuable, s'agissant en particulier du taux d'intérêt, ce que celle-ci admet d'ailleurs dans ses observations du 23 juin 2022. De telles conditions ne peuvent s'expliquer que par les liens d'actionariat liés au contrat de vente et d'achat d'actions. L'intimée n'a du reste pas démontré devant la chambre de céans qu'un tiers aurait accordé un tel prêt, aux mêmes conditions que G_____, et donc que celui-ci serait conforme aux conditions du marché.

Enfin, comme le soutient la recourante, il ressort du dossier, en particulier de la page 4 de l'annexe aux comptes 2018 jointe à la déclaration fiscale de la contribuable pour l'année 2018, qu'une partie des créances des actionnaires avait été postposée (chiffre 9 de l'annexe, intitulé « subordination de la dette »). Or, conformément à la jurisprudence précitée, cela soutient d'autant plus la conclusion selon laquelle les prêts doivent être considérés comme du capital propre. Comme le retient l'AFC-GE sans être contredite par la contribuable, il n'apparaît d'ailleurs pas que cette situation soit temporaire, le montant des prêts postposés ayant augmenté en 2019 par rapport à 2018 (passant de 25,5 % en 2018 à 37,2 % en 2019).

Enfin, il sera souligné que les montants repris au titre d'intérêts pour capital propre dissimulé n'ont pas été contestés, ni dans leur calcul ni dans leur quotité par l'intimée et sont par ailleurs conformes aux pièces du dossier.

Dans ces conditions, il n'était pas possible de dissocier, comme l'a fait le TAPI, les deux opérations, et de considérer que le prêt octroyé par G_____ était antérieur à l'achat d'actions. Il en va d'ailleurs de même du prêt accordé par les quatre actionnaires – personnes physiques –, qui étaient déjà actionnaires de la société au moment de la conclusion du contrat d'achat d'actions du 17 juillet 2017.

Dans ces circonstances, le recours sera admis, le jugement du TAPI du 21 mars 2022 annulé et les décisions sur réclamation du 31 mars 2021 seront rétablies. 4)

Vu l'issue du litige, un émolument de procédure de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimée, laquelle a conclu au rejet du recours (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée, l'autorité recourante ayant recouru dans son propre intérêt et disposant de son service juridique (art. 87 al. 2 LPA).

- 16/17 - A/1619/2021

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.