

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1291/2010-ICCIFD

ATA/232/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 mars 2015

1^{ère} section

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

Monsieur A_____

B_____

représentés par la fiduciaire J.-A. Schmid, mandataire

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
12 mars 2013 (JTAPI/298/2013)**

EN FAIT

- 1) Le litige concerne l'impôt cantonal et communal (ICC), ainsi que l'impôt fédéral direct (IFD) 2005 de la société B_____ (ci-après : la société) et de Monsieur A_____, actionnaire et administrateur avec signature individuelle de la société.
- 2) La société, constituée en juillet 2001, a pour but d'exploiter une manufacture de montres, bijouterie, joaillerie, androïdes, pendules, accessoires et produits dérivés ; d'exploiter un bureau de design ; de fournir des conseils et services ressortissant au domaine de la distribution et de l'organisation de la vente de marchandises ; d'assumer les fonctions de représentant, d'agent, de courtier et d'intermédiaire en matière commerciale. Elle est dotée d'un capital-actions de CHF 100'000.- composé de mille actions au porteur.
- 3) Le 18 février 2004, la société a racheté des actions propres à Monsieur C_____. Le contrat d'achat prévoyait que la société s'engageait à racheter l'intégralité des actions de ce dernier, soit quatre cent vingt-cinq actions de CHF 100.- représentant un montant de CHF 42'500.-.

La société a payé le prix total par un paiement au comptant de CHF 27'100.- et le solde de CHF 15'400.- par une reprise d'une dette de M. C_____ envers M. A_____.
- 4) Le 15 février 2005, M. A_____, administrateur unique, a racheté les quatre cent vingt-cinq actions à la société au prix de CHF 100.- l'action. Il a payé au comptant un montant de CHF 27'100.- et compensé CHF 15'400.- par sa créance envers la société.
- 5) Le 23 novembre 2005, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a déterminé la valeur vénale des actions à CHF 98.- au 31 décembre 2003, sur la base des comptes annuels 2003 de la société.
- 6) Le 8 mars 2006, l'AFC-GE a déterminé la valeur vénale des actions au 31 décembre 2004, à CHF 386.-, cours brut et CHF 270.20, cours net, sur la base des comptes annuels 2003 et 2004 de la société.
- 7) a. Le 7 novembre 2006, l'AFC-GE a notifié à la société un bordereau de taxation ICC 2005 d'un montant de CHF 317'231.85 calculé sur la base d'un bénéfice imposable de CHF 1'355'062.- et un capital propre de CHF 1'517'583.-.

b. Le même jour, un bordereau de taxation IFD 2005 de CHF 115'175.- a également été notifié à la société.

- 8) a. Le 2 juillet 2007, l'AFC-GE a notifié à M. A_____ un bordereau de taxation ICC 2005 d'un montant de CHF 19'666.80.
- b. Le même jour, un bordereau de taxation IFD 2005 de CHF 2'646.- a été notifié au contribuable.
- 9) Le 16 février 2009, l'AFC-GE a informé la société de l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôts et en soustraction d'impôts pour la période fiscale 2005. La société avait revendu quatre cent vingt-cinq de ses propres actions à leur valeur nominale. Cette transaction aurait dû être faite à la valeur estimative de CHF 386.- par action, soit CHF 164'050.- au lieu de CHF 42'500.-. La différence constituait une prestation à l'actionnaire, imposable comme bénéfice dans la société.
- 10) Le 29 avril 2009, l'AFC-GE a informé M. A_____ de l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôts et d'une procédure en soustraction d'impôts pour la période fiscale 2005. La différence entre la valeur nominale des actions cédées par la société et leur valeur vénale représentait un revenu imposable de CHF 121'550.-.
- 11) Le 9 avril 2009, le mandataire de la société a exposé à l'AFC-GE que les quatre cent vingt-cinq actions avaient été reprises à M. C_____, frère de l'administrateur, débiteur de la société pour un montant supérieur à CHF 42'500.-, valeur desdites actions. Par gain de paix, le solde dû avait été abandonné. Personne ne voulant les acheter, M. A_____ s'était offert de les reprendre au même prix que la société les avait acquises.
- 12) a. Le 29 juillet 2009, l'AFC-GE a informé la société de la clôture des procédures en rappel d'impôts et en soustraction d'impôts. Elle lui a remis deux bordereaux rappel d'impôts avec un supplément d'impôts de CHF 27'920.- pour l'ICC et CHF 10'336.- pour l'IFD 2005, ainsi que des intérêts de retard de CHF 2'569.75 et de CHF 1'287.55.
- Deux bordereaux amendes de CHF 5'160.- pour l'IFD et CHF 13'960.- pour l'ICC ont également été remis à la société, au motif qu'elle avait vendu ses propres actions à un prix de faveur à son actionnaire principal, sans tenir compte de leur valeur vénale et avait ainsi fait une prestation appréciable en argent en faveur de celui-ci. Le caractère de négligence avait été retenu, la quotité de l'amende était arrêtée à une demi fois l'impôt soustrait.
- b. Le même jour, l'AFC-GE a informé M. A_____ de la clôture des procédures le concernant et lui a notifié deux bordereaux de rappel d'impôts pour un montant de CHF 35'485.- pour l'ICC et CHF 14'752.- pour l'IFD 2005, ainsi que des intérêts de retard à hauteur de CHF 3'266.- et CHF 1'837.65.

Les amendes, correspondant à une demi fois les impôts soustraits, se montaient à CHF 7'370.- pour l'IFD et à CHF 17'740.- pour l'ICC. En renonçant à acheter les actions à la valeur vénale, il avait bénéficié d'un avantage appréciable en argent, d'une distribution dissimulée du bénéfice d'une valeur de CHF 121'550.-. Le caractère de négligence était retenu.

- 13) Le 27 août 2009, la société et M. A_____ ont réclamé en contestant l'existence d'une prestation appréciable en argent.
- 14) Par décisions sur réclamation du 25 janvier 2010 et du 1^{er} mars 2010, l'AFC-GE a rectifié les bordereaux contestés. Afin de tenir compte du fait que l'actionnaire acheteur était minoritaire au moment du rachat, une déduction forfaitaire de 30 % était faite selon les règles d'estimation retenues, ce qui ramenait la valeur du titre à un cours fiscal net de CHF 270.20. En outre, la quotité des amendes était réduite à un tiers des impôts soustraits.
- 15) Les 24 février et 31 mars 2010, M. A_____ et la société ont recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) contre les décisions sur réclamation.

La société avait procédé à l'achat de 42.5 % de son capital-actions alors que la limite d'acquisition fixée par la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) était de 10 %. La partie excédents le 10 % du capital-actions, soit 32.5 %, constituait une liquidation partielle donnant lieu immédiatement et sans exception à la perception de l'impôt anticipé. La vente ultérieure de ces droits de participation n'emportait plus de conséquence fiscale dès lors que les actions avaient été vendues au moins à leur valeur nominale. Par extension, il n'y avait pas de prestation appréciable en argent et aucune négligence ne pouvait être retenue.

- 16) Le 27 janvier 2011, l'AFC-GE a répondu aux deux recours en admettant leur bien-fondé partiel. Une prestation appréciable en argent avait été accordée uniquement sur les premiers 10 % du capital acquis par la société soit sur cent actions. La prestation appréciable en argent s'élevait ainsi à CHF 17'020.- et les reprises réduites en conséquence. Les amendes devaient être maintenues, tant la société que le contribuable connaissant les conséquences fiscales de la vente de ses propres actions par une société à son actionnaire.
- 17) Le 12 mars 2013, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) ayant repris les compétences de la commission depuis le 1^{er} janvier 2011, a admis partiellement les recours après avoir joint les procédures.

Les rappels d'impôts frappant la société et M. A_____ portaient uniquement sur une prestation à l'actionnaire de CHF 10'873.-.

L'estimation de titres effectuée par l'AFC-GE fondée sur des directives servait uniquement à déterminer la valeur des actions en vue de l'imposition sur la fortune. Elle ne saurait être retenue dans le cadre de transactions régies par le principe de valeur vénale réelle. Il fallait se fonder sur les états financiers de la société au 31 décembre 2004 où le total des fonds propres de la société étaient de CHF 162'521.52, les actions devant être acquises par M. A_____ figurant à l'actif du bilan à concurrence de CHF 42'500.-. La valeur des actions propres correspondait à la différence de ces montants, soit CHF 208.73 par action (CHF 162'521.52 sous imputation de CHF 42'500.-, soit CHF 120'021.52 à diviser par {1'000 actions – 425}). Lors de la vente des quatre cent vingt-cinq actions à M. A_____, une prestation appréciable en argent avait été accordée sur les premiers 10 % du capital, soit sur cent actions d'une valeur nominale de CHF 100.-, ce qui correspondait à CHF 10'873.-.

- 18) Le 22 avril 2013, l'AFC-GE a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI en concluant à son annulation.

Les rappels d'impôts portaient sur une prestation appréciable en argent de CHF 17'020.-, soit CHF 270.20 moins CHF 100.- X cent actions au lieu des CHF 10'873.- retenus par le TAPI.

En présence de titres non cotés, il fallait prendre en compte la valeur de rendement de la société et sa valeur intrinsèque (substantielle), en se fondant sur les résultats réalisés en 2003 et 2004 et en procédant à une réduction de 30 %, conformément aux instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune édités par la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat (devenue la Conférence suisse des impôts) édités en 1995 (ci-après : instructions 1995).

- 19) Le 17 mai 2013, le TAPI a transmis son dossier sans faire d'observations.
- 20) Invités à répondre, ni l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH), ni la société, ni M. A_____ ne se sont déterminés sur le recours.
- 21) Le dossier a été gardé à juger, ce dont les parties ont été informées en date du 3 octobre 2014.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) a. La juridiction administrative applique le droit d'office et ne peut aller au-delà des conclusions des parties, sans pour autant être liée par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

b. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/751/2013 du 12 novembre 2013 consid. 6). L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés (ATA/336/2014 du 13 mai 2014 consid. 4a ; ATA/790/2013 du 3 décembre 2013 consid. 4 ; ATA/560/2006 du 17 octobre 2006 consid. 5b).

En l'espèce, au vu des conclusions prises par l'AFC-GE recourante, le litige porte uniquement sur la détermination de la valeur des actions à prendre en compte dans le calcul de la prestation appréciable en argent constituée par la vente de ses propres actions par la société à son actionnaire en date du 15 février 2005, dans le cadre de l'imposition ICC et IFD 2005 des deux contribuables.

- 3) a. Les questions de droit matériel sont résolues en fonction du droit en vigueur lors des périodes fiscales litigieuses (arrêt du Tribunal fédéral 2A.568/1998 du 31 janvier 2000 consid. 10a ; ATA/958/2014 du 2 décembre 2014 consid. 13a ; ATA/877/2004 du 9 novembre 2004 consid. 3).

b. En ce qui concerne l'IFD 2005, la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995 est applicable, dans son état lors de la période fiscale en cause.

c. Les cinq anciennes lois sur l'imposition des personnes physiques ont été abrogées avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2010, de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08 ; art. 69 al. 1 LIPP). La LIPP s'applique pour la première fois pour les impôts de la période fiscale 2010. Les impôts relatifs aux périodes fiscales antérieures demeurent régis par les dispositions de l'ancien droit, même après l'entrée en vigueur de la LIPP (art. 72 al. 1 LIPP).

Le recours portant sur l'ICC 2005, l'ancien droit est applicable, en particulier la loi sur l'imposition des personnes physiques - impôt sur le revenu (revenu imposable) du 22 septembre 2000 (aLIPP-IV - D 3 14), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (art. 11 aLIPP-IV) et la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15).

- 4) a. Tant l'art. 20 al. 1 let. c LIFD que l'art. 6 let. c aLIPP-IV disposent que les dividendes, les parts de bénéfice, l'excédent de liquidation et tous autres avantages appréciables en argent provenant de participations de tout genre (comme par exemple les actions gratuites, les augmentations gratuites de la valeur nominale) sont imposables en tant que rendement de la fortune mobilière.
- b. S'agissant de la taxation de la société, en application des art. 58 al. 1 let. b LIFD et 12 let. h LIPM, dans la mesure où la société accorde à un actionnaire ou à une personne la touchant de près des avantages qu'elle n'aurait pas consenti à un tiers, il s'agira alors d'une prestation appréciable en argent qui devra être réintégrée dans le bénéfice imposable de la société (Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 4^{ème} éd., 2012, n. 41 p. 236).

L'existence d'une telle prestation n'est plus contestée à ce stade, seule reste litigieuse, celle de son montant.

- 5) a. L'AFC-GE a fait application dans ses décisions des instructions 1995 qui ont été remplacées par la circulaire CSI 28, dans une première version du 21 août 2006 puis dans une dernière version du 28 août 2008. Cette méthode d'estimation est également appelée « méthode des praticiens » et prévoit la prise en compte de la valeur de rendement de l'entreprise calculée sur les deux derniers exercices et de sa valeur intrinsèque.
- b. Le TAPI a estimé que la valeur des actions ne pouvait être déterminée par la méthode des praticiens, les instructions n'ayant pas force de loi et ayant été édictée en vue de l'imposition sur la fortune uniquement. Il convenait de retenir la valeur vénale réelle des actions, sauf à ignorer les principes de la libre économie de marché. En l'absence d'expertise probante, la valeur des actions correspondait aux fonds propres de la société sous déduction de la valeur des actions propres.
- 6) Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a rappelé, dans une affaire concernant une distribution dissimulée de bénéfice, les principes applicables à la détermination de la valeur vénale d'un bien transféré devant être comparée à la contre-prestation effectivement exigée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 du 14 janvier 2015 consid. 5).

Lorsqu'il existe un marché libre, les prix qui y sont pratiqués sont déterminants et permettent une comparaison effective. En l'absence d'un tel marché mais lorsque des transactions présentant les mêmes caractéristiques ont été

conclues avec un tiers ou entre tiers, le prix litigieux doit être comparé avec celui qui a été pratiqué dans ces transactions. Il s'agit là de la méthode dite du prix comparable sur le marché libre (ATF 140 II 88 consid. 4.2)

Faute de transaction comparable, l'examen du respect du principe de pleine concurrence doit se fonder sur une valeur hypothétique déterminée selon d'autres méthodes. S'agissant plus précisément des titres non cotés, les instructions en vue de l'impôt sur la fortune, qui ne constituent pas du droit fédéral en tant que directives, sont toutefois reconnues, de jurisprudence constante, comme présentant une méthode adéquate et fiable pour l'estimation des titres, non seulement en ce qui concerne l'impôt sur la fortune, mais également lorsqu'il s'agit de procéder à l'estimation de la valeur vénale de titres non cotés dans le contexte de l'impôt sur le bénéfice et l'impôt sur le revenu (arrêts du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 précité consid. 5.3.1 ; 2C_1168/2013 du 30 juin 2014 consid. 3.6 et les références citées). Toutefois, le Tribunal fédéral n'exclut pas que d'autres méthodes d'évaluation reconnues puissent, isolément, s'avérer appropriées.

- 7) En l'espèce, le TAPI n'a retenu aucune circonstance qui justifierait de s'éloigner des principes énoncés ci-dessus pour retenir une autre méthode d'évaluation que celle dite des praticiens. En particulier, il n'existe in casu aucune transaction comparable qui permettrait de privilégier une valeur fixée par le marché.

En conséquence, l'application des instructions à la détermination de la valeur des titres apparaît comme conforme à la jurisprudence mentionnée ci-dessus et c'est à tort que le jugement litigieux l'a écartée. A cet égard, s'agissant de l'année de taxation 2005, ce sont les instructions de 1995 qui sont applicables et non pas celles ultérieures, auxquelles s'est référé le TAPI dans son jugement, sans toutefois en faire application.

Il découle de ce qui précède que le recours doit être admis et la valeur des actions retenue dans les décisions de l'AFC-GE confirmée. De cette valeur découle le montant des impôts soustraits ICC et IFD 2005, tant pour la société que pour le contribuable actionnaire et également celui des amendes, dont le principe et la quotité ne sont pas remis en cause devant la chambre de céans.

Le jugement du TAPI sera annulé en tant qu'il fixe la prestation à l'actionnaire à CHF 10'873.-, celle-ci devant être fixée à CHF 17'020.- (CHF 270.20 – CHF 100.- X cent actions). L'AFC-GE ayant admis en cours de procédure devant le TAPI que la transaction portant sur les trois-cent-vingt-cinq actions supplémentaires était sans conséquence fiscale, les décisions sur réclamations ne peuvent être rétablies et le dossier sera renvoyé à l'AFC-GE pour nouvelles décisions.

- 8) Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 750.- sera mis à la charge de la société et de M. A_____, pris conjointement et solidairement (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 22 avril 2013 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 mars 2013 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 mars 2013 ;

annule les bordereaux des 29 juillet 2009 ainsi que les décisions sur réclamations du 25 janvier 2010 concernant Monsieur A_____ et du 1^{er} mars 2010 concernant B_____ ;

renvoie le dossier à l'administration fiscale cantonale pour nouvelles décisions au sens des considérants ;

met un émoulement de CHF 750.- à la charge de Monsieur A_____ et B_____, pris conjointement et solidairement ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à la fiduciaire J.-A Schmid, mandataire de Monsieur A_____ et B_____ ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance et à l'administration fédérale des contributions.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :