du 6 février 1996

dans la cause

Société A.S.A.
représentée par Me Dominique Gay, avocate

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIERE D'IMPOTS

et

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

EN FAIT

1. La société A. S.A. (ci-après: A.), anciennement Ae. S.A., a son siège dans le canton de Genève et a pour but la location et l'affrètement d'avions et d'appareils de transport aérien, l'entretien et la réparation d'avions, ainsi que le commerce de matériel technique aéro-dynamique de haute technologie. Depuis 1974, son capital-actions est de 2'500'000.- Frs et se compose de 2'500 actions d'une valeur nominale de 1'000.- Frs chacune.

2. En 1984, Monsieur E. B. est devenu le président du conseil d'administration d'A., avec signature individuelle.

3. Au 1er janvier 1986 et au 1er janvier 1987, M. B. détenait 550 actions de la société, ainsi que 1'500 et 3'750 bons de jouissance.

4. Agissant en son nom personnel, M. B. a conclu le 1er avril 1986 une promesse d'achat-vente de la société E. S.A. (ci-après: E.) avec le représentant de cette dernière, M. C. R., lequel agissait également en son nom personnel.

   Aux termes de cette convention, la totalité du capital-actions d'E., soit 2'000 actions d'un montant nominal de 225.- Frs chacune, devait être reprise par M. B. ou par un tiers qu'il pourrait librement désigner, pour le prix de 2'000'000.- Frs.

   De plus, l'acheteur s'engageait à désintéresser un créancier d'E. à hauteur de 1'145'893,80.- Frs. Il s'astreignait en outre à verser une avance de 1'000'000.- Frs représentant la marge commerciale normale sur les travaux de maintenance d'aéronefs à venir, qu'il devait lui-même commander auprès de la société T. S.A. L'acheteur devait encore se substituer aux banques dans leurs engagements de caution en garantie de certains avions.

   Enfin, M. R. prenait l'engagement que la société T. S.A., qu'il dominait, ne créerait aucune société de transports aériens commerciaux de personnes sur le territoire suisse pendant une durée de dix ans à compter du jour de la vente d'E..

5. Dans le courant de l'année 1986, A. s'est portée acquéreur d'E. pour le prix de 2'000'000.- Frs en se substituant à M. B., et en honorant les diverses obligations susmentionnées.

6. La même année, A. a constitué une provision sur titres de 134'472.- Frs, relative aux actions d'E.. Parallèlement, A. a vendu à O., dans l'idée d'un partenariat, 25% des actions d'E. pour le prix de 625'000.- Frs. Cette collaboration ayant avorté, la même transaction a eu lieu en sens inverse en 1987.

7. Dans le courant de l'année 1987, A. a vendu à M. B. la totalité des actions d'E. pour le prix de 150'000.- Frs.

8. Le 7 novembre 1987 a été fondée la société Ae. Holding S.A. (ci-après: la Holding), dont le but est la participation à toutes sociétés d'exploitation, de vente, d'achat, de location, d'affrètement, d'entretien, de réparation d'avions et autres appareils de transport aérien et de matériel aéronautique. Son capital social au moment de sa fondation était de 10'000'000.- Frs, divisé en 100'000 actions de 100.- Frs chacune.

Selon convention du 3 novembre 1987, M. B. a apporté pour la constitution de la Holding les 2000 actions d'E., acceptées pour 150'000.- Frs. Il a en outre apporté 500 actions d'A. (valeur nominale de 1'000.- Frs) acceptées pour 500'000.- Frs et 2'621 bons de jouissance émis par A., acceptés pour 2'549'500.- Frs. L'ensemble de ces apports en nature s'élevait donc à 3'199'500.- Frs, contre lesquels M. B. a reçu 31'995 actions de la Holding.

De son côté, la société Tr. S.A., propriétaire de 2'000 actions d'A. (valeur nominale de 1'000.- Frs), a contribué à la constitution de la Holding en apportant ces actions, lesquelles ont été acceptées pour 2'000'000.- Frs, en contrepartie desquels Tr. S.A. a reçu 20'000 actions de la Holding.

Divers autres investisseurs ont fourni les fonds relatifs au reste du capital social de la Holding.

9. Le 13 décembre 1988, la Holding a procédé à une augmentation de son capital social de 527'000.- Frs par l'émission de 5'270 actions de 100.- Frs chacune avec un

agio de 175.- Frs par action.

10. Dans ses comptes au 31 décembre 1987, A. a comptabilisé une perte sur cession de titres de 1'715'528.- Frs. Ce montant résultait de la vente à M. B., la même année, des titres d'E. pour une valeur de 150'000.- Frs, entraînant par rapport à leur prix d'acquisition (2'000'000.- Frs) une perte de 1'850'000.- Frs, somme dont il fallait toutefois retrancher l'amortissement de 134'000.- Frs comptabilisé au 31 décembre 1986.

11. L'administration fiscale cantonale (ci-après: l'AFC) a notifié à A., le 29 novembre 1988, un bordereau de taxation provisoire. Calculé sur la base des éléments imposables déclarés par la société, l'impôt s'élevait alors à 55'385,15.- Frs.

12. Suite à une demande de renseignement de l'AFC, un échange de correspondance a eu lieu avec la société D., alors mandataire d'A.. Il en est ressorti d'une part que la valeur de 150'000.- Frs pour le capital social d'E. avait été fixée sur la base d'un bilan au 30 juin 1987 de cette société, et en tenant compte au surplus des résultats d'E. durant les trois exercices précédents. D'autre part, dans la perspective de l'ouverture du groupe A. à des tiers, il n'était plus possible non plus de déterminer valablement ni d'attribuer un quelconque goodwill au fait de contrôler E..

13. Revenant sur le bordereau de taxation provisoire, l'AFC a remis à A., le 13 avril 1989, un bordereau rectificatif pour l'exercice fiscal 1988. Le nouvel impôt ascendait à 753'954,25.- Frs, soit un supplément de 698'569,10.- Frs par rapport au bordereau provisoire.

L'AFC a considéré à cet égard comme une prestation fournie à un actionnaire le montant de 1'850'000 correspondant à la différence entre le prix d'acquisition des actions d'E. (soit 2'000'000.- Frs) et le prix de leur revente à M. B. (soit 150'000.- Frs). Ce montant était ainsi réintégré dans le bénéfice imposable et dans le bénéfice déterminant le taux d'imposition.

14. Par l'entremise de sa mandataire, A. a élevé réclamation le 12 mai contre le bordereau rectificatif du 13 avril 1989, en contestant que le montant de 1'850'000.- Frs susindiqué puisse être considéré comme prestation fournie à un actionnaire.

Elle avait déterminé à 150'000.- Frs le prix de cession du capital social d'E. d'après la méthode dite de Schmalenbach, soit la formule utilisée par l'administration fiscale fédérale pour évaluer une entreprise dont les titres non cotés donnent lieu à une transaction avec l'actionnaire. Cette méthode de calcul faisait ressortir à la fois l'absence de goodwill ainsi que la quasi-absence d'amortissement sur les avions d'E., lesquels avaient ainsi une valeur réelle bien inférieure à celle pour laquelle ils figuraient à l'actif du bilan. Sans le secours d'A., E. n'était pas à même de faire voler suffisamment ses avions pour atteindre une rentabilité acceptable.

Si la participation au capital d'E. n'avait pas été cédée, A. aurait dû, pour se conformer à une règle impérative du droit commercial (art. 665 al. 1 CO), procéder à un amortissement dans ses livres comptables à la clôture de son exercice 1987 à hauteur de la perte enregistrée au moment de la cession, soit 1'715'528.- Frs (1'850'000.- Frs dont à soustraire l'amortissement de 134'472.- Frs effectué en 1986).

Si E. avait dégagé en 1987 un bénéfice de 31'876.- Frs, c'était grâce au volume d'affaires apporté par A. et aux économies d'échelle qui avaient pu être réalisées par une intégration de cette société dans le groupe.

Quant au prix d'acquisition d'E. de 2'000'000.- Frs, il ne reflétait pas la valeur intrinsèque de cette société, mais représentait pour l'essentiel la valorisation de la clause de non-concurrence acceptée par T. S.A. envers A.. Par cette clause, A. avait pu s'assurer le contrôle d'un marché bien déterminé, et le prix susmentionné ne pouvait être repris lors d'une cession ultérieure d'E..

L'apport des actions d'E. par M. B. à la Holding n'avait été acceptée par les nouveaux actionnaires qu'à concurrence de la valeur de 150'000.- Frs. Cela signifiait bien que ce chiffre correspondait à la valeur réelle de la société cédée sur le marché et qu'A. n'avait pas concédé à son actionnaire le moindre avantage.

15. Par décision du 28 août 1990, l'AFC a rejeté la réclamation d'A. en persistant dans son point de vue.

En particulier, il n'était pas possible de

prétendre que le prix de 2'000'000.- Frs payé pour l'acquisition d'E. représentait pour l'essentiel la valorisation d'une clause de non-concurrence passée avec une société tierce. Il s'agissait plutôt du prix à payer pour éliminer la concurrence constituée par E. elle-même. Dès lors que celle-ci repassait sous le contrôle d'une autre société, et risquait à nouveau de concurrencer A., le prix de 2'000'000.- n'était pas susceptible de chuter brusquement.

16. A. a recouru le 17 septembre 1990 contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôts (ci-après : la commission).

Elle a repris ses arguments développés au stade de la réclamation, en ajoutant pour le surplus qu'il n'était pas possible, comme l'avait fait l'AFC, de comparer la situation qui prévalait à Genève avant l'achat d'E., alors que trois groupes se partageaient le marché sur lequel travaillait A., et la situation existant au moment de la cession d'E. à M. B., alors qu'A. était sur le point de reprendre son plus important concurrent, la société T. S.A.

17. L'AFC a répondu en développant divers arguments qui ont été repris par la commission.

18. Par décision du 13 juillet 1995, celle-ci a partiellement admis le recours.

Les conditions de l'article 66 lettre d de la loi sur les contributions publiques du 9 novembre 1887 (D/3/1 - LCP) étaient réalisées: il fallait donc considérer comme bénéfice net imposable la "perte sur cession" qui n'était autre en réalité qu'une allocation volontaire à un tiers, M. B. en l'occurrence.

Il fallait notamment admettre que l'opération en cause était insolite, c'est-à-dire anormale et non conforme aux règles usuelles en matière commerciale.

En 1986, A. avait revendu à O. le quart du capital-actions d'E. pour le prix de 625'000.- Frs, en réalisant au passage, compte tenu de la précédente transaction sur E., un bénéfice de 125'000.- Frs. Il paraissait dès lors incompréhensible que l'année suivante, la vente à M. B. de la totalité du capital-actions d'E. soit conclue par A. pour un montant proportionnellement 16 fois inférieur à celui fixé pour

la transaction avec O..

Ces variations ne pouvaient trouver leur explication dans la valorisation de la clause de non-concurrence concédée par T. S.A. A cet égard, il fallait se rappeler d'une part que selon les termes mêmes de la promesse d'achat-vente signée en 1986 entre MM. B. et R., le paiement de 2'000'000.- Frs représentait exclusivement le capital-actions d'E., et d'autre part qu'A. avait pris d'autres engagements envers son cocontractant, soit payer une dette d'E. de 1'145'893,80.- Frs et verser une avance de 1'000'000.- Frs comme marge commerciale sur des travaux de maintenance d'aéronefs. C'était à la rigueur ces autres prestations qu'il était possible d'admettre comme des contreprestations à la clause de non-concurrence.

Il fallait également relever que, comme l'indiquait l'AFC, la perte sur cession intervenait précisément l'année lors de laquelle A. avait réalisé son plus important bénéfice depuis longtemps. Ainsi, le bénéfice avait été de 84'135.- Frs en 1981, il y avait eu une perte de 526'789.- Frs en 1982, puis les bénéfices avaient été de 164'811.- Frs en 1983, de 129'795.- Frs en 1984, de 310'578.- Frs en 1985 et de 484'330.- Frs en 1986. En 1987, le bénéfice aurait été de 1'851'512.- Frs si A. ne l'avait pas diminué d'une perte sur cession de 1'715'528.- Frs.

