

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4122/2010-ICCIFD

ATA/137/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 mars 2013

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

et

S_____ S.A.

représentée par la fiduciaire Vérifid S.A.

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
5 décembre 2011 (JTAPI/1418/2011)**

EN FAIT

1. La société S_____ S.A. (ci-après : la société), inscrite au registre du commerce de Genève en 1953, avait pour but l'importation, l'exportation, l'achat, la vente et la représentation de tous articles de coutellerie, de ménage et autres articles similaires. Elle pouvait en outre faire, soit pour son compte, soit pour le compte de tiers, toutes opérations financières, commerciales, mobilières ou immobilières, se rattachant directement ou indirectement à son but et s'intéresser sous toutes formes à toutes entreprises similaires.
2. Durant les années fiscales 2003 et 2004, la société était détenue à 100% par la société C_____ S.A. à Fribourg, qui l'avait acquise de la société R_____ S.A., à Fribourg également. Elle avait par ailleurs une filiale à Satigny, la société V_____ S.A. Toutes ces sociétés avaient des administrateurs communs.
3. En 2006, la société a repris les actifs et les passifs de sa filiale avant de fusionner avec C_____ S.A.
4. En 2009, elle a fusionné avec la société R_____ S.A.
5. Les 22 et 28 novembre 2005, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a envoyé à la société ses bordereaux de taxation pour l'année 2003 en matière d'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) respectivement d'impôt fédéral direct (ci-après : IFD), dans lesquels elle a effectué notamment une reprise de CHF 140'289.- dans le bénéfice, au titre d'honoraires versés à C_____ S.A. partiellement non admis.
6. Le 23 décembre 2005, la société a élevé réclamation contre les bordereaux de taxation précités, contestant la reprise susmentionnée.
7. Les 19 et 22 décembre 2006, l'AFC-GE a envoyé à la société ses bordereaux de taxation pour l'année 2004 en matière d'ICC, respectivement d'IFD, dans lesquels elle a effectué notamment une reprise de CHF 148'531.- dans le bénéfice, au titre d'honoraires versés à C_____ S.A. partiellement non admis.
8. Le 18 janvier 2007, la société a élevé réclamation contre les bordereaux de taxation précités, contestant la reprise susmentionnée.
9. Par quatre décisions sur réclamation du 14 octobre 2010, l'AFC-GE a rejeté les réclamations contre les bordereaux de taxation ICC et IFD 2003 et 2004.
10. Par acte du 15 novembre 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), concluant à l'annulation des reprises litigieuses.

11. Par jugement du 5 décembre 2011, 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 mis un émolument de CHF 500.- à la charge de l'AFC-GE.

Ont siégé lors de la délibération, suivant la composition mentionnée au pied du jugement, Monsieur A_____, président, et Messieurs B_____ et C_____, juges assesseurs.

12. Par acte déposé le 13 janvier 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 à la confirmation (*recte* : au rétablissement) de ses décisions du 14 octobre 2010.

13. Le 9 février 2012, le TAPI a déposé son dossier sans formuler d'observations.

14. Le 14 février 2012, la société a conclu au rejet du recours.

15. Le 16 février 2012, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 23 mars 2012 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

16. Les parties ne se sont pas manifestées

17. Le 22 août 2012, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

18. 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. B_____, 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.

19. 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 5 décembre 2011, et M. B_____ 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 CHF 1'000.- sera allouée à S_____ 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 13 janvier 2012 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 5 décembre 2011 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 5 décembre 2011 ;

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 S_____ 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 ;

communique le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à la fiduciaire Vérifid S.A., mandataire de la société S_____ 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 :

le président-siégeant :

S. Hüsler Enz

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

