RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1465/2019-ICCIFD **ATA/162/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 février 2021

4ème section

dans la cause

Madame et Monsieur A_____
représentés par Me Ludovic Rais, avocat

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

et

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

Madame et Monsieur A_____
représentés par Me Ludovic Rais, avocat

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 février 2020 (JTAPI/145/2020)

EN FAIT

1) Madame et Monsieur A_____ (ci-après : les époux A_____), ressortissants français mariés depuis 1993, sont domiciliés en Suisse depuis le _____ 2004.

2) Par bordereaux du 3 avril 2013, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a taxé les époux A_____ pour l'année 2011.

3) Les 13 juin et 12 septembre 2013, les contribuables ont informé l'AFC-GE de leur intention de déclarer des avoirs non annoncés en 2011, provenant d'un gain en capital exonéré.

Par l'intermédiaire de la société américaine B_____ (ci-après : B_____), non tenue d'établir une comptabilité, M. A_____ avait vendu à la société française C_____ SA (ci-après : C_____), filiale de D_____ SA (ci-après : D_____), sa participation de 49,99 % dans la société britannique E_____ PLC (ci-après : E_____). Le paiement du prix de vente de EUR 3'725'000.- avait été réglé en avril 2011 et février 2012, à concurrence de respectivement EUR 2'900'000.- et EUR 825'000.-. Au 31 décembre 2011, le compte n° 1_____ de B_____ auprès de la banque F_____ (Luxembourg) SA (ci-après : F_____) présentait un solde de CHF 5'128.-, tandis que celui du compte personnel n° 2_____ de M. A_____ auprès de cette même banque s'élevait à CHF 2'646'005.-. La différence entre le montant de EUR 2'900'000.- (CHF 3'520'310.- au 31 décembre 2011) et le solde de CHF 2'651'223.- au 31 décembre 2011 était due à l'achat courant 2011 d'un bien immobilier en G_____ pour USD 196'500.-, d'un bateau enregistré aux Îles H_____ pour EUR 237'500.- et de prêts à des amis pour un montant de EUR 161'282.-. Le solde de CHF 212'369.- avait fait l'objet de dépenses somptuaires.

Étaient joints deux avis de crédit en date des 12 avril 2011 (EUR 2'900'000.-) et 23 février 2012 (EUR 825'000.-) sur le compte n° 1_____ de B_____ de la part de C_____ sous le motif « acquisition actions » ; une attestation de F_____ indiquant que le solde du compte n° 1_____ au 31 décembre 2011 était créditeur de CHF 5'128.-, que celui-ci n'avait pas perçu de revenu en 2011 et que M. A_____ s'était déclaré en être le bénéficiaire économique ; ainsi qu'une attestation de F_____ concernant le compte n° 2_____ de M. A_____, présentant notamment un solde créditeur de CHF 2'646'005.- au 31 décembre 2011, ayant perçu des revenus de coupons sur obligations à hauteur de CHF 12'874.61 sur l'année 2011.

4) Le 21 avril 2015, les époux A_____ ont transmis des documents à l'AFC-GE, en particulier les états financiers 2008 à 2010 de E_____ et ceux de

2005 à 2007 de la société suisse I_____ Limited (auparavant I_____ PLC ; ci-après : I_____).

5) Par courrier recommandé du 14 août 2015, l'AFC-GE a informé les contribuables de l'ouverture à leur encontre d'une procédure en rappel d'impôt, ainsi que d'une procédure pénale pour soustraction d'impôt pour les années 2005 à 2011, en leur demandant notamment une copie de l'acte de vente des actions E_____, ainsi que les relevés bancaires des comptes n° 1_____ et n° 2_____.

6) Le 15 septembre 2015, les contribuables ont produit le contrat de vente des actions de E_____ du 11 avril 2011, conclu entre B_____, représentée par Monsieur J_____, son administrateur et avocat aux États-Unis, et C_____, ainsi que M. A_____ pour les paragraphes le concernant.

Selon ce document, B_____, dont M. A_____ était l'unique actionnaire, détenait initialement la totalité du capital-actions de E_____, laquelle possédait l'intégralité du capital-actions d'I_____. Le 17 juillet 2008, B_____ avait vendu à C_____ une participation de 50,01 % du capital-actions de E_____, de sorte qu'elle n'en détenait alors plus que 49,99 %. Le 11 avril 2011, C_____ acquerrait la participation restante de 49,99 % de B_____ dans E_____, pour le prix de EUR 3'725'000.-, payable en deux échéances, soit EUR 2'900'000.- et EUR 825'000.-. C_____ souhaitait qu'I_____ continue à employer M. A_____ comme salarié afin notamment de diriger les activités de E_____ jusqu'au 31 décembre 2012. À cette date, il devait avoir démissionné de l'ensemble de ses fonctions au sein de E_____ et I_____, sous peine de non-paiement de la seconde échéance.

7) À la suite d'une rencontre le 5 novembre 2015 entre les contribuables et l'AFC-GE, cette dernière leur a derechef demandé des documents complémentaires le 19 novembre 2015 relatifs à la constitution des sociétés détenues aux États-Unis, à la qualité d'ayant droit économique de M. A_____ des comptes bancaires desdites sociétés américaines, ainsi que les relevés bancaires et fiscaux de celles-ci, pour la période de 2005 à 2011. Elle restait dans l'attente du contrat de fiducie et du détail de l'évolution de la fortune concernant la vente des actions en 2008.

8) Le 7 décembre 2015, les contribuables ont transmis à l'AFC-GE divers documents, soit en particulier :

- l'acte de constitution de B_____ du 6 juin 2008, d'après lequel celle-ci était incorporée selon les lois de l'État du Delaware ;

- le formulaire d'ouverture du compte n° 1_____ de B_____ auprès de F_____ du 14 juillet 2008, indiquant que M. A_____ en était l'ayant droit économique ;

- un accord non daté, intitulé « nominee agreement » (ci-après : l'accord ou le contrat de fiducie), soumis au droit de l'État du Delaware, prenant effet au 1er juillet 2008. Selon celui-ci, B_____ était désignée comme représentant (« nominee ») de M. A_____ pour détenir des actifs, souscrire un capital et accorder un prêt en son propre nom mais pour le compte et aux risques et profits exclusifs de ce dernier. B_____ reconnaissait que depuis la date de son inscription comme propriétaire, l'investissement était effectué à titre fiduciaire dans le cadre de l'accord et pour la durée d'existence de celui-ci (art. 1). B_____ devait encaisser toute distribution, revenu ou produit de quelque nature que ce soit et exercer tous droits financiers en lien avec le(s) investissement(s) et conserver les montants obtenus dans ce cadre exclusivement pour le compte de M. A_____. B_____ devait également exercer tous les droits octroyés en lien avec l'investissement, conformément aux instructions de M. A_____ (art. 2). La rémunération annuelle de B_____ pour cette activité était de USD 1'000.-, en plus des frais réellement encourus (art. 3). Ledit accord était soumis au droit arbitral américain (art. 7) ;

- une attestation écrite de M. J_____ du 15 septembre 2015, indiquant que la constitution de B_____ avait pour but de réaliser une transaction en juillet 2008 impliquant I_____. Celle-ci avait eu pour effet l'acquisition par D_____ d'une participation de 50,01 % dans l'activité d'I_____. Toutefois, pour diverses raisons propres à D_____, l'opération avait dû être réalisée en deux étapes plutôt que par un achat d'actions. Les actifs et l'activité d'I_____ avaient été transférés à E_____, détenue entièrement par B_____. Conformément à la demande de D_____, M. A_____ était l'unique actionnaire de B_____, mais son titre de propriété incluait une détention de type fiduciaire, dans la mesure où le produit de la vente des actions de E_____ lui avait servi à payer les actionnaires d'I_____ ;

- un avis de crédit de EUR 2'565'000.- sur le compte n° 1_____ de B_____, effectué par C_____ le 23 juillet 2008, sous le motif « prise de participation » ;

- les relevés bancaires du compte n° 1_____ de B_____ pour la période du 18 juillet 2008 au 31 décembre 2011, indiquant notamment un transfert de EUR 2'174'000.- le 4 septembre 2008 ;

- un tableau des paiements effectués entre 2008 et 2012 aux actionnaires d'I_____ par M. A_____ pour un montant total de EUR 2'254'698.- (D_____ ayant versé un montant total de EUR 6'290'000.- entre 2008 et 2012), précisant que les virements faits en 2008 et 2009 l'avaient été depuis le compte de K_____ (ci-après : K_____ ; dont M. A_____

était l'ayant droit économique) et ceux faits en 2010 et 2012 depuis le compte n° 2_____ de M. A_____, à l'exception d'un effectué depuis le compte n° 1_____ de B_____ pour un montant de EUR 215'031.76.

