



CRC 2004-017

Président : Pascal Mollard
Juges : Sarah Protti Salmina ; Peter Spinnler
Greffière : Liliane Subilia-Rouge

Décision du 11 mars 2005

en la cause

X, recourante,

contre

L'Administration fédérale des contributions, Division principale de la taxe sur la valeur ajoutée, Schwarztorstrasse 50, 3003 Berne, (réf. ...)

concernant

la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA) ;
opération de prêt ; apport en capital

I. En fait :

A.– La société X (ci-après : X), qui exploite un hôtel-restaurant à A, est immatriculée au registre de l'Administration fédérale des contributions (AFC) depuis le 1^{er} janvier 1995 en qualité d'assujettie au sens de l'art. 17 de l'ordonnance du 22 juin 1994 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA ; RO 1994 1464 et les modifications ultérieures) et de l'art. 21 de la loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA ; RS 641.20).

En 1998, il fut décidé de procéder à la reconstruction de l'Hôtel X. La société B (ci-après : B), mit à disposition la totalité des fonds nécessaires à la construction du nouvel hôtel, ainsi qu'à l'achat ou à la construction des maisons du personnel. Les fonds investis se montèrent à Fr. 65'904'445.05. X déduisit dans les décomptes TVA la TVA facturée par les maîtres d'état à titre d'impôt préalable.

B.– A l'occasion d'un contrôle effectué au cours des mois de juillet et août 2001, l'AFC procéda à diverses corrections, établissant les décomptes complémentaires (DC) suivants :

- DC n° ... du 27 novembre 2001 d'un montant de Fr. 21'659.-- plus intérêts moratoires pour les périodes fiscales du 1^{er} janvier 1996 au 31 décembre 2000 ;

- DC n° ... du 27 novembre 2001 d'un montant de Fr. 3'906.-- plus intérêts moratoires pour la période fiscale du 1^{er} janvier 2001 au 31 mars 2001 ;

- DC n° ... du 15 avril 2002 d'un montant de Fr. 4'288'135.-- plus intérêts moratoires pour les périodes fiscales du 1^{er} janvier 1996 au 31 mars 2001.

Le DC n° ... du 15 avril 2002 était motivé par la réduction de l'impôt préalable déductible sur les montants investis par B, étant donné que l'AFC assimilait ces montants à un don. Il faisait suite à un échange de courriers et notamment à la production, le 15 octobre 2001, par X d'un projet de contrat de prêt non daté ni signé (copie du contrat signé remise le 28 février 2002).

C.– Faisant suite à diverses missives, une rencontre eut lieu le 17 septembre 2002 dans les locaux de l'AFC entre des collaborateurs de l'AFC et des représentants de la société. Cet entretien ne permit toutefois pas de parvenir à un accord au sujet du traitement fiscal à réserver aux montants investis.

Le 18 septembre 2002, l'AFC invita X à lui faire parvenir divers documents, à savoir l'analyse du marché, le concept de marketing, le programme et le budget d'investissements, le plan de financement, le compte de pertes et profits prévisionnel pour les cinq prochaines années et le compte de liquidités. Elle souhaita également être renseignée sur le nombre de lits, le taux d'occupation des lits dès décembre 2000, la durée des saisons d'hiver et d'été et les mesures à prendre dès la saison 00/01 en vue d'améliorer la rentabilité. Après plusieurs prolongations de délai, X produisit, le 30 avril 2003, un business plan basé sur une période de huit ans, une récapitulation des recettes d'hiver et des « Vergleichszahlen ». De plus, la maison du personnel, la récapitulation des investissements, l'éventuelle sous-capitalisation et le contrat de prêt firent l'objet de précisions supplémentaires.

D.– Le 26 juin 2003, l'AFC rendit deux décisions formelles en allemand (traduction française le 30 juin 2003) par lesquelles elle confirmait les décomptes complémentaires n° ..., n° ... et n° Après analyse des documents remis, l'AFC estimait que le prêt en cause, compte tenu des principes de l'économie d'entreprise, ne permettait pas d'obtenir une rentabilité appropriée, ni de maintenir le capital. Il ne pouvait donc s'agir d'un prêt selon l'usage commercial et il devait être qualifié de don, sous l'angle de la TVA. Cette contribution étant

directement liée à la construction et à la transformation de l'hôtel, la déduction de l'impôt préalable n'était pas autorisée pour ce qui était des dépenses financées par cette contribution.

E.– Par acte du 28 août 2003, X déposa une réclamation contre la décision susmentionnée afférente au montant de Fr. 4'309'794. Elle y expliquait notamment que, par convention datée du 31 octobre 2001, la C (ci-après : C), à la suite d'une cession de créance opérée en sa faveur par B, avait décidé d'abandonner de manière irrévocable au profit de X un montant de Fr. 6'764'515.05, représentant la perte reportée du 31 octobre 2001 de Fr. 5'106'515 et les intérêts calculés sur le prêt au 31 octobre 2001, dans l'idée de partir après la première année d'exploitation avec un compte de pertes et profits reporté à zéro. Elle concluait à l'annulation de la décision précitée pour les raisons suivantes : le chiffre d'affaires de l'hôtel se développait conformément aux perspectives de départ et c'était à tort que l'AFC considérait que le prêt ne pourrait jamais être remboursé. X se référait également à la pratique de l'AFC en matière d'assainissement, notamment à la notice n° 23 dans sa version révisée, selon laquelle les prêts sans intérêts ne doivent pas être considérés comme des dons.

Le 24 septembre 2003, X déposa diverses pièces démontrant l'évolution positive de son chiffre d'affaires.

F.– Par décision sur réclamation du 10 décembre 2003, l'AFC confirma ses premières décisions, en reprenant pour l'essentiel la motivation déjà développée. Elle estima que X présentait une structure des coûts disproportionnée par rapport à la moyenne de la branche. L'écart démesuré existant entre le chiffre d'affaires réalisé, compte tenu de son évolution potentielle selon le business plan du 28 août 2003, et les frais de financement des fonds étrangers majorés des amortissements des valeurs immobilières était tel qu'une rentabilité minimale assurant l'existence de l'entreprise ne pouvait pas être envisagée. Elle considéra que le business plan était entaché d'incohérences manifestes.

G.– Par recours du 26 janvier 2004 auprès de la Commission fédérale de recours en matière de contributions (ci-après : la Commission de recours ou la Commission de céans), X (ci-après : la recourante) a contesté la décision de l'AFC.

Elle conclut principalement à ce qu'il plaise à la Commission de recours :

- annuler la décision sur réclamation du 10 décembre 2003 ;
- annuler le décompte complémentaire n° ... du 15 avril 2002 ;
- constater que le montant avancé par B est un prêt et non un don et que, par conséquent, c'est à bon droit que X a mis en compte un montant d'impôt préalable de Fr. 4'288'135 dans ses décomptes trimestriels.

Elle conclut subsidiairement à ce qu'il plaise à la Commission de recours :

- déclarer que tout ou partie des montants avancés par B constitue un prêt et non un don ;
- annuler la décision sur réclamation du 10 décembre 2003 ;
- annuler le décompte complémentaire n° ... du 15 avril 2002 ;

- renvoyer le dossier à l'AFC afin qu'elle détermine, au moyen des méthodes présentées ainsi qu'avec son concours et, au besoin, avec l'aide d'un expert indépendant et neutre professionnellement qualifié dans la branche hôtelière, la part du prêt justifiée commercialement.

H.– Par réponse du 6 mai 2004, l'AFC a conclu au rejet du recours dans toutes ses conclusions avec suite de frais.

Les autres faits seront repris, pour autant que besoin, dans la partie « En droit » de la présente décision.

II. En droit :

1.– a) Conformément à l'art. 8 al. 1 des dispositions transitoires (disp. trans.) de l'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874 en vigueur jusqu'au 31 décembre 1999 (aCst.), respectivement à l'art. 196 ch. 14 al. 1 de la nouvelle Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), le Conseil fédéral était tenu d'édicter des dispositions d'exécution relatives à la TVA, qui devaient avoir effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'une législation fédérale en la matière. Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté l'OTVA. Le 2 septembre 1999, le Parlement a accepté la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée. Cette dernière étant entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (arrêté du Conseil fédéral du 29 mars 2000 ; RO 2000 1346), il en résulte que l'OTVA a été abrogée à partir de cette même date. Toutefois, selon l'art. 93 al. 1 LTVA, les dispositions abrogées ainsi que leurs dispositions d'exécution sont applicables, sous réserve de l'art. 94 LTVA, à tous les faits et rapports juridiques ayant pris naissance au cours de leur validité. En l'espèce, l'art. 94 LTVA n'entre pas en considération, si bien que l'OTVA demeure applicable.

b) Aux termes de l'art. 53 OTVA en relation avec l'art. 71a al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), les décisions sur réclamation rendues par l'AFC peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de contributions dans les trente jours qui suivent leur notification. En l'occurrence, la décision sur réclamation de l'autorité fiscale, datée du 10 décembre 2003, a été notifiée à la recourante au plus tôt le 11 décembre 2003. Le recours a été adressé à la Commission de céans le 26 janvier 2004 et, compte tenu des fêtes, est ainsi intervenu dans le délai légal prescrit par l'art. 50 PA.

2.– a) aa) Selon l'art. 8 al. 2 let. a ch. 1 disp. trans. aCst. (art. 196 ch. 14 al. 1 let. a Cst.), sont soumises à l'impôt les livraisons de biens et les prestations de services qu'une entreprise effectue à titre onéreux sur le territoire suisse (y compris la livraison à soi-même). L'impôt se calcule sur la contre-prestation (art. 8 al. 2 let. f disp. trans. aCst. [art. 196 ch. 14 al. 1 let. f Cst.]). Si le contribuable destine les biens qui lui ont été livrés et les prestations de service qui lui ont été fournies à des transactions imposables en Suisse ou à l'étranger, il peut déduire dans son

décompte à titre d'impôt préalable l'impôt que lui ont transféré d'autres contribuables (art. 8 al. 2 let. h disp. trans. aCst. [art. 196 ch. 14 al. 1 let. h Cst.]).

bb) Le Conseil fédéral a concrétisé comme suit les principes susmentionnés : Sont soumises à l'impôt les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux (art. 4 let. a et b OTVA). L'impôt se calcule sur la contre-prestation (art. 26 al. 1 OTVA). Selon l'art. 26 al. 2 OTVA, est réputé contre-prestation tout ce que le destinataire, ou un tiers à sa place, dépense en contrepartie de la livraison ou de la prestation de services. Ne font pas partie de la contre-prestation les subventions et autres contributions des pouvoirs publics (art. 26 al. 6 let. b OTVA). L'assujetti peut déduire l'impôt préalable qui lui a été facturé par d'autres assujettis, s'il affecte les biens ou les services acquis à des fins imposables (art. 29 al. 1 et 2 OTVA). Tant que l'assujetti reçoit des subventions ou d'autres contributions des pouvoirs publics, la déduction de l'impôt préalable doit être réduite proportionnellement (art. 30 al. 6 OTVA). La pratique administrative prévoit que, de manière analogue aux subventions, l'impôt préalable déductible doit également être réduit en relation avec les dons de toute sorte reçus (Instructions 1997 à l'usage des assujettis TVA [Instructions 1997], note marg. 432q ; brochure n° 14, p. 17 s.).

b) Dans l'ATF 126 II 443 (traduit à la Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2001, 2^e partie, p. 75, consid. 8 p. 90 ; confirmé par ATF du 27 mai 2003 en la cause 2A.450/2001, consid. 4.2, ainsi que par ATF du 1^{er} juillet 2004, en la cause D. [2A.526/2003], consid. 1.1), le Tribunal fédéral s'est prononcé de manière déterminante sur le traitement fiscal du don, selon la pratique administrative susmentionnée. Bien que celle-ci ne repose pas sur une base légale expresse (l'ordonnance contenant uniquement une réglementation spéciale pour les subventions et les autres contributions des pouvoirs publics), elle est tout de même pertinente, étant donné que les considérations exprimées au sujet des subventions s'appliquent de la même manière aux subsides privés octroyés à titre gratuit. Comme les cadeaux, les dons sont faits de manière gratuite. Le don se distingue du cadeau ordinaire par le fait qu'avec le versement, le donateur poursuit comme objectif que le bénéficiaire accomplisse une certaine tâche. Sur ce point, les dons privés et les subventions de droit public se ressemblent. Comme la subvention, le don n'est pas accordé pour que le destinataire de la prestation fournisse une contrepartie concrète. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, il est également correct de réduire l'impôt préalable proportionnellement aux dons, legs et autres subsides du même genre. Les dons contribuent à la réalisation de la prestation et ont des effets quant au prix du produit, que ce dernier constitue l'objet d'une opération soumise à l'impôt ou au contraire exclue de son champ. C'est pourquoi de tels dons doivent être associés à la réduction de la déduction de l'impôt préalable, parce que le droit à déduction ne doit entrer en ligne de compte que pour les biens et les prestations de services qui sont utilisés pour des opérations imposables, ou bien exonérées en vertu de l'art. 15 OTVA (art. 196 ch. 14 al. 1 lit. h Cst., art. 29 OTVA). Cet objectif serait remis en question, si les dons n'étaient pas également pris en considération. D'ailleurs, le législateur fédéral a repris cette réglementation dans la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (art. 38 al. 8 LTVA), pour autant que les dons ne puissent pas être directement attribués à des opérations précises en tant que contre-prestations (art. 33 al. 2 LTVA).

3.- Compte tenu des éléments du litige soumis au tribunal de céans, il s'impose de récapituler le traitement fiscal des divers types d'opérations pouvant lier l'actionnaire assujetti (fût-il une SA, une holding comme l'espèce) à la société anonyme assujettie.

a) Conformément à l'art. 4 let. a et b OTVA, sont soumises à l'impôt les livraisons de biens et les prestations de services effectuées par des assujettis à titre onéreux sur le territoire suisse, pour autant qu'elles ne soient pas expressément exclues du champ de l'impôt sur la base de l'art. 14 OTVA. Ainsi les livraisons et prestations de services fournies par l'actionnaire à la société anonyme, respectivement par la société anonyme à l'actionnaire sont en principe imposables comme toute opération visée par l'art. 4 let. a et b OTVA.

b) L'actionnaire peut également accorder un prêt à la société anonyme dont il est actionnaire. Selon l'art. 312 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Code des obligations ; CO ; RS 220), le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge pour ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité. La forme écrite n'est pas exigée. L'octroi d'un prêt remplit, le cas échéant, les conditions de l'art. 14 ch. 15 let. a OTVA pour le prêteur et n'entraîne pour le bénéficiaire qu'une interdiction de déduire à raison des (éventuels) intérêts non imposés.

c) aa) Il peut aussi arriver qu'un prêt soit octroyé, mais qu'aucun intérêt ne soit réclamé. Or l'octroi d'un prêt s'accompagne usuellement de l'obligation de servir des intérêts (cf. par exemple l'art. 313 CO, disposant que, en matière de commerce, l'intérêt est dû même sans convention). Renoncer à percevoir des intérêts, dans le cadre de la relation actionnaire-société anonyme, constitue en principe un abandon de créances, au sens technique un « versement supplémentaire » au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT ; RS 641.10) ; il ne peut dès lors s'agir en même temps d'un don au sens de l'OTVA qui entraînerait une réduction de l'impôt préalable déductible. Le régime TVA de l'apport en capital sera exposé au considérant d ci-dessous.

bb) Certes, la Commission de recours a déjà eu l'occasion de considérer que renoncer à percevoir des intérêts revenait à soutenir financièrement le bénéficiaire d'une telle renonciation et que les intérêts remis pouvaient constituer une subvention ou un don (cf. décision non publiée de la Commission de céans du 28 octobre 2004, en la cause M. [CRC 2002-087], consid. 3). Cette jurisprudence concernait toutefois une situation dans laquelle c'était l'Etat qui renonçait à percevoir des intérêts. En outre, la problématique du prêt sans intérêts n'a été évoquée ni par l'OTVA, ni par les instructions publiées par l'AFC en rapport avec l'OTVA ; la pratique administrative y relative est ainsi tout sauf claire (cf. aussi jugement du Bezirksgericht du Canton de Zurich du 27 mars 2003 consid. 8) .

d) aa) Il importe encore d'analyser les situations dans lesquelles un flux financier présenté par les parties comme un prêt de l'actionnaire à la société n'est en réalité pas sérieusement envisagé comme tel par les parties et constitue un apport de capital dissimulé au sens de l'art. 5 LT susmentionné (cf. un cas dans lequel l'AFC a adopté cette optique, décision de la Commission de céans du 27 octobre 1997, en la cause P. [CRC 1996-017], consid. 3b/bb; W. Robert Pfund, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, Basel 1971, N 3.57 zu Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG; voir aussi Danielle Yersin, Problèmes relatifs à la déduction des intérêts passifs, in Archives 47 582). Sous l'angle de la TVA, la question se pose de savoir si ce flux financier constitue un don (entraînant dès lors une réduction de l'impôt préalable déductible) ou une opération hors du champ au sens technique, comme cela est en principe le cas pour les opérations de financement, sans effet sur le droit à déduction. S'il est certes possible de faire un don à une SA, il convient cependant de raisonner différemment en ce qui concerne la situation particulière de l'actionnaire qui procède à un versement à cette dernière. Dans la logique du système de la société anonyme, il n'est que difficilement envisageable qu'un actionnaire opère un versement à titre gratuit. Il faut plutôt considérer qu'une telle démarche survient dans une optique de financement et qu'il y a apport en capital et augmentation dissimulée du capital propre de la société anonyme.

bb) Dans le cadre de la TVA, les apports effectués par les associés d'une société simple à leur société ne sont en principe pas imposables, à moins qu'ils ne donnent lieu à une rémunération spéciale, liée à l'opération effectuée. Ainsi, des livraisons ou des prestations de services peuvent constituer des prestations imposables du point de vue de la TVA pour autant qu'elles aient été fournies par une personne assujettie à l'impôt et que l'on se trouve en présence d'un échange de prestations, étant entendu que la simple participation aux bénéfices et aux pertes de la société ne remplit pas les conditions permettant de conclure à l'existence d'un véritable échange de prestations, faute d'un lien direct entre la prestation et la contre-prestation (cf. décision de la Commission de recours du 12 octobre 2001, consid. 5c/cc in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 66.42 et in RDAF 2001, 2^e partie, p. 39 ss et références citées). En d'autres termes, les apports ne constituent en principe pas des opérations TVA et les distributions de bénéfices ne constituent pas non plus des contre-prestations imposables effectuées directement en relation avec ces apports. Cela dit, il est quand même possible que des opérations TVA existent entre les associés et la société simple, si elles en remplissent les conditions de base, celle du lien direct étant la plus importante. Il convient donc d'examiner dans chaque cas si des opérations entre les associés et la société simple sont soumises ou non à la TVA (décisions de la Commission de céans du 10 novembre 2004, en la cause H. [CRC 2002-076], consid. 3c, et du 24 septembre 2003, en la cause B. [CRC 2003-021] consid. 2a/cc, résumée in Revue fiscale 2004 p. 238 s., confirmée par ATF du 29 juin 2004, [2A.520/2003/grl], in plädoyer 6/2004 p. 67 ss). Il y a lieu de reprendre, pour apprécier les rapports liant une société anonyme à ses actionnaires, la jurisprudence développée à l'égard des rapports entre une société simple et ses associés, dont il découle que les apports constituent en principe des opérations hors du champ au sens technique. A ce titre, ils n'ont pas d'effet sur la réduction du droit à déduction (cf. Daniel Riedo, Problemfall Subvention im Mehrwertsteuerrecht, in Festschrift SRK/Mélanges CRC, Lausanne 2004, p. 129, expliquant les

raisons pour lesquelles une opération hors du champ au sens technique ne peut pas avoir d'effet sur l'impôt préalable déductible et Pierre-Marie Glauser, Nouvelle jurisprudence concernant le traitement des subventions au regard de la TVA, in *L'expert-comptable* 1999, p. 403 ss). Peu importe à cet égard que l'apport en capital soit dissimulé ou non.

cc) La Commission de recours ne peut dès lors pas confirmer, et d'autant moins appliquer par analogie au cas d'espèce, l'interprétation adoptée par l'AFC dans sa notice n° 23 (nouvelle édition révisée au 1.7.2003) « Contributions des actionnaires et des associés, contributions de tiers et contributions à des fins d'assainissement ». Celle-ci prévoit en effet que les contributions non justifiées par l'usage commercial équivalent à des dons, à des subventions ou à d'autres contributions des pouvoirs publics et qu'il faut réduire la déduction de l'impôt préalable (point 2.2.1). De l'avis de la Commission de céans au contraire, les prêts de l'actionnaire à la société anonyme non justifiés par l'usage commercial équivalent à des apports en capital, opérations hors champ n'ayant pas d'effet sur l'impôt préalable déductible.

e) De jurisprudence et doctrine constante, il découle du principe de l'appréciation économique que, dans le cadre de la TVA, c'est l'interprétation économique qui prime l'interprétation de droit civil (arrêts du Tribunal fédéral du 14 novembre 2003, [2A.304/2003], consid. 3.6.1, avec les références et du 8 janvier 2003, traduit in RDAF 2003, 2^e partie, p. 394 consid. 3.2 ; entre autres, décision de la Commission de recours du 18 mai 1998, en la cause A. [CRC 1997-014], consid. 8, in TVA/MWST/VAT-Journal [TVA-Journal] 3/98, p. 138 [cassée par l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 27 février 2001, [2A.314/199], mais pas sur ce point]; en détail : Daniel Riedo, Vom Wesen der Mehrwertsteuer als allgemeine Verbrauchsteuer und von den entsprechenden Wirkungen auf das schweizerische Recht, Berne 1999, p. 112 ; cf. aussi Stefan Kuhn / Peter Spinnler, Mehrwertsteuer, Muri/Berne 1994, p. 38 in fine, 41 ; cf. Ivo P. Baumgartner, Commentaire de l'art. 33 al. 1 et 2 LTVA, in mwst.com, Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Bâle/Genève/Munich 2000, note marg. 12). En ce qui concerne la qualification juridique d'états de fait, il faut entendre par appréciation économique le fait que les rapports de droit privé (contrats) qui sont à la base des prestations fournies par les assujettis ne sont pas déterminants, s'ils ne correspondent pas à la réalité économique des transactions. Pour déterminer le contenu et l'étendue d'une prestation éventuellement soumise à la TVA, il s'agit en effet d'abord de considérer les choses d'un point de vue économique.

4.- a) aa) En l'espèce, il convient d'abord de relever, dans une optique de droit civil, que les fonds litigieux ont été mis à disposition de la recourante dès 1998 alors que le contrat de prêt n'a été signé qu'en 2002 (production d'un projet de contrat de prêt non daté ni signé le 15 octobre 2001 ; copie du contrat signé mais non daté remise le 28 février 2002). Cela peut paraître étonnant au vu de l'importance des fonds en jeu. Il n'en reste pas moins que le contrat de prêt n'est pas soumis à l'exigence de la forme écrite. Au surplus, le bailleur des fonds contrôlant la recourante, la nécessité d'une formalisation écrite se fait sentir moins nettement qu'entre tiers indépendants. L'analyse de droit civil ne fournit ainsi pas d'indications déterminantes permettant de conclure à l'existence d'un prêt ou d'un apport en capital.

bb) Compte tenu des considérants de droit ci-dessus, il y a donc lieu, à ce stade, d'analyser le flux d'argent en cause en adoptant une approche économique. Les arguments économiques soulevés par les parties sont multiples. Il suffira dans le cadre de cette analyse de se limiter à l'essentiel.

b) Selon l'AFC, la recourante présente une structure des coûts disproportionnée par rapport à la moyenne de la branche. En particulier, les charges en personnel et les charges d'exploitation seraient excessivement élevées. En outre, la recourante est surendettée ; l'écart existant entre le chiffre d'affaires réalisé et les frais de financement des fonds étrangers majorés des amortissements des valeurs immobilières est exagéré. Bien que le taux d'occupation de l'hôtel soit correct, l'AFC estime que celui-ci n'est pas représentatif de l'état financier d'une entreprise, car il ne tient pas compte des charges supportées et car la croissance du taux d'occupation est nécessairement limitée. Elle constate au surplus que l'accroissement des recettes de 2003 ne permet pas d'absorber les pertes reportées. L'AFC considère par ailleurs que le business plan est entaché d'incohérences manifestes. Pour les raisons susmentionnées, l'autorité fiscale est de l'avis qu'une rentabilité minimale assurant l'existence de la recourante ne peut pas être envisagée, même si on tient compte du fait qu'il s'agissait des premières années d'exploitation. La somme d'argent versée ne peut donc pas être considérée comme un prêt justifié commercialement et doit être traitée comme une donation. L'AFC précise aussi que sa démarche contribue à sauvegarder les intérêts de la branche.

Selon la recourante, le chiffre d'affaires de l'hôtel se développe conformément aux perspectives de départ et c'est à tort que l'AFC considère que le prêt n'est pas justifié commercialement et ne pourrait jamais être remboursé. Au surplus, l'appréciation ab initio des chances de succès d'une entreprise est très difficile ; sauf abus, l'AFC n'a pas à juger de la situation économique d'un contribuable au moment où il se finance, c'est-à-dire avant le début de son activité. En ce qui concerne les charges, la recourante répond à l'AFC que la situation (A) et la qualité de l'hôtel justifient que les charges en personnel soient élevées ; de plus, le business plan prévoit qu'à partir de 2005/2006 ces charges se stabiliseront autour de la moyenne suisse. Elle estime aussi que l'AFC critique à tort le business plan : les recettes effectives en 2001/2002 et 2002/2003 étaient supérieures aux prévisions (les pertes ont toutefois aussi été supérieures aux prévisions). A titre subsidiaire, la recourante admet néanmoins qu'une partie du prêt ne serait pas justifiée commercialement, tout en soulignant qu'il ressort du calcul de la valeur de rendement et de la valeur vénale qu'elle est à même de supporter une partie du prêt accordé. Quatre méthodes sont présentées pour calculer cette part.

c) Dans les conditions évoquées ci-dessus, il n'apparaît pas contraire au droit fédéral d'avoir fait appel, comme y a procédé l'AFC, à certains ratios ou autres éléments relevant de la science financière qui peuvent révéler qu'en l'espèce, le prêt ou les intérêts (le cas échéant leur carence) ne correspondent pas à la réalité économique. Certes, comme le souligne à juste titre la recourante, il est délicat d'évaluer les chances de réussite d'une société qui débute son activité. En l'occurrence, il est toutefois possible de faire l'économie de cette évaluation. En effet, sans

même procéder à des calculs prévisionnels, il apparaît clairement que le rapport entre fonds propres et fonds empruntés est disproportionné. Certes encore, les degrés de financement propre et étranger ne sont pas déterminants en soi. Ils doivent être analysés avec le rendement en ce sens que si le rendement couvre le service de la dette et assure un bénéfice final, un endettement élevé n'est pas source d'appréciation négative du bilan, la société se trouvant toutefois dans une position vulnérable (cf. Pascal Montavon, Droit suisse de la SA, Lausanne 1997, p. 305). Mais en l'espèce, le rendement ne sera à même de couvrir le service de la dette et d'assurer un bénéfice final que dans plusieurs années. La recourante admet par ailleurs, au niveau du recours, qu'une partie du prêt ne serait pas justifiée commercialement, tout en soulignant qu'il ressort du calcul de la valeur de rendement et de la valeur vénale qu'elle est à même de supporter une partie du prêt accordé.

S'agissant des intérêts, l'art. 3 du contrat de prêt prévoit que le débiteur versera au créancier un intérêt annuel au taux variable de 2 à 10% maximum. Pour la période du 17 août 1998 au 31 octobre 2001, les intérêts ont été calculés au taux de 2,8% l'an. Cela étant, bien qu'il ressorte du contrat produit par la recourante que le prêt est assorti d'intérêts, il n'a pas été démontré que des intérêts auraient déjà été versés par la recourante au créancier, ni que la totalité de ces intérêts aurait été comptabilisée comme charges. La recourante explique uniquement qu'elle pourrait payer l'entier des intérêts dès la 7^e année (p. 20 du recours). Il faut dès lors partir de l'idée que la part des intérêts n'ayant pas été comptabilisée comme charge a fait d'un « versement supplémentaire » à l'assujetti, en d'autres termes d'un apport en capital.

d) Finalement, de l'avis de la Commission de recours, on est en présence dans le cas d'espèce d'un versement représentant pour une partie un prêt véritable et pour une autre partie un apport en capital (dissimulé). En ce qui concerne la partie du montant qui équivaut à un prêt véritable, il n'y a clairement pas lieu de l'assimiler à un don ; il s'agit d'une opération exonérée au sens impropre dont la recourante est la destinataire et qui n'entraîne pas pour cette dernière de réduction de l'impôt préalable déductible par ailleurs. En ce qui concerne la partie du montant qui équivaut à un apport de capital, elle doit être considérée comme hors du champ au sens technique et constitue une opération qui n'entraîne pas non plus de diminution du droit de déduire. A des fins de clarté, il convient encore de préciser que les intérêts du prêt auxquels le prêteur renonce font également partie de l'apport en capital.

5.- Les considérations qui précèdent conduisent la Commission de céans à admettre au sens des considérants le recours formé par la recourante. Compte tenu de l'issue du litige, les frais de procédure, s'élevant à Fr. 10'000.--, ne peuvent être mis à la charge de la recourante ni à celle de l'AFC. L'avance de frais versée par la recourante lui sera remboursée d'office dès l'entrée en force du présent prononcé (art. 63 al. 2 et 3 PA). Conformément aux art. 64 al. 1 PA et 8 al. 1, 3 et 4 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative du 10 septembre 1969 (RS 172.041.0) et, par renvoi, aux art. 4 al. 1 et 6 al. 1 du tarif pour les dépens alloués à la partie adverse dans les causes portées devant le Tribunal fédéral du 9 novembre 1978 (RS 173.119.1), une indemnité à titre de dépens de Fr. 5'000.-- est accordée à la recourante.

Par ces motifs,

la Commission fédérale de recours en matière de contributions, statuant par voie de circulation conformément à l'art. 23 al. 1 de l'ordonnance concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage du 3 février 1993 (RS 173.31),

prononce :

1. Le recours de X SA du 26 janvier 2004 est admis au sens des considérants et la décision sur réclamation de l'Administration fédérale des contributions du 10 décembre 2003 est annulée.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 10'000.-- est remboursée à la recourante dès l'entrée en vigueur du présent prononcé.
3. Une indemnité à titre de dépens de Fr. 5'000.--, à la charge de l'Administration fédérale des contributions, est allouée à la recourante.
4. La présente décision est notifiée par écrit à la recourante et à l'Administration fédérale des contributions.

Indication des voies de droit

Les décisions de la Commission fédérale de recours en matière de contributions peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral dans les trente jours dès leur notification (art. 97 ss de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 [OJ ; RS 173.110]), **exception faite des décisions sur l'octroi d'un sursis ou la remise de contributions dues (art. 99 al. 1 let. g OJ)**. Le mémoire de recours doit être adressé en trois exemplaires au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Il indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire ; celui-ci y joint l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent entre ses mains. Le délai ne court pas (art. 34 al. 1 OJ) :

- a) Du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) Du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) Du 18 décembre au 1^{er} janvier inclusivement.

Commission fédérale de recours en
matière de contributions

Le président

La greffière

Pascal Mollard

Liliane Subilia-Rouge