

## **GE\_GERICHTE ATA/393/2014 vom 27. Mai 2014**

GE Cour de justice, 2014-05-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_393\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_393_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATA/393/2014 du 27 mai 2014

IT: GE\_GERICHTE ATA/393/2014 del 27 maggio 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 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 1er avril 2013 consid. 8 ; 2A.568/1998 du 31 janvier 2000 ; ATA/647/2013 du 1er 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 1er mars 2005 ; ATA/877/2004 du 9 novembre 2004).

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

#### **E. 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 1ère 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.

- 9/14 - A/2665/2011

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

- 10/14 - A/2665/2011 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*, 2ème 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 proscrié, 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*, 4ème 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,

- 11/14 - A/2665/2011 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 proscriées 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

- 12/14 - A/2665/2011 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.

- 13/14 - A/2665/2011

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).

\* \* \* \* \*

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