9) Le 12 février 2016, l'AFC-GE a informé les contribuables de la clôture des procédures de rappel et de soustraction d'impôt et leur a remis des bordereaux de rappel d'impôt pour les années 2008 à 2011. La procédure s'était terminée sans supplément d'impôt pour les années 2005 à 2007. Les conditions de la dénonciation non punissable étant remplies, il était renoncé à la poursuite pénale. Des reprises sur leur fortune étaient effectuées, en particulier en intégrant le compte n° 1_____ de B_____.

10) Le 10 mars 2016, les contribuables ont élevé réclamation à l'encontre des bordereaux de rappel d'impôt pour les années 2009 à 2011, concernant la prise en considération des intérêts sur avances et crédits à terme (crédit lombard), point qui n'est désormais plus litigieux.

11) Le 30 janvier 2017, l'AFC-GE a demandé aux contribuables des précisions quant à la destination de trois transferts effectués sur le compte n° 1_____ de B_____, soit un crédit de EUR 2'565'000.- le 23 juillet 2008, un débit de EUR 2'174'000.- le 4 septembre 2008, un crédit de EUR 2'900'000.- le 12 avril 2011 et deux débits de respectivement EUR 1'000'000.- et EUR 1'830'000.- effectués les 6 mai et 20 juin 2011.

12) Le 9 février 2017, les contribuables ont expliqué, relevés du compte n° 966.604.1 de M. A_____ à l'appui, que les transferts de EUR 2'174'000.- le 4 septembre 2008, EUR 1'000'000.- le 6 mai 2011 et EUR 1'830'000.- le 20 juin 2011, avaient tous été débités du compte n° 1_____ de B_____ en faveur de celui de M. A_____, celle-ci ayant agi à titre fiduciaire pour celui-là.

13) Le 17 novembre 2017, l'AFC-GE a informé les contribuables qu'elle avait procédé à un nouvel examen de leur dossier pour l'année 2011, impliquant une rectification du rappel d'impôt 2011 en leur défaveur.

Un rendement de fortune de CHF 3'490'958.- (soit la contre-valeur de EUR 2'830'000.-), imposable à concurrence de 60 %, devait être intégré à leur revenu. Il ne devait pas être tenu compte des revenus et fortune liés au compte n° 1_____ de B_____. Cette société ne pouvait être traitée en transparence, car elle avait valablement été constituée selon l'acte du 6 juin 2008 et avait participé à des échanges économiques, selon la convention de vente d'actions du 11 avril 2011 avec C_____.

Un délai au 18 décembre 2017, prolongé au 18 mai 2018 en raison de plusieurs échanges entre les parties, leur était accordé pour se déterminer.

14) Le 18 juin 2018, les contribuables ont contesté les motifs de la *reformatio in pejus*.

B_____ avait agi à titre fiduciaire pour le compte de M. A_____, ainsi que le confirmait l'accord. Si celui-ci n'était pas daté, le droit américain ne prévoyait pas que l'absence de signature emportait nullité du contrat. La vente de E_____ ne constituait pas une distribution dissimulée de bénéfice en faveur de M. A_____, mais un gain en capital privé exonéré. M. A_____ n'avait pas pu percevoir un dividende de la part de B_____, dès lors que les actifs qu'elle détenait à titre fiduciaire faisaient déjà partie intégrante de son patrimoine.

Les revenus du compte n° 1_____ devaient être pris en compte car le contribuable en était l'ayant droit économique. La valorisation des titres de E_____ – et non de B_____, celle-ci devant être traitée en transparence – était contestée, puisque cette société était dans sa période de lancement et des incertitudes persistaient quant à la réalisation de ses titres.

Était jointe une déclaration sous serment (« affidavit ») du 5 juin 2018 de M. J_____, confirmant avoir préparé l'accord signé le 17 juillet 2008 à Paris.

15) Par décision du 8 mars 2019, l'AFC-GE a admis partiellement la réclamation pour les années 2009 à 2011 en prenant en compte les intérêts passifs et la dette liée au crédit lombard et annulant les reprises relatives au compte n° 1_____. La valeur des titres de B_____ équivalente à EUR 2'563'974.- était ajoutée à leur fortune. Cette valeur était calculée sur la base de la vente de 50,01 % de la participation à E_____ intervenue en 2008. La vente ayant été effectuée entre tiers indépendants, il pouvait être considéré qu'il s'agissait du prix du marché.

Pour l'année 2011, les distributions de dividendes octroyées par B_____ en CHF 3'490'958.- devaient être ajoutées au revenu des contribuables et également à leur état des titres. Le contrat de fiducie, non signé, ne pouvait servir de pièce probante. L'affidavit ne pouvait être retenu, dès lors qu'il avait été établi a posteriori. Les conditions figurant dans la notice sur les rapports fiduciaires de l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH) d'octobre 1967 (consultable à l'adresse www.estv.admin.ch, rubrique Impôt anticipé/Droits de timbre /Notices/S-02.107 ; ci-après : la notice) n'étaient pas remplies. Le contrat de fiducie n'était pas reconnu.

Le même jour, l'AFC-GE a notifié aux contribuables des bordereaux de taxation rectificatifs pour les années 2009 à 2011.

16) Par acte du 10 avril 2019, les époux A_____ ont interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision et les bordereaux de taxation précités, en concluant à leur annulation, à ce qu'il soit

déclaré que le produit de la vente des actions de E_____ constituait un gain en capital exonéré, subsidiairement un remboursement d'apport en capital non imposable. Ce recours ne concernait que l'année fiscale 2011.

Ils produisaient plusieurs pièces, dont notamment :

- une déclaration sous serment (« affidavit ») de M. J_____ du 8 avril 2019, expliquant notamment que B_____ n'avait jamais eu de relation bancaire ni de compte bancaire aux États-Unis et n'avait pas d'obligation de tenir des registres comptables ni de produire une déclaration de revenus aux États-Unis, raison pour laquelle elle ne l'avait pas fait. B_____ avait ouvert un seul compte bancaire, celui auprès de F_____, exclusivement utilisé pour la transaction concernant E_____. L'accord entre B_____ et M. A_____ devait être interprété selon le droit américain, respectant et appliquant la liberté contractuelle. Lors de la conclusion de l'accord, M. A_____ et lui avaient convenu que les frais de USD 1'000.- représentaient un montant équitable et raisonnable étant donné le rôle limité que B_____ jouerait en tant que représentant de M. A_____. Un montant total de EUR 14'007.- avait été payé par M. A_____ à B_____, entre les 29 août et 12 novembre 2012, pour couvrir les frais de celle-ci pour la période du 17 juillet 2008 au 11 avril 2011, et se conformer à la pratique suisse. Tous les actifs gérés par B_____ en tant que représentant avaient été couverts par l'accord car celui-ci ne désignait pas d'actif spécifique et était conforme à la législation et la pratique américaines sur ce point ;

- une décision du 6 juin 2008 de M. J_____, adoptant, en tant qu'administrateur unique de B_____, plusieurs résolutions, comprenant les pouvoirs accordés à M. A_____ par rapport à B_____.

17) L'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

18) Les parties ont respectivement répliqué et dupliqué les 6 août et 30 septembre 2019, en maintenant leurs positions.

19) Par jugement du 4 février 2020, le TAPI a admis partiellement le recours.

Dans la procédure de réclamation, l'AFC-GE était habilitée à revoir tous les éléments imposables, même au désavantage des contribuables. La *reformatio in pejus* n'était soumise à aucune condition, hormis le respect de leur droit d'être entendu. Ce droit avait été respecté, puisque les intéressés s'étaient déterminés le 18 juin 2018 sur la reprise de CHF 3'490'958.- annoncée par l'AFC-GE le 17 novembre 2017.

La preuve de l'existence de rapports fiduciaires était soumise à des exigences strictes, puisque les sièges de B_____, de E_____ et de C_____ étaient à l'étranger, soit un contexte international. Le TAPI n'avait pas à examiner la question de la validité du contrat de fiducie sous l'angle du droit américain. Seul était déterminant le fait de savoir si, du point de vue du droit fiscal suisse, cet accord revêtait une force probante suffisante pour que soit retenue l'existence d'un contrat de fiducie entre M. A_____ et B_____.

Si l'accord mentionnait clairement l'identité et les adresses de M. A_____ et de B_____, il n'énumérait pas les biens soumis au rapport de fiducie de manière précise. Ainsi, il ne découlait ni de l'accord, ni d'aucune pièce versée au dossier, que B_____ aurait détenu pour le compte de M. A_____, les actions de E_____ cédées à C_____. Le contrat de vente d'actions du 11 avril 2011 ne stipulait nulle part que B_____ aurait détenu les titres vendus pour le compte de M. A_____, ni même en faveur d'un tiers dont le nom ne serait pas mentionné. L'attestation de M. J_____ ne suffisait pas, ayant été établie en septembre 2015, soit postérieurement aux courriers des 13 juin et 12 septembre 2013, par lesquels les époux A_____ avaient annoncé à l'AFC-GE l'existence d'avoirs non-déclarés par eux. En outre, il n'était pas possible de déterminer indubitablement à quel titre la somme de EUR 2'830'000.- avait été versée de B_____ à M. A_____. Si le préalable hypothétique d'un rapport de fiducie était écarté, il pouvait y avoir de nombreuses autres explications à ce transfert. Seul le transfert de C_____ à B_____ était démontré par pièce, alors qu'il n'existait aucune preuve d'un transfert subséquent, pour le même montant, de B_____ à M. A_____. Les annexes au courrier de ce dernier à l'AFC-GE du 12 septembre 2013 mentionnaient uniquement que le compte de B_____ au 31 décembre 2011 était créditeur d'un solde de CHF 5'128.- et que celui de M. A_____ était créditeur d'un solde de CHF 2'646'000.- au 31 décembre 2011, mais aucune pièce au dossier n'établissait l'origine de ce montant. Rien ne permettait de retenir que B_____ aurait détenu la participation cédée en 2011 à C_____ pour le compte de M. A_____, le titulaire du compte visé pour le versement de la commission n'étant pas mentionné, ni le motif de ces virements indiqué. Il était donc inutile de trancher la question de savoir si la rémunération convenue était suffisante, même au regard d'une approche fondée davantage sur l'évolution de la pratique en matière de fiducie que sur la notice. Les contribuables n'avaient ainsi pas apporté la preuve de l'existence d'un rapport de fiducie entre B_____ et M. A_____. Le paiement de EUR 2'830'000.- (CHF 3'490'958.-) que M. A_____ avait reçu de B_____ – dont il était l'unique actionnaire – devait en principe être qualifié de dividende et non de gain en capital privé.

Le transfert des actifs d'I_____ à E_____ par B_____ en 2008 constituait un apport de capital. La question de savoir dans quelle mesure la vente des actions de E_____ en 2008 et 2011 pour les prix de EUR 2'565'000.- et EUR 3'725'000.- constituait un remboursement dudit apport, dépendait de la

valeur à laquelle les titres d'I_____ avait été amenés à E_____ en 2008. Ledit montant ne ressortait toutefois pas du dossier, de sorte que la cause devait être renvoyée à l'AFC-GE pour instruction à ce sujet.

a) *Recours des époux A_____*

20) Par acte du 6 mars 2020, les époux A_____ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, en concluant, principalement, à son annulation, à ce qu'il soit déclaré que, pour l'année fiscale 2011, pour l'ICC et l'IFD, le produit de la vente du 11 avril 2011 de la participation de M. A_____ dans E_____ à C_____ constituait un gain en capital exonéré, et, subsidiairement, au renvoi de la cause au TAPI dans le sens des considérants.

Le TAPI avait omis de tenir compte de la volonté des parties, de l'élection de droit contenue dans le contrat de fiducie conclu entre M. A_____ et B_____ ainsi que de la violation par l'AFC-GE du principe de la bonne foi.

B_____ avait été constituée le 6 juin 2008 dans le but de détenir à titre fiduciaire la participation de M. A_____ dans E_____ en vue de la vendre à C_____, laquelle exigeait de conclure formellement la transaction avec une personne morale. Le texte du contrat de fiducie était clair sur son but commercial. Le jugement querellé se référait à divers éléments non pertinents pour déterminer si des rapports fiduciaires existaient entre M. A_____ et B_____, alors que la réelle et commune intention de ces derniers, fondée sur l'interprétation littérale du contrat, démontrait l'existence de leurs rapports.

Le TAPI soutenait à tort que la validité du contrat ne devait pas être examinée sous l'angle du droit américain, dès lors que l'autonomie des parties quant au choix du droit applicable primait. La date de signature du contrat et la désignation précise des biens fiduciaires n'étaient pas une condition de validité du contrat en droit américain. L'« affidavit » de M. J_____ du 6 juin 2008 – forme qualifiée de témoignage écrit – le confirmait. Le TAPI avait donc violé l'élection de droit contenue dans le contrat de fiducie, ce qui l'avait conduit à nier à tort l'existence des rapports fiduciaires entre M. A_____ et B_____.

Le TAPI procédait à une application excessivement stricte des critères établis par la notice pour déterminer si les conditions permettant de tenir compte d'un rapport fiduciaire sur le plan du droit fiscal étaient réunies. Une telle approche contrevenait à l'essence même d'une directive qui n'était qu'une instruction d'ordre général non contraignante et à la jurisprudence en la matière. M. A_____ avait apporté la preuve du rapport fiduciaire par d'autres moyens que ceux qui étaient prévus par la notice. Le contrat de fiducie indiquait les biens soumis au rapport de fiducie, soit notamment la détention d'actifs et la souscription au capital. Aucun élément du dossier ne permettait de remettre en

doute la validité et le contenu des documents établis par M. J_____. Le contrat de fiducie prévoyait également, conformément à la notice, une rémunération annuelle en faveur de B_____ de USD 1'000.- à laquelle s'ajoutaient les frais encourus dans le cadre du mandat. L'absence de mention du titulaire du compte bancaire et du motif des versements n'était pas pertinente dans la mesure où le compte de B_____ était dédié exclusivement à percevoir le produit de la transaction ainsi que les commissions relatives à ces rapports fiduciaires. En considérant que l'absence de mention du titulaire du compte bancaire et du motif des versements suffisait à ne pas trancher la question de la rémunération au regard de la notice, le TAPI allait au-delà des conditions prévues par celle-ci. Le paiement du produit de la transaction avait été démontré par pièces. Un virement par C_____ d'un montant de EUR 2'900'000.- avait été effectué en date du 12 avril 2011 sur le compte de B_____. Ce montant avait ensuite été débité du compte de B_____ en deux versements, le premier d'un montant de EUR 1'000'000.- le 6 mai 2011 et le second d'un montant de EUR 1'830'000.- le 20 juin 2011. Ces mêmes montants avaient été crédités sur le compte de M. A_____ aux mêmes dates. La différence de EUR 70'000.- s'expliquait par le fait que les parties au contrat de fiducie avaient convenu de conserver un solde suffisant sur le compte de B_____ pour couvrir les frais bancaires et honoraires divers liés à la vente de la participation de M. A_____ dans E_____ à C_____.

