RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2316/2020-ICCIFD **ATA/1121/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 octobre 2023

4ème section

dans la cause

A_____ **recourant**
représenté par ECHO SA, mandataire

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS **intimées**

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 31 octobre 2022 (JTAPI/1142/2022)

EN FAIT

A. **a.** Le litige concerne les taxations 2011 à 2015 de A_____

b. Durant les années en cause, le contribuable détenait l'intégralité des 1'750 actions formant le capital de A_____ (non cotée en bourse), soit pour partie directement (777 actions) et pour partie indirectement (973 actions), au travers de la détention de la société luxembourgeoise C_____, dont il était unique actionnaire.

c. Le but de A_____, inscrite au registre du commerce du canton de Genève, consiste en « commerce et fabrication de produits cosmétiques et de nature analogue ».

d. À la fin de l'année 2011, le contribuable a donné à sa fille, D_____, 770 actions A_____ qu'il détenait directement.

e. C_____ a vendu ses 973 actions A_____ en deux tranches, avec effet au 28 décembre 2011 et au 18 décembre 2012, à chaque fois pour le prix de CHF 1'464.- par action.

Lors de la première vente, elle a cédé 650 titres à deux sociétés genevoises détenues intégralement par le contribuable, à savoir E_____ (310 actions) et F_____ (ci-après : F_____), (340 actions).

Lors de la seconde transaction, elle a vendu le reliquat de sa participation, à savoir 80 titres à F_____, 70 actions à E_____, 73 actions au contribuable et 100 actions à D_____.

f. Le 11 décembre 2013, A_____ a adressé à l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) une dénonciation spontanée en relation avec ses actions de C_____, qu'il n'a pas nommée dans ce courrier.

g. Le 20 décembre 2013, l'AFC-GE a ouvert à l'encontre de l'administré une procédure en rappel et en soustraction d'impôt pour les années 2003 à 2011.

Elle l'a invité à produire les états financiers de cette société, mentionnant en clair le capital et la valeur de la participation qu'il y détenait.

h. Par pli du 14 mars 2014, le contribuable a notamment expliqué que le prix de cession des actions A_____, en CHF 1'464.- se fondait sur la moyenne des valeurs fiscales nettes du titre des années 2006 à 2008, sous déduction de 20 % pour risque de marché. Or, un calcul fondé sur le cours fiscal brut, à savoir CHF

2'597.- , serait plus approprié. En application de la théorie du triangle, il avait perçu des prestations appréciables en argent de la part de C_____.

i. Les 9 et 14 novembre 2017, l'AFC-GE a notifié à A_____ des bordereaux de rappel d'impôt et de taxation pour les années 2003 à 2015.

Elle a notamment effectué des reprises de son revenu au titre de prestations appréciables en argent, représentées par la vente des actions A_____ à un prix inférieur à la valeur du marché. Elles s'élevaient à CHF 3'368'950.- pour 2011 et à CHF 287'542.- pour 2012. L'AFC-GE a évalué cette société au moyen de la méthode dite des praticiens, soit en ayant recours à la circulaire n° 28 de la conférence suisse des impôts intitulée « Instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune » (ci-après : la circulaire n° 28).

j. Dans sa réclamation, A_____ a fait valoir que l'unique activité de C_____ avait consisté à détenir les actions de A_____, société dont il était toujours resté le maître. Il convenait donc de traiter cette première société en transparence. À défaut, l'AFC-GE devait appliquer la théorie du triangle modifiée et non la théorie du triangle. En vertu de celle-ci, toute distribution de la prestation appréciable en argent par F_____ et E_____ se traduirait par une deuxième imposition de la même matière imposable dans le chef de l'actionnaire. Cette situation était incompatible avec le principe de la capacité contributive, de sorte que l'AFC-GE devait renoncer à taxer en 2011 et 2012 les prestations appréciables en argent.

k. Par un pli subséquent, le contribuable a contesté la méthode consistant à évaluer le prix du marché des actions A_____ sur la base de la circulaire n° 28, car elle aboutissait à un résultat manifestement arbitraire et erroné.

Il préconisait d'avoir recours à la « méthode des praticiens corrigée » consistant à adopter le regard d'un acheteur tiers au moment de la transaction, qui déterminerait une tendance moyenne dans les résultats passés et éliminerait les résultats extraordinaires, tant à la hausse qu'à la baisse. Ainsi, le bénéfice médian réalisé par A_____ de 1992 à 2010, respectivement 2011, s'élevait à CHF 347'000.- et à CHF 355'000.-. Par ailleurs, le taux de capitalisation de la circulaire n° 28 ne tenait pas compte des facteurs inhérents au marché des capitaux, ni à l'entreprise elle-même. Le taux effectif de cette société se situait entre 15.6 % et 16.3 %, au lieu de 8.5 % selon la méthode de la circulaire n° 28. Sur la base de ces arguments, la valeur vénale de A_____ en 2011 et en 2012 s'établissait respectivement à CHF 6'505'179.- et à CHF 7'283'651.-, ce qui représentait une valeur par action de respectivement CHF 3'717.- et de CHF 4'162.-.

L'évaluation de A_____ selon la méthode des multiples de l'EBITDA (*earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization*) donnait les résultats suivants. L'EBITDA de cette société se déterminait en ajoutant aux bénéfices

médians ci-dessus, les intérêts, amortissements et impôts. Il s'élevait à CHF 862'000.- en 2011 et à CHF 873'000.- en 2012. En utilisant un multiplicateur 6 de l'EBITDA, l'on parvenait à une valeur de la société de CHF 5'176'200.- en 2011 et à CHF 5'239'800.- en 2012.

En conclusion, le prix du marché des actions de A_____ en 2011 et en 2012 s'élevait à respectivement CHF 5'840'000.- et à CHF 6'260'000.-, ces valeurs correspondant à la moyenne des évaluations selon les deux méthodes.

l. Par décision du 3 juillet 2020, l'AFC-GE a admis partiellement la réclamation, la rejetant en tant qu'elle concernait les reprises pour prestations appréciables en argent.

Afin d'estimer les titres de A_____ en 2011 et en 2012, elle s'était fondée sur les résultats réalisés par cette société lors des trois années précédentes. Ainsi, le cours fiscal brut par action en 2011 et en 2012 s'élevait respectivement à CHF 6'541.- et à CHF 10'218.-. Les deux autres méthodes proposées par le contribuable ne pouvaient être retenues, d'une part parce qu'elles n'avaient pas été présentées dans le cadre de sa dénonciation spontanée et, d'autre part, parce que les arguments invoqués ne permettaient pas de s'écarter du mode de calcul posé par la circulaire n° 28.

Une imposition de C_____ en transparence supposait la réalisation des conditions de l'évasion fiscale – ce qui n'était pas le cas en l'espèce – et le contribuable ne saurait de toute manière se prévaloir d'un tel mode de taxation.

Enfin, la théorie du triangle modifiée ne s'appliquait pas lorsque, comme en l'occurrence, les droits de participation faisaient partie de la fortune privée d'un actionnaire qui était une personne physique.

B. **a.** Dans son recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), A_____ a fait valoir que la méthode des praticiens ne pouvait s'appliquer, notamment en matière d'impôt sur le revenu, que lorsque l'on se trouvait en présence d'un cas standard. Si tel n'était pas le cas, comme en l'espèce, le recours à une méthode schématique n'avait pas sa place. Le Tribunal administratif fédéral reconnaissait au fisc une liberté d'appréciation très étendue dans l'application de cette méthode, afin de pouvoir tenir compte de la valeur de rendement dans une perspective d'avenir ou de la pondérer sur plusieurs exercices

L'évaluation des titres de A_____ constituait un cas particulier. Les résultats qu'elle avait réalisés de 2010 à 2012 étaient inattendus. Le contexte de l'époque menait à la conclusion qu'il s'agissait d'une embellie passagère. Les fondamentaux de cette société laissaient craindre une rechute du type de 2007, année lors de laquelle elle avait enregistré une perte de CHF 1'200'000.-. En

conséquence, l'autorité fiscale ne pouvait adopter la méthode simplificatrice prévue par la circulaire n° 28. Elle devait soit y apporter un correctif, soit en utiliser une autre.

