

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1474/2011-ICCIFD

ATA/466/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 juillet 2013

2^{ème} section

dans la cause

Madame et Monsieur X_____
représentés par Me Laurent Kyd, avocat

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
21 mai 2012 (JTAPI/681/2012)**

EN FAIT

- 1) Madame et Monsieur X_____ (ci-après : les contribuables) sont contribuables à Genève.
- 2) M. X_____ est le titulaire de l'entreprise individuelle Z_____, X_____ (ci-après : Z_____ ou l'entreprise), inscrite au registre du commerce le 7 avril 2006.

Cette entreprise a pour but la fourniture de conseils et de services en matière de ressources humaines, le placement privé, la recherche de personnel ainsi que sa sélection, sa gestion, sa formation, son orientation, son recrutement, sa mise à disposition, son placement et son accompagnement, ainsi que toutes les prestations s'y rapportant.

- 3) Dans leur déclaration fiscale 2008, les contribuables ont déclaré une fortune privée d'un montant de CHF 143'113.- et une fortune commerciale d'un montant de CHF 420'196,09. Ce dernier montant correspondait à la valeur de l'actif qui ressortait du bilan de l'entreprise au 31 décembre 2008. Celui-ci intégrait un portefeuille de titres mobiliers déposés auprès de la banque SG Private Banking (Suisse) SA, d'une valeur comptable de CHF 264'419,80, dont avaient été déduits CHF 167'014,80 correspondant à la différence entre la valeur comptable et la valeur boursière communiquée par la banque dépositaire, selon le détail suivant :

Titres au bilan	Valeur comptable	Valeur boursière	Provision s/ pertes
Actions – UBS	CHF 21'294,10	CHF 14'840.-	CHF 6'454,10
Fonds d'actions Euros - Thésée GBL EQ	CHF 28'138,99	CHF 21'618,30	CHF 6'520,69
Investissements alternatifs, à savoir :	CHF 214'986,70	CHF 60'946,53	CHF 154'040,17
- <i>Cepheus</i>	CHF 16'223,75	CHF 14'035,69	CHF 2'188,06
- <i>Hermes Neutral</i>	CHF 40'309,40	CHF 33'671,46	CHF 6'637,94
- <i>Hermes World</i>	CHF 138'223,85	CHF 0.-	CHF 138'223,85
- <i>Leeds</i>	CHF 20'229,70	CHF 13'239,38	CHF 6'990,32

Dans le compte de pertes et profits de l'entreprise, les trois provisions sur pertes susmentionnées avaient été comptabilisées, de même qu'une perte réalisée sur des investissements alternatifs chez SG Private pour un montant de CHF 3'260,15 et une perte sur cours de change de CHF 12'747,18, réalisée lors de l'achat de parts d'un fonds en euros.

4) Par courriers des 21 avril et 4 juin 2010, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a demandé aux contribuables des compléments d'informations, notamment des explications concernant le rapport de connexité entre les investissements liés aux titres figurant au bilan de Z_____ et l'activité lucrative indépendante de l'époux.

5) Les contribuables ont répondu à cette demande les 5 mai et 21 juin 2010.

Vu l'insécurité financière de la banque UBS et sur conseils de tiers, M. X_____ avait transféré une grande partie des liquidités de son entreprise, détenues sur un compte courant UBS, auprès de la Société générale pour éviter leurs pertes et les faire fructifier de manière « très conservateur ». Sur conseil d'un gérant de la société financière Y_____ SA, le contribuable avait investi dans le fonds « Hermes World », réputé sûr. Or, ce dernier s'était avéré, au moment de l'éclatement de l'affaire « Madoff », un produit dit « 100 % Madoff ». En raison de cette escroquerie, l'intéressé avait perdu beaucoup d'argent.

6) Le 27 septembre 2010, l'AFC-GE a notifié, aux époux X_____, un bordereau de taxation pour les impôts cantonaux et communaux (ci-après : ICC) 2008 et un bordereau de taxation pour l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) 2008 ainsi que les avis de taxation y relatifs.