Il n'était par ailleurs pas possible de suivre A. lorsqu'elle prétendait qu'elle aurait pu, si elle n'avait pas cédé le capital-actions d'E., procéder conformément au droit fiscal à un amortissement équivalent à la perte enregistrée. Un amortissement ne se justifiait en droit fiscal que pour autant que l'actif concerné - en l'occurrence les titres de participation - ait subi une moins-value durable pendant l'exercice déterminant. Or, A. n'avait pas réussi à établir que la société E. avait perdu de sa substance entre le moment de son acquisition en 1986 et celui de sa vente à M. B.. C'était même le contraire qui avait eu lieu, si l'on se référait aux transactions menées tant en 1986 qu'en 1987 avec O..

Il fallait conclure de tous ces éléments que la cession à M. B. du capital-actions d'E. pour 150'000.- était une opération insolite. Par ailleurs, M. B., bénéficiaire de cette opération, était alors actionnaire d'A.. Les deux conditions de l'ancien article 66 lettre d LCP étaient remplies et l'AFC avait donc à juste titre

pris en compte l'allocation volontaire dans le calcul du bénéfice imposable d'A. et du bénéfice déterminant le taux d'imposition.

En revanche, l'AFC ayant admis durant l'exercie fiscal précédent un amortissement sur titres (d'E.) à hauteur de 134'472.- Frs, cette somme ne pouvait être reprise en compte dans la "perte" subie par A. en 1987. L'allocation volontaire considérée était par conséquent de 2'000'000.- Frs diminués de 134'472.- Frs et de 150'000.- Frs, soit de 1'715'528.- Frs au lieu de 1'850'000.- Frs.

19. Le 14 août 1995, A. a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif, en concluant à son annulation et à ce que le bordereau de taxation provisoire du 29 novembre 1988 vaille bordereau définitif.

L'allocation volontaire au sens de l'art. 66 lettre d LCP impliquait une disproportion manifeste entre les prestations qu'échangeaient la personne morale et sa contre-partie.

A cet égard, la commission n'avait pas suffisamment examiné les raisons pour lesquelles la valeur des actions d'E. était passée de 1986 à 1987 de 2'000'000.- Frs à 150'000.- Frs.

En premier lieu, la situation sur le marché des avions-taxis à Genève s'était sensiblement modifiée en très peu de temps. A. devait faire face en 1986 à la concurrence du groupe F.-T. (propriétaire d'E.), alors qu'en 1987, cette concurrence avait été éliminée, T. ayant notamment été rachetée par A..

C'était du reste ce qui permettait d'expliquer la différence des transactions qui avaient eu lieu entre A. et O. dans un premier temps, puis entre A. et M. B..

En second lieu, l'évaluation des actions d'E. effectuée en 1987 par D., avait mis en oeuvre une méthode que n'avait pas pu désavouer la division du droit de timbre de l'administration fédérale des contributions, soit la prise en compte de la valeur de rendement d'E. durant les trois années précédentes d'une part, et la valeur intrinsèque déterminée en fonction de la valeur nette des actifs au 30 juin 1987, d'autre part. Le résultat obtenu était issu de la moyenne simple de la

valeur de rendement et de la valeur intrinsèque, balancée par un certain nombre de paramètres. Il ne fallait pas oublier en particulier que les avions figurant à l'actif du bilan étaient surévalués, n'ayant pas fait l'objet des amortissements nécessaires.

Rien ne permettait par ailleurs de soutenir, comme l'avait fait la commission, que la clause de non-concurrence contenue par la promesse de vente d'E. trouvait sa contrepartie dans les prestations que devait fournir l'acheteur en plus du prix de 2'000'000.- Frs.

Il fallait au demeurant souligner que M. B. n'avait tiré aucun avantage de l'opération incriminée, puisqu'il avait cédé lui-même les actions d'E. à la Holding pour le prix auquel il les avait payées.

Enfin, c'était à tort que la commission n'avait pas admis la possibilité, au cas où la cession des titre d'E. n'avait pas eu lieu, qu'A. procède à un amortissement sur participation équivalent à la perte sur cession litigieuse. En effet, pour apprécier la perte de substance des actions d'E., susceptible de justifier un tel amortissement, on ne pouvait faire abstraction d'éléments subjectifs. C'était en l'espèce l'élimination de la concurrence qui avait entraîné une moins-value des actions d'E..

20. Dans sa réponse au recours, l'AFC a dénoncé le raisonnement d'A. consistant à vouloir faire admettre qu'elle avait acheté les actions d'E. au prix du marché et qu'elle les avait revendues à M. B. à leur valeur intrinsèque. La transaction qui avait eu lieu entre temps avec O., avait été réalisée au prix du marché parce que, selon les explications fournie par A. elle-même dans sa lettre de réclamation du 12 mai 1989, la société Es. n'était pas "une personne que l'on peut qualifier de proche, mais une simple relation d'affaires".

Lors de sa transaction avec la société Es., A. avait démontré qu'en situation de marché "ouvert", elle était à même de réaliser un bénéfice avec la vente des titres d'E.. La perte qu'elle avait enregistrée peu après en cédant ces titres à l'un de ses actionnaires ne pouvait qu'amener à considérer qu'il s'agissait d'une opération commercialement insolite.

Si tant est qu'il faille examiner si les organes d'A. avaient connaissance de la disproportion des

prestations, la réponse était à l'évidence positive car M. B. était à la fois le principal protagoniste de toutes les opérations qui avaient eu lieu et membre du conseil d'administration d'A..

Par ailleurs, il était faux d'affirmer que M. B. n'avait retiré aucun avantage de la cession litigieuse. En effet, lors de la première augmentation du capital de la Holding, l'agio sur les nouvelles actions d'une valeur nominale de 100.- Frs s'était élevé à 175.- Frs. Compte tenu du fait que l'agio constituait le prix à payer par les nouveaux actionnaires pour être placés sur pied d'égalité par rapport aux anciens actionnaires quant à leur participation aux réserves constituées dans la société, on pouvait mieux apprécier la neutralité très relative de l'opération qui consistait pour M. B. à fournir en 1987 un apport évalué à 3'199'700 (dont les titres d'E.) pour l'obtention d'actions qui, une année plus tard, valaient déjà 5'599'475.- Frs. La plus-value était de 2'399'775.- Frs.

Enfin, les décisions de la division principale du droit de timbre - qui au demeurant avait considéré que la valeur des titres d'E. apportés à la Holding était de 450'000.- Frs et non de 150'000.- Frs -, ainsi que les décisions en matière d'impôt fédéral direct ne liaient pas les autorités pour le calcul de l'impôt cantonal. Le fait que l'administration cantonale procède à la taxation en matière d'impôt fédéral direct était irrelevant dans la mesure où dans ce cas, il fallait se soumettre aux directives de l'autorité fédérale.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 8 al. 1 ch. 18 de la loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970 - LTA - E/3,5/1; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E/3,5/3).

2. a. L'article 66 LCP en vigueur lors de la décision de taxation définitive du 13 avril 1989, abrogé le 23 septembre 1994, prescrivait à sa lettre d) qu'étaient

considérées comme bénéfice net imposable les sommes qui étaient prélevées, avant le calcul du solde actif, sur les résultats de l'exercice, pour couvrir les dépenses qui ne pouvaient pas être considérées comme des frais d'exploitation, telles que (...) les allocations volontaires à des tiers.

Bien que le Tribunal de céans soit amené à statuer en l'espèce en appliquant le droit en vigueur à l'époque où l'autorité administrative a pris sa décision (Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, 4ème édition, paragr. 586), il faut noter que la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994, entrée en vigueur le 1er janvier 1995 (D/3/1,3), consacre la même solution concernant les allocations volontaires à des tiers (art. 12 let. h).

b. La jurisprudence développée par le Tribunal administratif pour l'application de l'ancien article 66 lettre d LCP a entraîné l'examen de deux conditions cumulatives:

- la prestation devait être faite sans contre-prestation équivalente;

- l'avantage devait être concédé à un actionnaire ou à l'un de ses proches.

Une troisième condition, posée par une jurisprudence antérieure et exigeant que la disproportion des prestations soit reconnaissable pour les organes de la société, a été abandonnée (ATA du 8 septembre 1992 en la cause A. SA et références citées; du 24 avril 1991 en la cause M. SA; RDAF 1992 p. 465).

3. a. La première condition revient à constater que l'opération considérée est insolite, c'est-à-dire anormale et non conforme aux règles usuelles en matière commerciale.

En l'espèce, cela revient à examiner si la cession à M. B. de la totalité du capital-actions d'E. pour un prix de 150'000.- Frs peut être considérée comme normale d'un point de vue commercial, eu égard au prix de 2'000'000.- Frs payé une année auparavant par la recourante pour acquérir ces mêmes actions.

b. Dans leurs écritures devant le Tribunal de céans, les parties se sont attachées à la question de savoir si

la clause de non-concurrence dont bénéficiait la recourante envers T. S.A. dès l'achat d'E. avait ou non une valeur de près de 2'000'000.- de Frs, ce qui dans l'affirmative permettait selon la recourante d'expliquer pourquoi, cette concurrence ayant été éliminée, les actions d'E. avaient en 1987 une valeur de 150'000.- Frs seulement.

Il convient à cet égard de relever, comme l'a fait l'intimée dans ses écritures par-devant la commission, que même s'il faut admettre que le prix payé par la recourante représentait la valorisation de cette clause de non-concurrence, cette dernière consistait dès lors en un actif immatériel dont bénéficiait A. pendant toute la durée de cette non-concurrence, soit pendant dix ans.

Les transactions qui ont eu lieu en 1986, puis quelques mois plus tard en 1987, entre la recourante et la société O. S.A. sont révélatrices du fait que même s'il était ultérieurement possible de chiffrer à 150'000.- la valeur réelle du capital d'E., sa valeur commerciale demeurait la même que lors de l'achat d'E. par A. et était même susceptible d'augmenter. Une telle augmentation se chiffre du reste à 25% si l'on considère que la vente du quart du capital d'E. à Es. s'est montée à 625'000.- Frs.

L'explication que tente de donner la recourante à ce sujet est que le prix du marché pour une société comme E. s'était écroulé vers la fin de l'année 1987, le reste de la concurrence ayant été pour ainsi dire éliminé. Un tel argument se heurte au bon sens et à la logique commerciale.

La recourante pourrait soutenir qu'en 1987, ayant virtuellement éliminé sa concurrence sur l'aéroport de Genève, elle aurait difficilement pu trouver dans le canton un investisseur suffisamment impliqué dans la branche pour s'intéresser à la reprise d'E.. Il est en revanche beaucoup plus délicat de prétendre, comme le fait la recourante, qu'aucun investisseur potentiel n'aurait été disposé à acheter E. plus de 150'000.- Frs, dans une situation de marché "clarifiée" par la disparition de la plupart des sociétés qui constituaient la concurrence jusque-là.

Il est en particulier absurde de laisser entendre que si un groupe extérieur s'était présenté pour racheter E. en 1987, A. n'aurait pas pu exiger un prix supérieur à

sa prétendue valeur réelle de 150'000.- Frs. Cela reviendrait à dire que, prête à payer près de 2'000'000.- Frs en 1986 pour limiter sa concurrence, la recourante aurait l'année suivante, par le biais d'une transaction lourdement déficitaire et sans y être contrainte, admis l'émergence d'une nouvelle concurrence...

Il résulte des considérations qui précèdent que si le capital d'E. a été cédé à M. B. pour 150'000.- Frs, c'est parce qu'il était absolument certain que l'intention de ce dernier n'était pas de créer une concurrence à A., comme la suite l'a du reste montré.

c. En plus des transactions passées avec O., d'autres faits permettent de se convaincre du caractère insolite de l'opération concernée.

Comme l'ont relevé l'intimée et la commission, il est frappant que cette opération, entraînant pour la recourante une perte sur cession de 1'715'528.- Frs, ait eu lieu précisément l'année où A. aurait réalisé, sans cela, un bénéfice quatre à vingt fois supérieur à celui des années précédentes.

Il faut encore souligner que, lors de la constitution de la Holding en décembre 1987, la majorité du capital de cette société a été apportée par les deux actionnaires d'A., soit par M. B. à raison de 3'199'500.- Frs et par Tr. S.A. à raison de 2'000'000.- Frs, sur un total de 10'000'000.- Frs. Sans l'apport en nature de 150'000.- Frs constitué par les actions d'E., les deux actionnaires d'A. auraient conservé la majorité dans la Holding. Cet apport était donc, sous cet angle, inutile. Mais il devient encore plus difficile à comprendre lorsque l'on note que M. B. et T. S.A. ont apporté à la Holding, lors de sa constitution, les 2'500 actions d'A.. Celle-ci devenait par conséquent partie intégrante du capital social de la Holding, tout comme E.. Il apparaît dès lors insolite, surtout pour une modeste différence de 150'000.- Frs, que les deux actionnaire d'A. aient voulu extraire de leur société le capital d'E., pour intégrer ensuite ces deux sociétés côte à côte dans la Holding, et alors même que sous l'angle participatif du but de la Holding, une participation par cascade convenait parfaitement. Là encore, la seule explication raisonnable est à chercher du côté de la perte sur cession que les actionnaires d'A. voulaient faire enregistrer à cette dernière.

Enfin, bien qu'il ne soit pas nécessaire de démontrer que M. B. a retiré un bénéfice de cette cession, l'intimée a relevé à juste titre que s'il était vrai que M. B. avait apporté à la Holding les actions d'E. pour la valeur à laquelle il les avait lui-même payées, l'augmentation du capital social de la Holding une année après était assortie d'un agio de 75% sur les nouvelles actions. Cela signifie que le paquet d'actions dont était propriétaire M. B. à la constitution de la Holding était passé d'une valeur nominale de 3'199'700.- Frs en 1987 à une valeur réelle de 5'599'475.- Frs en 1988.

4. Les considérations développées plus haut à propos de la valeur réelle d'E. permettent d'écarter l'argumentation de la recourante concernant les amortissements sur participation qu'elle aurait pu effectuer si elle n'avait pas cédé cette société.

Les amortissements ne sont en effet admissibles que sur les biens subissant une moins-value (RDAF 1979, p. 326 ss.). Or, loin de se dévaluer au fil du temps, la société E., bénéficiant dès son achat par A. des structures et de la part de marché de cette dernière, devait en cas de revente, dans une situation de quasi-absence de concurrence, atteindre une valeur au moins égale au prix payé en 1986 par la recourante, si ce n'est bien supérieure.

5. Il convient encore d'examiner la deuxième condition, à savoir si l'avantage a été consenti à un actionnaire, à un administrateur, ou à un tiers touchant la S.A. de près.

M. B. était, à l'époque des faits, actionnaire d'A. et président de son conseil d'administration. La deuxième condition est ainsi remplie.

6. Reste encore à déterminer si l'opération litigieuse a été volontaire, soit si l'octroi de l'avantage a été intentionnel (ATA du 8 septembre 1992 en la cause A. SA et références citées).

Le Tribunal admettra que la recourante a agi volontairement, c'est-à-dire en toute conscience, puisqu'après avoir elle-même fait estimer le capital d'E. et avoir pleinement admis le résultat de cette estimation, résultat qu'elle n'a pas cessé de défendre durant la procédure, son conseil d'administration a

décidé de céder ce capital à son président. Dans ces conditions, la liberté d'action de la recourante était comparable à celle que l'on a de se serrer la main à soi-même.

7. Le Tribunal retiendra donc que la perte sur cession de 1'715'528.- Frs doit être considérée comme une allocation volontaire à un tiers au sens de l'ancien article 66 lettre d LCP, et qu'elle doit par conséquent être imposée comme bénéfice net.

En particulier, il convient de confirmer la décision de la commission quant au montant qui doit être pris en compte, et admettre que l'intimée ne pouvait reprendre dans cette perte sur cession le montant de 134'472.- Frs admis dans l'exercice fiscal 1986 au titre de d'amortissement sur participation, et ce en vertu du principe de l'étanchéité des exercices fiscaux (ATA du 20 janvier 1988 en la cause SI 75 rue de C.; du 24 juin 1987 en la cause B.). L'intimée n'a du reste pas contesté cette solution.

8. Le recours sera donc rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de 3'000.- Frs sera mis à la charge de la recourante.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 août 1995 par A. S.A. contre la décision de la commission cantonale de recours en matière d'impôts du 13 juillet 1995;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de 3'000.- Frs;

communique le présent arrêt à Me Dominique Gay, avocate de la recourante, ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière d'impôts et à l'administration fiscale cantonale.

Siégeants : Mme Bonnefemme-Hurni, présidente,
MM. Tanquerel, Schucani, Grandjean, Mme Bovy,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste : la présidente :

V. Montani E. Bonnefemme-Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le p.o. la greffière :

Mme J. Rossier-Ischi