L'évaluation des titres sur la base de la moyenne des trois dernières valeurs fiscales brutes permettait de lisser les résultats extraordinaires sur plusieurs exercices. La valeur d'une action A_____ en 2011 et 2012 s'élevait respectivement à CHF 3'940.- et à CHF 6'541.- au lieu de CHF 6'647.- et de CHF 10'218.-, retenus par l'AFC-GE. Afin de trouver un juste milieu, l'AFC-GE pourrait, faisant usage de sa liberté d'appréciation, inclure dans son calcul les cinq dernières périodes fiscales. Ainsi, la valeur des actions A_____ pour les années 2011 et 2012 se chiffrait à respectivement CHF 5'732.- et à CHF 8'104.-.

b. L'AFC-GE a répondu que le fait que les résultats 2010 à 2012 de A_____ fussent inattendus ne permettait pas de s'écarter de la méthode des praticiens, car selon le commentaire de la circulaire n° 28, des oscillations conjoncturelles devaient être considérées comme inhérentes au système.

c. Dans sa réplique, A_____ a, notamment, reproché à l'AFC-GE de ne pas avoir fait usage de la liberté d'appréciation lui revenant. De ce fait, elle avait commis un excès négatif de son pouvoir d'appréciation.

d. La procédure a été suspendue dans l'attente d'un arrêt du Tribunal fédéral portant sur un point, qui n'est désormais plus litigieux, puis a été reprise.

e. Par jugement du 31 octobre 2022, le TAPI a rejeté le recours.

Il a appliqué à l'estimation de la valeur des actions de A_____, non cotée en bourse, les règles prévues par la circulaire n° 28, estimant qu'aucun élément ne justifiait de s'écarter de celle-ci. Il sera revenu ci-après en détail sur la motivation retenue par le TAPI.

C. **a.** Par acte expédié le 2 décembre 2022 à la chambre administrative de la Cour de justice, A_____ a recouru contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation, concluant à ce que les prestations appréciables en argent soumises à l'impôt sur le revenu soient arrêtées à CHF 2'774'200.- pour 2011 et CHF 2'144'720.- pour 2012.

Il a repris quasiment mot pour mot les développements présentés au TAPI.

b. L'AFC-GE a conclu au rejet du recours, aucune pièce ni argumentation nouvelle n'ayant été apportée. Le recourant n'exposait pas en quoi l'appréciation du TAPI selon laquelle la situation ne présentait pas de circonstances particulières justifiant de s'écarter de l'estimation préconisée par la circulaire n° 28 ne serait pas correcte.

c. Le recourant n'a pas fait usage de son droit de répliquer dans le délai imparti à cet effet.

d. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était 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. Le recourant conteste uniquement la valorisation des titres de A_____, aux fins de déterminer le montant des prestations appréciables en argent qu'il a reçues de C_____.

2.1 Réglé aux art. 13 et 14 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14), l'impôt sur la fortune des personnes physiques a pour objet l'ensemble de la fortune nette (art. 13 al. 1 LHID), qui se détermine selon les règles d'évaluation prévues à l'art. 14 LHID. Selon l'art. 14 al. 1 LHID, la fortune est estimée à la valeur vénale. Toutefois, la valeur de rendement peut être prise en considération de façon appropriée.

La valeur vénale est la valeur marchande objective d'un actif à un moment donné. Il s'agit de la valeur qu'un acheteur paierait normalement dans des circonstances normales (arrêts du Tribunal fédéral 2C_954/2020 du 26 juillet 2021 consid. 5.1 ; ATA/1013/2020 du 13 octobre 2020 consid. 2e).

2.2 L'évaluation selon la valeur vénale est obligatoire pour les cantons. La LHID ne prescrit toutefois pas au législateur cantonal une méthode d'évaluation précise pour déterminer cette valeur (ATF 134 II 207 consid. 3.6). Les cantons disposent donc en la matière d'une marge de manœuvre importante pour élaborer et mettre en œuvre leur réglementation, aussi bien quant au choix de la méthode de calcul applicable pour estimer la valeur vénale que pour déterminer, compte tenu du caractère potestatif de l'art. 14 al. 1 2^{e} phr. LHID, dans quelle mesure le critère du rendement doit, le cas échéant, également être intégré dans l'estimation (ATF 134 II 207 consid. 3.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_953/2019 du 14 avril 2020 consid. 4.1).

Un certain schématisme est admis en la matière, pourvu que l'évaluation ne soit pas fondée sur le seul critère du rendement et qu'elle n'aboutisse pas à des résultats qui s'écartent par trop de la valeur vénale (ATF 134 II 207 consid. 3.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_874/2010 du 12 octobre 2011 consid. 3.1 ;

ATA/71/2022 du 25 janvier 2022 consid. 5a ; ATA/1401/2021 du 21 décembre 2021 consid. 4a).

2.3 À Genève, l'art. 46 de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08) prévoit que l'impôt sur la fortune a pour objet l'ensemble de la fortune nette, après déductions sociales. Sont notamment soumis à l'impôt sur la fortune les actions, les obligations et les valeurs mobilières de toute nature (art. 47 let. b LIPP). Selon l'art. 49 LIPP, l'état de la fortune mobilière et immobilière est établi au 31 décembre de l'année pour laquelle l'impôt est dû (al. 1). La fortune est estimée en général à la valeur vénale (al. 2). Par valeur vénale, on entend le prix que l'on peut obtenir d'un bien dans des circonstances normales (ATA/460/2018 du 8 mai 2018 et les références citées).

2.4 L'évaluation des titres non cotés a fait l'objet, en 1995, d'une circulaire de la Conférence suisse des impôts (CSI), qui regroupe les administrations fiscales cantonales et l'administration fédérale des contributions, intitulée : « Instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune ». Elle a été remplacée par la circulaire CSI n° 28, dont la dernière version date du 28 août 2008. La CSI édite en outre annuellement un commentaire de la circulaire, la dernière version datant de 2022 (ci-après : commentaire).

2.4.1 En prévoyant des règles unifiées d'estimation des titres non cotés en vue de leur imposition sur la fortune dans un domaine où les cantons jouissent d'un large pouvoir d'appréciation, la circulaire poursuit un but d'harmonisation fiscale horizontale et concrétise ainsi l'art. 14 al. 1 LHID (arrêt du Tribunal fédéral 2C_826/2015 précité consid. 4.3 non publié in ATF 143 I 73 et les références citées).

2.4.2 La circulaire prend en compte les éléments déterminants pour l'évaluation des titres non cotés et est appropriée pour l'estimation des sociétés en vue de l'imposition sur la fortune des actionnaires, sans pour autant exclure que d'autres méthodes d'évaluation reconnues puissent, isolément, s'avérer appropriées (arrêts du Tribunal fédéral 2C_954/2020 précité consid. 5.3 ; 2C_132/2020 du 26 novembre 2020 consid. 8.1.2 ; 2C_866/2019 précité consid. 4.4). En effet, en tant que directive, la circulaire ne constitue pas du droit et ne lie pas le juge, faisant partie des ordonnances administratives, qui s'adressent aux administrations fiscales cantonales afin d'unifier et de rationaliser la pratique, d'assurer l'égalité de traitement, le bon fonctionnement de l'administration et la sécurité juridique. Ces autorités ne s'en écartent que dans la mesure où elles contreviennent au sens et au but de la loi (ATF 136 I 129 consid. 6.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_866/2019 précité consid. 4.4 ; ATA/1013/2020 précité consid. 2c ; ATA/858/2019 du 30 avril 2019 consid. 2c et les références citées).

2.4.3 Les principes d'estimation de la circulaire n° 28 doivent être choisis de telle manière que le résultat se rapproche au mieux de la réalité économique. Les

instructions de ladite circulaire reposent sur la constatation empirique que la valeur vénale dépend du rendement passé et à venir sous la forme de dividendes et autres participations au bénéfice ainsi que de la rentabilité de la société, et qu'elle est influencée par d'autres facteurs comme par exemple la fortune, les liquidités, la stabilité de la marche des affaires, etc. (arrêts du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 précité consid. 5.5 ; ATA/1013/2020 précité consid. 2h).

2.4.4 L'activité effective d'une société détermine son mode d'estimation (ch. 6 de la circulaire). Pour les sociétés commerciales, industrielles et de services, la valeur de l'entreprise résulte de la moyenne pondérée entre la valeur de rendement qui est doublée, d'une part, et la valeur substantielle déterminée selon le principe de continuation de l'exploitation, d'autre part (ch. 34 de la circulaire n° 28). Cette méthode est généralement appelée « méthode des praticiens » (arrêts du Tribunal fédéral 2C_953/2019 précité consid. 4.3 ; 2C_583/2013 du 23 décembre 2013 consid. 3.1.2 ; 2C_309/2013 précité consid. 3.6).

Il est précisé que, même si elles se révèlent importantes, des fluctuations de rendement ne justifient pas de déroger à ce principe, dès lors que des oscillations conjoncturelles sont à considérer comme immanentes au système économique (ATA/533/2021 du 18 mai 2021 consid. 8b ; ATA/1077/2020 du 27octobre 2020 consid. 6c ; commentaire 2022 ch. 34 p. 47).

2.5 Si l'estimation de titres non cotés en bourse est effectuée sur la base de la circulaire n° 28, il convient alors de supposer que l'estimation aboutit à une valeur vénale correcte et que, par ce calcul, le fisc a apporté une preuve suffisante. Si un contribuable est d'un avis contraire, il lui appartient dès lors d'apporter ses propres preuves (arrêt du Tribunal fédéral 2C_954/2020 précité consid. 7.2 ; ATA/530/2020 précité consid. 2b ; ATA/858/2019 précité consid. 2d ; ATA/1418/2017 du 17 octobre 2017).

2.6 En l'espèce, le TAPI a considéré que le prix d'achat effectif des actions ne pouvait être pris en considération, car les transactions n'avaient pas eu lieu entre tiers indépendants. C_____ était entièrement détenue par le contribuable. Elle avait vendu les titres de A_____ à ce dernier et à sa fille ainsi qu'à E_____ et à F_____, également détenues par lui. Les diverses transactions ne s'étaient ainsi pas déroulées entre tiers indépendants. Afin de déterminer le prix du marché, il convenait de recourir à la méthode d'évaluation prévue par la circulaire n° 28.

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral auquel le recourant se référait avait été rendu en matière de droit de timbre, domaine dans lequel l'estimation des participations non cotées en bourse ne s'effectuait pas au moyen de la circulaire n° 28. Il n'était donc d'aucun secours en l'espèce. Les fluctuations dans le rendement de A_____, survenues au cours des années 2010 à 2012, ne justifiaient pas une dérogation à la méthode des praticiens car, selon la

jurisprudence, elles devaient être considérées comme immanentes au système économique et leurs effets profitaient tant à cette société qu'à l'AFC-GE.

En conséquence, faute pour le recourant de présenter une méthode pour déterminer le prix du marché, il convenait de se fonder sur la circulaire n° 28, étant pour le surplus relevé qu'il ne contestait pas les calculs effectués par l'autorité intimée.

Ce raisonnement ne prête pas le flanc à la critique.

En effet, les transactions étant intervenues entre des parties proches – le recourant, en tant qu'actionnaire unique de C_____, a vendu, en partie, à lui-même voire à des sociétés également détenues par lui ainsi qu'à sa fille les actions de A_____ – il n'est pas possible de retenir le prix des actions fixé par les acheteurs et vendeuses comme correspondant à la valeur du marché, soit celle qui aurait été appliquée entre parties indépendantes. Dans ces circonstances, le recours à la méthode d'évaluation de titres non cotés en bourse telle que préconisée par la circulaire n° 28 était justifié.

Le recourant soutient, comme devant le TAPI, que les fluctuations que A_____ avait connues en 2011 et 2012 justifiaient de s'écarter de la méthode d'évaluation des actions recommandée par la circulaire précitée. Or, de jurisprudence constante, les fluctuations de rendement ne justifient pas de déroger à la méthode d'évaluation, car des oscillations conjoncturelles sont à considérer comme inhérentes au système économique, avec des effets qui profitent tantôt au fisc, tantôt au contribuable. Il n'y a donc pas lieu de « lisser » sur trois ou cinq périodes fiscales les résultats extraordinaires, comme le souhaiterait le recourant.

Pour le surplus, le recourant ne conteste pas la justesse des calculs effectués par l'AFC-GE.

Au vu de ce qui précède, le recours, entièrement mal fondé, sera rejeté.

3. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du recourant, qui ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 décembre 2022 par A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 31 octobre 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge de 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), la présente décision peut être portée 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 suisse, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique le présent arrêt à ECHO SA, mandataire du recourant, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Florence KRAUSKOPF, présidente, Jean-Marc VERNIORY, Claudio MASCOTTO, 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 :