L'AFC-GE n'admettait pas les cinq déductions suivantes dans le compte de pertes et profits de Z_____ : 1) une provision pour pertes relative à des actions « SG Private » pour un montant de CHF 6'454,10 ; 2) une provision pour pertes relative à un fonds « actions SG Private » pour un montant de CHF 6'520,69 ; 3) une provision pour pertes relative à des investissements « Alternatifs SG Private » pour un montant de CHF 154'040,17 ; 4) une perte réalisée sur des investissements « Alternatifs SG Private » pour un montant de CHF 3'260,15 ; 5) une perte réalisée sur le cours de change pour un montant de CHF 12'747,18. L'autorité fiscale estimait que les fonds, ayant permis l'achat des titres, figuraient précédemment dans le patrimoine privé des contribuables. De ce fait, il n'existait pas de rapport de connexité entre les investissements mobiliers et l'activité indépendante du contribuable. Par ailleurs, l'AFC-GE a déplacé les titres « SG Private Banking » de la rubrique « actifs circulants » du bilan de l'entreprise, dans l'état des titres des époux X_____, en prenant en compte leur valeur boursière.

7) Le 21 octobre 2010, les contribuables ont élevé réclamation contre ces taxations.

8) Par deux décisions sur réclamation du 18 avril 2011, l'une concernant l'ICC et l'autre l'IFD, l'AFC-GE a refusé d'admettre les pertes ainsi que les provisions pour pertes sur les investissements mobiliers, à titre de déductions de la fortune commerciale, au motif que les titres concernés reflétaient une gestion de fortune privée. Elle a, sur un autre point non contesté dans le présent recours, rectifié la

taxation des contributions et émis deux bordereaux rectificatifs ICC et IFD 2008 datés du même jour.

- 9) Le 18 mai 2011, les contribuables ont recouru contre les décisions sur réclamation précitées auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) en concluant à leur annulation, à l'annulation des bordereaux ICC et IFD 2008 et à l'établissement de bordereaux rectificatifs ICC et IFD 2008.
- 10) Le 27 septembre 2011, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.
- 11) Par jugement du 21 mai 2012, le TAPI a rejeté le recours.

Les titres consistant en la détention de participations dans des sociétés anonymes, dans lesquels avaient été investies les liquidités de l'entreprise, n'étaient pas propres à un usage commercial. D'une part, l'entreprise du recourant était active en matière de ressources humaines et n'avait pas pour vocation de réaliser des bénéfices en commercialisant ses actifs. L'achat de fonds de placement en vue de réaliser un gain en capital n'était pas en lien avec l'activité déployée par l'entreprise. D'autre part, le placement des liquidités de l'entreprise dans des fonds comportant des grands risques de pertes, à court terme et n'étant pas facilement réalisables, n'assurait pas la pérennité de l'entreprise. Par les investissements sur titres litigieux, le recourant se comportait comme s'il gérait sa fortune privée. L'actif de l'entreprise, initialement constitué de liquidités puis transformé en actions détenues auprès de sociétés anonymes, ne servait plus à l'entreprise, vu qu'il n'existait aucune relation économique étroite entre les sociétés anonymes et l'entreprise du contribuable. Dès lors, les pertes et les provisions pour pertes sur les titres acquis par l'entreprise ne pouvaient pas être déduites du résultat de l'entreprise du contribuable.

- 12) Le 5 juillet 2012, les contribuables ont recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation ainsi qu'à l'annulation des bordereaux ICC et IFD 2008 et à l'établissement de bordereaux rectificatifs ICC et IFD 2008.

En 2008, dans le contexte de la crise des « subprimes » et en raison des difficultés financières de la banque UBS, Z_____ avait ouvert, sur conseil de la société de gestion Y_____ SA, un compte auprès de la banque Société Générale Private Banking (ci-après : le compte SG) afin d'y transférer les liquidités détenues sur un compte précédemment ouvert auprès de la banque UBS (ci-après : le compte UBS). Ce compte-ci avait été, depuis son ouverture, comptabilisé comme un actif commercial de Z_____.

Les liquidités du compte SG avaient été, d'une part, placées dans les fonds de placement Hermes, qui s'étaient avérés être des produits financiers de

Bernard Madoff. Avant l'éclatement de cette affaire, il s'agissait de placements réputés sûrs. D'autre part, elles avaient été utilisées pour des dépôts fiduciaires à court terme et sans risque. Ces investissements devaient servir de garantie au fonds de roulement de Z_____ et assurer sa pérennité en cas de manque de liquidités sur le compte UBS. Ils avaient été, dès le début, inscrits dans les comptes de l'entreprise. Les provisions sur pertes et les pertes réalisées sur ces investissements devaient être admises en déduction du revenu imposable au motif que le compte SG faisait partie de la fortune commerciale de Z_____. Le caractère commercial de ce compte découlait de la provenance et de la destination de ses liquidités ainsi que des motifs ayant conduit à son ouverture.

En effectuant ces investissements, les contribuables voulaient conserver l'actif de l'entreprise et non réaliser des bénéfices. En effet, à l'époque, avant l'éclatement de l'affaire dite « Madoff », les fonds de ce gestionnaire n'étaient pas considérés comme des fonds spéculatifs comportant des grands risques de pertes. Au contraire, ils étaient réputés offrir un rendement régulier, les meilleures garanties et une grande flexibilité dans la mesure où ils pouvaient être réalisés facilement et à court terme. L'achat de parts dans de tels fonds constituait, à l'époque, une gestion saine des actifs commerciaux de l'entreprise. Il n'y avait donc pas, sous l'angle économique, de raison de faire de différence entre des fonds de placement et un simple dépôt auprès d'une banque. Qu'il soit constitué de liquidités ou de fonds de placement, le compte SG demeurait, dans les deux hypothèses, un actif commercial de Z_____. De plus, les bénéfices issus du compte SG avaient été qualifiés de bénéfices commerciaux.

L'argumentation du TAPI se fondait, à tort, sur l'absence d'une relation économique étroite entre Z_____ et les sociétés anonymes dont des actions étaient détenues par cette entreprise. En effet, le cas d'espèce ne concernait pas la prise de participation dans une société anonyme, mais la souscription à des fonds de placement liquides, qui pouvaient être réalisés rapidement. Le critère de proximité entre Z_____ et les sociétés anonymes dans lesquels l'entreprise avait investi n'était donc pas pertinent pour le présent litige.

- 13) Le 24 juillet 2012, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.
- 14) Le 28 août 2012, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

En transférant l'argent figurant sur son compte UBS dans un fond de placement et compte tenu notamment de la nature du fonds de placement choisi, le contribuable avait accepté le risque de pertes. Ce type d'investissement ne lui permettait ni de conserver son actif, ni d'assurer la pérennité de son entreprise. Il s'agissait d'un acte de gestion de fortune privée. La notion de « perte commerciale » était interprétée de manière restrictive et impliquait

notamment que la perte soit la conséquence directe d'une exploitation commerciale.

- 15) Le 4 septembre 2012, l'AFC-GE a maintenu sa position.
- 16) Le 10 septembre 2012, les recourants ont persisté dans leurs conclusions. Ils ont produit un graphique de la performance du fond « Hermes World Fund USD » au 1^{er} juillet 2008, le prospectus du fond « Hermes International Fund Limited » du 19 mars 2008 (ci-après : le prospectus Hermes) ainsi que le rapport semestriel du fond « Hermes International Fund Limited » au 30 juin 2008.

Le fond de placement Hermes était coté à la bourse de Dublin et était donc réalisable en tout temps. Il était destiné aux investisseurs ne souhaitant pas prendre de risque et présentait une faible exposition aux fluctuations du marché, comme l'indiquait le prospectus Hermes. Entre le 31 décembre 2007 et le 30 juin 2008, plus de 265'000 parts du fond avaient été souscrites pour un total de USD 127'000'000.-. A l'époque, les placements « Hermes World Fund » apparaissaient très sûrs. Au 30 juin 2008, la totalité du fond était investi en bons du trésor américain, soit un placement sûr qui offrait un rendement net de 2,95% pour le premier semestre 2008. L'achat de parts dans ce fond de placement relevait donc d'une saine gestion des actifs commerciaux de Z_____. Les liquidités pouvaient être rapidement mobilisées en cas de besoin en vue d'assurer la pérennité de l'entreprise.

- 17) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

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) S'agissant du droit applicable, 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 ; ATA/877/2004 du 9 novembre 2004). En l'espèce, l'IFD 2008 est soumis à la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995. L'ICC 2008 est régi par l'ancienne loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques du 22 septembre 2000 (aLIPP), divisée en cinq parties (LIPP-I, LIPP-II, LIPP-III, LIPP-IV et LIPP-V), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 en application de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14). Trouve en particulier application la loi sur l'imposition des personnes physiques –

Détermination du revenu net – Calcul de l'impôt et rabais d'impôt – Compensation des effets de la progression à froid, du 22 septembre 2000 (aLIPP-V). En vigueur depuis le 1^{er} janvier 1993, la LHID est devenue obligatoire pour les cantons au 1^{er} janvier 2001 (art. 72 al. 1 LHID).

- 3) Il s'agit de déterminer si les provisions sur pertes et les pertes susmentionnées peuvent être déduites du revenu imposable du contribuable. Il n'est pas contesté que ce dernier exerce une activité lucrative indépendante au sein de Z_____ dans le domaine des ressources humaines. Le TAPI et l'AFC-GE refusent ces déductions au motif qu'elles portent sur des actes de gestion de la fortune privée du recourant. Ce dernier considère que les titres, auxquels se rapportent les déductions litigieuses, appartiennent à la fortune commerciale de son entreprise de sorte que ces dernières doivent être admises.

a. Les contribuables exerçant une activité lucrative indépendante peuvent déduire les frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel (art. 27 al. 1 LIFD, art. 10 al. 1 LHID, art. 3 al. 3 aLIPP-V). Font notamment partie de ces frais, les provisions pour les risques de pertes sur des actifs (art. 27 al. 2 let. a et art. 29 al. 1 let. b LIFD, art. 10 al. 1 let. b LHID, art. 3 al. 3 let. e ch. 2 aLIPP-V) ainsi que les pertes effectives sur des éléments de la fortune commerciale, qui ont été comptabilisées (art. 27 al. 2 let. b LIFD, art. 10 al. 1 let. c LHID, cf. art. 3 al. 3 let. f aLIPP-V et arrêt du Tribunal fédéral 2C_551/2012 du 16 mai 2013 consid. 5.2).

Les déductions précitées ont trait, selon la systématique légale, à l'exercice d'une activité lucrative indépendante (cf. titres des art. 27 ss LIFD, de l'art. 10 LHID et de l'art. 3 al. 3 aLIPP-V). Elles ne peuvent donc que concerner les éléments de la fortune commerciale (art. 18 al. 2 LIFD, art. 8 LHID, art. 3 aLIPP-IV, cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.475/2006 du 26 mars 2007 consid. 5.1). La fortune commerciale comprend tous les éléments de fortune qui servent, entièrement ou de manière prépondérante, à l'exercice de l'activité lucrative indépendante (art. 18 al. 2 LIFD, art. 8 al. 2 LHID, art. 3 al. 3 aLIPP-IV).

b. D'après la jurisprudence et la doctrine, la distinction entre fortune commerciale et fortune privée repose en premier lieu sur la fonction technique et économique du bien en cause. Il appartient à la fortune commerciale s'il sert effectivement à l'exploitation de l'entreprise (ATF 133 II 420, 422 consid. 3.2 ; ATF 120 Ia 349, 355 consid. 4.c/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_47/2009 du 26 mai 2009 consid. 4.4 ; ATA/579/2010 du 31 août 2010 consid. 5 ; ATA/620/2008 du 9 décembre 2008 consid. 5 ; X. OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 4^{ème} éd., 2012, p. 109 n. 47 ; M. REICH, *Steuerrecht*, 2^{ème} éd., 2012, p. 376 n. 35 ; Y. NOËL *in* D. YERSIN / Y. NOËL (éd.), *Commentaire Romand, Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct*, 2008, ad art. 18 n. 65 et 70 ; M. REICH *in* M. ZWEIFEL / P. ATHANAS (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, Vol. I/2a, *Bundesgesetz über die*

direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1 – 82, 2000, *ad art. 18 n. 48*). Font partie des actifs commerciaux, tant les biens qui servent directement à l'exploitation de l'entreprise que ceux qui lui servent indirectement, notamment à titre de garantie (X. OBERSON, *op. cit.*, p. 110 n. 48). En pratique, la fonction d'un bien se détermine de cas en cas, à la lumière de l'ensemble des circonstances (ATF 133 II 420, 422 consid. 3.2 ; ATF 120 Ia 349, 355 consid. 4.c/aa ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_47/2009 précité consid. 3.2 ; X. OBERSON, *op. cit.*, p. 110 n. 48 ; M. REICH, *op. cit.*, p. 376 n. 35 ; M. REICH *in* Kommentar DBG, *op. cit.*, *ad art. 18 n. 48*).

Lorsque la fonction technique et économique du bien ne peut pas être clairement identifiée, son caractère commercial ou privé se détermine sur la base d'une série d'indices. La volonté du contribuable, concrétisée avant tout dans le traitement comptable du bien, ainsi que sa présentation des faits revêtent alors une importance particulière (M. REICH, *op. cit.*, p. 377 n. 36 ; M. REICH *in* Kommentar DBG, *op. cit.*, *ad art. 18 n. 49*). D'autres indices peuvent aussi servir à déterminer la nature du bien, tels que le motif de l'acquisition du bien, l'apparence extérieure, l'origine du financement ayant permis l'acquisition du bien ou la mise en gage du bien aux fins de garantir des dettes commerciales (X. OBERSON, *op. cit.*, p. 110 n. 50 ; Y. NOËL, *op. cit.*, *ad art. 18 n. 71*).

c. En matière de détermination de la dette fiscale, les règles générales relatives au fardeau de la preuve impliquent que l'autorité fiscale établisse les faits qui justifient l'assujettissement et qui augmentent la taxation, tandis que le contribuable doit prouver les faits qui diminuent la dette ou la suppriment. Il incombe ainsi à l'autorité fiscale d'apporter la preuve de l'existence d'éléments imposables qui n'ont pas été annoncés. Si les preuves recueillies par l'autorité fiscale fournissent suffisamment d'indices révélant l'existence d'éléments imposables, il appartient à nouveau au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations et de supporter le fardeau de la preuve du fait qui justifie son exonération. Il en va de même lorsque la présentation des faits par l'autorité est vraisemblable selon l'expérience de la vie. Dans ces situations, le fardeau de la preuve des allégations contraires à celles de l'administration repose alors sur le contribuable (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_818/2012 du 21 mars 2013 consid. 6.2 et la jurisprudence citée).

En l'espèce, le contribuable explique avoir investi les liquidités du compte SG dans des actions UBS, dans un fonds d'actions en euros ainsi que dans des fonds de placements alternatifs, afin de pallier un éventuel manque de liquidités du compte UBS de l'entreprise et d'assurer ainsi la pérennité de celle-ci. Ces placements financiers ne contribuent pas directement à l'exercice de l'activité de conseils en matière de ressources humaines du contribuable. Quant à la fonction de préservation du patrimoine de l'entreprise invoquée par les recourants, elle ne peut être assurée par les différents investissements en cause. En effet, la

réalisation d'un éventuel rendement à travers ceux-ci est liée à des facteurs extérieurs aléatoires et indépendants de la volonté du détenteur des biens. La valeur des actions dépend de l'évolution des marchés boursiers, tandis que les rendements de fonds de placements dépendent d'une prise de risque, qui peut être plus ou moins élevée selon le type d'aversion au risque du client. Ce type d'investissement peut générer, en fonction de l'état du marché financier, tant des revenus que des pertes. En raison de leur nature même, ces produits financiers ne garantissent pas la valeur des montants investis, sous réserve de clauses particulières dont l'existence n'est pas démontrée en l'espèce. Contrairement à des simples dépôts d'argent auprès d'une banque, les titres mobiliers litigieux ne permettent pas de préserver la valeur du patrimoine de l'entreprise, et en particulier d'assurer à celle-ci en tout temps des liquidités pour faire face à ses obligations courantes. Le fait que la dépréciation de la valeur des titres mobiliers des recourants résulte principalement d'agissements illicites de tiers ne change rien à leur nature. Par conséquent, les titres mobiliers en cause ne servent pas, que ce soit de manière directe ou indirecte, à l'exercice de l'activité de conseils en matière de ressources humaines du contribuable. Ils ne peuvent donc pas être attribués à la fortune commerciale des recourants. Les déductions relatives à ces titres ne peuvent ainsi pas être admises comme charges en diminution du bénéfice. Ce raisonnement s'applique tant à l'IFD qu'à l'ICC, vu le contenu similaire des dispositions légales pertinentes. Le jugement du TAPI, les décisions sur réclamation et les bordereaux de l'AFC-GE doivent donc être confirmés.

- 4) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge des recourants qui succombent. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 juillet 2012 par Madame et Monsieur X_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 21 mai 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de Madame et Monsieur X_____ 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 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 Laurent Kyd, avocat des recourants, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :