

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3167/2010-ICCIFD

ATA/136/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 mars 2013

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

et

X_____ S.A.

représentée par Me Bénédicte Fontanet, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
8 mars 2012 (JTAPI/310/2012)**

EN FAIT

- 1) La société X_____ S.A. (ci-après : la société), inscrite au registre du commerce de Genève en 2004, a pour but la gestion de fortune pour le compte de tiers, le conseil en matière de placement et les opérations y relatives.
- 2) Le 13 août 2009, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a envoyé, à la société, ses bordereaux de taxation pour l'année 2006 en matière d'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) et d'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC), dans lesquels elle a effectué une reprise de CHF 467'217.- dans le bénéfice, au titre du salaire excessif versé aux trois actionnaires et employés de la société.
- 3) Le 17 septembre 2009, la société a élevé réclamation contre les bordereaux de taxation précités, contestant tant le principe de la reprise que la méthode de calcul utilisée et son résultat.
- 4) Par deux décisions sur réclamation du 9 août 2010, l'AFC-GE a admis partiellement la réclamation et ramené la reprise, au titre de salaire excessif, à CHF 382'612.-. Elle a maintenu les taxations contestées pour le surplus.
- 5) Par acte du 8 septembre 2010, la société a interjeté recours contre ces décisions auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative, remplacée le 1^{er} janvier 2011 par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).
- 6) Par jugement du 9 mars 2012, le TAPI a admis le recours, a renvoyé le dossier à l'AFC-GE pour nouvelles décisions de taxation dans le sens des considérants, et a alloué à la société une indemnité de procédure de CHF 1'200.-, à la charge de l'Etat de Genève.

Ont siégé lors de la délibération, suivant la composition mentionnée au pied du jugement, Monsieur Yves Joliat, président, et Messieurs Philippe Ehrenström et Patrice Schär, juges assesseurs.
- 7) Par acte déposé le 20 avril 2012, l'AFC-GE a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et au rétablissement de ses décisions du 9 août 2010, sous réserve de rectifications acceptées en cours de procédure en première instance.
- 8) Le 27 avril 2012, le TAPI a déposé son dossier sans formuler d'observations.
- 9) Le 15 juin 2012, la société a conclu au rejet du recours.

- 10) Un second échange d'écritures les 27 juillet et 31 août 2012 n'a pas apporté d'éléments nouveaux.
- 11) Le 27 septembre 2012, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.
- 12) Les parties ne se sont pas manifestées depuis lors.
- 13) Le 11 février 2013, la présidente du Conseil supérieur de la magistrature (ci-après : CSM) a écrit à la présidente de la chambre administrative.

M. Schär, juge assesseur auprès du TAPI siégeant dans les affaires fiscales, s'avérait être domicilié dans le canton de Vaud depuis le mois de septembre 2010, de sorte que, depuis lors, il ne remplissait plus les conditions d'éligibilité.
- 14) Sur ce, 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) Conformément à l'art. 30 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce qu'elle soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Le droit des parties à une composition régulière du tribunal impose des exigences minimales en procédure cantonale ; il interdit les tribunaux d'exception et la mise en œuvre de juges *ad hoc* ou *ad personam* et exige dès lors, en vue d'empêcher toute manipulation et afin de garantir l'indépendance nécessaire, une organisation judiciaire et une procédure déterminées par un texte légal (ATF 129 V 335 consid.1.3.1). Toute partie à une procédure a un droit à ce que l'autorité soit composée régulièrement et statue au complet, et que seules délibèrent les personnes habilitées (ATF 137 I 340 consid. 2.2.1 ; 127 I 128 consid. 4b ; ATA/16/2007 du 16 janvier 2007 consid. 5).

On ne saurait, par ailleurs, admettre qu'un tribunal décide de statuer dans une composition qui s'écarte de sa composition régulière, même si les parties ont donné leur accord à cet égard ; il y a en effet un intérêt public cardinal et manifeste à ce que la justice soit rendue par des juges et tribunaux établis par la loi et non par des personnes qui conviendraient mieux aux autorités judiciaires ou

aux parties (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_235/2008 du 13 mai 2009 consid. 3.2.3).

- 3) C'est, en premier lieu, à la lumière des règles cantonales topiques d'organisation et de procédure qu'il convient d'examiner si une autorité judiciaire ou administrative a statué dans une composition conforme à la loi (ATF 131 I 31 consid. 2.1.2.1 ; 129 V 335 consid. 1.3.2 ; 127 I 128 consid. 3c ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_6/2012 du 31 juillet 2012 consid. 2.2).
- 4) a. A Genève, les juges assesseurs sont des magistrats de l'ordre judiciaire au sens de l'art. 132 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00) (ATF 130 I 106 consid. 2.1). Ils doivent remplir les conditions d'éligibilité prévues par l'art. 5 al. 1 LOJ, sauf celles de la titularité du brevet d'avocat et des 3 ans de pratique professionnelle utile au poste (art. 5 al. 2 LOJ).
- b. Tout juge assesseur doit donc, pour être éligible, avoir l'exercice des droits politiques dans le canton de Genève (art. 5 al. 1 let. b LOJ) et être domicilié dans le canton de Genève (art. 5 al. 1 let. c LOJ).
- c. Lors de l'adoption de la LOJ, le 26 septembre 2010, le législateur a prévu que les magistrats déjà en fonction au moment de l'entrée en vigueur de la loi et ne remplissant pas la condition exigée par l'art. 5 al. 1 let. c LOJ n'y étaient pas soumis (art. 144 al. 8 LOJ).
- d. Par ailleurs, le CSM relève de sa charge tout magistrat qui ne remplit pas ou plus les conditions d'éligibilité (art. 21 al. 1 let. a LOJ), ce qui implique que les magistrats doivent remplir en tout temps lesdites conditions.
- 5) En l'espèce, le jugement attaqué a été rendu le 9 mars 2012, et M. Schär a délibéré en tant que juge assesseur selon la composition mentionnée dans le jugement. Or, à cette date, il ne remplissait plus la condition d'éligibilité prévue à l'art. 5 al. 1 let. b LOJ. Domicilié dans le canton de Vaud, il n'avait en effet pas l'exercice des droits politiques à Genève (art. 39 al. 2 et 3 Cst. et art. 1 let a de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 - LEDP - A 5 05). Il n'aurait donc pas dû participer à cette délibération. Le TAPI a ainsi siégé dans une composition irrégulière.
- 6) Lorsqu'une décision de justice est prise par une autorité irrégulièrement composée, elle doit, selon la jurisprudence fédérale, être annulée (ATF 130 I 226 consid. 3.3 ; 129 V 335 consid. 3.3 ; 127 I 128 consid. 4d ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_6/2012 du 31 juillet 2012 consid. 4 ; ATA/464/2011 du 26 juillet 2011 consid. 4 et 5 ; ATA/658/2006 du 7 décembre 2006 consid. 7).

- 7) Le recours sera ainsi partiellement admis. Le jugement entrepris sera annulé et la cause sera renvoyée au TAPI pour nouveau jugement, celui-ci devant être délibéré dans une composition régulière.
- 8) Compte tenu de l'issue du litige et des circonstances de la présente espèce, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA). En revanche, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à X_____ S.A. qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 avril 2012 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 mars 2012 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 mars 2012 ;

renvoie la cause au Tribunal administratif de première instance pour nouveau jugement, au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas prélevé d'émolument ;

alloue à X_____ S.A. une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'Etat de Genève ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à Me Bénédicte Fontanet, avocat de la société X_____ S.A., à l'administration fédérale des contributions, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Hurni et Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :