

Date de dépôt: 18 novembre 2003

Messagerie

Rapport

de la Commission fiscale chargée d'étudier le projet de loi de M^{mes} et MM. Stéphanie Ruegssegger, Jean Rémy Roulet, Claude Blanc, Claude Marcet, Thomas Büchi, Gilles Desplanches, Janine Hagmann et Jacques Jeannerat modifiant la loi sur l'imposition des personnes morales (D 3 15) (*Adaptation aux modifications introduites par la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur la réforme de l'imposition des sociétés : transfert de participations à l'étranger, extension de la réduction pour participations aux bénéficiaires en capital, clarification de la notion de société auxiliaire*)

Rapport de M. Pierre Froidevaux

Mesdames et
Messieurs les députés,

Sous la vive présidence de M. Jean Rémy Roulet, la Commission fiscale s'est réunie à quatre reprises entre le 16 septembre et le 28 octobre 2003 pour traiter de l'adaptation cantonale à des modifications législatives fédérales intervenues en 1997 en matière d'imposition des sociétés. Il s'agit essentiellement d'empêcher une triple, voire une multiple imposition qui subsistait dans des cas particuliers.

Les principes contenus dans ce projet de loi ont été soutenus par le Conseil d'Etat. Il n'a donc pas été nécessaire d'auditionner les milieux économiques à l'origine de cette proposition de loi.

La commission a donc travaillé en bonne entente avec le département, et tout particulièrement avec sa présidente, M^{me} Brunschwigg Graf, ainsi que

M^{me} Vogt Moor et M. Tanner, des affaires fiscales. Le département a déployé des trésors de communication afin d'éclaircir ce dossier complexe. Le rapporteur s'est de plus appuyé sur l'excellence du travail de M^{me} Monin pour rendre compte de nos travaux à notre Conseil. Que tous ces acteurs soient ici remerciés.

I. Présentation du projet de loi

Ce présent projet de loi poursuit deux objectifs essentiels, le principal étant l'élimination de la triple imposition économique. Le deuxième objectif est l'actualisation de certaines dispositions légales eu égard avec la loi d'harmonisation de l'imposition directe (LHID).

Le mécanisme de la triple imposition est détaillé en fin de rapport dans l'annexe N° 2.

Le canton de Genève est le dernier à ne pas avoir adapté sa législation en la matière. L'administration ne l'avait pas fait en 1997 parce que ce choix était laissé aux cantons. En raison de la concurrence fiscale les cantons ont adhéré à cette pratique. Dans les faits, Genève a suivi pour éviter la délocalisation du siège social. Ainsi l'administration pratique déjà selon les termes du texte de loi proposé. En annexe figure la note de M. Tanner qui rappelle la pratique actuelle de l'administration fiscale sur ce sujet.

Aujourd'hui, il est nécessaire, soit de codifier la pratique, soit de la supprimer. Le résultat fiscal est peu mesurable puisque le calcul porterait sur les chiffres de 1997. Cette loi ne peut donc avoir d'incidence sur les budgets en cours.

Ce qui est proposé concerne manifestement un petit nombre de sociétés dans la mesure où celles qui vont vendre des participations seront considérées, au niveau cantonal, comme des holdings qui, elles, sont exonérées de l'impôt sur ce genre de revenu. L'administration fiscale ne reconnaît qu'un seul type de holding comme tel. Concrètement, c'est une société qui est là pour détenir et gérer les participations d'une ou de plusieurs sociétés. La holding est donc un des pivots d'organisation d'un groupe ou alors, à une plus petite échelle, d'une détention de plusieurs sociétés dans un cadre familial. En revanche, l'administration a estimé abusif que les holdings qui n'étaient là que pour gérer des portefeuilles, fortunes personnelles de personnes physiques, puissent bénéficier d'un quelconque avantage fiscal par égalité de traitement. Elles ont été sorties du rang. Il n'y a donc pas de holdings participatives mais des holdings qui ont quelques spécificités dans la manière de gérer les participations qu'elles détiennent. La production de

richesse qui est frappée par l'impôt dégage, au niveau de la société qui appartient à la holding, un premier effet sur le bénéficiaire. Un autre élément apparaît par le biais de l'actionnaire, soit celui qui bénéficie à titre de revenu privé des conséquences de ce bénéfice versé sous forme de dividende. La holding en tant que structure d'organisation ne produit pas de richesses supplémentaires en tant que telles. C'est la raison pour laquelle cette triple imposition, voire la double imposition, n'a pas de sens dans la mesure où on ne peut pas frapper à tous les étages. La holding est en quelque sorte la synthèse des bénéficiaires qui sont créés par les sociétés qui la composent. En tant que telle, elle ne crée pas de bénéficiaires.

A une remarque du risque d'évasion fiscale, l'administration indique que les dispositions prévues dans le projet de loi 8969 sont en vigueur depuis six ans au niveau de l'impôt fédéral direct et/ou dans d'autres cantons. Le but des transferts à l'étranger est uniquement de faciliter les restructurations internes. Ce n'est en aucun cas faciliter une évasion fiscale, d'autant plus que ces restructurations intergroupes ont souvent lieu dans des pays qui ont une fiscalité plus élevée que celle de la Suisse. L'objectif ne peut être un outil en tant que tel, même si on ne peut jamais éviter tous les abus. Par ailleurs, la double imposition demeure dans tous les cas. Si une société vend et que son bénéficiaire est exonéré, le jour où ledit bénéficiaire est distribué à l'actionnaire, il y a double imposition.

Ce seront souvent des sociétés holdings ou des sociétés disposant de statuts fiscaux qui vont vendre et qui, de toute façon, bénéficieront *de facto* de l'exonération de ces revenus. Pour les autres, il est vrai que la pratique constante accepte d'accorder cet avantage fiscal pour résister à une certaine pression. En effet, une société qui vend en faisant un bénéficiaire substantiel et qui ne se verrait pas appliquer à Genève cette réduction pour participation a tout le loisir de déplacer son siège avant de vendre, d'aller dans n'importe quel canton suisse où ce phénomène de réduction pour participation existe.

Dans tous les cas, le projet de loi ne revient qu'à éliminer la triple imposition ni plus ni moins qui, pour certains commissaires, ne résisterait pas à un recours au Tribunal fédéral. Pour M. Tanner, il convient de distinguer entre la double imposition économique qui est celle voulue par le législateur et la double imposition juridique qui est prohibée par la Constitution.

II. Vote d'entrée en matière

Unanimité : 2 R, 2 PDC, 1 UDC, 2 L, 1 AdG, 2 Ve, 2 S.

