

GE_GERICHTE ATA/66/2005 vom 18. Januar 2005

GE Cour de justice, 2005-01-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_66_2005

FR: GE_GERICHTE ATA/66/2005 du 18 janvier 2005

IT: GE_GERICHTE ATA/66/2005 del 18 gennaio 2005

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 53 al. 1 de la loi sur la procédure fiscale du 4 octobre 2001 – LPFisc – D 3 17 ; art. 57 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, applicables par renvoi de l'article 53 al. 4 LPFisc).

E. 2

Le 1er janvier 2002, est entrée en vigueur la LPFisc qui règle à ses articles 53 et suivants la procédure par devant le Tribunal administratif. L'article 86 LPFisc stipule que les règles de procédure s'appliquent dès l'entrée en vigueur de la présente loi aux causes encore pendantes. Ces nouvelles dispositions sont applicables au cas d'espèce. L'article 2 alinéa 2 LPFisc prévoit que la LPA est applicable pour autant que la LPFisc n'y déroge pas.

Aux termes de l'article 45 alinéa 1 LPA, repris par l'article 17 LPFisc pour ce qui a trait aux procédures devant le département, l'autorité peut interdire la consultation du dossier si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent. En son alinéa 3, l'article 45 LPA précise qu'une pièce dont la consultation est refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué par écrit le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de proposer les contre-preuves.

Par pli du 5 mars 2004, le Tribunal administratif a demandé à l'AFC de lui transmettre un certain nombre de documents, dont notamment les procès-verbaux d'audition des employés de la recourante auxquels celle-ci n'a pas pu avoir accès au cours de la procédure. Toutefois, le Tribunal ne se fondera pas sur ces documents pour rendre la présente décision. Il se basera uniquement sur les pièces auxquelles C_____ a eu accès soit : le rapport de la DEF du 8 juillet 1998 et ses annexes, les procès-verbaux des auditions de M. Ct_____, les pièces produites par la recourante ainsi que les procédures devant la CCRMI/FD et la CCRMI.

Les pièces auxquelles la recourante n'a pas eu accès n'étant pas pertinentes pour la solution du présent litige, il n'y a pas lieu d'en donner connaissance à la recourante.

E. 3

La recourante a invoqué tout d'abord le respect du droit d'être entendue pour solliciter la réaudition de M. Ct_____ ainsi que l'audition de Messieurs S_____, Te_____, P_____, Ci_____, H_____ et Hd_____ ainsi que des responsables de la SFS.

a. Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 125 I 209 consid. 9b p. 219 ; 122 II 464 consid. 4c p. 469), ni celui d'obtenir l'audition de témoins. En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa

- 22/44 - A/66/2003 conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.118/2003 du 13 juillet 2004, consid. 2.1 ; cf. également ATF 125 I 127 consid. 6c/cc in fine p. 135, 417 consid. 7b p. 430; 124 I 208 consid. 4a p. 211/212, 274 consid. 5b p. 285 ; 115 Ia 8 consid. 3a p. 11/12 ; 106 Ia 161 consid. 2b p. 162).

b. Une jurisprudence maintenant constante veut que l'interdiction de l'abus de droit et le respect des règles de la bonne foi valent également en procédure (ATF 114 Ia 28, 111 Ia 162, 101 Ia 39 et les arrêts cités ; J-F EGLI, La protection de la bonne foi dans le procès, in Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative, Zürich 1992 p 226 in fine).

M. Ct _____ a été auditionné à plusieurs reprises de manière informelle puis formelle par la DEF en 1996 et 1997. Trois de ces auditions ont fait l'objet de procès-verbaux qui ont été consultés par la recourante. Celle-ci a par ailleurs souligné dans ses écritures que M. Ct _____ « assumait tant la direction que la haute surveillance de C _____ S. A. » (sic !). Elle a également rappelé que M. Ct _____ était le seul propriétaire du capital actions de F _____ et qu'il était « le seul maître des décisions de cette entité » (sic !). Il était également l'actionnaire principal de M _____ ainsi que d'E _____ avec sa famille. Au vu de ce qui précède M. Ct _____ apparaît comme le témoin clé de la procédure. Il a déjà été entendu sur toutes les reprises effectuées par l'AFC. Une nouvelle audition, compte tenu notamment du nombre d'années écoulées depuis les faits, apparaît superflue, purement dilatoire et n'a pas lieu d'être ordonnée.

Le Tribunal relève que l'audition de Messieurs S _____, Te _____, P _____, Ci _____, H _____ et Hd _____ ainsi que des responsables de la SFS a été requise pour la première fois dans l'acte de recours du 16 janvier 2003. En particulier, la recourante ne l'a pas requise dans sa demande de complément d'enquête du 7 décembre 1998, adressée à l'AFC, dans laquelle elle avait demandé l'audition d'autres témoins.

Tant M. S _____ que M. Te _____ n'avaient aucune fonction auprès de la recourante, ni dans les autres sociétés qui sont au cœur du présent litige, il s'ensuit que leur audition se révèle sans pertinence pour la solution de la présente cause. MM.

Ci _____, H _____ et Hd _____ apparaissent dans ce dossier comme les comparses de M. Ct _____. Le tribunal de céans a la conviction qu'ils ne peuvent être en mesure, près de quinze ans après les faits, de fournir des explications plus exhaustives que celles que M. Ct _____ a données lors de ses auditions de 1996 et 1997. Dans ces conditions, l'audition de ces témoins apparaît inutile. Quant à l'audition de M.

P _____, elle est d'emblée dénuée de tout intérêt puisque la détermination du domicile de M. Ct _____ n'est pas pertinente pour la solution du présent litige, ainsi qu'il sera exposé ci-après. Pour le surplus, le Tribunal administratif a parfaitement compris que M. Ct _____ a

- 23/44 - A/66/2003 décidé de se domicilier fiscalement en Suisse tout en habitant physiquement à Monaco. Enfin, la recourante est dans l'impossibilité de préciser quelle

personne employée par SFS elle souhaite faire entendre.

Au vu de ce qui précède, la demande d'audition de témoins formulée par la recourante poursuit des fins purement dilatoires et est contraire au principe de la bonne foi en procédure. Elle doit donc être écartée d'emblée.

E. 4

Dans son dernier courrier du 2 février 2004, la recourante invitait le Tribunal administratif à faire application de sa jurisprudence du 27 mai 2003 (ATA /411/2003 du 27 mai 2003) confirmée par un arrêt du Tribunal fédéral 2A.321/2003 du 4 décembre 2003, dont il sera question ci-après. A défaut elle sollicitait l'ouverture d'enquêtes.

a. Le droit d'être entendu, tel qu'il est protégé par le droit fédéral, ne confère nullement à une partie celui de se prononcer sur l'argumentation juridique à retenir. Ce droit ne doit être reconnu et respecté que lorsque l'autorité envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif qu'aucune des parties à la procédure n'a invoqué jusque là (ATF 114 Ia 97 consid 2a in fine, p. 99 ; ATA R. du 21 juin 1994 consid. 3).

b. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile en cours de procédure parce que la décision intervenue a finalement été défavorable (J.-F. Egli, op. cit. p. 240)

En l'espèce, la solution retenue dans les arrêts mentionnés par la recourante ne présente aucune nouveauté puisqu'il s'agit de celle qu'elle préconise déjà dans ses précédentes écritures soit l'existence d'une société de services (en l'espèce, C_____) et une autre société dite « off-shore » dont la direction effective est exercée à Genève et qui est donc imposable séparément (in casu, F_____). Par ailleurs, l'application de la théorie de la transparence, préconisée par la CCRMI/FD est également parfaitement connue de la recourante. Le fait de subordonner l'ouverture d'enquêtes au résultat juridique retenu par le Tribunal est tout d'abord en contradiction avec les offres de preuves formulées par la recourante et puis est contraire au principe de la bonne foi en procédure. Il s'ensuit que cette requête doit également être écartée.

E. 5

Dans son acte de recours, la recourante alléguait et offrait de prouver que si le chiffre d'affaire commercial effectué par F_____ devait être consolidé avec le sien, le bénéfice commercial supplémentaire dont elle aurait été privée aurait été de CHF 628'177.- pour les années 1987 à 1994.

a. La maxime d'office régit la taxation, obligeant l'autorité à établir les faits qui fondent la créance d'impôt, alors que le contribuable doit alléguer et prouver les faits

- 24/44 - A/66/2003 qui suppriment cette créance. (RDAF 1996 427 ; X. OBERSON, Droit fiscal suisse, 2e éd., 2002, p. 431 § 22/9). En présence d'indices concluants permettant d'établir l'existence de faits justifiant une imposition, le fardeau de la preuve est renversé et c'est le contribuable qui doit remettre en cause le point de vue de l'administration.

L'approche est similaire lorsque la présentation des faits par l'autorité est vraisemblable selon l'expérience de la vie (RDAF 1996 427 ; ATA/886/2004 du 16 novembre 2004 consid. 5 ; ATA/840/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2).

b. La possibilité a été donnée à maintes reprises à la recourante de s'exprimer sur les reprises fiscales invoquées. M. Ct _____ a fait l'objet de trois auditions informelles, puis formelles au cours desquelles l'ensemble des reprises a été évoqué de manière précise et a fait l'objet de questions détaillées. Durant ces auditions, M. Ct _____ n'a pas été en mesure de fournir d'explications chiffrées. Dans le cadre de la procédure de réclamation la recourante n'a pas été davantage en mesure de fournir d'éléments chiffrés alors qu'elle connaissait parfaitement la position de l'AFC. Ce n'est que dans le cadre de son recours au tribunal de céans, sept ans après le début de la procédure, que la recourante expose pour la première fois un élément chiffré sans fournir aucune explication sur la manière dont celui-ci a été calculé. Le Tribunal administratif souligne qu'elle n'a pas fourni d'explications supplémentaires dans sa réplique du 5 décembre 2003.

Au vu de ce qui précède, l'offre de preuve contenue à cet égard dans le recours est manifestement dilatoire. La recourante ayant échoué à apporter la preuve des chiffres qu'elle allègue, ceux-ci étant sans fondement, ils seront tout simplement écartés.

E. 6

La recourante se prévaut du principe de la bonne foi. Elle a fait valoir qu'elle s'était conformée aux recommandations émises par la SFS dans son rapport de 1983 sur une clarification nécessaire des relations entre C _____ et F _____, preuve en soit que l'AFC n'avait rien trouvé à redire sur la manière dont étaient comptabilisées les relations entre la recourante et F _____ lors d'un contrôle effectué en 1988. De même, dans son rapport de révision du 4 mai 1988, la SFS n'émettait plus aucune observation.

a. Le Tribunal administratif souligne qu'il n'est pas possible de comparer le rapport « ordinaire » de révision de la SFS du 4 mai 1988 relatif aux comptes 1987 de C _____ avec les rapports que la SFS avait rendu en date du 23 septembre 1983 dont l'un portait sur C _____ et l'autre sur F _____. Ceux-ci en effet avaient trait à l'examen technique et comptable de certains comptes des exercices commerciaux 1981 et 1982 et avaient été effectués sur la base d'un mandat particulier émanant de la recourante tant pour C _____ que pour F _____.

b. Le contrôle accompli en 1988 n'a pas été effectué dans le cadre de l'impôt fédéral direct mais dans le cadre de l'impôt anticipé et des droits de timbre. Il s'agit donc d'une entité distincte de l'AFC. Sur le principe celle-ci ne saurait se laisser

- 25/44 - A/66/2003 imputer les connaissances de cet autre organisme qu'est l'AFC, section de l'impôt anticipé. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en effet, le contribuable qui annonce des faits pertinents sur le plan fiscal au moyen d'un formulaire spécial ne peut pas considérer que l'administration les reprendrait d'office à l'occasion de la taxation pour l'impôt ordinaire sur le revenu (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.351/2002 du 5 novembre 2002 consid. 4.3 ; ATA/858/2003 du 25 novembre 2003 consid. 5a confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2P.15/2004 du 22 décembre 2004). En tout état, l'inspecteur de l'impôt anticipé et des droits de timbre avait à l'époque du contrôle exclusivement examiné la comptabilité de C _____, les classeurs relatifs à F _____ ne lui ayant pas été remis. Il ne pouvait donc s'apercevoir des éléments qui ont été mis en lumière dans l'enquête conduite par la DEF.

Au vu de ce qui précède le principe de la bonne foi n'a pas été violé et cet argument doit être écarté.

E. 7

Le Tribunal administratif examine d'office la question de la prescription puisque selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, en droit public la prescription doit être constatée d'office lorsqu'un particulier est débiteur de l'Etat (ATF 106 Ib 364).

E. 8

a. Concernant des créances en matière d'impôt fédéral direct nées et interrompues sous l'empire de l'arrêté sur l'impôt fédéral direct, la Tribunal fédéral a jugé que les dispositions relatives à la prescription de la nouvelle loi sur l'impôt fédéral direct n'étaient pas applicables [...] En effet, la prescription était une institution de droit matériel qui concerne directement l'existence de la créance fiscale ; en l'absence d'une réglementation expresse contraire du nouveau droit, il se justifiait dès lors de l'examiner d'après les dispositions de l'ancien droit (RDAF II 2002 89, p. 93 et 94).

b. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les questions de droit matériel sont résolues en fonction du droit en vigueur lors des périodes fiscales litigieuses (ATF du 31 janvier 2000 causes n° 2P.411/1998 et 2A.568/1998; ATF AFC du 24 novembre 1998, consid. 3-7; ATF H. du 27 février 1998, consid. 3; ATF B. du 26 septembre 1997, consid. 3; ATA/368/2001 du 29 mai 2001, consid. 4a). Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il jugé que les règles contenues dans l'ancien arrêté fédéral sur l'impôt fédéral direct étaient seules applicables aux litiges nés avant l'entrée en vigueur de la LIFD (Arrêt du Tribunal fédéral 2A. 23/2004 du 1er septembre 2004 consid. 2 ;ATF 126 II 1 consid. 2a p.3 ; ATA A/425/2001 du 28 août 2001, consid. 3a)

E. 9

a. En matière d'impôt fédéral direct, le litige porte sur les périodes fiscales 1989- 1990 (années de calcul 1987-1988), 1991-1992 (années de calcul 1989-1990), 1993- 1994 (années de calcul 1991- 1992) ainsi que sur la période fiscale 1995 (années de calcul 1993-1994). La LIFD est entrée en vigueur le 1er janvier 1995. Compte tenu des jurisprudences citées ci-dessus, le Tribunal de céans appliquera au présent litige afférent aux périodes fiscales 1989 à 1994 les dispositions de l'AIFD, en vigueur

- 26/44 - A/66/2003 jusqu'au 31 décembre 1994. Il appliquera en revanche la LIFD à la période fiscale 1995.

b. Selon l'article 134 AIFD, le droit d'engager la procédure en cas de soustraction prévu aux articles 132 et 133 AIFD, s'éteint cinq ans après la clôture de la période de taxation (article 7 alinéa 1 AIFD) en question. La période de taxation la plus ancienne se terminant le 31 décembre 1990 et la présente procédure ayant été déclenchée par lettre du département du 4 décembre 1995 ainsi que par les perquisitions du 14 décembre 1995, ce délai a été respecté.

c. Aux termes de l'article 128 AIFD auquel renvoie l'article 135, les créances résultant de la perception des montants soustraits et des amendes se prescrivent par cinq ans. La prescription court dès l'échéance de la créance. Elle est interrompue par tout acte tendant au recouvrement de celle-ci.

En droit genevois – de même qu'en matière d'impôt fédéral direct – des actes tels que l'envoi de bordereaux, la réclamation, la décision sur réclamation, le recours et la décision sur recours, sont considérés par la jurisprudence comme des actes tendant au recouvrement de la créance fiscale qui interrompent la prescription (ATA V. du 20 décembre 1994 consid.

7b et les références citées). Un nouveau délai de prescription commence à courir dès l'interruption.

Compte tenu des nombreux actes interruptifs intervenus, la prescription relative de 5 ans n'a pas été acquise à ce jour pour ce qui concerne les créances en rappel d'impôt et les amendes.

d. En ce qui concerne la période fiscale 1995, l'article 120 LIFD stipule que le droit de procéder à une taxation se prescrit par cinq ans à compter de la fin de la période fiscale. Aux termes de l'alinéa 2 let. a de cette disposition, la prescription ne court pas ou est suspendue pendant les procédures de réclamation, de recours ou de révision. Selon l'alinéa 3 let. a un nouveau délai de prescription commence à courir lorsque l'autorité prend une mesure tendant à fixer ou faire valoir la créance d'impôt et en informe le contribuable [...]. Le bordereau de taxation ordinaire 1995 ayant été notifié à la recourante le 11 septembre 1996, le délai a été respecté.

e. Contrairement à la LIFD, l'AIFD ne prévoit pas de délai de prescription absolue en matière de soustraction d'impôt. Selon le Tribunal fédéral, toutefois, l'institution de la prescription est reconnue en droit public comme un principe général lorsqu'une disposition expresse fait défaut (RDAF 1995 118 consid. 4a p. 126). Il s'ensuit qu'en cas d'application de l'AIFD il convient d'adopter la solution prévue par l'article 184 alinéa 2 LIFD qui instaure une prescription absolue de 15 ans à compter de la fin de la période fiscale en cause (RDAF 1995 118 consid. 4c p. 128).

- 27/44 - A/66/2003

Dans le cas d'espèce, s'agissant des créances en rappel d'impôt et des amendes, la prescription absolue n'est atteinte ni pour les périodes fiscales soumises à l'AIFD, ni pour la période fiscale soumise à la LIFD.

E. 10

Les principes développés ci-dessus en droit fédéral sont applicables, mutatis mutandis, en droit cantonal.

En droit cantonal, de nouvelles normes de droit fiscal matériel sont entrées en vigueur dès le 1er janvier 2001, en application de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID – RS 642.14). Elles ont abrogé ou modifié, à partir de cette date, la plupart des dispositions de la loi générale sur les contributions publiques du 9 novembre 1887 (LCP – D 3 05), ces dispositions demeurant cependant applicables pour les périodes fiscales antérieures à l'année 2001. L'adaptation de la législation fiscale genevoise aux exigences de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes est en effet dépourvue d'effet rétroactif, comme l'a relevé le Tribunal administratif dans une jurisprudence constante (ATA/182/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/101/2004 du 27 janvier 2004 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. I, 1994, p. 170 ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4e éd., 1991, p. 116).

E. 11

a. Pour ce qui a trait à l'impôt cantonal, le litige porte sur les périodes fiscales 1991, 1992, 1993, 1994 et 1995. Au vu des jurisprudences citées ci-dessus, le Tribunal de céans examinera le présent litige sous l'angle des anciens articles de la loi générale sur les

contributions publiques (aLCP).

b. Selon l'article 368 aLCP, lorsqu'un contribuable n'a pas payé l'impôt pour une année déterminée ou pour une opération visée au titre II de la première partie, soit qu'il n'ait pas fait de déclaration ou qu'elle ait été incomplète, soit qu'il n'ait pas été taxé d'office, l'impôt non payé peut lui être réclamé dans un délai de cinq ans, non compris l'année courante. L'AFC/GE ayant déclenché la procédure de vérification au sens de l'article 333 aLCP par courrier du 23 août 1996, ce délai a été respecté en l'espèce.

c. Aux termes de l'article 369 aLCP, qui régit la prescription de la créance fiscale, les créances de l'Etat et des communes pour la perception des impôts se prescrivent par un délai de cinq ans dès le jour où le bordereau de perception a été adressé au contribuable (al. 1). Les articles 129 et suivants du Code des obligations sont applicables par analogie.

En conséquence, la remise du bordereau constitue, à Genève, sous l'empire de la aLCP le point de départ du délai de prescription (ATA V. du 20 décembre 1994 consid. 4b). Le délai de prescription est interrompu par toute mesure de l'autorité tendant à la taxation pour autant, bien évidemment, que le droit de taxer n'ait pas expiré en raison de la péremption. Si l'autorité qui a ouvert une procédure de taxation

- 28/44 - A/66/2003 reste ensuite inactive et ne la mène pas à chef, la créance fiscale pourra se prescrire (ATA V. du 20 décembre 1994 consid. 4b et les références citées).

Conformément à l'article 369 aLCP, la prescription de la créance fiscale, pour chacune des taxations 1991 à 1995 a commencé à courir à la remise des bordereaux, soit le 7 novembre 1991 pour la taxation 1991, le 25 novembre 1992 pour la taxation 1992, le 17 décembre 1993 pour la taxation 1993, le 1er décembre 1994 pour la taxation 1994 et le 28 décembre 1995 pour la taxation 1995.

Depuis lors, et pour chacune des années considérées, cette prescription quinquennale a été interrompue à plusieurs reprises chaque fois avant l'issue du nouveau délai de prescription de cinq ans découlant de la précédente interruption. En conséquence, la prescription n'est pas acquise à ce jour pour les périodes précitées.

d. La aLCP ne prévoyant pas de délai de prescription absolue, il se justifie d'appliquer le même raisonnement qu'en matière d'impôt fédéral direct et par conséquent de reconnaître un délai de prescription absolu de 15 ans.

En conséquence, les créances en rappel d'impôt et les amendes ne sont pas atteintes par la prescription relative de 5 ans, ni par la prescription absolue de 15 ans.

E. 12

La recourante invoque la prescription pour les reprises effectuées sur les postes « amortissement extraordinaire du stock », « augmentation de la provision pour perte sur débiteurs » et « frais non justifiés par l'usage commercial » visés par la décision de la CCRMI/FD du 4 décembre 2002.

Pour ce qui a trait aux postes « amortissement extraordinaire du stock » et « augmentation de la provision pour perte sur débiteurs », le Tribunal confirmera ci- après la décision de la CCRMI/FD annulant les reprises effectuées de ce chef. En conséquence, l'argumentation de la recourante n'est pas pertinente.

Quant à la reprise pour « frais non-justifiés par l'usage commercial », le Tribunal démontrera ci-après que la soustraction y relative – qui concerne l'année fiscale 1987 – est consécutive d'une comptabilisation erronée et par conséquent fautive. La reprise de CHF 158'793,30 opérée par l'AFC est dès lors parfaitement justifiée au regard de l'article 129 AIFD et n'est pas prescrite.

E. 13

Le Tribunal administratif a déjà dit ci-dessus qu'en matière d'impôt fédéral direct, l'AIFD est applicable aux périodes fiscales 1989-1990 à 1993-1994 alors que la LIFD est applicable à la période fiscale 1995. En ce qui concerne les impôts cantonaux, ce sont les dispositions de l'aLCP qui s'appliquent à l'ensemble du litige.

E. 14

a. En vertu de l'art. 129 al.1 AIFD, celui qui se soustrait totalement ou partiellement à l'impôt en éludant les obligations qui lui incombent, conformément aux articles 82 à 87, 89, 91 et 97 AIFD, dans la procédure de taxation ou en celant

- 29/44 - A/66/2003 des éléments essentiels à la détermination de l'existence ou de l'étendue de l'obligation fiscale ou en donnant, intentionnellement ou par négligence, des indications inexactes, est passible d'une amende allant jusqu'à quatre fois le montant soustrait; ce montant doit être payé en sus de l'amende.

b. L'article 175 alinéa 1 LIFD reprend la notion de soustraction en indiquant qu'est punissable d'une amende, le contribuable qui, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle devrait l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète.

c. La soustraction est consommée lorsqu'il y a cumulativement soustraction d'un montant d'impôt, violation d'une obligation légale lui incombant et une faute. A cet égard, l'intention n'est pas seule constitutive de la faute. Une simple négligence suffit (ATF du 31 janvier 2000, op. cit.; ATF du 3 juillet 1980 in ASA 54, p.660).

E. 15

a. En droit cantonal, conformément à l'article 333 aLCP, les déclarations fiscales peuvent faire l'objet d'une révision par les contrôleurs de l'impôt; ceux-ci, après enquête ou citation du contribuable, fixent les éléments imposables. Selon l'article 338 alinéa 2 aLCP, le contrôle peut porter sur les déclarations des impôts dus au cours des cinq années précédentes, non compris l'année courante

b. Par le biais de la procédure de vérification ou de contrôle, l'AFC/GE est en mesure de procéder à un rappel d'impôt au sens de l'article 340 aLCP, pour autant que la déclaration du contribuable soit inexacte ou incomplète et que de ce fait la taxation ait été inférieure à celle qui aurait été fixée si la déclaration avait été exacte. Le rappel d'impôt est indépendant de toute faute du contribuable que ce soit intentionnellement ou par négligence (ATA/764/2003 du 21 octobre 2003 consid. 7a et les références citées).

c.

Selon la jurisprudence rendue au sujet de l'article 340 LCP, le rappel d'impôt est réservé aux cas où l'insuffisance de l'impôt est due à la manière dont la déclaration a été établie par le contribuable et non lorsque cette insuffisance provient d'une autre cause, comme une erreur de l'AFC/GE (ATA S. du 6 février 1991). Dans un arrêt du 9 juin 1992, confirmant l'ATA

précité, le Tribunal fédéral a toutefois précisé que : "Le contribuable qui donne des renseignements inexacts ou incomplets sur sa situation ne saurait se libérer de sa responsabilité en arguant que l'autorité aurait dû élucider le cas, car il doit compter avec la possibilité que l'autorité se fonde de bonne foi sur les indications qu'il a données sans les examiner plus profondément. Seul est réservé le cas où l'autorité connaissait ou aurait dû connaître le défaut de renseignements du contribuable et qu'elle n'en a pas tenu compte par négligence" (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.208/1991 du 9 juin 1992 consid 3b.b cité in ATA/764/2003 du 21 octobre 2003 consid. 7c et les références citées).

d. De même, s'agissant du caractère inexact et/ou incomplet d'une déclaration, la doctrine estime que, d'une part, l'autorité est en droit de se fonder sur la déclaration

- 30/44 - A/66/2003 du contribuable qui est garant de son exactitude et de son caractère exhaustif et, d'autre part, que le grand nombre de décisions à rendre rend illusoire une vérification de toutes les indications du contribuable (H. CASANOVA, Le rappel d'impôt in RDAF 1999 II p. 11).

C'est à la lumière des principes dégagés tant en droit fédéral qu'en droit cantonal que le Tribunal va examiner le bien-fondé des reprises effectuées par l'AFC et l'AFC/GE en reprenant les arguments développés par la recourante. I. Domicile de M. Ct _____

E. 16

La recourante reproche à la CCRMI/FD et à la CCRMI (ci-après : les commissions de recours) de ne pas avoir tenu compte du fait que le domicile effectif de M. Ct _____ se trouvait selon elle à Monaco. C'est en ce lieu qu'étaient prises les décisions concernant C _____ et F _____ et c'est à ce lieu et à la personne de M. Ct _____ que devrait cas échéant être rattachée F _____.

E. 17

En général, l'existence d'une personne morale constituée valablement sous l'angle du droit civil est reconnue en droit fiscal, même si elle est dominée par une seule personne. Cette règle trouve ses limites lorsque les conditions de l'évasion fiscale sont réalisées. La jurisprudence a ainsi admis que les autorités fiscales peuvent exceptionnellement ignorer l'existence d'une personne morale, lorsque cette dernière a été constituée aux seules fins d'éluder l'impôt et que son existence soit artificielle, le contribuable ayant conservé la propriété économique de la société (X. OBERSON, Droit fiscal suisse, 2e édition, Bâle 2002 p171 n° 8 et les références citées).

La présente procédure concerne l'imposition de C _____ qui, durant les années sur lesquelles portent les reprises en cause, était une société anonyme de droit suisse et était dotée de la personnalité morale. À aucun moment, la personnalité morale de C _____ n'a été remise en cause. C _____ est donc une contribuable à part entière, totalement distincte de M. Ct _____ alors même que ce dernier en a le contrôle effectif. La domiciliation de M. Ct _____ n'a dès lors aucune influence sur la présente procédure. Tous les arguments développés à ce sujet doivent ainsi être écartés. II.

F _____

E. 18

La recourante fait grief aux commissions de recours d'avoir considéré que C _____ et F _____ ne formaient qu'une seule entité et en conséquence d'avoir incorporé les

résultats de F_____ à C_____. Pour elle, C_____ n'était qu'une société de services fournissant des prestations bureautiques aux affaires de M. Ct_____. Elle sollicitait donc que soit appliquée au cas d'espèce la jurisprudence rendue par le Tribunal de céans in

- 31/44 - A/66/2003 ATA/411/2003 du 27 mai 2003 confirmée par Arrêt du Tribunal fédéral 2A.321/2003 du 4 décembre 2003.

E. 19

a. A proprement parler, les sociétés de services ne bénéficient pas d'un régime fiscal particulier. Elles n'en présentent pas moins certaines particularités en raison de leur but qui est de procurer des services, de l'assistance ou des conseils à d'autres sociétés. [...] En pratique, ces sociétés sont imposées sur une base forfaitaire correspondant à une marge théorique calculée sur la base du prix de revient (« cost plus ») (X. Oberson, Droit fiscal suisse, 2e édition, Bâle 2002 p. 226 n° 43).

b. Dans la jurisprudence invoquée ci-dessus par la recourante, la société suisse en cause était considérée comme une société de services par les autorités fiscales genevoises et était imposée comme telle. Le Tribunal a jugé que compte tenu des circonstances, la société créée aux Iles Vierges Britanniques qui seule avait une activité commerciale avait une direction effective en Suisse et devait partant être assujettie aux impôts en Suisse. Cependant les deux sociétés étaient imposées séparément, l'une comme société de services, l'autre comme société commerciale.

c. L'état de fait de la présente cause est totalement différent. En effet C_____ n'a jamais été considérée ni imposée comme une société de services. Elle a un but social qui est clairement commercial (cf. supra chiffre 1 « en fait ») et a déployé une activité commerciale notamment en achetant des marchandises à divers fournisseurs et en les vendant à E_____. Elle garantissait par ailleurs le paiement des factures des fournisseurs, en particulier Y_____, Sh_____ et Fu_____. De plus, M. Ct_____, actionnaire principal de C_____ et de F_____ se servait régulièrement des deux sociétés lors d'une même opération commerciale.

Au vu de ce qui précède, la jurisprudence rendue par le Tribunal de céans in ATA/411/2003 du 27 mai 2003 confirmée par Arrêt du Tribunal fédéral 2A.321/2003 du 4 décembre 2003 ne saurait trouver application ici.

E. 20

a. Il est loisible à chacun, dans les limites du cadre fixé par le droit applicable, d'organiser son activité de façon à payer le moins d'impôts possible. L'économie d'impôt est en effet admise par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (Archives 66, 414 ; RDAF 1977, 309 ; 1974,175) [...] Toutefois, sous prétexte d'une économie fiscale, le contribuable ne saurait franchir la limite de l'interdiction de l'abus de droit. Dans cette hypothèse, le contribuable commettrait alors une évasion fiscale qui, elle, n'est pas admissible (Archives 64, 81). L'interdiction de l'abus de droit, qui fait partie des principes généraux du droit, prohibe ainsi l'utilisation d'une règle fiscale à des fins manifestement contraires à sa finalité (Rivier, Droit fiscal suisse, p. 106 ; Moor I, p. 434). Selon la jurisprudence, il y a évasion fiscale lorsque trois conditions cumulatives sont remplies (RDAF 1996, 139 ; ATF 107 Ib 322) :

- 32/44 - A/66/2003

(i) le contribuable choisit pour effectuer une opération une forme insolite, inadéquate ou anormale, en tout cas inadaptée aux données économiques ;

(ii) le choix est abusif, en ce sens qu'il a uniquement pour but d'économiser les impôts qui auraient été dus si les rapports de droit avaient été aménagés de manière appropriée ;

(iii) le procédé choisi entraînerait effectivement une notable économie d'impôt si le fisc l'admettait.

Lorsque ces trois conditions sont réalisées, l'administration est alors fondée à faire abstraction de la forme choisie par le contribuable pour procéder à une analyse de la réalité économique de l'opération en cause (X. OBERSON, Droit fiscal suisse, 2e édition, Bâle 2002, p 50 n° 17 ss).

b. In casu, un certain nombre d'éléments démontrent que F_____ n'était en fait qu'une société écran dont le but était de dissimuler les bénéfices de C_____ et ainsi de lui permettre d'éluder les impôts suisses :

- M. Ct_____ était actionnaire majoritaire et administrateur de C_____ et de F_____ ;

- les opérations comptabilisées dans les comptes de F_____ correspondent également au but ressortant de l'inscription au registre du commerce de C_____ ;

- depuis la création de C_____ le 11 janvier 1977, l'administration effective de F_____ s'est tenue dans les mêmes bureaux que C_____. La comptabilité de F_____ a été effectuée depuis cette époque sur le même système informatique que celui de C_____ ;

- la comptabilité de F_____ est tenue en francs suisses ;

- C_____ et F_____ disposent chacune d'un compte bancaire auprès de l'U_____. Ces comptes bancaires font l'objet d'actes de nantisements croisés. Les avoirs bancaires de C_____ garantissent donc ceux de F_____ et vice-versa ;

- le personnel, engagé par C_____, s'occupait indifféremment des deux sociétés ;

- les factures de Yamaha étaient émises contre C_____. Les crédits documentaires étaient cependant établis et débités sur le compte bancaire de F_____ auprès de l'U_____ ;

- les factures adressées à E_____ étaient établies par C_____. Les paiements étaient par contre crédités sur le compte bancaire de F_____ ;

- 33/44 - A/66/2003

- lors de la perquisition domiciliaire du 14 décembre 1995, il est apparu que les documents propres à C_____ et à F_____ cohabitaient sans distinction les uns des autres ;

- dans le cadre de ses investigations, la DEF a notamment découvert un document en provenance de SFS adressé à la direction de C_____ dans lequel il était demandé de séparer clairement les documents propres à C_____ et à F_____.

- dans le cadre d'une convention, M. Ct_____ ne distinguait pas lui-même les deux sociétés et faisait référence à un prêt accordé par la contribuable de plus de FF 2'382'318.- alors qu'il figurait à l'actif de F_____.

Au vu de ce qui précède, F _____ n'avait pas d'activités économiques qui ne puissent être accomplies par la recourante, d'un point de vue fiscal. Il convient donc d'admettre que C _____ et F _____ n'avaient pas d'indépendance économique réelle. En fait, pour effectuer une même opération commerciale, deux sociétés étaient utilisées, dont l'une avait son siège au Panama, en lieu et place d'une seule. Il s'ensuit que en l'espèce, la constitution de deux sociétés représente une forme juridique insolite, dictée par l'intention d'éviter l'impôt et qui de fait aboutit à une économie d'impôt (ATA/464/2000 du 9 août 2000 consid. 3 à 6). Il se justifie donc de considérer C _____ et F _____ comme une seule entité et d'incorporer ainsi à C _____ les résultats de F _____.

III. E _____

E. 21

La recourante fait valoir que réintégrer les marges qui auraient dû bénéficier à F _____ dans la comptabilité de cette dernière et donc, par ricochet dans celle de la recourante aboutissait à une double imposition puisque E _____ payait des impôts à La Réunion. Elle considère le calcul des marges auquel a procédé la DEF comme arbitraire d'autant plus que la DEF s'est basée pour le calculer sur les factures adressées par F _____ puis par C _____ à E _____ en faisant abstraction de la comptabilité d'E _____ qui n'était pas en possession des autorités fiscales. Seule la comptabilité d'E _____ pouvait déterminer s'il y avait une double marge et si la marge financière compensait la marge réduite sur les commissions.

E. 22

Pour étayer ses objections, la recourante allègue un certain nombre d'éléments tels que, par exemple, le fait qu'E _____ payait des impôts à La Réunion plus élevés que ceux qu'elle aurait payés en Suisse et qu'en conséquence le raisonnement de l'AFC n'aurait pas de sens. Elle fait encore valoir également que les marges

- 34/44 - A/66/2003 retenues par l'AFC sont excessives par rapport à ce qui est pratiqué dans le type de commerce effectué par les sociétés dont M. Ct _____ était actionnaire.

Le Tribunal relève que pour étayer ces allégations la recourante n'apporte pas l'ombre d'une preuve alors qu'elle a eu des années pour le faire. Elle n'a pas démontré qu'E _____ payait des impôts à La Réunion ni qu'elle en avait payé notamment sur les bénéfices réalisés du fait de la revente des biens qui avaient été commandés et payés par C _____ et F _____. De même, elle n'a pas été en mesure d'expliquer quelles étaient les marges usuelles pratiquées dans le domaine des biens de consommation. Le Tribunal renvoie donc la recourante aux développements effectués ci-dessus sur le fardeau de la preuve et la notion de bonne foi en procédure.

Pour ce qui a trait à la comptabilité d'E _____, le Tribunal relève de plus, que M. Ct _____ étant actionnaire majoritaire de C _____, F _____ et d'E _____, il était tout à fait loisible à la recourante de produire les éléments dont elle entendait se prévaloir en le sollicitant à cette fin. Il était en tout cas plus facile à la recourante d'obtenir la collaboration de son actionnaire à cet effet qu'à l'AFC de demander la production de la comptabilité d'une société sise à La Réunion. Là encore, le Tribunal renvoie la recourante à la notion de bonne foi en procédure.

Au vu de ce qui précède, les arguments de la recourante qui ne sont étayés par aucun élément de fait doivent être écartés.

E. 23

En matière intercantonale, l'article 127 alinéa 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst – RS 101) prohibe la double imposition. En matière internationale, l'article 9 paragraphe 2 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (modèle OCDE) prévoit que lorsqu'un Etat contractant inclut dans les bénéfices d'une entreprise de cet Etat – et impose en conséquence – des bénéfices sur lesquels une entreprise de l'autre Etat contractant a été imposée dans cet autre Etat, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise du premier Etat si les conditions convenues entre les deux entreprises avaient été celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes, l'autre Etat procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui y a été perçu sur ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, il est tenu compte des autres dispositions de la présente Convention et, si c'est nécessaire, les autorités compétentes des Etats contractants se consultent.

Ce mécanisme, dit ajustement corrélatif ou correspondant, vise à éviter la double imposition économique dans un cas analogue au cas d'espèce (X. OBERSON, Précis de droit fiscal international, 2e édition, Berne 2004, p 198 n° 635). Or la Suisse, en principe, n'a pas repris l'article 9 paragraphe 2 du modèle OCDE dans ses conventions de double imposition (CDI) et ne prévoit donc pas d'ajustement corrélatif. Seules les CDI passées avec le Canada, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis reprennent cette disposition. (X. OBERSON, op. cit. p. 199 n° 640).

- 35/44 - A/66/2003 Il s'ensuit qu'en Suisse, la double imposition n'est pas prohibée sur le plan international. Cette objection de la recourante doit donc être écartée.

E. 24

a. Selon le Tribunal fédéral, l'existence d'une prestation appréciable en argent suppose la réalisation de quatre conditions cumulatives : la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ; cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le touchant de près ; elle n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers ; la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient (X. OBERSON, op.cit. p. 189 ss n° 31 ; ATA/792/2003 du 28 octobre 2003, consid. 4). [...] En présence d'une prestation appréciable en argent, les conséquences fiscales seront multiples. Au niveau de la société, le fisc réintègrera la prestation dans les bénéfices imposables de la société (X. OBERSON, op.cit. p. 190 n° 33).

b. Sont considérées comme des personnes proches de l'actionnaire, celles avec lesquelles existent des relations économiques ou personnelles qui, d'après l'ensemble des circonstances, doivent être vues comme la cause véritable des prestations qu'il s'agit d'imposer. Sont également des personnes proches, celles auxquelles l'actionnaire permet de disposer de sa société comme si elle leur appartenait en propre (RDAF 2000 II p 52 consid. 2a p. 54-55 et les arrêts cités). Il incombe à la société contribuable de prouver que les prestations en cause sont commercialement justifiées, de sorte que le fisc puisse s'assurer que seuls des motifs commerciaux et non d'étroites relations personnelles et économiques entre la société et le bénéficiaire desdites prestations ont été décisifs (ATF 119 Ib 431 consid 2c p. 435 ; RDAF 2000 2e partie p. 52 consid. 2b p. 55; RDAF 1999 2e partie p. 449 consid.3b p. 453).

c. En l'occurrence, la DEF s'est livrée à une étude approfondie des prix de transfert pratiqués par la recourante. Il est indéniable que les marchandises étaient refacturées à un prix manifestement inférieur auquel elles l'auraient été à l'égard d'un tiers indépendant. Preuve en soit que pour compenser en partie cette différence, le taux des intérêts portés en compte pour paiement à 240 jours, était, quant à lui supérieur aux normes généralement admises. La DEF en a d'ailleurs tenu compte pour calculer les prix que la recourante aurait dû refacturer à E_____. Par ailleurs, la recourante n'a pas été en mesure de démontrer en quoi le calcul effectué par la DEF était erroné.

Monsieur Ct_____ était l'actionnaire unique de C_____ et F_____, il était également actionnaire majoritaire de E_____. Dans ces conditions, E_____ apparaît bien comme une personne proche de l'actionnaire de C_____ et F_____ au sens développé par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Peu importe enfin que M. Ct_____ n'ait pas été membre des conseils d'administration des trois sociétés (C_____, F_____ et E_____). En effet la recourante a bien expliqué à quel point c'était lui qui

- 36/44 - A/66/2003 prenait toutes les décisions importantes, ce qui a été corroboré par M. Ct_____ lui-même lors de ses auditions. En conséquence, il doit être assimilé sans autre à un organe de fait. Dès lors, on ne saurait nier qu'il était parfaitement au courant des modalités des prix de revente de marchandises entre les diverses sociétés et qu'il les avait admises, accordant ainsi des avantages à E_____.

Les reprises opérées de ce chef par l'AFC et la CCRMI doivent ainsi être confirmées. IV. M_____

E. 25

La recourante critique les reprises effectuées de ce chef en faisant valoir que c'est F_____ qui a octroyé un prêt à M_____ et qu'en conséquence C_____ est totalement étrangère à cette affaire. Qui plus est, l'achat d'un bien immobilier à Monaco impliquait M. Ct_____ à titre purement personnel et n'entraînait même pas dans le but social de la recourante.

E. 26

Le Tribunal renvoie la recourante aux développements effectués ci-dessus : C_____ et F_____ forment en réalité une seule et même entité économique, il se justifie donc de reporter les postes de la comptabilité de F_____ dans celle de C_____. On en veut pour preuve dans le cas d'espèce le fait que bien que le prêt accordé à M_____, l'ait été par F_____, dans la convention de dissolution anticipée du 27 février 1993, il est dit que M_____ doit rembourser le prêt à C_____.

E. 27

M. Ct_____ était à la fois actionnaire de C_____, F_____ et M_____. Le fait que la recourante ait accordé un prêt à M_____ sans contrat, ni aucune garantie et qu'elle n'ait pas exigé le paiement d'intérêts au taux pratiqué par sa banque, constitue une prestation appréciable en argent au sens de la doctrine et de la jurisprudence rappelées ci-dessus. Partant, le réajustement du compte courant de M. Ct_____ en tenant compte du prêt octroyé ainsi que le réajustement des intérêts dus à la recourante par M_____ sont justifiés. Les reprises effectuées de ce chef au niveau des intérêts doivent être confirmées. V.

Compte courant actionnaire de M. Ct _____

E. 28

Selon la recourante aucune reprise ne devait être effectuée de ce fait puisque le compte courant de M. Ct _____ auprès de C _____ était créancier et que la relation de compte courant entre F _____ et M. Ct _____ ne concernait pas C _____.

E. 29

Le Tribunal administratif rappelle, une fois encore, que C _____ et F _____ forment une seule entité économique. La consolidation des comptes courants de M. Ct _____ auprès de C _____ et de F _____ est donc justifiée. Dès 1993, date de dissolution de M _____, la DEF a pris en considération le montant de CHF 1'031'000.- correspondant au prêt accordé par

- 37/44 - A/66/2003 F _____ à M _____. Le cumul des deux comptes courants étant débiteur, un intérêt a été repris pour les années fiscales 1987 à 1994, aux taux officiels publiés par la Confédération en ce qui concerne le prêt d'une société à un actionnaire.

Les reprises sur compte courant actionnaire sont justifiées et doivent donc être confirmées.

VI. Commissions T _____-S _____

E. 30

Là encore, selon la recourante, toutes les factures à l'origine des reprises pour les commissions T _____-S _____ émanaient de F _____ et ne pouvaient être imputées à la recourante. Dès lors que le Tribunal a considéré que F _____ et C _____ formaient une seule et même entité économique, cette objection doit être rejetée.

E. 31

C'est à juste titre que l'AFC a réintégré les commissions versées directement à F _____ dans les comptes de cette dernière et par conséquent dans ceux de la recourante. Quant aux commissions facturées par F _____ mais encaissées par des tiers, la recourante n'a pas pu démontrer en quoi ces versements étaient justifiés par l'usage commercial.

Le Tribunal administratif rappelle que selon les règles régissant le fardeau de la preuve, il incombe au contribuable de justifier les faits qui réduisent ou éteignent son obligation fiscale (X. OBERSON, op. cit. p. 431 n° 9), la recourante ayant échoué à apporter une telle preuve, les reprises opérées de ce chef doivent être confirmées. VII. Amortissement extraordinaire du stock

E. 32

Le Tribunal confirme la décision de la CCRMI/FD sur ce point et considère, à l'instar de toutes les parties à la présente procédure qu'il n'y a pas lieu d'effectuer de reprise pour ce poste. VIII. Augmentation de la provision pour perte sur débiteurs

E. 33

Pour ce poste également, le Tribunal confirme la décision de la CCRMI/FD, considérant qu'il ne se justifie pas d'opérer de reprise. IX. Factures débiteurs non comptabilisées

E. 34

Le Tribunal confirme la décision des commissions de recours sur ce point. En ce qui concerne la facture produite sous chiffre 51x, le Tribunal relève que la même facture, produite en annexe des auditions de M. Ct_____, n'est pas barrée. Par ailleurs, il résulte des extraits des procès-verbaux produits en annexe du rapport de la DEF que lors de son audition, M. Y_____, comptable de C_____, n'a pas pu indiquer que cette facture avait été annulée alors qu'il a pu le faire pour celles

- 38/44 - A/66/2003 que la CCRMI a écartées. En conséquence, la reprise opérée sur cette facture sera également maintenue. X. W_____-commissions CTI

E. 35

La recourante fait grief à la CCRMI/FD d'avoir considéré que ces commissions versées à trois personnes différentes n'étaient pas des charges justifiées par l'usage commercial et de les avoir réintégrées dans le bénéfice de l'exercice commercial 1987, sans avoir établi qu'elles n'étaient pas justifiées par l'usage commercial.

E. 36

W_____ (ci-après : W_____) a facturé à la recourante des commissions sur des ventes. Le paiement a été effectué directement sur le compte de trois personnes physiques. Tout au long de la procédure la recourante a été dans l'incapacité d'expliquer qui étaient ces personnes et à quel titre une société anglaise lui avait facturé des commissions.

C'est le lieu de rappeler qu'en présence d'indices concluants permettant d'établir l'existence de faits justifiant une imposition, le fardeau de la preuve est renversé et c'est le contribuable qui doit remettre en cause le point de vue de l'administration. L'approche est similaire lorsque la présentation des faits par l'autorité est vraisemblable selon l'expérience de la vie (RDAF 1996 427 ; ATA/886/2004 du 16 novembre 2004 consid. 5 ; ATA/840/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2).

E. 37

Au vu de ce qui précède et compte tenu de l'absence d'explications de la recourante, il y a lieu d'admettre que les commissions en cause ne sont pas justifiées par l'usage commercial et que c'est à bon droit qu'elles ont été reprises par la CCRMI. La décision sera ainsi confirmée sur ce point. XI. Frais non-justifiés par l'usage commercial

E. 38

Ce poste concerne des paiements effectués en 1987 pour des factures relatives à l'exercice 1986 et qui ont été comptabilisés à tort à charge de l'exercice 1987. La recourante fait valoir que ces charges n'ayant pas été déduites sur l'exercice de 1986 puisqu'elles ont été comptabilisées en 1987, il est inéquitable de les porter en augmentation de l'exercice de 1987.

E. 39

Selon l'article 958 du code suisse des obligations du 30 mars 1911 (CO – RS 220), toute personne astreinte à tenir des livres doit dresser un inventaire, un compte d'exploitation et un bilan à la fin de chaque exercice annuel. C'est la situation à la date de clôture qui est déterminante. Ce principe dit de la périodicité joue un rôle important en comptabilité. Il est fondamental en droit fiscal. En effet, il faut mesurer la capacité contributive de l'entreprise, soit le bénéfice réalisé pendant un temps déterminé, la période de calcul de l'impôt (ATA/763/2004 du 5 octobre 2004 ; J. M. RIVIER, Vérité comptable et vérité fiscale? in

Das schweizerische Steuerrecht,

- 39/44 - A/66/2003 Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr Ferdinand Zuppinger, 1989, p. 405 ss, p. 411).

E. 40

Par ailleurs, une charge doit être enregistrée dès qu'existe une obligation de la payer. Le rattachement d'une charge à un exercice n'intervient pas au moment de la comptabilisation ou du paiement mais à celui de la naissance de l'obligation (ATA/763/2004 du 5 octobre 2004 ; Archives 20 p. 246; J. M. RIVIER, op. cit., p. 413).

Au vu des principes énoncés ci-dessus, la recourante devait comptabiliser toutes les charges afférentes à l'exercice 1986 en 1986, même si le paiement intervenait en 1987. A l'époque, l'AFC a admis de bonne foi la déduction de ces charges en partant du principe qu'il s'agissait de charges relatives à l'exercice 1987. Elle n'était pas à même de réaliser qu'il s'agissait en réalité de charges relatives à l'exercice 1986.

En conséquence la reprise est justifiée et doit être maintenue.

E. 41

En ce qui concerne l'impôt fédéral direct 1995, L'AFC a taxé de manière ordinaire la recourante sur la base d'un capital imposable de CHF 5'660'000.-. S'agissant de l'impôt cantonal et communal 1995, l'AFC/GE a taxé de manière ordinaire la recourante sur la base d'un capital imposable de CHF 5'660'430.-.

Ces chiffres résultent des différentes reprises de l'AFC et de l'AFC/GE. Ils doivent donc être confirmés dans leur principe, sous réserve des reprises qui ont été annulées par le Tribunal. Il appartiendra à l'AFC et à l'AFC/GE de vérifier ces chiffres en fonction des reprises confirmées par le Tribunal et de les modifier le cas échéant.

E. 42

Enfin, la recourante fait valoir qu'elle n'a jamais voulu frauder le fisc, ni consciemment ni par négligence. En conséquence, aucune amende n'est due.

E. 43

D'une manière générale, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (P. MOOR, Droit administratif, 2ème éd., Berne 1994, Vol. 1, ch. 2.5.2.3, p. 170). En matière de sanctions administratives, on applique toutefois le principe de la *lex mitior* lorsqu'il appert que le nouveau droit est plus favorable au recourant (MOOR, op. cit., p. 171; ATA/395/2004 du 18 mai 2004 et les références citées).

E. 44

En droit fédéral, l'article 175 alinéa 2 LIFD (nouveau droit) prévoit au maximum une amende égale à trois fois l'impôt soustrait, alors que l'article 120 alinéa 1 AIFD (ancien droit), prévoyait une amende pouvant aller jusqu'à quatre fois le montant soustrait. En fonction du seuil fixé, le Tribunal estime que le nouveau droit est plus favorable dans le cas présent. C'est ainsi sous l'angle des articles 175 et 181 alinéa 1 LIFD que l'ensemble des amendes prononcées par l'AFC seront examinées.

- 40/44 - A/66/2003

Le contribuable qui, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle devrait l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète est puni d'une amende (article 175 alinéa 1 paragraphe 1 LIFD). En règle générale, l'amende est fixée au montant de l'impôt soustrait. Si la faute est légère, l'amende peut être réduite jusqu'au tiers de ce montant ; si la faute est grave, elle peut au plus être triplée (article 175 alinéa 2 LIFD).

E. 45

Sur le plan cantonal, le 1er janvier 2002, est entrée en vigueur la LPFisc qui prévoit à son article 86 que les règles de procédure s'appliquent immédiatement. Cet article concrétise le principe général selon lequel, sauf règle expresse contraire, les nouvelles règles régissant la procédure devant l'autorité saisie s'appliquent à toutes les affaires pendantes, que les faits à établir soient postérieurs ou antérieurs à la nouvelle loi (ATF 110 V 332; 111 V 47; 112 V 360, cités in B. KNAPP, Cours de droit administratif, 4e éd., Bâle 1994, p. 52; ATA I. du 11 mars 2003).

b) L'article 84 LPFisc prévoit que les sanctions pénales afférentes à des infractions réalisées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont prononcées conformément à l'ancien droit, dans la mesure où le nouveau droit n'est pas plus favorable.

c) L'article 333 aLCP, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2001, on l'a vu, instituait une procédure de vérification qui pouvait conduire, en cas de déclaration inexacte ou incomplète de la part du contribuable, à une amende fiscale. Celle-ci pouvait s'élever au plus en cas de négligence au double du montant de l'impôt éludé (art. 340 al. 3 aLCP) ou, en cas de fraude intentionnelle, au plus à dix fois le montant de l'impôt éludé (art. 341 al. 2 aLCP).

d) Depuis le 1er janvier 2002, ces articles ont été remplacés par l'article 69 LPFisc, qui prévoit une amende pouvant aller jusqu'au triple de l'impôt éludé en cas de soustraction intentionnelle ou par négligence. En règle générale, l'amende est fixée au montant de l'impôt soustrait et si la faute est légère, l'amende peut être réduite au tiers de ce montant.

e) S'agissant de la soustraction d'impôts commise par négligence, l'ancien droit est plus favorable puisqu'il prévoit une amende maximale correspondant au double de l'impôt soustrait (art. 340 al. 3 aLCP). Dans les cas de soustraction intentionnelle par contre, le nouveau droit prévoyant une amende maximale correspondant au triple de l'impôt soustrait (art. 69 al. 2 LPFisc) est plus favorable que l'ancien droit qui prévoyait un maximum de dix fois l'impôt soustrait (art. 341 al. 1 aLPC).

E. 46

Il convient donc d'examiner d'abord la question de la culpabilité de la recourante.

a) En matière de soustraction intentionnelle, selon la jurisprudence, la preuve d'un comportement intentionnel doit être considérée comme rapportée, lorsqu'il est établi

- 41/44 - A/66/2003 avec une sécurité suffisante que le contribuable était conscient que les informations qu'il a données étaient incorrectes ou incomplètes. Si cette conscience est établie, il faut présumer qu'il a volontairement voulu tromper les autorités fiscales, ou du moins qu'il a agi par dol éventuel afin d'obtenir une taxation moins élevée; cette présomption ne se laisse pas facilement renverser, car l'on a peine à imaginer quel autre motif pourrait conduire un contribuable à fournir au fisc des informations qu'il sait

incorrectes ou incomplètes (ATF 2A.351/2002 du 5 novembre 2002,; ATA/828/2003 du 11 novembre 2003).

b) En matière de soustraction par négligence, l'auteur de la soustraction a agi soit sans se rendre compte (négligence inconsciente), soit sans tenir compte des conséquences de ses actes ou omissions (négligence consciente). Pour que l'imprévoyance soit coupable, il faut en premier lieu, objectivement, que l'auteur n'ait pas usé des précautions qui étaient commandées par les circonstances. Il faut en outre que, subjectivement, l'auteur de l'acte incriminé ait omis d'user des précautions commandées par sa situation personnelle. Pour apprécier celle-ci, l'administration, le cas échéant, le juge devront donc tenir compte non seulement des circonstances objectives du cas d'espèce, mais aussi de tout ce qui, in concreto, constitue la situation personnelle du contribuable : par exemple l'intelligence et les connaissances de celui-ci, sa formation personnelle, sa situation économique et sociale et naturellement sa profession (J.-M. RIVIER, Droit fiscal suisse, 2e éd. 1998, p. 271ss).

En l'espèce, il se justifie de retenir que la recourante a agi de manière intentionnelle. En effet la recourante a constitué un montage mettant en œuvre plusieurs sociétés en vue d'éviter les impôts suisses. De surcroît, la structure adoptée par la recourante a été mise en place pour perdurer pendant un certain nombre d'années. Bien qu'elle ait été avertie déjà en 1983 par la SFS que la société panaméenne risquait d'être imposée en Suisse, la recourante n'en a pas moins continué à gérer les relations C _____, F _____ de la même manière que par le passé en confondant régulièrement les deux sociétés tant d'un point de vue administratif que financier.

Les critères développés ci-dessus sont applicables tant en matière de droit fédéral que de droit cantonal. Compte tenu de l'élément intentionnel de l'infraction, il faut retenir, sur le plan cantonal que conformément à ce qui a été dit ci-dessus, c'est la LPFisc qui est applicable en tant que *lex mitior* à la détermination de l'amende.

E. 47

Tant sur le plan fédéral que sur le plan cantonal, les montants retenus pour l'amende correspondent à deux fois l'impôt soustrait. Reste à déterminer si la quotité de l'amende est justifiée.

a. Les amendes administratives sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des amendes ordinaires pour lesquelles la compétence

- 42/44 - A/66/2003 administrative de première instance peut au demeurant exister. C'est dire que la quotité de la peine administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/632/2001 du 9 octobre 2001 et références citées). En vertu de l'article 1 alinéa 2 de la loi pénale genevoise du 20 septembre 1941 (LPG - E 4 05), il y a lieu de faire application des dispositions générales contenues dans le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.O), sous réserve des exceptions prévues par le législateur cantonal à l'article 24 LPG.

b. Selon des principes qui n'ont pas été remis en cause, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi (ATA/736/2003 du 7 octobre 2003 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, vol. 2, 1984, p. 646-648; ATA G. du 20 septembre 1994) et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende (ATA/736/2003 du 7 octobre 2003 précité; ATA C. et H. du 27 avril 1999; ATA G. du 20 septembre 1994; ATA C. du 8 septembre 1992). La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès

(ATA/518/2004 du 8 juin 2004; ATA U. du 18 février 1997). Enfin l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (ATA/518/2004 du 8 juin 2004; ATA P. du 5 août 1997).

c. L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit faire application des règles contenues à l'article 63 CP. En ce sens, le juge fixera la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier. Parmi ces circonstances intervient le comportement après la commission de l'infraction et au cours de la procédure (C. FAVRE, M. PELLET; P. STAUDMANN, Code pénal annoté 2e édition, Lausanne, 2004 ad. art. 63 ch. 1.8 p. 204).

In casu, il convient de retenir que la recourante a agi par le biais de ses organes de manière intentionnelle et que cette activité s'est étendue sur plusieurs années. De plus les impôts soustraits par la recourante sont particulièrement élevés et résultent pour l'essentiel de montages financiers et commerciaux complexes, difficilement décelables.

On ne peut même pas retenir à sa décharge qu'à travers ses organes elle a coopéré de manière active à l'enquête de l'AFC et de l'AFC/GE.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal estime qu'une amende fixée à deux fois les impôts éludés est appropriée aux circonstances et que cette quotité doit être confirmée.

E. 48

Entièrement mal fondés les recours sont rejetés. Les décisions de la commission cantonale de recours de l'impôt fédéral direct et de la commission cantonale de recours en matière d'impôts sont confirmées. Compte tenu de la complexité du dossier, un émolument de CHF 8'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 2 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 – E 5 10.03).

- 43/44 - A/66/2003

* * * * *

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