

L'imposition d'une **personne morale** **étrangère** en Suisse La notion de **direction** effective

Philippe Kenel

[Docteur en droit, avocat à Pully-Lausanne, Genève et Bruxelles, Associé, Valfor Avocats]

Daniel Gatenby

[LL.M. Tax, avocat à Pully-Lausanne et Genève, Valfor Avocats]



Introduction

L'objet de cette contribution est d'étudier à quelles conditions une personne morale ayant son siège statutaire à l'étranger est néanmoins imposée en Suisse. Comme nous le verrons, une telle requalification a des conséquences importantes non seulement pour la société concernée, mais également pour ses propriétaires, notamment s'ils sont imposés d'après la dépense.

Les dispositions légales suisses et internationales applicables

En droit interne suisse selon l'article 50 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) «les personnes morales sont assujetties à l'impôt en raison de leur rattachement personnel lorsqu'elles ont leur siège ou leur administration effective en Suisse». De même, l'article 20 al. 1 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) stipule: «les sociétés de capitaux, les sociétés coopératives, les associations, les fondations et les autres personnes morales sont assujetties à l'impôt lorsqu'elles ont leur siège ou leur administration effective dans le canton». L'alinéa 2 du même article précise que «les personnes morales, les sociétés commerciales et les communautés de personnes étrangères

sont assimilées aux personnes morales suisses dont elles se rapprochent le plus par leur forme juridique ou leurs structures effectives». Le fait pour une société d'être imposée en Suisse en raison des dispositions précitées a comme conséquence qu'elle est soumise en Suisse à l'impôt sur le capital et sur le bénéfice. Par ailleurs, l'article 9 de la Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA) prévoit également que sont considérées comme domiciliées en Suisse «les personnes morales ou sociétés commerciales sans personnalité juridique dont le siège statutaire se trouve à l'étranger, mais qui sont effectivement dirigées en Suisse et y exercent une activité». Si tel est le cas, la Confédération helvétique prélève un impôt anticipé, en principe au taux de 35%, sur les revenus de capitaux mobiliers (par exemple, une distribution de dividendes).

Sur le plan international, l'article 4 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE (version 2017) (MC OCDE) prévoit ce qui suit: «au sens de la présente Convention, l'expression «résident d'un Etat contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt dans cet Etat en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet Etat et à toute subdivision politique ou collectivité locale de celui-ci ainsi qu'à un fond de pension reconnu de cet Etat [...]» (par. 1).

«Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux Etats contractants, les autorités compétentes des Etats contractants s'efforcent de déterminer d'un commun accord l'Etat contractant duquel cette personne est réputée être un résident aux fins de la Convention, eu égard au lieu où se situe son siège de direction effective, au lieu où elle a été constituée en société ou en toute autre forme juridique et à tout autre facteur pertinent. [...]» (par. 3).

Quant aux conventions signées par la Suisse, à titre d'exemple, l'article 4 paragraphe 1 de la Convention conclue le 21 janvier 1993 entre la Confédération suisse et le Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune prévoit qu'«au sens de la présente convention, l'expression «résident d'un Etat contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt dans cet Etat, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue». Le paragraphe 3 précise que «lorsque, selon les dispositions du par. 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux Etats contractants, elle est considérée comme un résident de l'Etat où son siège de direction effective est situé».

Définition de la notion de direction effective

Trois remarques préalables doivent être faites avant d'analyser le sens à donner à la notion de «directive effective» au sens du droit suisse. Tout d'abord, il résulte de ce qui précède que la terminologie utilisée par la législation helvétique diffère de celle figurant dans les conventions internationales. En effet, la première se réfère à la notion d'«administration effective», alors que les secondes utilisent l'expression de «direction effective». Cependant, dans son message de 1983 relatif à la LIFD et à la LHID, le Conseil fédéral a clairement précisé que l'expression «administration effective» correspond à la langue juridique suisse, mais qu'il ne s'agit pas d'une notion différente de celle «direction effective des affaires» utilisée plus couramment dans les conventions de double imposition (Feuille fédérale 1983, III 1, 114). Dans la suite de cet article, nous utiliserons l'expression «direction effective». En second lieu, vu que la Suisse est un Etat fédéral composé de vingt-six

cantons, le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de trancher la question du lieu d'imposition d'une société en matière intercantonale. La grande différence entre la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière intercantonale et internationale est qu'en matière internationale le Tribunal fédéral considère que la direction effective est un critère de rattachement alternatif à celui du siège social. En revanche, dans les relations intercantionales, la direction effective entre en considération uniquement si la personne morale n'est qu'une simple société «boîte aux lettres» et qu'aucune activité n'est exercée au siège.

Enfin, il sied de souligner que, depuis quelques années, on assiste à un durcissement de la pratique des autorités fiscales en relation avec la notion de direction effective dans les relations internationales. La doctrine considère toutefois majoritairement que la jurisprudence développée dans les relations intercantionales, sur laquelle nous reviendrons ci-dessous, peut être appliquée par analogie (Xavier Oberson, Précis de droit fiscal international, 5^e éd., Berne 2022, p. 92; Peter Locher, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 4^e éd., Berne 2019, p. 294). Néanmoins, il n'y a que peu de jurisprudence en la matière.

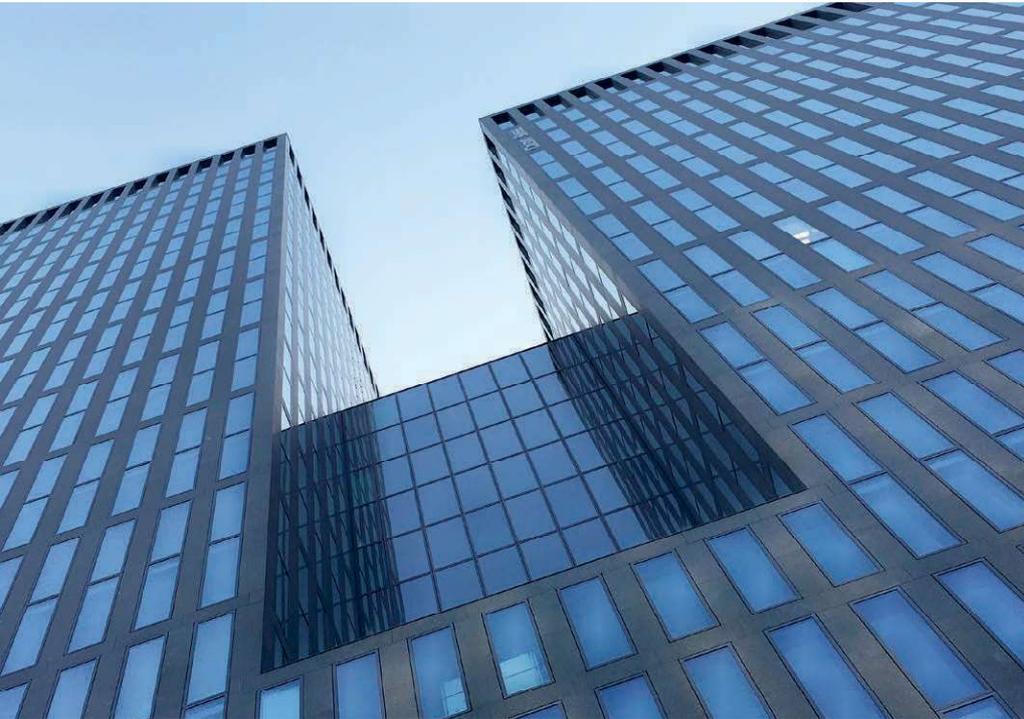
La première jurisprudence rendue en matière internationale sur le sujet est l'arrêt X. Corporation contre l'Administration fiscale cantonale du canton de Genève le 4 décembre 2003 considéré comme le leading case en la matière. Il a été suivi de l'arrêt X. L. LTD. c. Autorités fiscales du canton de Zoug rendu le 16 mai 2013. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé ce qui suit:

«Selon la pratique, le lieu de l'administration effective se trouve à l'endroit où se situe le centre effectif et économique de son existence (ATF 54 I 301 c. 2 p. 308 ss.) resp. à l'endroit où est assurée la gestion qui, normalement, se déploie au siège de la société, à l'endroit où sont accomplis les actes qui, dans leur ensemble, servent à la réalisation du but statutaire (ATF 50 I 100 c. 2 p. 103 s.). Si des affaires courantes sont conduites depuis plusieurs lieux différents, il s'agit de l'endroit où se déploie la part prépondérante de son activité. Il est, à cet égard, impensable que l'administration effective soit exercée par des tiers mandatés à cette fin [...]. Cette pratique, essentiellement développée à l'origine dans le but de pouvoir déterminer la souveraineté fiscale en cas de litiges entre cantons, est aujourd'hui employée par le

Tribunal fédéral pour décider de l'assujettissement fiscal selon l'art. 50 LIFD. A cet égard le TF distingue entre «l'administration purement administrative» d'une part, et l'activité des organes de la société d'autre part, dans la mesure où cette dernière se borne à l'exercice du contrôle sur l'administration effective et la prise de certaines décisions de principe. En revanche, les lieux où se tiennent les décisions du conseil d'administration, les assemblées générales ou encore le domicile des actionnaires n'ont aucune incidence en la matière» (RDAF 2013 II p. 500, 502).

Comme le résume Robert Danon, «la notion d'administration effective comprend ainsi un élément qualitatif et quantitatif. Sur un plan qualitatif tout d'abord, il apparaît que le critère de l'administration effective se concentre sur le lieu où est exercée la gestion courante des affaires («day-to-day management»). De ce point de vue le critère de l'administration effective ne coïncide pas avec le test du «management and control». Autrement dit, les fonctions exercées en relation avec la politique et la stratégie générale de l'entreprise ne sont pas décisives. Il en va de même des décisions et mesures qui ont un caractère purement administratif (tenue des livres comptables, préparation des documents statutaires, de l'assemblée générale, etc.). Ainsi, comme le résume la pratique administrative, l'administration effective se situe entre le niveau «supérieur» (politique stratégique) et «inférieur» (décisions et mesures administratives). Enfin, le point de savoir si l'administration effective d'une société est en Suisse s'examine selon la réalité économique. Ce ne sont donc pas les prérogatives formellement mais effectivement exercées qui sont décisives. Enfin, sur un plan quantitatif, l'application du critère dit de la «prépondérance» est confirmée.

En conséquence, il n'y a administration effective en Suisse que lorsqu'une part prépondérante de la gestion courante est exercée depuis ce pays. Selon l'approche suisse, le fait que l' (les) actionnaire(s) d'une société offshore réside(nt) en Suisse n'est en principe pas déterminant. Cela étant, ceci n'est exact que lorsque l'actionnariat n'exerce aucune fonction constitutive de direction courante. En revanche, si l'actionnaire est aussi (juridiquement ou dans les faits) administrateur délégué et prend des décisions de gestion, alors la direction effective devrait coïncider avec le lieu où il réside. D'une manière générale, le même raisonnement est applicable à toute



personne à laquelle tout ou partie de la gestion courante pourrait être confiée» (Robert Danon, Article 4, in, Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune – Commentaire, Bâle, 2014, p. 170).

En pratique, deux questions essentielles se posent :

Qui sont les porteurs de la direction effective ?

Il sied de souligner que seule une personne physique peut être porteuse de l'administration effective. Comme le relève la doctrine, « il importe peu de savoir en quelle qualité les personnes physiques porteuses de l'administration effective agissent. En effet, les causes peuvent être multiples sous le couvert des désignations générales du droit commercial. Ce qui importe, c'est que ces personnes physiques conduisent les activités courantes » (Frédéric de le Court, Administration et direction effectives, *Steuer Revue*, 2016, 404, 409-410).

Quels sont les actes qualifiant l'administration effective ?

Il résulte de la jurisprudence et de la doctrine qu'il y a trois types d'activités au sein d'une entreprise. D'une part, les activités de haute direction composées de la surveillance et des décisions stratégiques. D'autre part, les activités de direction courantes consistant en la conduite des affaires et aux prises de décisions principales relatives aux opérations courantes. Enfin, les activités administratives, soit le secrétariat, la tenue de la comptabilité, la conservation des archives et la réception téléphonique. Seules les activités de direction courante sont porteuses de la direction effective.

Selon la doctrine, « la direction effective est un subtil mélange entre le pouvoir de conclure et son usage régulier. Ainsi il y a nécessité de disposer du pouvoir de conclure, ce qui limite le cercle des porteurs de l'administration effective. Certes, les administrateurs, les gérants ou les associés indéfiniment responsables en disposent de par leur fonction. Néanmoins, la simple disposition de ce pouvoir ne suffit toutefois pas à être porteur de l'administration effective. En effet, ce pouvoir de conclure doit être utilisé de manière régulière en fonction des besoins de la société considérée, pour lier la société à des tiers dans des affaires courantes. Il en ressort deux choses :

- Le pouvoir de conclure élimine toute activité purement administrative (administration, activité organisationnelle exclusivement interne à l'entreprise qui ne nécessite pas un tel pouvoir) du champ de l'administration effective. À notre sens, la nécessité du pouvoir de conclure est donc un critère de distinction par rapport aux activités subalternes.
- D'autre part, l'usage régulier du pouvoir de conclure distingue les affaires courantes des affaires stratégiques. Certes, par usage régulier, il y a de multiples facettes d'une même réalité. En pratique, les affaires courantes sont nettement plus fréquentes que les affaires stratégiques. Dès lors, la régularité de l'usage de ce pouvoir est une mise en abîme de la masse des décisions, celles relevant des affaires courantes étant plus nombreuses que celles relevant des affaires stratégiques, le nombre des unes et des autres étant sujet au type d'activité de l'entité considérée. L'usage régulier est un

critère de distinction par rapport aux activités de haute direction (dont la fréquence est plus faible que celles de la direction effective) » (Frédéric de le Court, *op. cit.*, p. 412).

La casuistique pertinente ressortant de la doctrine et la jurisprudence intercantonale peut être résumée de la manière suivante concernant les sociétés holding et les sociétés de financement :

Pour les sociétés holding il n'existe pas de jurisprudence dans le cadre de situations internationales. Cela étant, certains auteurs estiment que la jurisprudence rendue en matière intercantonale peut s'appliquer par analogie (Xavier Oberson, *op. cit.* p. 92). Le Tribunal fédéral a retenu, dans des arrêts anciens, que la direction effective d'une telle société se trouve au lieu de conservation physique des titres, de l'encaissement des dividendes, de la tenue des comptes, de la prise des décisions d'achat et de vente de titres, de l'exercice des droits d'actionnaire, et au lieu d'où les filiales sont contrôlées (ATF 45 I 190, 199 ss; ATF du 21 octobre 1964 publié in: ASA 34 [1965/1966] 312 ss). Il y a toutefois lieu selon certains auteurs de relativiser les trois premières activités citées, qui relèvent du niveau « administratif » et de retenir comme lieu de direction effective le lieu dans lequel sont exercés les trois dernières activités citées, qui constitue réellement des activités de Day-to-day management (Stefan Oesterheld/Susanne Schreiber, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht DBG, 4 éd, Bâle 2022, p. 1008-1009).

Pour les sociétés de financement, il s'agit des décisions tactiques liées aux prêts, à savoir la fixation des termes de conditions contractuelles des investissements, le contrôle de solvabilité, les analyses de marché, l'entretien des relations bancaires et le refinancement, le traitement et la conclusion des contrats de prêt, la détention des garanties, le contrôle et le suivi des flux financiers, la gestion des risques de change et de variation des taux d'intérêts [...] (Frédéric de le Court, *op. cit.* 415-417, ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées).

Conséquences de la requalification en Suisse du lieu d'imposition d'une société

La principale conséquence de la localisation en Suisse de la direction effective d'une société est que l'entité en question est considérée comme une société suisse et par conséquent imposée de ma-

nière illimitée en Suisse, comme une société helvétique. Il lui appartient donc de payer un impôt sur le capital et sur le bénéfice. Par ailleurs, les dividendes, vu que la société est considérée comme une entité fiscalement suisse, sont soumis à un impôt anticipé de 35%. Si l'impôt anticipé n'a pas été prélevé par la société, ce qui est évidemment le cas vu que ses propriétaires la considéraient comme domiciliée à l'étranger, l'administration fiscale suisse peut procéder à un gross-up qui conduit à un impôt anticipé d'environ 53,85%.

Par ailleurs, une requalification du lieu d'imposition d'une société détenue par une personne imposée d'après la dépense en Suisse peut

avoir d'énormes conséquences pour elle. En effet, les actions et les créances à l'encontre de la société détenue par des forfaitaires sont considérées comme de la fortune suisse entrant dans le cadre du calcul de contrôle.

Il en va de même de toutes distributions de dividendes ou de versements d'intérêts qui seraient considérés comme des revenus de source suisse. En résumé, toute la fortune et les revenus qu'une personne imposée d'après la dépense penserait être couverts par son forfait seraient entièrement en réalité dans son calcul de contrôle. Il y a lieu de rappeler qu'en droit suisse le délai de prescription est de dix ans.

Conclusion

Pour conclure, nous recommandons à toutes sociétés et à toutes personnes imposées en Suisse, surtout si elles le sont d'après la dépense, de s'assurer que les sociétés étrangères dont elles sont propriétaires n'ont pas le risque d'être requalifiées comme sociétés suisses. Comme nous l'avons présenté ci-dessus, la situation est complexe. Trop souvent, des personnes «raisonnant à l'ancienne» considèrent qu'il n'y a pas de problème dès le moment où les réunions du conseil d'administration sont faites à l'étranger. Or, comme nous l'avons vu ci-dessus, ce n'est pas à ce niveau que se pose le problème.



Taxation of a foreign legal entity in Switzerland

The concept of effective management

Philippe Kenel

[Doctor of Law, lawyer in Pully-Lausanne, Geneva and Brussels, Partner, Valfor Avocats]

Daniel Gatenby

[LL.M. Tax, lawyer in Pully-Lausanne and Geneva, Valfor Avocats]

Introduction

The purpose of this article is to examine the conditions under which a legal entity with its registered office abroad is nonetheless liable to tax in Switzerland. As we shall see, such a requalification has important consequences not only for the company in question, but also for its shareholders, particularly if they are subject to lump sum taxation.

Applicable Swiss and international legal provisions

Under Swiss domestic law, according to article 50 of the Federal Act of 14 December 1990 on Direct Federal Taxation (FDTA), "legal entities are subject to tax on the basis of their personal nexus when they have their registered office or effective management in Switzerland". Similarly, article 20 paragraph 1 of the Federal Act of 14 December 1990 on