Au moment de la décision sur rappel d'impôt du 12 février 2016, l'AFC-GE disposait de tous les éléments pertinents pour analyser les rapports fiduciaires entre B_____ et M. A_____. Elle n'avait pas pris connaissance de nouveaux éléments concernant la transaction du 11 avril 2011 entre B_____, agissant pour M. A_____, et C_____, entre le 12 février 2016 et le 17 novembre 2017, date à laquelle elle avait informé les contribuables qu'elle entendait modifier le rappel d'impôt 2011 en leur défaveur. L'AFC-GE était ainsi, sans raison apparente, revenue sur son examen des rapports fiduciaires entre B_____ et M. A_____, sans qu'aucune information ou pièce nouvelle n'ait pu la déterminer à modifier son appréciation. Comme M. A_____ avait dûment informé l'AFC-GE de l'ensemble des circonstances de la transaction, il ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que celle-ci modifie son appréciation. La *reformatio in pejus* à laquelle avait procédé l'AFC-GE était donc contraire au principe de la bonne foi. En qualifiant le produit de vente de la participation de M. A_____ dans E_____ de manière différente, à savoir de gain en capital exonéré de l'impôt en 2008 et 2012 et de dividende en 2011, l'AFC-GE avait adopté un comportement contradictoire.

21) L'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

Les biens sous mandat fiduciaire n'étaient pas clairement établis par le contrat de fiducie, conformément à la notice. L'art. 1 dudit document faisait seulement référence aux actifs et au capital de la société, sans toutefois indiquer avec exactitude les éléments qui les composaient. La formulation vague des art. 1

et 2 de l'accord semblait prévoir une représentation limitée aux actes ordinaires liés à la détention des actifs de B_____. Le contrat ne spécifiait rien concernant les actes extraordinaires, tel que la vente de tous les actifs de B_____, soit les actions de E_____. Le TAPI avait donc considéré à bon droit qu'il ne découlait ni de l'accord, ni d'aucune pièce que B_____ aurait détenu pour le compte de M. A_____ les actions E_____ cédées à C_____.

Selon la jurisprudence en la matière, la question consistait à déterminer si les recourants avaient réussi à démontrer l'existence d'un rapport fiduciaire, et non la validité de l'accord selon le droit américain. Or, ils n'avaient pas réussi à démontrer que B_____ aurait vendu les actions de E_____ en 2011 pour le compte de M. A_____. Le contrat de fiducie ne convainquait pas de l'existence d'un rapport fiduciaire, portant sur la vente de ces actions. Le TAPI était légitimé à exiger une preuve stricte de l'existence d'une relation fiduciaire du point de vue du droit fiscal suisse conformément à la jurisprudence.

Sans invoquer un nouvel argument ni produire de nouvelle pièce, les recourants se contentaient de déclarer que le compte de B_____ servait uniquement à la relation fiduciaire avec M. A_____ et à la transaction avec C_____. La distribution de EUR 2'830'000.- par B_____ à M. A_____ constituait donc une distribution de dividende de la part de la société dont il était actionnaire.

L'AFC-GE était en droit de revoir librement la taxation 2011 des contribuables à la suite de leur réclamation portant sur les années 2009 à 2011, notamment en modifiant leur imposition liée à l'actionnariat de M. A_____ auprès de B_____. Les recourants n'avaient apporté aucun élément probant permettant d'établir qu'elle leur aurait confirmé que la relation fiduciaire entre B_____ et M. A_____ était admise. Se fondant sur les bordereaux de rappel d'impôt 2009 à 2011 du 12 février 2016, ils n'alléguaient pas avoir pris des dispositions qu'ils ne pouvaient plus modifier par la suite sans subir de préjudice, ce d'autant plus qu'ils n'avaient jamais déclaré ces montants liés à l'actionnariat de M. A_____ auprès de B_____, jusqu'à leur dénonciation spontanée des 13 juin et 12 septembre 2013. La différence de traitement fiscal du produit de la vente des actions E_____ en 2011 (dividende) par rapport aux années 2008 et 2012 (gain en capital exonéré de l'impôt) ne pouvait être reprochée à l'AFC-GE. Elle pouvait revoir le traitement fiscal du produit de la vente durant l'année 2012, la réclamation portant sur les années 2009 à 2011.

22) Dans leur réplique, les recourants ont repris et persisté dans leurs précédents développements.

b) Recours de l'AFC-GE

23) En parallèle, par acte du 9 mars 2020, l'AFC-GE a également recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement du TAPI du 4 février 2020, en concluant à son annulation en tant que celui-ci admettait l'existence d'un apport en capital valablement effectué en 2008, et à la confirmation de ses décisions sur réclamation du 8 mars 2019.

Dans la mesure où il statuait de façon définitive sur le principe de l'existence d'un apport en capital et ne laissait aucune marge de manœuvre à l'AFC-GE à cet égard – chargée d'instruire uniquement la valeur à laquelle les titres d'I_____ avaient été amenés à E_____ en 2008 –, le jugement querellé constituait un jugement final susceptible de recours. S'il devait être considéré comme une décision incidente laissant une marge de manœuvre à l'AFC-GE quant à la question d'instruire le montant du remboursement dudit apport, le recours serait également recevable. Selon elle, la qualification d'apport en capital en 2008 étant contraire au droit, le renvoi visant à analyser si la vente des actions de E_____, qui avait eu lieu en 2008 et en 2011, constituait un remboursement dudit apport, n'avait pas lieu d'être. Dans la mesure où elle ne serait plus en mesure de contester ce point ultérieurement, il fallait admettre que le jugement entrepris lui causait un préjudice irréparable.

Le jugement était contesté en tant qu'il s'écartait des art. 20 al. 3 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11), 22 al. 3 de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08) et de la circulaire n° 29 de l'AFC-CH sur le principe de l'apport de capital du 9 décembre 2010 (ci-après : circulaire n° 29).

L'apport ayant été effectué en 2008 par B_____ et la relation fiduciaire entre celle-ci et M. A_____ n'ayant pas été reconnue par le TAPI, il ne pouvait être considéré que B_____ avait effectué l'apport pour le compte de M. A_____. Ce n'était pas ce dernier, détenteur des droits de participation, qui avait effectué l'apport en capital en 2008, mais B_____, dont M. A_____ était l'actionnaire unique. L'apport avait donc été effectué par un proche (B_____) du détenteur des droits de participation (M. A_____). Cet apport n'ayant pas été effectué directement par un détenteur des droits de participation, il ne pouvait être qualifié d'apport en capital. Il aurait en outre dû être comptabilisé ouvertement dans le bilan commercial de E_____ pour être admis. Ce document n'avait toutefois pas été produit. Les recourants faisaient valoir que les exigences en matière de comptabilisation d'un apport en capital ne s'appliquaient pas au cas d'espèce, dans la mesure où B_____ n'était pas soumise à l'obligation de tenir une comptabilité selon le droit américain, sans toutefois le démontrer, alors que le fardeau de la preuve leur incombait. Les apports des actionnaires devant avoir été comptabilisés dans un compte spécial du bilan commercial pour bénéficier de la non-imposition au moment du remboursement d'un apport en capital, la

constitution de telles réserves dans une société étrangère ne tenant pas de comptabilité ne pouvait donc être admise. Le transfert d'actifs effectué en 2008 par B_____ à E_____ ne constituant pas un apport en capital de M. A_____, le produit de la vente des actions de E_____, versé à M. A_____, ne pouvait être qualifié de remboursement d'apport en capital.

24) Les recourants ont conclu au rejet du recours, persistant dans leurs conclusions du 6 mars 2020.

L'exigence d'un rapport direct des actionnaires n'étant pas prévue par l'art. 20 al. 3 LIFD, la circulaire n° 29 y dérogeait. La théorie dite du triangle appliquée dans le cas de l'art. 60 let. a LIFD, devait l'être également concernant l'art. 20 al. 3 LIFD, de sorte que les versements émanant de proches du titulaire de parts étaient toujours qualifiés d'apports. Ainsi, le principe de l'apport en capital s'appliquait lorsqu'une prestation, effectuée par une société proche, était ultérieurement remboursée au titulaire de parts détenant les droits de participation de la société bénéficiaire dans sa fortune privée, ce qui était le cas en l'espèce. D'un point de vue fiscal, le transfert des actifs d'I_____, contrôlée par M. A_____, à E_____, détenue à 100 % par M. A_____ par l'entremise de B_____, en 2008 devait être qualifié de distribution dissimulée de dividende d'I_____ à M. A_____ à hauteur de l'apport effectué dans E_____. Un apport avait ainsi simultanément été effectué par M. A_____ dans E_____ par l'entremise de B_____. La vente des participations de E_____ en 2008, comme en 2011, constituait un remboursement de l'apport effectué par M. A_____ en 2008. Par ailleurs, la comptabilisation de l'apport dans le bilan commercial prévue aux art. 5 al. 1 bis de la loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965 (LIA - RS 642.21) et 125 LIFD, n'était pas reprise aux art. 20 al. 3 LIFD et 7b de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14), de sorte que, selon la doctrine majoritaire, ces dispositions ne devaient pas permettre à l'AFC-CH de refuser d'exonérer le remboursement d'apports au motif qu'aucun poste distinct n'avait été comptabilisé. La circulaire n° 29 n'était pas compatible avec le texte clair de l'art. 20 al. 3 LIFD, lequel n'exigeait pas que les apports des titulaires de parts soient comptabilisés au bilan commercial. Cela étant dit, les exigences en matière de comptabilisation ne trouvaient pas application in casu car B_____ n'était pas tenue de tenir une comptabilité en vertu des lois de l'État du Delaware. L'apport effectué par M. A_____ par l'entremise de B_____ en 2008 était un apport en capital au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 7b LHID.

25) Dans sa réplique, l'AFC-GE a maintenu sa position.

La circulaire n° 29 était corroborée par le Message du Conseil fédéral du 22 juin 2005 concernant la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II. M. A_____ n'avait pas démontré qu'il contrôlait I_____, de sorte que sa qualité de proche de celle-ci était contestée. Les allégations de M. A_____ tendant à

affirmer qu'I___ avait valablement effectué un apport en capital à titre de proche n'étaient pas démontrées à satisfaction de droit.

26) Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (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 ; art. 7 al. 2 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17; art. 145 LIFD).

2) a. Le litige porte, d'une part, sur la conformité au droit du refus de considérer le paiement de EUR 2'830'000.- comme un gain en capital privé, résultant de la vente du 11 avril 2011 de la participation de B_____ dans E_____, détenue, selon le contribuable, à titre fiduciaire pour lui-même et, d'autre part, sur la qualification d'apport en capital par le TAPI du transfert d'actifs effectué en 2008 d'I_____ à E_____ par l'intermédiaire de B_____. La période fiscale concernée étant l'année 2011, tant en matière d'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) que d'impôt fédéral direct (ci-après : IFD), il convient au préalable d'examiner le droit matériel applicable.

b. De jurisprudence constante, les questions de droit matériel sont résolues en fonction du droit en vigueur lors des périodes fiscales litigieuses. Le rappel d'impôt relevant du droit matériel, le droit applicable obéit aux mêmes règles (ATA/191/2020 du 18 février 2020 consid. 4b ; ATA/859/2018 du 21 août 2018 et les références citées).

c. Le présent litige traite de la procédure en rappel et en soustraction d'impôt ouverte en 2015 concernant la période fiscale 2011, les années 2005 à 2010 n'étant plus litigieuses. La cause est ainsi régie par le droit en vigueur durant cette période, à savoir respectivement les dispositions de la LIFD et de la LIPP.

d. Par ailleurs, la question étant traitée de la même manière en droit fédéral et en droit cantonal harmonisé, le présent arrêt traite simultanément des deux impôts, comme l'admet la jurisprudence (ATF 135 II 260 ; ATA/463/2020 du 7 mai 2020 consid. 6b).

3) La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA). Ce principe n'est pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les

preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2 ; ATA/1197/2018 du 6 novembre 2018 consid. 3a).

En matière fiscale, il appartient à l'autorité de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, tandis que le contribuable doit supporter le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation d'impôts. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve. On ne peut pas, en revanche, lui demander de prouver un fait négatif et de démontrer, par exemple, qu'il n'a pas d'autres revenus que ceux annoncés. Il incombe en effet à l'autorité fiscale d'apporter la preuve de l'existence d'éléments imposables non déclarés. Si les preuves recueillies par l'autorité fiscale apportent suffisamment d'informations révélant l'existence de tels éléments imposables, il appartient à nouveau au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations. Ce dernier devra justifier l'origine des montants non déclarés et il pourra même être obligé de fournir des renseignements supplémentaires sur les rapports contractuels mis à jour par l'autorité fiscale et sur les prestations qui en découlent. L'omission ou l'échec de ces preuves contraires peut être considéré comme un indice suffisant de la véracité des allégations de la partie adverse si ces dernières paraissent vraisemblables. Ces règles s'appliquent également à la procédure devant les autorités de recours (ATF 133 II 153 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_89/2014 du 26 novembre 2014 consid. 7.2 ; ATA/119/2019 du 5 février 2019 consid. 8 et les références citées).

a) *Recours des contribuables*

4) Les contribuables font valoir que B_____ aurait agi à titre fiduciaire pour le compte ainsi qu'aux risques et profits de M. A_____, dans le cadre de la vente des actions de E_____ du 11 avril 2011, de sorte que le montant retenu par l'AFC-GE de EUR 2'830'000.- devait être considéré comme un gain en capital exonéré et non comme dividende.

a. L'impôt sur le revenu a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques (art. 16 al. 1 LIFD ; 17 LIPP). Est en particulier imposable le rendement de la fortune mobilière, en particulier les dividendes, les parts de bénéfice, les excédents de liquidation et tous autres avantages appréciables en argent provenant de participations de tout genre (art. 20 al. 1 let. c LIFD et 22 al. 1 let. c LIPP).

Les gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée sont quant à eux exonérés d'impôt (art. 16 al. 3 LIFD ; 7 al. 4 let. b LHID ; 27 let. j LIPP).

b. Un contrat de fiducie est un contrat, par lequel le fiduciant transfère un droit (soit la propriété d'un bien ou d'une créance) au fiduciaire, qui doit l'exercer dans l'intérêt du fiduciant et le lui retransférer à sa demande. Le fiduciant perd la titularité du droit, mais conserve contre le fiduciant un droit personnel sur son utilisation et sa restitution. En droit privé, la fiducie est distinguée de la simulation, en ce sens que le transfert du droit au fiduciant est réellement voulu dans le premier cas, contrairement au second (Pierre TERCIER/ Pascal PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5ème éd., 2012, p. 199s n. 890 ss ; Franz WERRO, in Luc THÉVENOZ/Franz WERRO [éd.], Code des obligations I - Art. 1-529 CO – Commentaire romand, 2ème éd., 2012, ad art. 394 CO n. 34 s ; ATA/22/2016 du 12 janvier 2016 consid. 6a).

c. Déterminer les circonstances propres à établir l'existence d'un contrat relève des faits. En revanche, savoir quelle est la qualification juridique d'un contrat et en déterminer les conséquences, notamment fiscales, pour les parties, sont des questions qui relèvent du droit. Ainsi, savoir qui doit être tenu pour propriétaire d'actions détenues à titre fiduciaire et qui doit être imposé à ce titre est une question qui ne ressortit pas aux faits mais au droit (arrêts du Tribunal fédéral 2C_148/2016 et 2C_149/2016 du 25 août 2017 consid. 7.1).

En droit fiscal, une transaction juridique conclue en son propre nom est, selon le cours ordinaire des choses, aussi réputée déployer des effets pour le compte de la personne qui agit (arrêts du Tribunal fédéral 2C_416/2013 et 2C_417/2013 du 5 novembre 2013 consid. 10.3.2). En principe, les autorités fiscales peuvent imputer les rapports de droit et leurs conséquences juridiques au contribuable dont le nom apparaît, sous réserve d'une contre-preuve. L'existence à titre exceptionnel d'un rapport fiduciaire impose donc au contribuable qui entend s'en prévaloir, en tant que facteur diminuant son imposition, d'en apporter la preuve. L'affirmation selon laquelle une relation juridique conclue en son propre nom l'a été pour le compte d'un tiers ne sera prise en compte que si le contribuable parvient à démontrer sans discussion possible le rapport fiduciaire. Cette preuve vaut tant en matière d'IFD et d'ICC que d'impôt anticipé (arrêt du Tribunal fédéral 2C_382/2017 précité consid. 5.6.1).

Ce n'est qu'en présence d'une convention de fiducie reconnue et à certaines conditions que les autorités fiscales admettent d'imposer les biens ou les droits détenus, ainsi que les rendements qui en découlent, auprès du fiduciant en sa qualité de réel détenteur économique des biens ou droits faisant l'objet du contrat. Cette approche restrictive se justifie, car elle revient à permettre au fiduciaire de ne pas être imposé sur le revenu de titres bien que, sur le plan du droit civil suisse, il soit considéré comme propriétaire des biens ou des droits qui lui ont été transférés à titre fiduciaire. Pour sa part, le fiduciant a une créance personnelle en restitution des biens propriété du fiduciaire. Le fait que le fiduciaire détient les actions pour le compte et aux risques du fiduciant ne change donc rien à la qualité

de propriétaire du fiduciaire au regard du droit civil. Cela ne signifie pas pour autant que les contribuables ne puissent être imposés en Suisse sur les titres (et les dividendes y afférents) détenus par le tiers à titre fiduciaire. En effet, en droit fiscal, en présence d'une convention de fiducie reconnue et à certaines conditions, les autorités fiscales admettent de n'imposer les biens ou les droits détenus, ainsi que les rendements qui en découlent, qu'auprès du fiduciant en sa qualité de réel détenteur économique des biens ou droits faisant l'objet du contrat (arrêts du Tribunal fédéral 2C_785/2013 et 2C_786/2013 du 28 mai 2014 consid. 4.5 et les références citées).

Il découle de la notice, à laquelle tant le Tribunal fédéral que la chambre de céans se réfèrent pour établir si les conditions permettant de tenir compte d'un rapport fiduciaire sur le plan du droit fiscal sont réunies, qu'il faut que le contribuable produise le contrat écrit de fiducie, qui doit indiquer notamment l'identité et l'adresse du fiduciant (ch. 1 de la notice). L'absence de contrat écrit n'est pas forcément pour elle-même déterminante, à condition toutefois que d'autres éléments prouvent de manière évidente que la personne a agi pour le compte d'un tiers. Lorsque des relations internationales sont en jeu, cette preuve doit reposer sur des exigences strictes, car ces relations sont largement soustraites au contrôle des autorités nationales. Il en découle en particulier que, lorsqu'une société de domiciliation sise à l'étranger est utilisée, le fiduciaire qui entend échapper à l'imposition au regard du droit suisse et qui ne produit pas de contrat, ne peut se dispenser d'indiquer qui en est le bénéficiaire économique, ce qui correspond à l'identité du fiduciant (arrêts du Tribunal fédéral 2C_148/2016 et 2C_149/2016 précité consid. 8.1 ; ATA/22/2016 précité consid. 6 ; ATA/632/2012 du 18 septembre 2012 consid. 12 ; ATA/330/2007 du 26 juin 2007 consid. 4 et les arrêts cités).

En outre, les biens soumis au rapport fiduciaire doivent être énumérés avec exactitude, en indiquant les éléments qui les composent (désignation des titres avec les numéros, etc.). Tout nouveau placement fera l'objet d'un nouveau contrat ou tout au moins d'un avenant au contrat initial. Les modifications survenant dans la composition des biens fiduciaires (nouveaux placements, ventes, remboursements, remploi, etc.) doivent pouvoir être justifiés par des documents (ch. 2 de la notice). Le fiduciaire ne doit encourir aucun risque découlant du placement, de la gestion et de la réalisation des biens fiduciaires. Tous les frais y relatifs et autres charges telles que les amortissements ou les pertes doivent être supportés exclusivement par le fiduciant. Ces conditions doivent être stipulées dans le contrat (ch. 3 de la notice). Le fiduciaire réclamera au fiduciant une commission calculée selon les tarifs en usage pour le genre d'opération traitée. Les conditions détaillées de la rémunération du fiduciaire devront figurer dans le contrat (ch. 4 de la notice). En cas de détention fiduciaire de valeurs étrangères et participations non cotées en bourse, devront être présentés l'acte de constitution de la société étrangère ou tout autre document constatant son inscription dans les

registres officiels, le bilan et le compte de pertes et profits (rapport de gestion) de l'exercice clos avant l'achat ou la souscription de la participation, ainsi que les pièces justificatives permettant de déterminer la valeur réelle de la participation détenue fiduciairement (ch. 9 let. b de la notice).

Tant que la preuve de l'existence du contrat fiduciaire n'est pas rapportée, les rapports de droit et les opérations juridiques sont attribués par l'autorité fiscale à celui au nom duquel ils sont conclus. La preuve de l'existence d'une convention de fiducie est soumise à des conditions strictes afin d'éviter des abus, y compris dans des relations entre parents. Il s'agit en particulier d'exclure que le contribuable qui apparaît comme le détenteur direct d'un patrimoine ou le bénéficiaire d'un revenu et qui allègue d'un rapport de fiducie, puisse échapper à l'imposition personnelle de ces éléments, soit par de simples allégations, soit par le recours à des constructions juridiques lui permettant d'abriter son patrimoine ou ses revenus.

Dans ce sens, le contribuable qui entend établir l'existence de rapports fiduciaires, doit en règle générale non seulement produire une documentation contractuelle écrite qui doit être établie au moment où se noue le rapport fiduciaire, mais qui doit permettre d'identifier clairement qui est le bénéficiaire final de la fiducie. Il s'agit en effet pour l'autorité fiscale de déterminer que les valeurs patrimoniales détenues ou perçues sous fiducie font réellement partie du patrimoine ou des revenus d'une tierce personne. Cela implique en particulier, lorsque le rapport de fiducie allégué est passé avec une société de domiciliation, que la documentation contractuelle produite par le contribuable permette d'identifier l'ayant droit économique qui contrôle cette entité et au bénéfice duquel celle-ci intervient lors de l'établissement du rapport fiduciaire (ATA/22/2016 précité consid. 6 et les références citées).

d. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives – ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives – n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. À défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 II 338 consid. 6.1 ; ATA/87/2018 du 30 janvier 2018 et les références citées). Toutefois, du moment qu'elles tendent à une application uniforme et égale du droit, les tribunaux ne s'en écartent que dans la mesure où elles ne restitueraient pas le sens exact de la loi (ATF 133 II 305 consid. 8.1 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_95/2011 du 11 octobre 2011 consid. 2.3 et les références citées).

Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des

précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATA/87/2018 précité et les références citées).

e. En l'espèce, les contribuables se réfèrent au « nominee agreement », ainsi qu'au contrat de vente des actions de E_____ du 11 avril 2011, pour expliquer que B_____, agissant à titre fiduciaire au nom de M. A_____, aurait vendu à C_____ les actions de E_____ pour le compte et aux risque et profits de celui-ci.

À titre liminaire, les recourants invoquent une violation de leur liberté contractuelle et de la clause d'élection de droit en faveur du droit américain contenue dans le « nominee agreement » pour justifier de la légalité dudit accord. Toutefois, la question ici litigieuse n'est pas de savoir si l'accord en question a été établi de manière conforme au droit américain ou non, mais s'il peut être reconnu, au regard des exigences du droit fiscal suisse, comme un contrat de fiducie entre B_____ et M. A_____.

À cet égard, force est de constater que si le « nominee agreement », rédigé en la forme écrite, contient bien les noms et adresses des parties, il n'est toutefois pas daté et ne comporte pas de liste précise de biens confiés à titre fiduciaire à B_____. En effet, il ne peut être établi que cet accord a été conclu avant la première vente des actions de E_____ par B_____ du 17 juillet 2008, qu'aucun document n'atteste, hormis le contrat de vente du 11 avril 2011 et l'avis de crédit de EUR 2'565'000.- sur le compte n° 1_____ de B_____, effectué le 23 juillet 2008 par C_____ sous le motif « prise de participation ». En outre, les déclarations écrites de M. J_____ des 15 septembre 2015 et 8 avril 2019 (« Affidavit ») ont été rédigées postérieurement aux courriers de dénonciation des contribuables des 13 juin et 12 septembre 2013, tandis que sa décision du 6 juin 2018 en tant qu'administrateur de B_____ fait uniquement état des pouvoirs accordés à M. A_____ sur celle-ci, sans apporter de précisions quant à leur rapport de fiducie.

D'ailleurs, aucun titre n'atteste que M. A_____ est effectivement l'actionnaire unique de B_____ et de E_____, de même que l'actionnaire majoritaire, puis unique d'I_____. Les divers avis de crédit produits indiquent clairement que le paiement par C_____ à B_____ des montants de EUR 2'900'000.- le 12 avril 2011 et EUR 825'000.- le 23 février 2012, le sont en exécution de la vente du 11 avril 2011. En revanche, tel n'est pas le cas pour les versements de EUR 1'000'000.- et EUR 1'830'000.- des 6 mai et 20 juin 2011 sur le compte personnel de M. A_____. On ne saurait se fonder uniquement sur les soldes respectifs des compte n^{os} 1_____ et 2_____ au 31 décembre 2011 pour les justifier. Le tableau des paiements effectués entre 2008 et 2012 aux

actionnaires d'I_____ ne permet pas davantage de comprendre l'écart entre le montant total versé de EUR 2'254'000.- et celui reçu de D_____ de EUR 6'290'00.-, alors que lesdits virements d'indemnisation auraient été effectués depuis les comptes bancaires de K_____, de M. A_____ et de B_____. Le fait que M. A_____ soit indiqué en tant que bénéficiaire économique du compte n° 1_____ de B_____ permet de retenir qu'il peut disposer de ces avoirs, ce qui ne démontre encore pas que B_____ détenait les actions de E_____ en son nom et pour son compte.

Certes, les contribuables expliquent qu'une rémunération a été versée à B_____ à hauteur de EUR 14'007.- entre les 29 août et 12 novembre 2012, pour couvrir ses frais pour la période du 17 juillet 2008 au 11 avril 2011. Aucun document susceptible d'en apprécier le détail et le montant pour une période de près de quatre ans n'a toutefois été remis, tandis que l'accord prévoyait en son art. 3 une rémunération annuelle de USD 1'000.-, en plus des frais réellement encourus. De plus, la prétendue rémunération de EUR 14'007.- n'a été versée qu'en 2012, alors que B_____ aurait détenu et vendu les titres de E_____ au nom de M. A_____ en 2008 déjà.

En ces circonstances, il ne saurait être considéré que le TAPI a procédé à une application excessivement stricte de la notice, alors que celle-ci correspond à la jurisprudence susrappelée du Tribunal fédéral et de la chambre de céans. Il s'ensuit que, tel que le retiennent l'AFC-GE et le TAPI, les éléments versés au dossier ne permettent pas de retenir que les contribuables ont démontré de manière suffisamment convaincante que B_____ est intervenue dans le cadre de la vente des actions de E_____ à C_____ en 2011, à titre fiduciaire, au nom et pour le compte de M. A_____. Le montant de EUR 2'830'000.- doit donc être qualifié de dividende, et non de gain en capital privé.

5) Dans leur second grief, les recourants se plaignent d'une violation du principe de la bonne foi.

a. La procédure de réclamation a effet suspensif. Dès lors qu'une décision fiscale est susceptible d'être attaquée par un moyen de droit ordinaire, elle n'entre pas en force (Xavier OBERSON, Droit fiscal, 3^{e} éd., 2012, n° 38 p. 538 et 559).

L'administration jouit des mêmes compétences dans la procédure de réclamation que dans celle de taxation (art. 42 al. 1 LPFisc). Elle peut déterminer à nouveau tous les éléments de l'impôt et, après avoir entendu le contribuable, également modifier la taxation au désavantage de celui-ci (art. 43 al. 1 LPFisc et 135 al. 1 LIFD). Il en est de même des juridictions de recours (art. 50 al. 2 et 54 LPFisc).

b. Valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse

du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; 129 I 161 consid. 4 ; 129 II 361 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2015 du 22 mai 2015 consid. 3). L'interdiction des comportements contradictoires ne concerne que la même autorité, agissant à l'égard des mêmes justiciables, dans la même affaire ou à l'occasion de faits identiques (ATF 111 V 81). Il n'est pas interdit, même dans cette situation, à l'autorité de changer sa pratique pour des motifs pertinents. Elle y est même tenue si le droit a changé : mais elle ne peut le faire rétroactivement, ni même sans informer les personnes intéressées de son intention, lorsque l'effet en est la perte d'un droit ou l'irrecevabilité d'un moyen de droit (ATF 133 V 96 consid. 2.1.3.2 ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, Vol. 1, Les fondements, 3e éd., 2012, p. 930).

Le principe de la bonne foi régit aussi les rapports entre les autorités fiscales et les contribuables ; le droit fiscal est toutefois dominé par le principe de la légalité, de telle sorte que le principe de la bonne foi ne saurait avoir qu'une influence limitée en cette matière (ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; 118 Ib 312 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1120/2015 du 26 avril 2017 consid. 6.3.2 ; ATA/1282/2018 du 27 novembre 2018 consid. 5.a).

c. Conformément à ce qui précède, dans le cadre d'une procédure de taxation, l'AFC-GE dispose d'un plein pouvoir d'appréciation. Ainsi, selon les règles procédurales applicables in casu, elle avait la compétence de revoir la totalité de la taxation des contribuables sur la base de leur réclamation du 10 mars 2016 contre les bordereaux de taxation du 12 février 2016. Il n'était pas nécessaire que l'AFC-GE dispose de nouveaux éléments pour y procéder. À cela s'ajoute qu'elle a valablement permis aux contribuables d'exercer leur droit d'être entendus en leur impartissant un délai au 18 décembre 2017, prolongé au 18 mai 2018, pour se prononcer sur la *reformatio in pejus* envisagée. Les recourants ont fait usage de ce droit le 18 juin 2018.

Quant au fait que l'AFC-GE aurait taxé de manière différente les transactions effectuées en 2008 et en 2011, il sied de rappeler que seule la taxation pour l'année fiscale 2011 est l'objet du présent litige. Il importe ainsi d'examiner la conformité de celle-ci au droit, dans la mesure où le principe de la légalité prime en droit fiscal. En outre, compte tenu de l'étanchéité des exercices fiscaux, les éléments pris en considération pour les années 2008 et 2012 n'ont aucune influence sur ce qui précède.

Ce grief doit ainsi être rejeté.

b) *Recours de l'AFC-GE*

6) Pour sa part, l'AFC-GE invoque une violation des art. 20 al. 3 LIFD, 22 al. 3 LIPP et de la circulaire n° 29. En l'absence de relation fiduciaire entre M. A_____ et B_____, l'apport effectué en 2008 par cette dernière l'a été par un proche du détenteur des droits de participation (et non par le détenteur lui-même), de sorte qu'il ne peut être qualifié d'apport en capital. Compte tenu de l'obligation de comptabiliser les apports des actionnaires dans un compte spécial du bilan commercial pour bénéficier de la non-imposition au moment du remboursement d'un apport en capital, la constitution de telles réserves dans une société étrangère ne tenant pas de comptabilité ne pouvait être admise.

