

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4050/2023-ICCIFD

ATA/279/2025

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 mars 2025

4^{ème} section

dans la cause

A_____ et B_____

représentés par Me Baudouin DUNAND, avocat

recourants

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

intimées

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
24 juin 2024 (JTAPI/623/2024)**

EN FAIT

A. a. Le litige concerne la taxation 2020 d'A_____ et de B_____.

b. C_____ SA (ci-après : la SA) a été enregistrée au registre du commerce (ci-après : RC) de Genève en 1999. Son capital de CHF 100'000.- se décompose en 100 actions d'une valeur nominale de CHF 1'000.- chacune. D_____ a détenu l'entier du capital-actions de la société jusqu'en 2017.

c. Par convention de cession d'actions du 4 janvier 2017 (ci-après : la convention), D_____ a vendu à B_____ l'entier du capital-actions de la SA pour le prix de CHF 2'600'000.-.

Le vendeur s'engageait à remettre les actions au contribuable selon l'échéancier suivant (art. 3 de la convention) :

- à la date d'entrée en vigueur de la convention, mais avec effet au 1^{er} janvier 2017, le 30% du capital-actions, soit 30 actions au porteur d'une valeur nominale totale de CHF 30'000.-, contre paiement du 30% du prix de vente, soit CHF 780'000.- ;
- au 1^{er} janvier 2021, le 70% du capital-actions, soit 70 actions au porteur d'une valeur nominale totale de CHF 70'000.-, contre paiement du 70% du prix de vente, soit CHF 1'820'000.-.

Jusqu'au 31 décembre 2020 ou jusqu'à la remise des dernières actions vendues, le contribuable accordait au vendeur un droit de préemption personnel sur les titres, au cas où il décidait de les vendre (art. 9 de la convention).

d. Le 28 septembre 2020, le contribuable et le vendeur ont conclu un avenant à la convention de cession d'actions (ci-après : l'avenant à la convention), stipulant que le vendeur acceptait le transfert du 30% du capital- actions de la SA déjà détenu par le contribuable « en son nom » en faveur d'une holding à constituer par ce dernier sous la raison sociale E_____ Sàrl (ci-après : la holding), ainsi que le transfert du 70% du capital-actions restant encore détenu par le vendeur à la holding (art. 1 et 2 de l'avenant à la convention).

En outre, le prix de CHF 1'820'000.- dû pour les 70 actions restantes serait financé par le versement d'un prêt bancaire de CHF 1'300'000.- et par l'octroi à la holding d'un crédit-vendeur sans intérêt d'une durée de cinq ans pour le solde de CHF 520'000.- (art. 2 de l'avenant à la convention).

Par la même occasion, le vendeur renonçait à son droit de préemption (art. 3 de l'avenant à la convention).

e. Le 14 octobre 2020, le contribuable a inscrit la holding, dont il était l'unique associé gérant bénéficiant de la signature individuelle, au RC, pour un capital de CHF 20'000.- se composant de 200 parts d'une valeur nominale de CHF 100.-.

- B. a.** La déclaration fiscale 2020 des contribuables, sous la rubrique « États des titres », faisait mention de la vente du 30% du capital-actions de la SA à la holding ainsi que de l'achat de 200 parts de la holding correspondant à 100% de son capital-actions.

La rubrique « Détails des mouvements » indiquait plus spécifiquement que le 30% du capital-actions de la SA avait été apporté à la holding par le contribuable.

De nombreux documents et justificatifs étaient joints à leur déclaration, dont notamment la convention et son avenant ainsi que le bilan intermédiaire de la holding au 31 décembre 2020 faisant état d'un passif de CHF 2'612'996.60, composé d'un emprunt bancaire de CHF 1'250'000.-, d'un créancier porteur de parts de CHF 830'000.- et d'autres emprunts de CHF 520'000.-.

- b.** Par bordereaux datés du 7 juin 2023, l'AFC-GE a taxé les contribuables pour l'année 2020.

La valeur de la participation dans la holding était évaluée à CHF 2'620'000.- et un montant de CHF 2'500'000.- avait été ajouté à leur revenu au sens des art. 23 al. 1 let. b de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08) et 20a al. 1 let. b de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11). Ce montant n'avait pas été comptabilisé dans les fonds propres de la holding et correspondait à la différence entre la valeur vénale des titres de la SA apportés à la holding (CHF 2'600'000.-) et leur valeur nominale (CHF 100'000.-).

- c.** Les contribuables se sont opposés à leur taxation.

Les règles relatives à la transposition n'étaient pas applicables au cas d'espèce, car c'était D_____ qui avait vendu directement les actions de la SA à la holding et non le contribuable. Dès la signature de l'avenant à la convention le 28 septembre 2020, la holding s'était en effet substituée au contribuable et avait ainsi reçu directement du vendeur l'entier du capital-actions de la SA. Par ailleurs, les titres avaient été cédés à la valeur du marché et aucun gain en capital n'avait été réalisé. Ainsi, le montant de CHF 2'500'000.- ajouté à leur revenu mobilier devait être annulé.

Concernant la valorisation de sa participation dans la holding, celle-ci s'élevait en réalité à CHF 12'996.- et non à CHF 2'620'000.-, les parts sociales devant être évaluées à leur valeur substantielle, laquelle correspondait au montant des fonds propres de la holding, soit à CHF 12'996.-, comme cela ressortait du bilan intermédiaire au 31 décembre 2020.

- d.** Par décisions du 20 octobre 2023, l'AFC-GE a partiellement admis la réclamation des contribuables en diminuant la valeur de la participation à CHF 12'996.- et le montant du revenu mobilier imposable non soumis à l'impôt anticipé à CHF 750'000.-.

Comme le 70% du capital-actions de la SA était resté en main du vendeur jusqu'à l'entrée en vigueur de l'avenant à la convention du 28 septembre 2020, son transfert était effectivement intervenu uniquement entre ce dernier et la holding, de sorte que l'AFC-GE renonçait à le prendre en compte dans la taxation des contribuables.

En revanche, le transfert à la holding du 30% du capital-actions de la SA déjà détenu par le contribuable en son propre nom depuis 2017 remplissait les conditions de la transposition. C'était bien le précité qui l'avait transféré en 2020 à la holding, vu qu'il le détenait. Il s'agissait dès lors d'une opération de restructuration de sa fortune privée et non d'une aliénation à proprement parler. Le montant de CHF 750'000.- retenu finalement par l'AFC-GE correspondait à la différence entre la valeur vénale des 30 actions de la SA apportées par le contribuable dans la holding (CHF 780'000.-) et leur valeur nominale (CHF 30'000.-). Ce montant était ajouté au revenu mobilier des contribuables en lieu et place des CHF 2'500'000.- initialement retenus.

- C. a. Par acte du 30 novembre 2023, les époux A_____B_____ ont interjeté recours par devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) en concluant préalablement à la suspension de la cause jusqu'à droit connu sur la demande de révision déposée par la holding et, principalement, à l'annulation du montant de CHF 750'000.- ajouté à leur revenu imposable.

La holding avait déposé le même jour une demande de révision de ses taxations depuis sa constitution afin d'être imposée sur la base de comptes modifiés dans lesquels un montant de CHF 750'000.- serait comptabilisé en tant que fonds propres. Par économie de procédure, il convenait dès lors de suspendre l'instruction jusqu'à droit jugé sur cette requête.

Le contribuable avait financé le prix d'acquisition du 30% du capital-actions de la SA grâce à un prêt familial. Pour les 70% restants, il avait souscrit un emprunt auprès de la banque F_____ (ci-après : la banque créancière), qui avait exigé la création d'une holding qui détienne l'intégralité du capital-actions de la SA. La holding s'était dès lors substituée à lui dès la signature de l'avenant à la convention en tant qu'acquéreuse dans le cadre d'une unique opération, financée en deux fois. Le contribuable n'était pas le vendeur des titres et n'avait réalisé aucun gain en capital, puisque les actions avaient été acquises au prix du marché. Il ne s'agissait pas non plus d'un cas d'évasion fiscale.

Les décisions litigieuses violaient le principe d'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité contributive. En effet, si une holding avait été créée au tout début du processus de vente, à laquelle le vendeur avait transféré en une seule étape le capital-actions de la SA, aucun cas de transposition n'aurait été réalisé. Il n'existait aucune justification permettant de traiter différemment ces deux situations.

Il n'avait réalisé aucune économie d'impôt. Il devait encore payer le vendeur et rembourser la banque. Imposer désormais un revenu non réalisé, voire même qui ne se réaliserait jamais, se révélait arbitraire, inéquitable et anticonstitutionnel.

b. L'AFC-GE s'est opposée à la suspension de la procédure et a conclu au rejet du recours.

Les quatre conditions cumulatives permettant l'application des règles sur la transposition étaient réunies.

Le contribuable avait acquis en 2017, en son propre nom, 30 actions de la SA, qu'il avait déclarées dans l'état des titres de ses déclarations fiscales et qu'il avait ensuite cédées à la holding en 2020, en procédant à un apport. Il ne s'agissait aucunement d'une unique opération, mais bien de l'acquisition par le contribuable de 30 actions en 2017, puis de leur cession trois ans plus tard à une holding dont il détenait l'intégralité du capital-actions. Les titres avaient été cédés pour le prix de CHF 780'000.-, soit à une valeur excédant leur valeur nominale de CHF 30'000.- et le contribuable était créancier de la holding pour un montant de CHF 830'000.- inscrit au passif des comptes de la holding sous la rubrique « Capitaux étrangers - Engagement à long terme - Créancier porteur de parts ».

Une transposition pouvait être « neutralisée » par le biais de la solution de « *l'agio* », par la comptabilisation de l'apport dans un poste « Autres réserves » dans le bilan de la société cessionnaire de manière à permettre l'imposition ultérieure des actifs transférés. Le contribuable n'avait toutefois pas effectué cette opération, de sorte à ce que la transposition n'ait pas été neutralisée.

Le fait que la banque créancière ait exigé la constitution d'une holding n'était pas pertinent, car les motifs subjectifs poussant un actionnaire à effectuer une transposition étaient sans importance. Les arguments du contribuable en lien avec l'évasion fiscale et l'égalité de traitement l'étaient tout autant. Dès lors que le comportement du contribuable tombait sous le coup des art. 20a al. 1 let. b LIFD et 23 al. 1 let. b LIPP, l'imposition était justifiée et conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Enfin, les demandes de révision de la holding avaient été introduites postérieurement à leur taxation et simultanément au dépôt du recours dans le but d'éviter les conséquences fiscales de la transposition, ce qui constituait une circonstance aggravante. Une transposition était une forme particulière de prestation appréciable en argent et il n'était pas possible de défaire ce qui avait été fait une fois la prestation consommée.

c. Les contribuables se sont rapportés à justice au sujet de l'opportunité de joindre les procédures. La holding avait recouru devant le TAPI contre les décisions de l'AFC-GE rejetant ses demandes de révision.

L'AFC-GE ne s'était pas prononcée sur les griefs relatifs à la violation des principes d'égalité de traitement et d'imposition selon la capacité contributive. Leur imposition 2020 totalisait près de CHF 350'000.- d'impôt, excédant ainsi largement

leurs revenus bruts réels de moins de CHF 300'000.-, si l'on retranchait le revenu fictif de CHF 750'000.- tiré de la transposition.

d. L'AFC-GE a relevé, s'agissant de la prétendue violation du principe d'égalité de traitement, que le contribuable comparait deux situations qui n'étaient pas similaires.

Le grief tiré de la violation de l'imposition selon la capacité contributive devait être rejeté. Il convenait de se référer à la volonté du législateur qui prenait justement en compte l'imposition selon la capacité contributive en indiquant qu'une augmentation de la fortune non-réalisée constituait bel et bien une plus grande capacité contributive. La personne qui apportait les droits de participation devait payer l'impôt sur la différence entre la contre-prestation et la valeur nominale des droits de participations transférés. L'opération de la transposition avait pour conséquence que le produit était considéré comme un rendement de la fortune mobilière.

À cet égard, la solution trouvée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 142 II 197 relatif à la violation du principe d'imposition selon la capacité contributive en lien avec un abandon de créance pouvait s'appliquer par analogie. En effet, à l'instar d'un abandon de créance, la transposition augmentait la capacité économique du débiteur sans accroître simultanément les liquidités dont il disposait, au risque de ne pas pouvoir faire face à la charge fiscale engendrée par l'abandon en question. Afin d'éviter des conséquences fiscales trop rigoureuses, la loi prévoyait toutefois la possibilité pour les contribuables de demander une remise totale ou partielle des impôts normalement dus (art. 167 LIFD). Le Tribunal fédéral en avait déduit que le système fiscal aménagé était ainsi compatible avec le principe d'imposition selon la capacité contributive, puisqu'il le concrétisait tout en permettant de tenir compte de la situation personnelle du contribuable.

e. Par jugement du 24 juin 2024, le TAPI a rejeté le recours des contribuables ainsi que leurs demandes de suspension et de jonction de causes.

L'avenant à la convention du 28 septembre 2020 n'avait pas pour but la substitution du contribuable par la holding pour l'acquisition du 30% du capital-actions de la SA, mais la renonciation du vendeur à son droit de préemption.

Les quatre conditions objectives justifiant l'application des règles sur la transposition étaient réalisées. Le contribuable avait détenu depuis 2017 le 30% du capital-actions de la SA, soit un pourcentage excédant 5%, dans sa fortune privée et l'avait apporté en 2020 à une holding qu'il contrôlait. Les titres de la SA avaient été apportés à la holding pour un montant excédant leur valeur nominale et en échange de son apport, l'intéressé avait acquis l'intégralité du capital de la holding et était devenu son créancier à hauteur de CHF 830'000.-.

Il n'y avait pas lieu d'examiner la transaction litigieuse sous l'angle de l'évasion fiscale, les conditions d'une transposition ayant été objectivées. Ainsi, les motifs

subjectifs ayant poussé le contribuable à procéder à l'apport des actions de la SA à la holding se révélèrent sans pertinence.

Enfin, aucune violation des principes d'égalité de traitement et d'imposition selon la capacité contributive ne pouvait être constatée, le Tribunal fédéral ayant retenu dans un arrêt 9C_679/2021 du 20 avril 2023, dont l'état de fait était similaire à celui exposé par les contribuables, que les conditions de la transposition étaient réunies et que l'art. 20a al. 1 let. b LIFD n'offrait pas de place pour une approche économique tenant compte de toutes les circonstances en rapport avec la transaction. Le législateur n'avait clairement pas voulu limiter les opérations imposables à celles donnant effectivement lieu à des distributions.

- D. a.** Le 25 juillet 2024, les époux A_____B_____ ont interjeté recours par-devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) à l'encontre de ce jugement concluant à son annulation.

Le TAPI avait procédé à une interprétation inexacte des faits en retenant que les règles de la transposition étaient applicables à la situation d'espèce, ignorant de ce fait la substitution de parties prévue par l'avenant à la convention. Celui-ci avait en effet pour but la substitution de la holding au contribuable en tant qu'acquéreuse du capital-actions de la SA ainsi que la planification des modalités de paiement du solde du prix de vente, et non la renonciation du vendeur à son droit de préemption.

L'AFC-GE ne pouvait pas leur reprocher d'avoir mentionné les 30% du capital-actions de la SA dans leurs déclarations fiscales dès 2017, puisqu'ils ignoraient à ce moment-là les exigences que poserait la banque créancière pour financer le prêt. Dans tous les cas, ce fait ne les empêchait pas de convenir par la suite d'une substitution de parties.

Le TAPI avait, à tort, rejeté leurs griefs en se fondant sur l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_679/2021 précité qui ne traitait pas spécifiquement des questions d'égalité de traitement et de capacité contributive. Les faits relatés n'étaient en outre pas similaires à ceux du cas d'espèce.

- b.** L'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

Le contribuable ne pouvait pas réinterpréter *a posteriori* en sa faveur les termes de l'avenant à la convention. Les documents transmis étaient clairs et explicites et ne souffraient aucune interprétation.

Concernant la violation des principes d'égalité de traitement et d'imposition selon la capacité contributive, l'AFC-GE considérait que la situation du contribuable était similaire à celle décrite par l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_679/2021 précité, puisqu'il avait détenu dans sa fortune privée 30 actions durant près de quatre ans avant d'acquérir les 70 actions restantes par l'intermédiaire de la holding.

- c.** Les recourants ont relevé qu'il convenait de se fonder sur la réelle et concordante volonté des parties de procéder à une substitution, plutôt que de s'arrêter au texte de la convention et de son avenant.

Ils n'étaient pas fiscalistes et n'avaient pas rempli leurs déclarations fiscales eux-mêmes. Leur mandataire avait coché la case « Achat/vente ou autre opération » pour expliquer que les 30 actions de la SA ne faisaient plus partie de la fortune mobilière privée du contribuable en 2020. Puis, sous la rubrique « Détails des transactions » il avait sélectionné « Autre » concernant le type d'opération concernée. L'espace prévu dans les déclarations fiscales pour décrire une opération étant très limité, le mandataire avaient utilisé le terme « Apport à E_____ Sàrl », ne sachant pas comment résumer en un mot l'opération de substitution.

d. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

e. Le détail des pièces et des arguments des parties sera repris ci-après dans la mesure utile.

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. Les recourants contestent en premier lieu l'existence d'un cas de transposition au sens des art. 20a al. 1 let. b LIFD, 23 al. 1 let. b LIPP et 7a al. 1 let. b de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14).

2.1 Afin d'améliorer la prévisibilité du système fiscal et la sécurité juridique dans le domaine de la fortune mobilière, notamment s'agissant de la délimitation entre gain en capital exonéré et revenu de la fortune imposable, le Conseil fédéral a proposé de réglementer le cas de la transposition (ou vente à soi-même) par l'introduction de l'art. 20a al. 1 let. b LIFD, repris aux art. 23 al. 1 let. b LIPP et 7a al. 1 let. b LHID (Message du Conseil fédéral 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] du 22 juin 2005 *in* FF 2005 4469, p. 4540 et 4601).

Selon ces dispositions ayant une teneur similaire, est considéré comme un rendement de la fortune mobilière le produit du transfert d'une participation au capital-actions ou au capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, représentant un transfert de la fortune privée à la fortune commerciale d'une entreprise de personnes ou d'une personne morale, dans laquelle le vendeur ou la personne qui effectue l'apport détient une participation d'au moins 50% au capital après le transfert, dans la mesure où le total de la contre-prestation reçue est supérieur à la somme de la valeur nominale de la participation transférée et des réserves issues d'apport de capital visées par les articles pertinents.

La transposition est ainsi soumise à quatre conditions cumulatives : 1) le vendeur détient des titres de participation dans sa fortune privée (principe de la valeur nominale) qu'il cède à la société acquéreuse soumise au régime de la valeur comptable ; 2) le vendeur doit contrôler la société acquéreuse de manière à pouvoir influencer sur la politique de distribution de dividendes ; 3) les actions doivent être cédées à une valeur supérieure à leur valeur nominale ; 4) le vendeur reçoit, en contrepartie de son apport, du capital social nominal ou un prêt à l'encontre de la société acquéreuse. Par conséquent, les biens sur lesquels existe une imposition latente (réserves ouvertes ou latentes de la société dont les titres ont été apportés) sont transposés en valeurs exonérées (Yves NOËL *in* Yves NOËL/Florence AUBRY GIRARDIN [éd.], *in* Commentaire Romand - Impôt fédéral direct, 2^e éd., 2017, n. 9 *ad* art. 20a LIFD ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_133/2015 du 4 mars 2016 ; ATA/1289/2021 du 23 novembre 2021 consid. 3b).

Ces quatre conditions cumulatives ont été objectivées par la réglementation légale, comme le rappelle un arrêt récent du Tribunal fédéral 9C_679/2021 du 20 avril 2023. Les motifs subjectifs qui amènent un détenteur de parts à effectuer une transposition se révèlent dès lors sans importance. Il peut donc y avoir transposition même si les conditions y relatives découlent de l'exécution d'obligations contractuelles telles qu'une convention d'actionnaires ou un contrat d'option. Un cas d'évasion fiscale n'est en particulier plus exigé, comme c'était le cas selon la jurisprudence antérieure (Markus REICH/Andreas HELBING/Fabian DUSS *in* Martin ZWEIFEL/Michael BEUSCH [éd.], *Kommentar - Bundesgesetz über die direkte Steuer Bundessteuer*, 4^e éd., 2022 n. 84 *ad* art. 20a LIFD ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_679/2021 précité consid. 2.2.1, 3.1.2 et 3.1.3)

2.2 Le législateur a, à travers l'art. 20a al. 1 let. b LIFD, institué explicitement une exception à l'exonération des gains en capital privés prévue à l'art. 16 al. 3 LIFD, justifiée par la volonté d'une imposition systématique des réserves latentes, non distribuées, au moment de leur sortie du champ de l'impôt. Il existe désormais une base légale claire permettant de retenir un rendement de participation là où il n'y a, sur le plan civil, qu'une aliénation donnant normalement lieu à un gain en capital (Yves NOËL, *op. cit.*, n. 107 *ad* art. 20 LIFD et n. 11 *ad* art. 20a LIFD ; Message du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 4539). En effet, la transposition, implique un transfert des droits de participation de la fortune privée (soumise au principe de la valeur nominale) à la fortune commerciale (soumise au principe de la valeur comptable), par exemple dans une société holding. Or, en transférant sa participation à une société qu'il contrôle au-dessus de la valeur nominale, le détenteur des parts acquiert une créance de prêt en lieu et place de son droit latent à la distribution des fonds de la société, ce qui revient à supprimer la charge fiscale latente sur les dividendes. Les fonds de la société, en soi imposables, sont transférés en franchise d'impôt dans la catégorie du capital social remboursable ou de la créance de prêt remboursable, c'est-à-dire transposés (Markus REICH/Andreas HELBING/Fabian DUSS, *op. cit.*, n. 3 et 106 *ad* art. 20a LIFD ; Message du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 4539 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_679/2021 précité consid. 3.1.1).

L'apport d'une participation à une société dominée par le même actionnaire ne constitue ainsi pas une aliénation des droits de participation, car le pouvoir d'en disposer économiquement reste acquis au contribuable par le biais de sa participation à la société-mère ; il n'y a qu'une vente à soi-même. Le contribuable réalise par une telle transaction un accroissement de son patrimoine, dont la cause réside dans la détention de la participation, et non dans son aliénation. Il ne s'agit plus alors d'un gain en capital, mais d'un revenu de fortune soumis à l'impôt sur le revenu en tant qu'il excède le capital nominal (Yves NOËL, *op. cit.*, n. 100 *ad* art. 20 LIFD ; Message du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 4539). L'imposition de la transposition varie selon que la valeur de transfert excédant la valeur nominale est comptabilisée au crédit du capital nominal/des réserves issues d'apports de capital ou à celui des « Autres réserves », seul ce dernier cas n'ayant pas d'incidence fiscale compte tenu de la pratique de l'administration fédérale des contributions (Yves NOËL, *op. cit.*, n. 11 *ad* art. 20a LIFD).

De telles conséquences fiscales peuvent en effet être évitées si la charge fiscale latente sur les bénéfices non encore distribués est maintenue dans la comptabilité de la société de capitaux ou de la société coopérative. Conformément à l'ancienne « solution de l'*agio* », la contre-prestation peut en effet être comptabilisée dans les réserves ouvertes comme jusqu'à présent, auquel cas l'imposition du rendement de la fortune sera reportée en totalité ou en partie jusqu'à la distribution (Yves NOËL *op. cit.*, n. 100 et 105 *ad* art. 20 LIFD ; Message du Conseil fédéral, *op. cit.* p. 4539 et 4580).

2.3 Dans l'arrêt 9C_679/2021 précité relatif à un cas de transposition, le Tribunal fédéral a retenu que le texte de l'art. 20a al. 1 let. b LIFD était clair et permettait en principe une seule interprétation, que ce soit au sujet des conditions d'une transposition imposable (*quorum* des parts transférées, situation de la société reprenante) ou de l'étendue de l'imposition de l'opération (contre-prestation globalement obtenue). Le législateur n'avait clairement pas voulu limiter les opérations imposables au titre de transposition à celles donnant effectivement lieu à des distributions (consid. 5.1.3).

L'affaire concernait un contribuable ayant acquis des actions d'une société dans le cadre d'une opération financière de *management buy-out* et les avait par la suite transférées, trois ans plus tard, à une seconde société qu'il contrôlait à 100%. L'intéressé soutenait, à l'instar de la présente espèce, que la transaction litigieuse ne constituait pas une transformation du patrimoine, mais une véritable aliénation directe (consid. 4.2). Il s'agissait, d'un point de vue économique, d'une opération de financement à plusieurs niveaux, la vente des actions litigieuses faisant partie d'une opération financière plus importante que constituait le *management buy-out* (consid. 4.2.1). Il n'existait en outre aucun indice d'évasion fiscale (consid. 4.2.2).

Ce raisonnement n'a toutefois pas convaincu le Tribunal fédéral, qui a rejeté le recours en indiquant que la juridiction cantonale s'était, à bon droit, limitée à examiner si les conditions légales de la transposition étaient remplies. Comme tel

était le cas, elle avait, à raison, admis l'existence d'un rendement de la fortune imposable, sans examiner les autres aspects de la transaction. Concernant les griefs du contribuable, le Tribunal fédéral a en particulier considéré que les opérations visées par l'art. 20a al. 1 let. b LIFD ne devaient pas être examinées d'un point de vue économique global et orienté vers le résultat, la disposition en question ne laissant aucune place à une approche économique tenant compte de toutes les circonstances relatives à la transaction, ou aux chaînes de transactions, déterminantes (consid. 5.1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_168/2017 du 26 octobre 2017 consid. 3.2). L'état de fait déterminant pour l'appréciation était en effet déjà réalisé au moment du transfert de la participation et il n'était pas nécessaire d'examiner la question de l'évasion fiscale, car ce n'était que si les conditions de la transposition n'étaient pas remplies que ladite question pouvait se poser (consid. 3.1.2 et 5.2.2).

2.4 Lorsqu'il mandate une fiduciaire pour remplir sa déclaration d'impôt, le contribuable n'est pas déchargé de ses obligations et responsabilités fiscales, mais doit supporter les inconvénients d'une telle intervention. Il répond en particulier des erreurs de l'auxiliaire qu'il n'instruit pas correctement ou dont il ne contrôle pas l'activité, du moins s'il était en mesure de reconnaître ces erreurs (arrêts du Tribunal fédéral 2C_814/2017 du 17 septembre 2018 consid. 9.4 ; 2C_908/2011 du 23 avril 2012 consid. 3.5).

2.5 En l'espèce, c'est à tort que les recourants soutiennent que les conditions de la transposition ne sont pas remplies au motif que la holding s'était substituée au contribuable en tant qu'acquéreuse des 30 actions litigieuses.

En effet, d'après la convention et son avenant, le recourant a acquis, en son propre nom et pour son propre compte, 30 actions de la SA qu'il a ensuite cédées à une holding en procédant à un apport. Il a déclaré lesdites actions dans l'état des titres de ses déclarations fiscales depuis 2017 et sa déclaration fiscale 2020 faisait état de la vente des 30 actions à la holding, laquelle était mentionnée par l'écriture suivante : « Apport à E_____ Sàrl ». Il ne s'agit dès lors aucunement d'une unique opération comprenant une substitution de parties, mais bien de l'acquisition par le recourant de 30 actions en 2017, puis de leur cession trois ans plus tard à une holding dont il était l'unique associé gérant et dont il détenait l'intégralité du capital-actions. Or, au sens de la jurisprudence fédérale relative à la transposition, ce type d'opération ne doit pas être considéré d'un point de vue économique global tenant compte de toutes les circonstances relatives à la transaction, ou aux chaînes de transactions, déterminantes. En outre, les titres ont été cédés pour le prix de CHF 780'000.-, soit à une valeur excédant leur valeur nominale de CHF 30'000.- et le recourant était, en 2020, créancier de la holding pour un montant de CHF 830'000.- inscrit au passif des comptes sous la rubrique « Capitaux étrangers - Engagement à long terme - Créancier porteur de parts ».

Il y a également lieu de constater que l'opération de transposition n'a pas été neutralisée par le recourant par le biais de la solution de « *l'agio* », ce dernier

n'ayant pas comptabilisé l'apport dans un poste « Autres réserves » dans le bilan de la holding de manière à permettre l'imposition ultérieure des actifs transférés.

Par conséquent, et quoi qu'en dise le recourant, les termes de la convention et de son avenant sont clairs en ce sens qu'ils prévoient bien le « transfert » des actions vendues et non une « substitution de parties » et ne souffrent aucune interprétation.

Il résulte de ce qui précède que les 30 actions de la SA ont, à tout le moins, transité par la fortune privée du recourant avant d'être transférées par ce dernier à la holding par un apport, réalisant de ce fait incontestablement les quatre conditions objectives de la transposition. C'est par conséquent à bon droit que l'AFC-GE a ajouté au revenu des recourants un montant de CHF 750'000.- correspondant à la différence entre la valeur vénale des titres de la SA et leur valeur nominale. Point n'est besoin d'examiner la bonne foi du recourant ou le choix des termes utilisés par son mandataire, dont il répond entièrement. Point n'est non plus besoin d'analyser la cause sous l'angle de l'évasion fiscale. En effet, les conditions d'une transposition ayant été objectivées, les motifs subjectifs ayant poussé le recourant à procéder à l'apport des actions de la SA à la holding se révèlent sans pertinence.

Par conséquent, ce grief sera rejeté.

3. Dans un second grief, les recourants se prévalent du principe de l'égalité de traitement et de celui de l'imposition selon la capacité contributive.

3.1 Aux termes de l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Une décision ou un arrêté viole cette garantie lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. Il y a notamment inégalité de traitement lorsque l'État accorde un privilège ou une prestation à une personne, mais les dénie à une autre qui se trouve dans une situation comparable (ATF 140 I 201 consid. 6.5.1).

3.2 D'après le principe de l'imposition selon la capacité économique de l'art. 127 al. 2 Cst., toute personne doit contribuer à la couverture des dépenses publiques, compte tenu de sa situation personnelle et en proportion de ses moyens. La charge fiscale doit être adaptée à la substance économique à la disposition du contribuable (ATF 140 II 157 consid. 7.1 ; ATF 142 II 197 consid. 6.1). En vertu des principes de l'égalité d'imposition et de l'imposition selon la capacité contributive, les contribuables qui sont dans la même situation économique doivent supporter une charge fiscale semblable ; lorsqu'ils sont dans des situations de fait différentes qui ont des effets sur leur capacité économique, leur charge fiscale doit en tenir compte et y être adaptée.

3.3 Dans l'ATF 142 II 197 précité relatif à la violation du principe de la capacité contributive en lien avec un abandon de créances, le Tribunal fédéral a indiqué qu'afin d'éviter les conséquences fiscales trop rigoureuses que pouvait engendrer un abandon de créance, car il augmentait la capacité économique du débiteur sans

accroître simultanément les liquidités dont ils disposaient, la loi prévoyait la possibilité pour les contribuables de demander une remise totale ou partielle des impôts normalement dus (art. 167 LIFD). Le Tribunal fédéral en a déduit que le système fiscal aménagé était dès lors parfaitement compatible avec le principe d'imposition selon la capacité contributive, puisqu'il le concrétisait tout en permettant, aux conditions particulières de la remise d'impôts, de tenir compte de la situation personnelle du contribuable (consid. 3).

3.4 En l'espèce, les recourants voient une inégalité de traitement dans le fait que si une holding avait été créée au début du processus de vente, à laquelle le vendeur aurait directement transféré les actions, aucun cas de transposition n'aurait été réalisé.

Les recourants comparent toutefois deux opérations qui ne sont pas similaires, la première consistant en l'achat direct d'actions par une holding et la seconde en l'achat d'actions par une personne physique en son propre nom, suivi du transfert des actions par la personne physique à une holding qu'elle contrôle à 100%. Ces situations relevant de deux opérations financières distinctes, le recourant ne peut en tirer aucune inégalité de traitement et portait, au contraire, la responsabilité du déroulement des différentes opérations d'acquisition mises place et de leurs conséquences fiscales.

Contrairement à ce que soutiennent les recourants, leur situation est effectivement similaire à celle décrite par l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_679/2021 précité (*supra* consid. 2.3), dans lequel les contribuables avaient également détenu des actions durant près de quatre ans avant de les transférer à une holding qu'ils contrôlaient, dans le cadre d'une opération financière plus importante.

Concernant le grief relatif à l'imposition selon la capacité contributive, les recourants se plaignent du fait que leur imposition pour l'année 2020 totalisait près de CHF 350'000.- d'impôt, excédant ainsi largement leurs revenus bruts réels de moins de CHF 300'000.-, une fois retranché le revenu fictif de la transposition.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'appliquer par analogie la solution trouvée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 142 II 197. En effet, à l'instar d'un abandon de créance, la transposition augmente la capacité économique du débiteur sans accroître simultanément les liquidités dont il dispose. La loi prévoit à ce titre la possibilité pour les recourants de demander une remise totale ou partielle d'impôts. Le système fiscal actuellement en vigueur est ainsi compatible avec les principes découlant de l'art. 127 al. 2 Cst, puisqu'il les concrétise tout en permettant de tenir compte de la situation personnelle du recourant, de sorte que ce grief tombe également à faux.

Au surplus, et selon la jurisprudence susmentionnée (*supra* consid. 2.1 et 2.2), la chambre administrative relève que le principe de la transposition a été inscrit dans la loi en tenant compte des principes d'égalité de traitement et de capacité contributive afin d'améliorer la prévisibilité du système fiscal et d'éliminer

l'absence de sécurité du droit dans le domaine de la fortune mobilière. Non seulement la norme légale a objectivé l'état de fait de la transposition, mais le législateur n'a clairement pas voulu limiter les opérations imposables à celles donnant effectivement lieu à des distributions.

Partant, ces griefs seront rejetés.

4. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge solidaire des recourants (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 25 juillet 2024 par A_____ et B_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 juin 2024 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge solidaire de A_____ et B_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

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 suisse, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession des recourants, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

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

Siégeant : Michèle PERNET, présidente, Florence KRAUSKOPF, Eleanor McGREGOR, juges

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. HÜSLER ENZ

la présidente siégeant :

M. PERNET

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :