

Urteilskopf

81 I 212

34. Arrêt du 8 juin 1955 en la cause Union de banques suisses contre le canton de Genève.

**Regeste (de):**

Interkantonale Doppelbesteuerung (Art. 46 Abs. 2 BV).

Interkantonale Verteilung des bei der Emission von Bankaktien bezahlten Agios (Änderung der Rechtsprechung).

**Regeste (fr):**

Double imposition intercantonale (art. 46 al. 2 Cst.).

Répartition intercantonale de l'agio perçu lors de l'émission d'actions bancaires (changement de jurisprudence).

**Regesto (it):**

Doppia imposizione intercantonale (art. 46 cp. 2 CF).

Ripartizione intercantonale dell'agio riscosso all'atto dell'emissione di azioni bancarie (cambiamento di giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 212

BGE 81 I 212 S. 212

A.- La loi générale sur les contributions publiques du canton de Genève (art. 66) impose au titre du bénéfice

BGE 81 I 212 S. 213

net des personnes morales notamment "les sommes portées aux réserves provenant de la prime (agio) sur l'émission de nouvelles actions, en cas d'augmentation du capital". En 1951, l'Union de banques suisses, qui entretient une succursale à Genève, a augmenté son capital par l'émission de 20 000 actions nouvelles de 500 fr., valeur nominale, mais dont la valeur d'émission a été fixée à 600 fr. De cette opération, il est résulté au total un agio de deux millions de francs, qui a été porté aux réserves. Pour l'année fiscale 1952, à laquelle correspond l'année de calcul 1951, le fisc genevois, vu l'art. 66 précité, a ajouté cet agio au bénéfice net imposable de l'Union de banques suisses, réalisé par l'ensemble de l'entreprise en Suisse. Il a ensuite calculé la part de ce bénéfice, soumise à l'imposition dans le canton de Genève, pour la succursale qui s'y trouve, conformément aux règles destinées à éviter la double imposition intercantonale. Pour ce faire, il a appliqué à tous les éléments du bénéfice net, moins l'agio, le taux de 4'681%, correspondant à la proportion entre le bénéfice de la succursale de Genève et le bénéfice total. Pour l'agio, en revanche, il a pris en considération le taux de 8'549%, correspondant à la proportion entre les actifs propres de la succursale de Genève et les actifs totaux de la société. Ce taux spécial, applicable au bénéfice imposable que constitue l'agio selon le droit de certains cantons, a été calculé d'après les principes posés par le Tribunal fédéral dans son arrêt Société de banque suisse contre Département des finances du canton de Genève, du 20 juin 1930 (RO 56 I 230). L'Union de banques suisses recourut contre cette taxation, mais, se fondant sur la jurisprudence établie par l'arrêt précité, la Cour de justice de Genève la débouta, le 6 juillet 1954.

B.- Contre cet arrêt, l'Union de banques suisses a formé, en temps utile, un recours de droit public. Elle invoque les art. 46 al. 2 et 4 Cst. et conclut à ce qu'il

BGE 81 I 212 S. 214

plaise au Tribunal fédéral annuler l'arrêt attaqué et "déclarer que l'Etat de Genève est tenu

d'appliquer, en ce qui concerne le calcul de la quote-part de l'agio imposable à Genève, le taux de répartition fixé pour le bénéfice, soit 4'681%. Touchant la violation de l'art. 46 al. 2 Cst., elle allègue en résumé ce qui suit: Le Tribunal fédéral a jugé qu'en matière intercantonale et pour l'imposition au titre du bénéfice, l'agio doit être réparti selon la proportion qui existe entre les actifs des diverses succursales et le total des actifs de l'entreprise. Il a considéré en effet que les actifs sont un élément plus stable que les bénéfices d'exploitation et donnent une image plus exacte de l'importance de chaque établissement. Cependant, pour les instituts bancaires, ce principe ne peut plus, aujourd'hui, être considéré comme juste. Vu les expériences faites, il semble que le bénéfice reflète plus exactement l'importance de chaque succursale et soit soumis à des fluctuations moindres que les fonds propres, car ceux-ci ne représentent pas des investissements stables, comme dans d'autres entreprises, mais dépendent en premier lieu des dépôts de la clientèle, qui sont fortement variables. Aussi bien, la solution adoptée par le Tribunal fédéral a-t-elle été critiquée par divers auteurs et devrait être revue.

C.- La Cour de justice se réfère essentiellement à son arrêt. L'Etat de Genève conclut au rejet du recours.

D.- Le Tribunal fédéral a commis Jean-Jacques Gautier, docteur en droit, à Genève, comme expert en lui donnant pour mission essentiellement de définir l'agio du point de vue économique, financier et comptable, de décrire en particulier les causes qui en conditionnent l'existence et en déterminent l'importance, d'indiquer en outre le traitement de l'agio au compte de pertes et profits et au bilan. L'expert a résumé ses conclusions dans les termes suivants:  
BGE 81 I 212 S. 215

"...dans les émissions réservées aux anciens actionnaires, l'agio représente pour la société un apport supplémentaire d'actifs qui n'est pas comptabilisé comme capital, ce qui a pour conséquence qu'il contribue à augmenter les réserves et qu'il n'entre pas en ligne de compte pour le calcul du dividende. Du point de vue des actionnaires, il présente une prime supplémentaire à verser lors de l'augmentation de capital, d'où diminution de l'avantage résultant de cette augmentation. L'importance de l'agio qui peut être demandé ne dépend que du cours du titre, lequel est lui-même fonction principalement des bénéfices réalisés et distribués, actuels et futurs de la société. Les sociétés ne font usage de la possibilité de demander un agio que d'une manière limitée, l'agio ne représentant pas pour elles un véritable avantage économique. Du point de vue comptable, l'agio fait l'objet d'une opération en capital."

Erwägungen

Considérant en droit:

1. En créant 20 000 nouvelles actions d'une valeur nominale de 500 fr. chacune, émises au prix de 600 fr., la recourante a augmenté son capital social de 10 millions, tandis qu'elle encaissait 12 millions. La différence de deux millions constitue l'agio, qui, considéré comme encaissement fait sans prestation en retour apparente et porté aux réserves (art. 624 CO), a été traité par le fisc genevois comme un élément du bénéfice imposable de par l'art. 66 de la loi générale sur les contributions publiques. La recourante ne conteste pas le principe de cette imposition. Il s'agit là, du reste, d'une pure question de droit cantonal, qui ne pourrait être portée devant le Tribunal fédéral que par la voie du recours de droit public pour arbitraire. Or la Cour de céans a jugé que les cantons peuvent, sans tomber dans l'arbitraire, imposer l'agio au titre du bénéfice net même si, sur ce point, leur loi ne porte aucune disposition expresse (RO 58 I 11, consid. 2 et les arrêts cités). Ce que la recourante conteste, en revanche, c'est le calcul de la part de l'agio qui est soumise à la souveraineté fiscale genevoise, du fait qu'une succursale de la banque est établie à Genève. Le litige a donc pour objet la répartition intercantonale de l'agio en tant que bénéfice imposable. Cette répartition a pour but d'empêcher la double imposition. Elle relève exclusivement de l'art. 46 al. 2 Cst.  
BGE 81 I 212 S. 216

et des principes que le Tribunal fédéral est appelé à poser conformément à cette disposition constitutionnelle (RO 71 I 334).

2. L'entreprise intercantonale devant être considérée comme un tout du point de vue de la double imposition, il faut tout d'abord calculer son bénéfice net total, puis établir la quote-part de chacun des cantons sur le territoire desquels elle entretient un établissement soumis à leur souveraineté fiscale (RO 71 I 334). Pour les banques, la répartition du bénéfice se fait au prorata du solde des comptes de pertes et profits des succursales établies sur le territoire des divers cantons (RO 71 I 335, consid. 2 et 3). Toutefois, s'agissant de l'agio imposable au titre du bénéfice, le Tribunal fédéral a posé un principe exceptionnel dans son arrêt Société de banque suisse, du 20 juin 1930 (RO 56 I 231). Son

argumentation à cet égard était la suivante: Si l'agio doit être réparti entre le siège social et les succursales, il ne peut l'être selon la même formule que le reste du bénéfice net, car il faut lui appliquer un critère uniforme adapté à sa nature spéciale. Or il n'est pas le produit direct de l'exploitation proprement dite; il apparaît comme un accroissement de la fortune sociale provenant des mises de fonds des souscripteurs. Les actifs sont du reste un élément plus stable que les bénéfices d'exploitation; leur état donne une image plus exacte de l'importance de chaque établissement, car le bénéfice d'exploitation peut être exceptionnel. Pour l'imposition au titre du bénéfice, la répartition de l'agio doit donc se faire d'après la proportion entre les actifs de chaque succursale et l'ensemble des actifs sociaux. La recourante conteste la solution ainsi motivée. Son argumentation, résumée plus haut, appelle un nouvel examen de la question.

3. Comme le Tribunal fédéral l'a dit dans l'arrêt précité, il faut choisir un facteur de répartition conforme à la nature propre de la matière fiscale considérée. S'agissant  
BGE 81 I 212 S. 217

de l'agio, on tiendra pour tel le facteur qui permettra de mesurer les parts selon le rôle que chaque succursale aura joué dans la production de la valeur économique réalisée sous cette forme. Parmi ceux qui entrent en ligne de compte, on s'arrêtera donc au facteur qui déterminera principalement l'existence même et la mesure de l'agio et que l'on pourra en même temps fixer pour chacun des établissements de l'entreprise. Or l'expert a démontré d'une manière concluante que la possibilité même d'exiger un agio lors d'une émission nouvelle dépend du cours (valeur vénale) des actions anciennes. Cette possibilité est nulle aussi longtemps que le cours ne dépasse pas le pair; sa limite supérieure est fixée par la différence entre la valeur nominale et le cours. Les facteurs qui déterminent celui-ci sont, par ordre d'importance, les suivants: le montant des bénéfices, celui du dividende (dans la mesure où les bénéfices réels ne sont pas connus), les perspectives d'avenir, le chiffre d'affaires (surtout en ce qu'il permet de supputer le montant des bénéfices réels et l'évolution du mouvement des affaires), enfin l'état des actifs, lequel cependant est tout à fait secondaire, surtout lorsqu'il s'agit d'actions de banques. On voit que l'état des actifs, sur lequel le Tribunal fédéral avait cru pouvoir fonder la répartition intercantonale, ne joue qu'un rôle presque négligeable dans la production de la valeur économique réalisée sous forme d'agio. Au contraire, le montant des bénéfices est déterminant. Même si l'agio, ainsi que le confirme l'expertise, apparaît, du point de vue économique et comptable, comme une augmentation de la fortune sociale provenant d'une mise de fonds des souscripteurs et n'est pas produit directement par l'exploitation elle-même, il n'en reste pas moins que les résultats de celle-ci, en élevant le cours de l'action au-dessus du pair, permettent le prélèvement d'une prime et en limitent le montant d'une façon décisive. Dans ces conditions, le principe posé par l'arrêt Société de banque suisse ne peut être maintenu. Bien qu'en  
BGE 81 I 212 S. 218

matière de double imposition intercantonale les exigences de la sécurité juridique soient, pour le Tribunal fédéral, particulièrement impérieuses, ce changement de jurisprudence s'impose, vu le poids des arguments révélés par l'instruction. Il ressort du reste de l'expertise que le prélèvement d'un agio lors de l'émission d'actions nouvelles est, sinon rare, du moins exceptionnel. Ainsi, pour les banques intercantionales, dont les succursales établissent des comptes de résultats distincts, l'agio devra dorénavant être réparti d'après la proportion du bénéfice de chacune des succursales considérées au bénéfice total de l'entreprise. On en reviendra donc en principe à la clef de répartition applicable au bénéfice net. Cependant et puisqu'il faut adapter la formule à la nature particulière de l'agio, on ne saurait s'en tenir au bénéfice d'une seule année. Comme l'a dit l'expert, l'agio dépend du cours du titre, lequel est lui-même "fonction principalement des bénéfices réalisés et distribués, actuels et futurs de la société". Or dans la supputation de la valeur vénale, le bénéfice du dernier exercice connu apparaît comme un élément de calcul peu sûr; des circonstances fortuites peuvent l'élever au-dessus ou le maintenir au-dessous du niveau habituel; on pourra compenser les effets d'un résultat accidentel et établir tout au moins une certaine vraisemblance pour l'avenir, en tenant compte du résultat de plusieurs années antérieures. Le même procédé se justifie pour la répartition de l'agio, laquelle se fera d'après le bénéfice moyen des cinq exercices qui ont précédé l'émission.

Enfin, dès lors que l'agio est principalement déterminé par les bénéfices de l'entreprise, il se justifie de prélever, avant sa répartition, un préciput de 10% en faveur du siège central, vu le rôle particulier que joue cet établissement à la fois dans l'émission et dans la politique suivie par l'ensemble de l'entreprise. Cela est du reste conforme à la solution donnée en matière de répartition intercantonale du bénéfice (RO 71 I 341, consid. 5).  
BGE 81 I 212 S. 219

4. Le recours devant être admis en tant qu'il est fondé sur l'art. 46 al. 2 Cst. déjà, il n'est pas nécessaire d'examiner en outre si, comme l'allègue la recourante, l'arrêt attaqué viole l'art. 4 Cst.

## Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:

Admet le recours en ce sens que le canton de Genève n'est autorisé à imposer l'agio, après déduction d'un préciput de 10% en faveur du siège central, que pour la part donnée par la clef de répartition applicable au bénéfice net, avec cette différence que l'on tiendra compte de la moyenne des cinq derniers exercices annuels; annule l'arrêt attaqué.