III. 2^e débat

Art. 21, al. 2 (nouvelle teneur)

² Le rendement net des participations correspond au revenu de ces participations, diminué des frais de financement y relatifs et d'une contribution de 5% destinée à la couverture des frais d'administration, sous réserve de la preuve de frais d'administration effectifs inférieurs ou supérieurs à ce taux. Sont réputés frais de financement les intérêts passifs ainsi que les autres frais qui sont économiquement assimilables à des intérêts passifs. Font également partie du revenu des participations les bénéfices en capital provenant de participations ainsi que le produit de la vente de droits de souscription y relatifs. L'article 45A est réservé.

Le projet de loi initial omettait de prévoir qu'il y avait une réduction du montant qui profitait de la réduction pour participation à hauteur des frais de financement. Cela figure dans le droit fédéral. Pour le surplus, la teneur actuelle de la LIPM est maintenue. Il faut notamment savoir, en cas de dividende ou de bénéfice en capital de 100 F par exemple, que ce montant va participer à la réduction pour participation, si les conditions sont remplies. En revanche, il sera réduit des intérêts de dette qui financent son acquisition et des frais d'administration. Sur le montant de 100 F, ce seront peut-être 80 ou 85 F qui profiteront de l'exonération. C'est donc le rendement net qui doit être exonéré. Au plan du pourcentage de réduction des frais de financement, le droit actuel prévoit 5%. Il peut être réduit à la hausse ou à la baisse sur la base d'une justification. Le département a donc estimé qu'il était judicieux d'avoir une harmonisation verticale avec le droit fédéral, par souci de cohérence.

Art. 21, al. 3, lettre a (abrogée) et lettre c (nouvelle teneur)

c) les bénéfices de réévaluation provenant de participations.

Le fait de ne conserver à l'article 21, alinéa 3, que la lettre c) et d'abroger la lettre a) qui prévoyait ce qui ne fait pas partie des réductions pour participation permet *a contrario* d'intégrer les bénéfices en capital.

Art. 21, al. 5 et 6 (nouveaux)

⁵ Les bénéfices en capital n'entrent dans le calcul de la réduction que :

- a) dans la mesure où le produit de l'aliénation est supérieur au coût d'investissement;
- b) si la participation aliénée était égale à 20% au moins du capital-actions ou du capital social de l'autre société et si la société de capitaux ou la société coopérative l'a détenue pendant un an au moins.

⁶ Les corrections de valeur ainsi que les amortissements effectués sur le coût d'investissement des participations d'au moins 20% sont ajoutés au bénéfice imposable dans la mesure où ils ne sont plus justifiés.

L'article 21, alinéas 5 et 6, est le pendant de l'extension de la réduction pour participation. Il indique que le bénéfice en capital issu de la vente pour participation profite de l'exonération fiscale, mais cela seulement pour la réelle plus-value réalisée. Lors de l'achat d'une participation de 1000 F, amortie de 500 F au cours du temps et revendue 1500 F, le bénéfice comptable sera de 1000 F et le coût d'investissement de 1000 F. Il y a ainsi reprise fiscale de l'amortissement de 500 F. La réduction pour participation ne portera donc que sur 500 F. Cet exemple justifie la lettre b) qui précise « dans la mesure où le produit de l'aliénation est supérieur au coût d'investissement », cela pour éviter de concéder deux fois l'avantage fiscal sur la même participation.

En ce qui concerne la lettre b), elle explicite simplement que tous les bénéfices en capital ne profitent pas de la réduction mais uniquement ceux qui sont issus de participations qualifiées, c'est-à-dire au moins 20%. Quant à l'alinéa 6, il précise que les amortissements effectués sur le coût d'investissement ne sont plus justifiés dès lors que la participation est vendue.

La notion de coût d'investissement est sans limite. Cela peut être dix ans, par exemple. La gestion de l'affaire incombe au contribuable qui a l'obligation d'informer l'administration de l'évolution de son inventaire de participation. Il doit notamment l'informer des ventes et de l'amortissement qui doit être justifié par l'usage commercial.

Les participations au sens du droit des sociétés répondent aux immobilisations corporelles, selon l'article 665 CO. Il est précisé que les immobilisations doivent être inscrites au bilan à leur valeur d'acquisition ou à une valeur plus basse, si tel est effectivement le cas. Une participation qui n'a

plus sa valeur d'acquisition en tant que valeur économique doit être réduite au niveau réel de la valeur de cette dernière.

Art. 23, al. 1, préambule et lettre c (nouvelle teneur)

¹ Les sociétés de capitaux, les sociétés coopératives et les fondations qui ont en Suisse une activité administrative, mais pas d'activité commerciale, de même que les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives dont l'activité commerciale est essentiellement orientée vers l'étranger et qui n'exercent en Suisse qu'une activité subsidiaire, paient l'impôt sur le bénéfice comme suit :

c) les autres recettes de source étrangère sont imposées selon le barème ordinaire, en fonction de l'importance de l'activité administrative, respectivement commerciale, exercée en Suisse.

L'amendement proposé au projet initial consiste à ne mentionner que les changements apportés au texte actuel de la LIPM. L'important dans cet article est le changement du contenu de l'alinéa 1. Le tableau comparatif est probant à cet égard. Il est dit actuellement dans la LIPM traitant les sociétés auxiliaires que : « Les sociétés de capitaux, les sociétés coopératives les fondations qui ont en Suisse une activité administrative mais pas d'activité commerciale paient l'impôt sur le bénéfice comme suit : ». La LHID va plus loin puisqu'elle prévoit également : « Les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives dont l'activité commerciale est essentiellement orientée vers l'étranger et qui n'exercent en Suisse qu'une activité subsidiaire ». La pratique de l'administration est d'imposer 20% des produits d'activités commerciales réalisées par ces entités essentiellement à l'étranger, quel que soit le type de société. Il est donc apparu utile à l'administration de conserver cet article même s'il n'a pas de réelle portée puisque tous les types de sociétés auxiliaires se trouvent déjà être imposées sur 20% de leurs bénéfices commerciaux.

Art. 45A Disposition transitoire relative à l'extension de la réduction pour participations aux bénéfices en capital – harmonisation avec la LIFD (nouveau)

Un premier amendement concerne une petite erreur de renvoi à l'article 21, l'alinéa 6, étant la reprise des amortissements qui ne sont plus justifiés par l'usage commercial. Un deuxième amendement plus important

est la proposition de la suppression du 4^e alinéa qui dit : « *Si l'exercice commercial se termine après l'entrée en vigueur de la loi* ». Dans la mesure où le fondement de la loi est de faire en sorte qu'elle colle à la pratique et que celle-ci a ses prémices depuis la réforme de 1998 sur l'imposition des entreprises, la grande distinction étant les anciennes et nouvelles participations dont la date butoir est 1997, il a été jugé utile de proposer la suppression dudit alinéa.

Référendum obligatoire

M^{me} Brunschwig Graf a estimé, sous réserve d'un avis de droit, que le projet de loi ne nécessitait pas de vote populaire. En effet, il ne s'agit pas de la modification d'un barème mais de l'applicabilité de certaines strates. Ce qui lui paraît important, dès l'instant où 25 cantons appliquent la loi fédérale, est que la pratique du 26^e canton soit légalisée pour une question de visibilité, l'autre alternative étant de la supprimer.

Cet avis a été demandé à la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie dont le document figure en annexe (Message du 28 octobre 2003 de M. Fabien Waelti, juriste à la Chancellerie, adressé à M^{me} Vogt Moor). Bien que l'administration ait fait remarquer que ce projet de loi codifiait une pratique, la direction des affaires juridiques est resté formelle : le référendum est obligatoire.

Pour la présidente du département, les explications de la direction des affaires juridiques peuvent se résumer ainsi : on ne peut pas faire la distinction, dès l'instant où il existe une base constitutionnelle, entre ce qui est du domaine de la loi nouvelle et ce qui fait partie de la codification de la pratique. Il y a forcément un arbitraire qui risque de survenir. Cela paraît évident, sauf que l'on pouvait se poser la question de savoir, à la lecture de l'article constitutionnel, si l'on entend par diminution ou augmentation quelque chose qui existe *de facto* ou qui n'existe pas. Toutefois, par rapport à l'esprit de la loi la subtilité n'est pas de mise et n'autorise pas une autre interprétation.

Si l'avis de droit a été suivi par une majorité de commissaires, il subsiste, pour certain, des doutes sur le sens d'un scrutin populaire.

IV. Vote final

Pour : 8 (1 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 R)

Contre : 1 (1 AdG)

Abstentions : 6 (3 S, 2 Ve, 1 AdG)

V. Conclusions

Les commissaires de la commission fiscale pourtant habitués à légiférer sur cette matière ont surnommé « affectueusement » ce projet de loi : *Projet Aspirine*. Ils faisaient ainsi référence aux efforts tout particuliers de concentration nécessaires à l'élaboration d'un tel projet de loi. Comment dès lors interpréterons-nous le vote populaire ?

Monsieur le député Vanek a annoncé un rapport de minorité. Le rapporteur de majorité ne connaît aucun de ses arguments, car M. Vanek ne les a tout simplement jamais exprimés durant les débats de la commission.

Il plaît au rapporteur de majorité de rappeler que les principes de ce projet de loi ont été appliqués alors que le parlement genevois avait une majorité de gauche et que la présidente de département était issue de leur rang. La gauche a appliqué ces principes, mais en cachette, sans avoir le courage du débat politique. Et aujourd'hui ils oseraient reprocher ce qu'ils ont eux-mêmes appliqué !

Le rapporteur ne peut que recommander à notre conseil de soutenir ce projet de loi sans réserve.

Projet de loi (9070)

modifiant la loi sur l'imposition des personnes morales (D 3 15)

(Adaptation aux modifications introduites par la LF du 10 octobre 1997 sur la réforme de l'imposition des sociétés : transfert de participations à l'étranger, extension de la réduction pour participations aux bénéfices en capital, clarification de la notion de société auxiliaire)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Article unique

La loi sur l'imposition des personnes morales, du 23 septembre 1994, est
modifiée comme suit :

Art. 21, al. 2 (nouvelle teneur)

² Le rendement net des participations correspond au revenu de ces participations, diminué des frais de financement y relatifs et d'une contribution de 5% destinée à la couverture des frais d'administration, sous réserve de la preuve de frais d'administration effectifs inférieurs ou supérieurs à ce taux. Sont réputés frais de financement les intérêts passifs ainsi que les autres frais qui sont économiquement assimilables à des intérêts passifs. Font également partie du revenu des participations les bénéfices en capital provenant de participations ainsi que le produit de la vente de droits de souscription y relatifs. L'article 45A est réservé.

Art. 21, al. 3, lettre a (abrogée) et lettre c (nouvelle teneur)

c) les bénéfices de réévaluation provenant de participations.

Art. 21, al. 5 et 6 (nouveaux)

⁵ Les bénéfices en capital n'entrent dans le calcul de la réduction que :

- a) dans la mesure où le produit de l'aliénation est supérieur au coût d'investissement;
- b) si la participation aliénée était égale à 20% au moins du capital-actions ou du capital social de l'autre société et si la société de capitaux ou la société coopérative l'a détenue pendant un an au moins.

⁶ Les corrections de valeur ainsi que les amortissements effectués sur le coût d'investissement des participations d'au moins 20% sont ajoutés au bénéfice imposable dans la mesure où ils ne sont plus justifiés.

Art. 23, al. 1, préambule et lettre c (nouvelle teneur)

¹ Les sociétés de capitaux, les sociétés coopératives et les fondations qui ont en Suisse une activité administrative, mais pas d'activité commerciale, de même que les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives dont l'activité commerciale est essentiellement orientée vers l'étranger et qui n'exercent en Suisse qu'une activité subsidiaire, paient l'impôt sur le bénéfice comme suit :

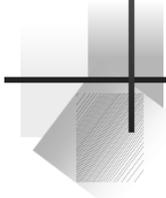
- c) les autres recettes de source étrangère sont imposées selon le barème ordinaire, en fonction de l'importance de l'activité administrative, respectivement commerciale, exercée en Suisse.

Art. 45A Disposition transitoire relative à l'extension de la réduction pour participations aux bénéfices en capital – harmonisation avec la LIFD (nouveau)

¹ Les bénéfices en capital provenant de participations ainsi que le produit de la vente de droits de souscription y relatifs n'entrent pas dans le calcul du rendement net au sens de l'article 21, alinéa 2, si la société de capitaux ou la société coopérative détenait les participations concernées avant le 1^{er} janvier 1997 et réalise ces bénéfices avant le 1^{er} janvier 2007.

² Pour les participations détenues avant le 1^{er} janvier 1997, les valeurs déterminantes pour l'impôt sur le bénéfice, au début de l'exercice commercial qui a été clos pendant l'année civile 1997 sont considérées comme coût d'investissement (article 21, alinéa 5, lettre a, et alinéa 6).

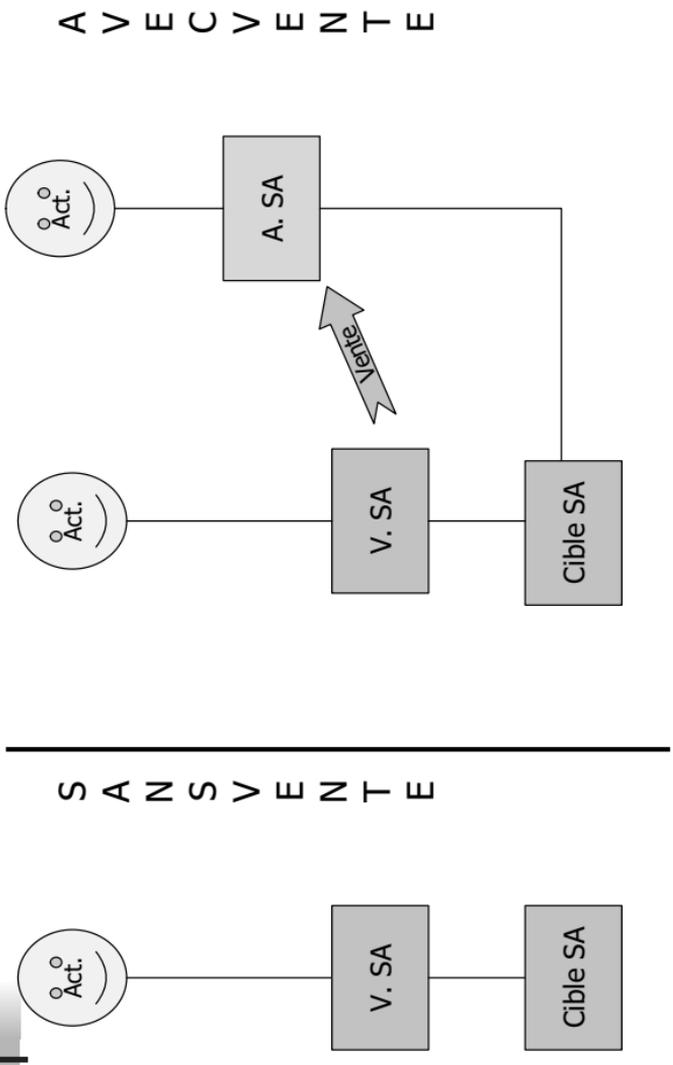
³ Si une société de capitaux ou une société coopérative transfère une participation qu'elle détenait avant le 1^{er} janvier 1997 à une société du même groupe sise à l'étranger et que cette participation est égale à 20% au moins du capital-actions ou du capital social d'une autre société, la différence entre la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice et la valeur vénale de cette participation est ajoutée au bénéfice net imposable. Dans ce cas, les participations en cause sont considérées comme ayant été acquises avant le 1^{er} janvier 1997. Simultanément, la société de capitaux ou la société coopérative peut constituer une réserve non imposée égale à cette différence. Cette réserve sera dissoute et imposée si la participation est vendue à un tiers étranger au groupe ou si la société dont les droits de participation ont été transférés aliène une part importante de ses actifs et passifs ou encore si elle est liquidée. La société de capitaux ou la société coopérative joindra à sa déclaration d'impôt une liste des participations qui font l'objet d'une réserve non imposée au sens du présent article. La réserve non imposée est dissoute sans incidence fiscale le 31 décembre 2006.



**PL 8969 MODIFIANT LA
LOI SUR L'IMPOSITION
DES PERSONNES
MORALES (D 3 15)**

Réforme 1997 de l'imposition des sociétés

Bénéfices en capital



Contexte : Triple (multiple) imposition économique

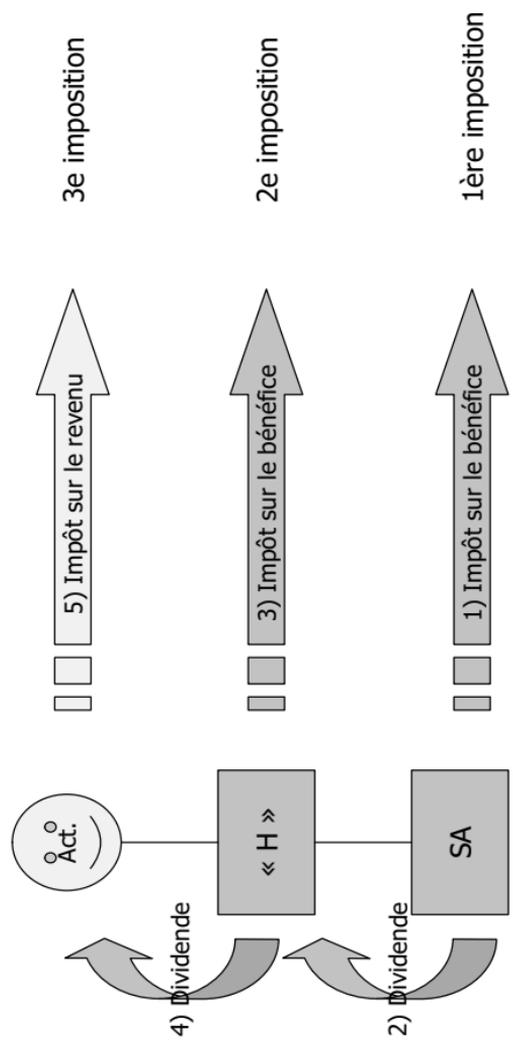


Schéma de base avant correction

Contexte : Triple (multiple) imposition économique – mécanisme d'élimination

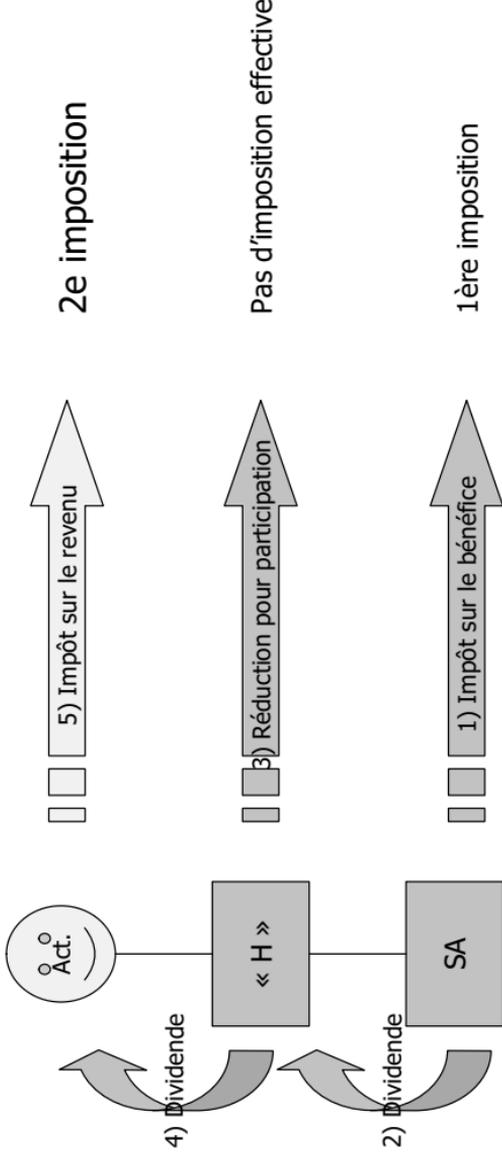


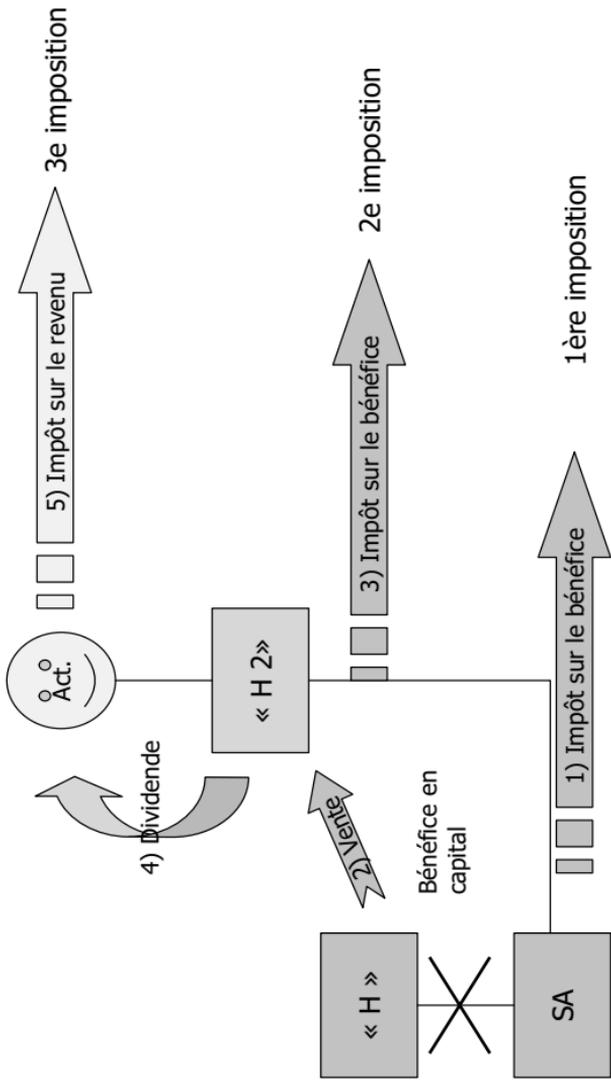
Schéma de base avec correction

Mécanisme de la réduction pour participation - exemple

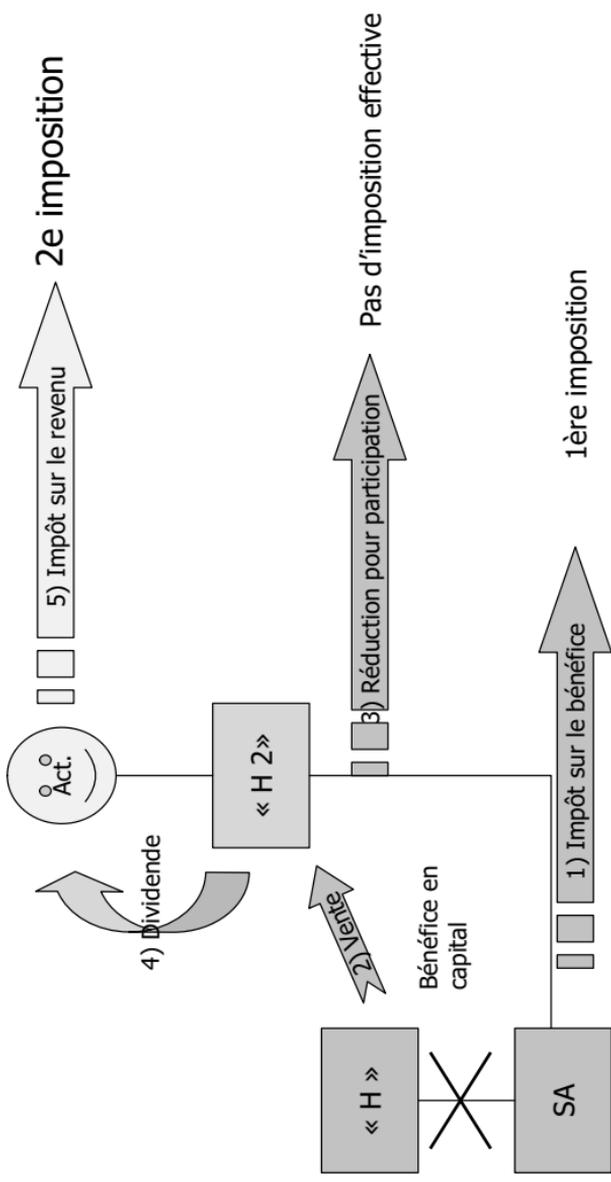
- Bénéfice de la société F 1'000.-
- Dont dividendes qualifiant F 400.-
- Proportion « rdt de part. » 40 %
- Impôt sur le bénéfice (30%) F 300.-
- ./. RPP 40% F - 120.-

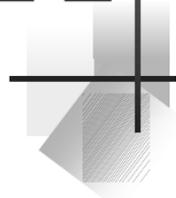
- Impôt net à payer F 180.-

Réforme 1997 de l'imposition des sociétés Bénéfices en capital – sans correction



Réforme 1997 de l'imposition des sociétés Bénéfices en capital – avec correction





Réforme 1997 de l'imposition des sociétés Bénéfices en capital – législation 1

- L'extension de la réduction pour participation est obligatoire pour l'IFD depuis le 1er janvier 1998.
- Elle est facultative pour les cantons depuis cette même date.

Réforme 1997 de l'imposition des sociétés

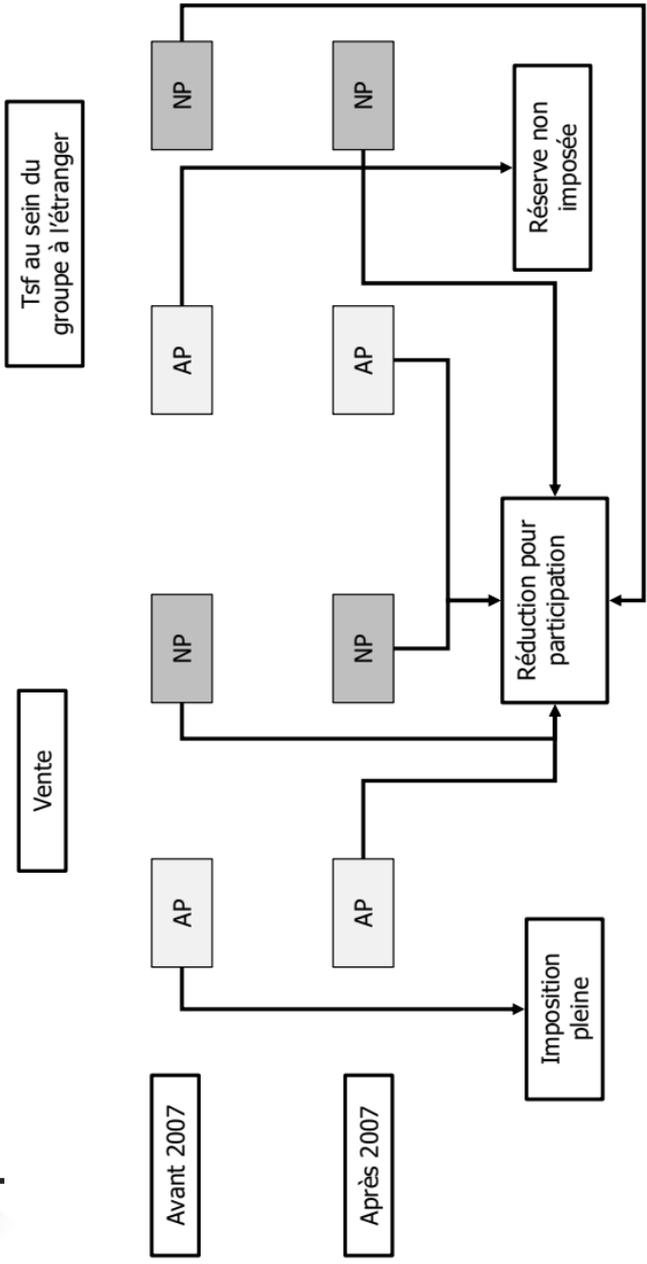
Bénéfices en capital – législation 2

- Le PL prévoit d'autres dispositions – rendues obligatoires par la LHID – en matière de :
 - Transfert à l'étranger de participations dans des sociétés du même groupe.
 - Détermination des charges financières et administratives venant réduire la réduction pour participation.
 - La notion de participation qualifiant pour la réduction pour participation.
 - Dispositions transitoires (traitement des anciennes et nouvelles participations).

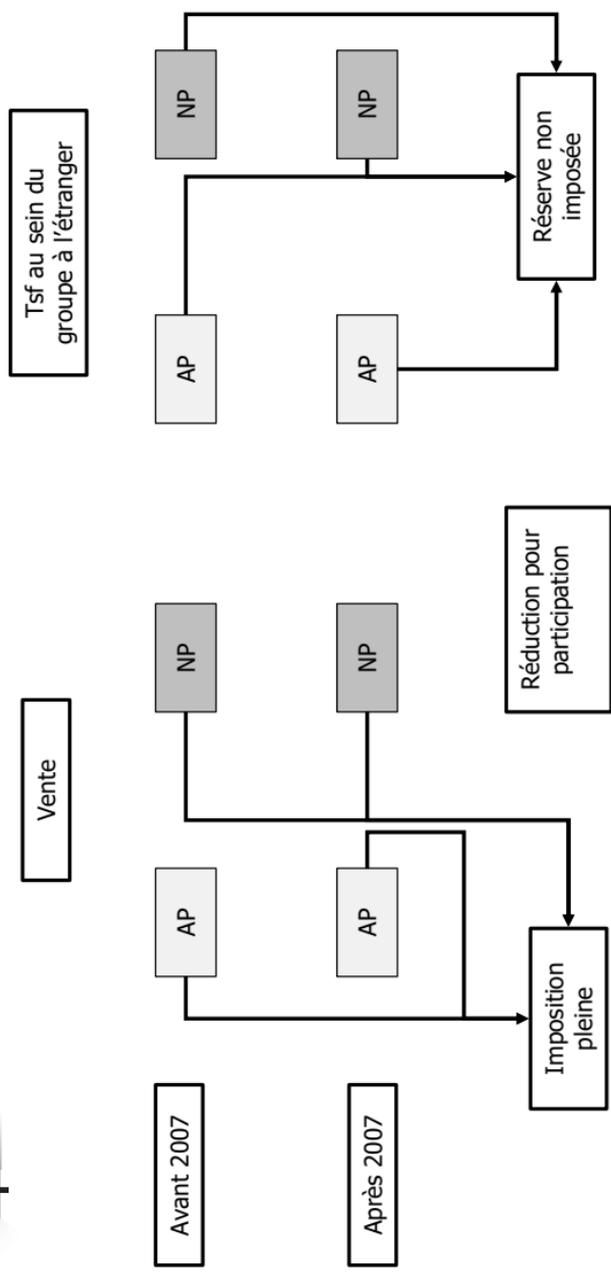
Second volet du PL – Sociétés auxiliaires

- La nouvelle teneur de l'article 23 al. 1 LIPM vise à harmoniser la notion de société auxiliaire (mixte)
- Cette modification de forme n'empporte pas de changement dans la pratique de l'administration fiscale

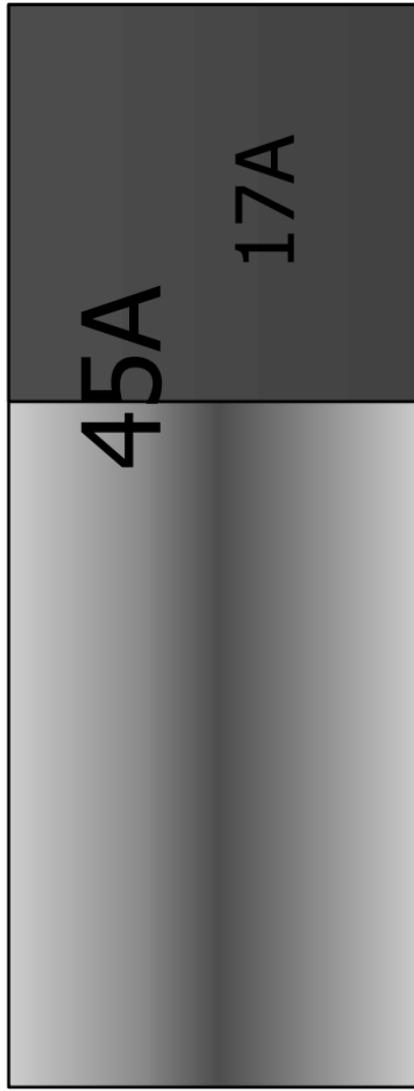
PL 8969 – Portée de l'article 45A (facultatif)



PL 8969 – Portée de l'article 17A (obligatoire)



PL 8969 – Portée des articles 17A et 45A





REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE
Département des finances

Administration fiscale cantonale

Direction générale - Affaires fiscales

Note à : Mesdames et Messieurs les députées et députés de la commission fiscale

Concerne : PL 8969 modifiant la loi sur l'imposition des personnes morales (Adaptation aux modifications introduites par la LF du 10 octobre 1997 sur la réforme de l'imposition des sociétés : transfert de participations à l'étranger, extension de la réduction pour participation aux bénéfices en capital, clarification de la notion de sociétés auxiliaires)

Point sur la pratique des autorités fiscales genevoises en la matière

Date : 20 octobre 2003

Lors de la séance de la commission fiscale du 7 octobre dernier, il a été demandé à l'administration fiscale qu'elle confirme quelle était sa pratique s'agissant du traitement, au plan de l'impôt cantonal et communal, des bénéfices en capital issus de la vente de participations par des personnes morales. En perspective de cette pratique, il a été demandé que les impacts chiffrés de cette pratique soient mis en évidence.

S'agissant de la pratique en matière de bénéfices en capital issus de participations

A titre liminaire, il convient de préciser que les bénéfices en capital issus de participations sont, au plan cantonal et communal, exonérés dès lors que les sociétés concernées sont au bénéfice d'un statut de société holding ou de société auxiliaire. Ces deux statuts prévoient en effet, de par la loi, un dispositif de suppression de la triple ou multiple imposition économique.

Pour les autres sociétés, ainsi que le soussigné l'a indiqué à plusieurs reprises, l'administration fiscale applique la réduction pour participation aux bénéfices en capital issus de participations, selon les normes de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD)¹, au plan de l'impôt cantonal et communal depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la réforme de l'imposition des sociétés, le 1^{er} janvier 1998, ceci malgré l'absence de dispositions légales idoines dans la loi sur l'imposition des personnes morales (LIPM). La mise en application de cette pratique était fondée sur les deux motifs que sont l'incitation à l'implantation, d'une part, et le risque de transfert de siège, avant aliénation des participations, d'autre part.

1) Incitation à l'implantation

Les entreprises (sociétés) désireuses de s'implanter en Suisse se livrent, hormis l'analyse des autres conditions cadres, à l'examen des conséquences et avantages fiscaux liés au choix d'un canton. A ce titre, les sociétés organisées de telle façon qu'elles ne peuvent se revendiquer d'aucun des deux statuts précités entendent se prémunir contre l'imposition ultérieure des éventuels bénéfices en capital issus de participations.

Par extension, cette incitation doit aussi se comprendre dans le sens de favoriser, pour des sociétés déjà implantées, le développement des activités existantes ou de nouvelles activités dans le canton.

2) Risque de transfert de siège

Depuis le 1^{er} janvier 1995, date d'entrée en vigueur de la LIPM (harmonisée), les sociétés qui transfèrent leur siège dans un autre canton en Suisse ne sont plus soumises à un décompte fiscal des réserves latentes existantes sur les actifs détenus². Cette « exonération » était toutefois soumise, jusqu'au 31 décembre 2000, à la condition que le canton d'arrivée applique des dispositions analogues³.

Depuis le 1^{er} janvier 2001, date à laquelle la LHID déploie ses pleins effets, cette « exonération » n'est plus soumise à condition. Il n'est pas inutile de préciser que, dans l'intervalle, les cantons suisses ont uniformément adopté dans leur législation des normes prévoyant l'extension de la réduction pour participation aux bénéfices en capital issus de participations.

Ainsi, ne pas accorder la réduction pour participation sur les bénéfices en capital issus de participations aux sociétés ne bénéficiant pas de statut particulier implique le risque, bien réel, de voir la société venderesse transférer son siège dans un autre canton suisse avant la vente de la participation.

De la sorte, la société se verrait exonérée d'impôt (dans l'autre canton) sur le bénéfice en capital réalisé lors de la vente de la participation, d'une part, et paierait moins (si elle maintient une succursale à Genève) voire ne paierait plus du tout d'impôt à Genève sur ses autres éléments imposables (bénéfice et capital).

S'agissant des impacts chiffrés de cette pratique

Comme cela a été évoqué lors de la séance de commission précitée, l'administration n'a pas archivé spécifiquement les cas pour lesquels une décision d'application de la réduction pour participation aux bénéfices en capital issus de participations a été prise.

Pour autant, ces cas étant de la seule compétence de la direction de l'administration, il est raisonnable de considérer que les trois cas identifiés pour les années 2000 à 2002 sont représentatifs des effets de cette pratique.

¹ Y compris la distinction entre ancienne et nouvelle participation

² Impôt dit « de départ »

³ Clause de réciprocité précédant l'application obligatoire des normes LHID

De ces trois cas, il est à relever que :

- Un cas concerne l'implantation d'une société à Genève (avec octroi d'allègements fiscaux); cette société ne bénéficiant pas d'un statut de société auxiliaire ou holding, elle a prévu comme condition cadre dans sa demande au Conseil d'Etat le fait de bénéficier, cas échéant, de la réduction pour participation sur les bénéfices en capital issus de participations.

Cette mesure lui a été accordée directement et par courrier séparé par l'administration fiscale.

- Un cas pour lequel le bénéfice en capital n'a pas pu bénéficier de la réduction pour participation, du fait que la participation vendue était une ancienne participation ne rentrant pas dans le champ des dispositions transitoires prévues à l'article 207 LIFD.

Cette décision s'inscrit ainsi nettement dans l'harmonisation verticale appliquée par l'administration fiscale et proposée par le PL 8969 à son article 45A (dispositions transitoires).

- Un cas concerne un établissement bancaire qui, dans le cadre d'un développement important de ses activités à Genève, a acquis une participation pour un montant d'environ F 300 millions; cet établissement a obtenu de l'administration l'assurance que le bénéfice éventuel futur résultant de la vente de cette participation profiterait de la réduction pour participation.

Il s'agissait ainsi d'assurer le développement de cette société à Genève plutôt qu'ailleurs en Suisse.

- Il ressort de ce qui précède qu'aucun des deux cas concernés par l'application de la réduction pour participation aux bénéfices en capital issus de participations (le 1^{er} et le 2^e cas) n'a encore été suivi d'effets, les engagements pris par l'administration étant à vocation future.
- Pour autant, si l'on devait retenir, par hypothèse, que le troisième cas réalisait une plus-value de 10% sur sa participation, soit F 30 millions, ce sont environ F 5,686 millions d'impôt auxquels il aura été renoncé.
- En regard de ce fait, il faut considérer que cet établissement bancaire paie des impôts annuels de l'ordre de F 5,500 millions pour l'ICC et F 11.600 millions pour l'IFD⁴.

S'agissant de la reconnaissance politique de cette pratique

Plusieurs discussions ont eu lieu avec la (précédente) Cheffe du Département sur le fait que cette pratique existait et qu'il était souhaitable, pour des raisons évidentes, qu'elle soit relayée par un dispositif légal.

Il a pour autant été décidé, lors d'une séance datant du 31 août 1999, de ne pas changer cette pratique tout en conservant la loi genevoise en l'état. Ceci ayant été confirmé par l'absence de suite donnée à une nouvelle interpellation de l'administration en date du 16 avril 2002.

Actuellement, alors qu'un projet de loi visant à cristalliser cette pratique dans notre arsenal législatif, un refus d'entrée en matière poserait la question de la pérennité de cette pratique.

A la lecture de ce qui précède, il apparaît clairement que renoncer à accorder la réduction pour participation aux bénéfices en capital issus de participations serait un mauvais signal donné en matière d'attractivité fiscale (la concurrence intercantonale étant déjà rude par ailleurs), d'une part, et ferait courir le risque de voir certaines délocalisations s'opérer, d'autre part.

Stéphane TANNER

⁴ La disparité entre les deux impôts étant liée au fait que la société est établie dans plusieurs cantons (répartition intercantonale de l'assiette pour les impôts cantonaux et communaux) mais a son siège à Genève, lequel prélève l'intégralité de l'IFD (avec toutefois redistribution ultérieure de la part cantonale aux autres cantons concernés).

**Message du 28 octobre 2003 de M. Fabien Waelti, juriste à la Chancellerie
adressé à Mme Vogt Moor**

De : Waelti Fabien (CHA)

mardi, 28. octobre 2003 10:46

A : Vogt Moor Claire (OF)

Copie : Hensler Robert (CHA); Bonard Claude (CHA); Scheidegger Frédéric (CHA)

Objet : PL 8969 actuellement examiné par la commission fiscale du GC

Chère Madame,

Je fais suite à votre demande du 22 octobre dernier, demandant en substance si le PL 8969 pouvait ne pas être soumis au référendum obligatoire prévu par l'art. 53 A Cst-GE, dans la mesure où il ne ferait que codifier la pratique de l'administration cantonale.

A mon sens, la réponse qui doit être apportée à cette question est négative.

J'observe tout d'abord que la lettre de l'art. 53 A Cst-GE ne fait aucune distinction - il ne le pourrait pas d'ailleurs - selon que la loi édicte une règle absolument nouvelle, ou retranscrit une pratique jusqu'alors sans fondement légal explicite. Compte tenu du caractère très récent de cette disposition, qui plus est de rang constitutionnel, une interprétation littérale paraît devoir être respectée. Or sous cet angle, il ne fait aucun doute qu'en adoptant le PL 8969, le Grand Conseil adopte formellement une loi, dont l'objet a indiscutablement trait à la modification du taux ou de l'assiette d'un impôt. Pour cette raison déjà, il paraît exclu de renoncer à soumettre ladite loi au référendum obligatoire.

Ce qui précède vaut a fortiori si l'on se souvient que l'institution du référendum obligatoire est encore plus contraignante pour l'autorité que le référendum facultatif, lequel est soumis à un certain nombre de conditions formelles prévues par la loi. Or même en matière de référendum facultatif, la jurisprudence déjà ancienne du Tribunal fédéral expose que si les conditions formelles en question sont remplies, et, s'agissant du référendum financier, si les conditions relatives à la définition des dépenses pouvant ou devant faire l'objet d'un référendum sont réalisées, l'acte soumis à référendum facultatif doit être soumis à votation, et ce afin de respecter les droits populaires et politiques des citoyens (cf. notamment déjà ATF 98 la 207; 99 la 188; 100 la 366 par exemple).

En outre, il arrive très fréquemment que la loi concrétise une pratique préalable; on ne saurait pour autant considérer en pareil cas qu'il s'agirait d'une catégorie distincte de loi au sens formel, dont les qualités et les exigences seraient moindres. Si l'on opérait ici cette distinction, cela aurait pour conséquence un risque d'affaiblir la portée normative de la loi et donc de l'activité principale du Grand Conseil.

Dans un autre contexte, celui de l'initiative cantonale, il faut encore signaler en passant que le Tribunal fédéral a rappelé que même une initiative populaire dont l'objet serait impossible ne peut être invalidée que dans les cas les plus évidents, à savoir que lorsque l'obstacle à la réalisation est effectivement insurmontable, motif pris qu'une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative (cf. notamment encore l'arrêt rendu au sujet de l'initiative relative au Stade de Genève, A TF 128 1 190 et ss., p. 202, cons. 5 et réf. citées). Dès lors et si le Tribunal fédéral, tout en respectant la marge d'appréciation des autorités quant à la recevabilité d'une initiative, se montre aussi restrictif lorsque celle-ci a un objet dont la réalisation paraît difficile, on peut considérer a fortiori qu'il n'admettrait pas qu'en matière de référendum, et qui plus est de référendum obligatoire, on interprète une disposition claire de rang constitutionnel d'une manière qui éluderait en partie le droit du corps électoral dans son ensemble de se prononcer sur l'objet en question, et ce même si l'utilité d'une pareille consultation n'est pas des plus évidentes, compte tenu par ailleurs des dispositions impératives du droit fédéral (LHID et LIPM).

Il faut en effet rapprocher la dernière question que vous me posiez de celle de savoir si, compte tenu des règles de droit fédéral désormais directement applicables au vu de leur densité normative suffisante et de l'écoulement du temps, il se justifie encore de légiférer en droit cantonal.

Comme déjà dit, la réponse à cette question ne doit pas avoir pour effet de dire qu'une éventuelle loi codifiant une pratique administrative ou reprenant une règle de droit fédéral n'est pas soumise au référendum obligatoire, mais bien de se demander s'il existe véritablement une justification à ancrer dans la loi cantonale les principes en question, s'ils sont de toute manière dictés par le droit fédéral.

Si le parlement répond à l'affirmative à cette dernière interrogation, alors il n'y aura pas d'autre issue que de considérer que la loi votée est dans son ensemble soumise au référendum obligatoire, dont le résultat ne pourra de toute manière remettre en cause les principes de droit fédéral désormais impératifs en la matière, ni même peut-être la pratique décrite dans la note de l'AFC que vous m'avez aimablement soumise, dans la mesure où cette pratique pourrait être considérée comme directement dictée par le droit fédéral.

Avec mes meilleures salutations.

Fabien Waelti