À l'inverse, les recourants estiment que la circulaire n° 29 dérogerait à l'art. 20 al. 3 LIFD, celui-ci n'exigeant pas de rapport direct des actionnaires. La théorie dite du triangle devrait s'appliquer dans ce cas, de sorte que les versements émanant de proches du titulaire de parts seraient toujours qualifiés d'apports.

a. Le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires (réserves issues d'apports de capital) effectués par les détenteurs des droits de participation après le 31 décembre 1996 est traité de la même manière que le remboursement du capital-actions ou du capital social (art. 20 al. 3 LIFD et 22 al. 3 LIPP).

Les apports des membres de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives, y compris l'agio et les prestations à fonds perdu, ne constituent pas un bénéfice imposable (art. 60 let. a LIFD et 14 let. a de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 - LIPM - D 3 15).

b. Le 9 septembre 2015 est entrée en vigueur la circulaire n° 29a de l'AFC-CH sur le principe de l'apport en capital (nouveau droit comptable). Celle-ci ne s'appliquant pas rétroactivement, la circulaire n° 29 est applicable in casu.

Elle précise que sont considérés comme des apports de capital au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1bis LIA, les apports, les agios et les versements supplémentaires qui ont été effectués directement par les détenteurs de droits de participation et qui sont comptabilisés ouvertement en tant que tels (apports apparents de capital) dans le bilan commercial de la société de capitaux ou de la société coopérative bénéficiaire (ch. 2.1 de la circulaire n° 29).

En cas de distribution d'un avantage entre des sociétés-sœurs, les personnes qui détiennent des participations reçoivent, d'un point de vue économique, un avantage appréciable en argent de la part de la société qui le fournit, avantage qu'elles apportent à la société bénéficiaire. Dans le cadre du principe de l'apport de capital, l'attribution d'avantages entre sociétés-sœurs ne constitue cependant pas des apports aux réserves issues d'apports de capital car les apports ne sont pas

fournis directement par le détenteur des droits de participation et les plus-values transférées à la société de capitaux ou à la société coopérative reprenante peuvent uniquement être comptabilisées de manière ouverte qu'au moyen d'une réévaluation (ch. 2.2.1 de la circulaire n° 29).

Les apports, les agios et les versements supplémentaires effectués après le 31 décembre 1996 ne sont traités comme un remboursement du capital-actions ou du capital social selon l'art. 5 al. 1 LIA que s'ils ont été comptabilisés dans un compte spécial du bilan commercial et si la société de capitaux ou la société coopérative communique toute modification de ce compte à l'AFC-CH. Les apports ouverts en capital versés par des détenteurs de droits de participation après le 31 décembre 1996 et avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, des art. 20 al. 3 LIFD et 5 al. 1 LIA peuvent être portés en compte au plus tard dans le bilan commercial final de l'exercice qui se terminer en 2011. Les pertes qui auraient été mises à la charge des réserves issues d'apports de capital diminuent ces réserves définitivement (ch. 7.1 de la circulaire n° 29).

c. La majorité de la doctrine considère que cette position de l'AFC-CH n'est pas cohérente, en ce sens que la théorie dite « du triangle » devrait s'appliquer à l'art. 20 al. 3 LIFD, au même titre que pour l'art. 60 let. a LIFD. Cette approche est confirmée par la suppression de l'exigence que les apports soient effectués directement par les détenteurs de droits de participations, qui aurait pu constituer le fondement d'une telle exception, lors des débats parlementaires. L'identité des textes des art. 20 al. 3 et 60 let. a LIFD milite également en faveur d'un souci d'interpréter ces deux textes de manière concordante. Finalement, la position de l'AFC-CH se heurte au droit constitutionnel en ce qu'elle revêt un caractère arbitraire, visant à appliquer, selon sa convenance, tantôt la réalité économique tantôt l'apparence juridique de l'opération concernée (Robert DANON/ Thierry OBRIST, in Yves NOËL/Florence AUBRY GIRARDIN [éd.], Impôt fédéral direct, Commentaire romand, 2e éd., 2017, n. 317 ss ad. art. 20 LIFD).

Toutefois, dans son message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II ; RIE II, FF 2005 4469), le Conseil fédéral indique expressément qu'en règle générale, les relations en triangle ne peuvent pas non plus donner lieu à un apport de capital, par exemple lorsque le même actionnaire (société mère ou personne) procède à un transfert de bénéfices entre deux sociétés-sœurs, avec redressement dans la société qui accorde l'avantage et adaptation, non imposée, des réserves (le cas échéant dans le bilan fiscal seulement) de la société bénéficiaire. Il est ainsi important que seuls les apports, les agios et les suppléments (au sens des art. 60 let. a, LIFD et 24 al. 2 LHID) qui ont été versés directement par les détenteurs des droits de participation soient assimilés au remboursement de capital-actions ou de capital

social. Seules de telles prestations peuvent revenir sans impôt anticipé aux actionnaires suisses et étrangers (FF 2005 4538).

d. L'exigence de comptabilisation des réserves issues d'apport au bilan commercial fait également l'objet d'un débat doctrinal. Alors que la large majorité des auteurs considèrent que l'exigence formulée à l'art. 125 al. 3 LIFD n'a pas de portée matérielle et ne conditionne en conséquence pas l'application du principe de l'apport en capital, certains commentaires, mais surtout l'AFC-CH retiennent que l'art. 20 al. 3 LIFD ne peut s'appliquer qu'en présence de réserves formellement comptabilisées sur un compte spécial du bilan commercial. Si le Conseil fédéral proposait d'introduire cette précision à l'art. 20 al. 3 LIFD, celle-ci a été supprimée à la suite de son passage devant le Parlement. L'art. 20 al. 3 LIFD n'exige ainsi plus que les apports des titulaires de parts soient comptabilisés au bilan commercial. La comptabilisation au bilan commercial figure désormais à l'art. 125 al. 3 LIFD (Robert DANON/Thierry OBRIST, op. cit., n. 280 ss ad art. 20 LIFD).

e. En l'occurrence, le TAPI a retenu que le transfert à E_____ des actifs de sa filiale I_____ représentait un apport en capital au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 22 al. 3 LIPP, de sorte que l'AFC-GE devait en déterminer le montant selon la valeur à laquelle les titres d'I_____ avaient été amenés à E_____ en 2008.

Cependant, il ressort des considérants qui précèdent qu'un rapport de fiducie ne peut être retenu entre B_____ et M. A_____ et qu'aucun élément ne démontre que le second était en réalité le véritable détenteur des participations d'I_____ et de E_____. Or, la circulaire n° 29 préconise, en conformité avec la position du Conseil fédéral, que la théorie dite « du triangle » ne saurait être appliquée dans le cas de l'art. 20 al. 3 LIFD, contrairement à celui de l'art. 60 let. b LIFD. Cette approche a pour conséquence que seuls les apports versés par le détenteur direct des participations peuvent être assimilés au remboursement de capital-actions ou de capital social. En l'absence de contrat de fiducie entre B_____ et M. A_____, le seul détenteur direct des participations de E_____ est B_____. Ainsi, un quelconque apport de capital ne peut être retenu en faveur de M. A_____.

Cette seule condition suffisant à exclure in casu l'existence d'un apport en capital au sens des art. 20 al. 3 LIFD et 22 al. 3 LIPP, il n'y a pas lieu d'examiner si celle de la comptabilisation des réserves issues de l'apport au bilan commercial devait également être remplie.

Ce grief doit être admis.

Au vu de ce qui précède, le recours interjeté par les contribuables sera rejeté, tandis que celui de l'AFC-GE sera admis.

7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge des contribuables, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et 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 6 mars 2020 par Madame et Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 février 2020 ;

déclare recevable le recours interjeté le 9 mars 2020 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 février 2020 ;

au fond :

rejette le recours interjeté le 6 mars 2020 par Madame et Monsieur A_____ ;

admet le recours interjeté le 9 mars 2020 par l'administration fiscale cantonale ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 février 2020, en tant qu'il renvoie la cause à l'administration fiscale cantonale pour instruction sur la question du remboursement d'un apport en capital ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge solidaire de Madame et Monsieur A_____ ;

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 de recours 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 ;

communique le présent arrêt à Me Ludovic Rais, avocat des recourants, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Lauber juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
S. Hüsler Enz	F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :