

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4493/2010-ICCIFD

ATA/173/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 19 mars 2013**

dans la cause

**ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE**

contre

**ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS**

et

**S\_\_\_\_\_ S.A.**

représentée par MB Fiduciaire S.A., mandataire

\_\_\_\_\_

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
26 mars 2012 (JTAPI/411/2012)**

---

## EN FAIT

1. S\_\_\_\_\_ S.A. (ci-après : S\_\_\_\_\_) a pour but social l'exploitation d'une entreprise de maçonnerie et de béton armé, travaux de rénovation et de génie civil.
2. Le 5 novembre 2009, elle a fait l'objet d'une taxation d'office pour l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) et pour l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) 2008.
3. Le 29 juillet 2010, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC) a adressé à la contribuable de nouvelles décisions de taxation, concernant tant l'ICC que l'IFD, qui annulaient la taxation d'office du 5 novembre 2009, celle-ci se révélant manifestement inexacte.

Pour l'ICC, le montant de l'impôt s'élevait à CHF 82'538,60, calculé sur un bénéfice net total de CHF 344'021.- et un capital propre de CHF 451'333.-. Elle n'admettait pas la comptabilisation d'une provision pour charges de CHF 219'800.-. Celle-ci ne couvrait pas un risque de perte ou de charges pouvant être qualifié de certain ou de quasi-certain.

Concernant l'IFD, le montant de l'impôt s'élevait à CHF 29'240.-, fondé sur des chiffres similaires à ceux de l'ICC. La provision de CHF 219'800.- n'était également pas admise, seules les provisions justifiées commercialement étant déductibles.

4. Le 19 août 2010, S\_\_\_\_\_ a formé une réclamation contre les décisions de taxation du 29 juillet 2010, relatives tant à l'ICC qu'à l'IFD. Elle contestait la non prise en considération de la provision précitée.
5. Le 10 décembre 2010, l'AFC a rejeté la réclamation de S\_\_\_\_\_. Le risque de perte ou de charges que la provision était censée couvrir n'était pas qualifiable de certain ou de quasi-certain. Elle a pris une décision de teneur similaire, tant pour l'ICC que pour l'IFD.
6. Le 29 décembre 2010, par deux actes distincts, S\_\_\_\_\_ a interjeté recours à l'encontre de la décision sur réclamation précitée auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôt remplacée par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : commission), devenue depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

Les deux décisions sur réclamation devaient être annulées. Elle maintenait sa contestation au sujet de la provision pour travaux qu'elle avait calculée, qui correspondait à un risque certain ou quasi-certain et qui devait être admise.

7. Le 12 août 2011, l'AFC a principalement conclu au rejet du recours. La recourante étant une entreprise qui devait répondre des défauts cachés pendant les deux années suivant la fin des travaux, l'AFC pouvait admettre une provision forfaitaire de 1,5 % pour une durée de deux ans. Elle pouvait être maintenue seulement dans la mesure où un tableau de suivi était remis à l'AFC, qui mentionnait l'évolution de celle-ci, soit de son utilisation ou de son complément.
8. Le 26 mars 2012, le TAPI a admis partiellement le recours de S\_\_\_\_\_. Une provision pouvait être inscrite au bilan d'une société en lien avec des engagements incertains. Toutefois, pour qu'elle soit retenue, il fallait que ceux-ci existent ou soient prévisibles au moment de l'établissement du bilan, le seul doute concernant le montant de l'engagement. L'AFC avait finalement admis, dans son mémoire de réponse du 12 août 2011, une provision forfaitaire de 1,5 % pour une durée de deux ans, correspondant à la durée de la garantie de deux ans alléguée par la recourante. Le TAPI estimait qu'une provision forfaitaire pour garanties de travaux de 3 % du chiffre d'affaires était conforme à ce que préconisait la doctrine qui admettait la constitution d'une provision forfaitaire. Toutefois, une provision de 3 % tenait mieux compte que le taux de 1,5 % admis par l'AFC. Une provision pour garanties de travaux d'un montant de CHF 102'015.- au lieu des CHF 219'800.- comptabilisés pourrait être admise. Le dossier devait être renvoyé à l'AFC pour qu'il notifie de nouveaux bordereaux de taxation ICC et IFD 2008.
9. Le 30 avril 2012, l'AFC-GE a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du 26 mars 2012 précité, concluant à son annulation et au rétablissement de ses décisions du 2 décembre 2010, sous réserve de ce qu'elle admettait la prise en compte à titre de déduction d'une provision de CHF 51'007,45.
10. Le 7 mai 2012, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.
11. Le 28 juin 2012, S\_\_\_\_\_ a maintenu sa position et conclu, implicitement, au rejet du recours.
12. Le 5 juillet 2012, le juge délégué a requis de l'AFC qu'elle lui fournisse des explications au sujet des critères à utiliser en matière de calcul de la provision forfaitaire admissible.
13. L'AFC a répondu le 15 août 2012.
14. La cause a été gardée à juger le 25 septembre 2012 les parties ayant renoncé à fournir des observations finales.
15. Par courrier du 11 février 2013, la présidente du Conseil supérieur de la magistrature (ci-après : CSM) a informé les juges de la chambre administrative que M. X\_\_\_\_\_, juge assesseur auprès du TAPI siégeant dans les affaires

---

fiscales, était domicilié dans le canton de Vaud depuis le mois de septembre 2010, de sorte que dès cette date, il ne remplissait plus les conditions d'éligibilité.

## 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 26 mars 2012 et M. X\_\_\_\_\_ 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). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée, l'intimée n'y ayant pas conclu (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 30 avril 2012 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 26 mars 2012 ;

**au fond :**

l'admet partiellement ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 26 mars 2012 ;

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

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni 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 l'administration fiscale cantonale, à MB Fiduciaire S.A., mandataire de 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 :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :