

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4522/2009-ICCIFD

ATA/958/2014

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 2 décembre 2014**

**1<sup>ère</sup> section**

dans la cause

**Mme et M. A \_\_\_\_\_**

représentés par Me Thierry Ador, avocat

contre

**ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE**

et

**ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS**

---

**Recours contre les jugements du Tribunal administratif de première instance des  
11 avril 2011 (JTAPI/287/2011) et 16 décembre 2013 (JTAPI/1355/2013)**

---

## EN FAIT

1-1) Selon le registre du commerce, de 1996 à 2009, M. A\_\_\_\_\_ a été administrateur avec signature collective à deux de la Société Immobilière du B\_\_\_\_\_ SA (ci-après : SI), dont le capital-actions est constitué de cinquante actions d'une valeur nominale de CHF 1'000.-. Il a également été directeur puis représentant de la société C\_\_\_\_\_ SA (ci-après : C\_\_\_\_\_ ) de 1995 à 2009.

Formatted: Bullets and Numbering

2-2) Selon le registre foncier, la SI est propriétaire de la parcelle n° 1\_\_\_\_\_ de la commune de Genève-Cité, sise au \_\_\_\_\_, rue de D\_\_\_\_\_, aux E\_\_\_\_\_.

Formatted: Bullets and Numbering

3-3) a. Le 22 octobre 2004, M. A\_\_\_\_\_, gérant de fortune, et son épouse, Mme A\_\_\_\_\_, domiciliés dans le canton de Genève, ont rempli leur déclaration fiscale pour l'année 2003.

Formatted: Bullets and Numbering

Sous la rubrique « autres déductions sur le revenu », M. A\_\_\_\_\_ a déduit un montant de CHF 248'347.- pour l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) et l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC), qualifié de « PERTE S/ DROITS & OBLIGATIONS ». Il a par ailleurs déclaré le revenu de son activité dépendante, ayant travaillé à 100 % pour « F\_\_\_\_\_ / Bermudes » et à 100 % pour C\_\_\_\_\_. Il a finalement indiqué être propriétaire de mille cinq cents actions de C\_\_\_\_\_ ainsi que de vingt-cinq actions de la SI.

b. Les contribuables ont joint plusieurs documents à leur déclaration fiscale.

Selon un tableau intitulé « Perte sur Droits et Obligations [...] Relatif à l'Immeuble Commercial et travaux Du \_\_\_\_\_ Rue de D\_\_\_\_\_ », une perte de CHF 3'476'857.75 découlait de la différence entre le remboursement à la Fondation de valorisation des actifs de la Banque Cantonale de Genève (ci-après : la fondation) au 12 septembre 2003 à hauteur de CHF 6'376'857.75 et le refinancement par la Banque CIAL (Suisse), devenue par la suite la Banque CIC (Suisse) SA (ci-après : CIAL), au 1<sup>er</sup> septembre 2003 d'un montant de CHF 2'900'000.-. La perte était amortie sur sept ans, de CHF 496'694.- par année, dont la moitié, CHF 248'347.-, incombait à M. A\_\_\_\_\_.

Selon un courrier du 5 septembre 2003, la fondation s'engageait à remettre deux cédules hypothécaires grevant la parcelle n° 1\_\_\_\_\_, respectivement de premier rang de CHF 6'600'000.- et de deuxième rang de CHF 700'000.-, et à signer la réquisition de radiation au porteur dès réception d'un montant de CHF 6'793'893.25, résultant du bouclage indicatif, valeur du 12 septembre 2003 annexé. Conformément à ce dernier, un solde de CHF 6'376'857.75 était reporté au 31 mars 2003, auquel s'ajoutait des intérêts échus au

12 septembre 2003 de CHF 273'556.20 ainsi que des intérêts au même jour de CHF 143'479.30, pour un total de CHF 6'793'893.25.

Un relevé de CIAL du 5 janvier 2004 répertoriait notamment des hypothèques d'une valeur de CHF 2'900'000.-.

4-4) Par courrier du 19 mai 2006, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a demandé aux contribuables de préciser la nature exacte de la perte de CHF 248'347.- et de lui indiquer la date à laquelle les actions de la SI avaient été vendues.

Formatted: Bullets and Numbering

5-5) Par réponse du 8 juin 2006, les contribuables ont expliqué que les actions de la SI n'avaient pas été vendues et figuraient à l'état des titres.

Formatted: Bullets and Numbering

6-6) Le 31 mars 2007, les intéressés ont rempli leurs déclarations fiscales pour les années 2004 et 2005, inscrivant, pour les deux années, comme pour la période fiscale 2003, une déduction de CHF 248'347.- comme perte sur droits et obligations.

Formatted: Bullets and Numbering

7-7) Par bordereaux de taxation du 24 avril 2007, l'AFC-GE a fixé l'IFD et l'ICC dus par les contribuables pour l'année fiscale 2003.

Formatted: Bullets and Numbering

Conformément aux avis de taxation, la perte sur droits et obligations de CHF 248'347.- n'était déductible ni pour l'IFD ni pour l'ICC, aucune action n'ayant été vendue en 2003.

8-8) Par courrier du 21 mai 2007, les intéressés ont élevé réclamation à l'encontre de ces bordereaux, contestant des points qui ne sont plus litigieux aujourd'hui et s'opposant au refus de prise en compte de la perte de CHF 248'347.- dans le cadre de la taxation 2003.

Formatted: Bullets and Numbering

Ils contestaient les explications figurant dans les avis de taxation « pour diverses raisons et notamment en raison de la demande du 27 avril 2007 adressée par courrier recommandé à M. A\_\_\_\_\_ par M. G\_\_\_\_\_, chef de service ».

9-9) Par courrier du 11 juin 2009 relatif à l'année fiscale 2003, l'AFC-GE a invité les contribuables à produire la lettre d'ouverture du crédit du compte auprès de CIAL concernant la SI et indiquant les modalités de remboursements et de paiements ainsi que l'attestation de la fondation indiquant les intérêts dus par M. A\_\_\_\_\_ pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2003.

Formatted: Bullets and Numbering

10-10) a. Par deux courriers du 3 août 2009, les intéressés ont répondu à la demande de renseignement de l'AFC-GE.

Formatted: Bullets and Numbering

b. Selon un courrier du 9 août 1996, la Banque Cantonale de Genève (ci-après : BCGE) était disposée à accorder à M. A\_\_\_\_\_ et son associé un prêt

hypothécaire d'un montant de CHF 6'640'000.-, pour leur permettre la reprise de la totalité des certificats d'actions de la SI, contre la cession en pleine propriété de deux cédules hypothécaires au porteur grevant la parcelle n° 1\_\_\_\_\_, l'une de premier rang de CHF 6'000'000.-, obtenue après augmentation des titres existants de CHF 4'600'000.-, et l'autre de deuxième rang de CHF 600'000.-.

Dans un courrier 19 décembre 2000, la fondation notifiait à M. A\_\_\_\_\_ que la BCGE lui avait cédé deux crédits hypothécaires de CHF 49'537.40 et CHF 6'845'372.95.

Conformément à un courrier de la fondation du 11 octobre 2002, le montant total de l'engagement de M. A\_\_\_\_\_ et son codébiteur s'élevait à CHF 6'604'615.35.

Dans un courrier du 24 mars 2003, la fondation déclarait à M. A\_\_\_\_\_ résilier le contrat de prêt avec effet immédiat, les comptes présentant au 31 mars 2003 un solde en sa faveur de CHF 6'722'152.55, à payer d'ici au 15 avril 2003. Le crédit était notamment garanti par deux cédules hypothécaires au porteur, de premier rang de CHF 6'600'000.- ainsi que de deuxième rang de CHF 700'000.- grevant la parcelle n° 1\_\_\_\_\_. La fondation dénonçait au remboursement intégral ces papiers-valeurs pour le 21 octobre 2003.

Selon la convention de prêt du 15 août 2003, CIAL prêtait un montant de CHF 10'900'000.- à M. A\_\_\_\_\_ et son codébiteur dans un but de reprise de financements auprès de deux établissements tiers. Ce prêt était garanti par cession de cédules hypothécaires au porteur, soit six cédules grevant la parcelle n° 2\_\_\_\_\_ de la commune de Genève-Cité – une cédule de premier rang de CHF 3'000'000.-, une cédule de second rang de CHF 1'000'000.- et quatre cédules de troisième rang de CHF 1'800'000.-, CHF 1'000'000.-, CHF 1'000'000.- et CHF 200'000.- – et une cédule de premier rang de CHF 6'600'000.- grevant la parcelle n° 1\_\_\_\_\_.

- 11) Par bordereaux de taxation du 30 octobre 2009, l'AFC-GE a fixé les impôts dus par les contribuables pour l'année fiscale 2004, refusant la déduction de CHF 248'347.- tant pour l'IFD que pour l'ICC.

Conformément aux avis de taxation, les remboursements de dette n'étaient pas déductibles et aucune action n'avait été vendue en 2004.

- 12) Par décisions sur réclamation, bordereaux et avis de taxation rectificatifs du 9 novembre 2009, l'AFC-GE a persisté à refuser la déduction de la perte de CHF 248'347.- pour le calcul de l'IFD et de l'ICC 2003, les remboursements de dette n'étant pas déductibles.
- 13) a. Par acte du 9 décembre 2009, référencé sous cause A/4522/2009, Mme et M. A\_\_\_\_\_ ont recouru auprès de la commission cantonale de recours en

matière administrative, devenue le 1<sup>er</sup> janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre ces décisions, prenant des conclusions relatives à des éléments qui ne sont plus litigieux actuellement et concluant par ailleurs à la prise en compte de la déduction de CHF 248'347.- ainsi qu'à la révision de la taxation.

M. A\_\_\_\_\_ avait été contraint par la fondation de refinancer une opération commerciale. Il s'agissait d'une perte et non d'un remboursement de dette. L'AFC-GE n'avait pas encore établi la taxation pour l'année fiscale 2002 concernant l'IFD et l'ICC et traitait encore le dossier de la SI. Elle ne pouvait pas rejeter un élément de la déclaration fiscale 2003 alors que le même élément n'était pas encore traité sur l'exercice fiscal précédent.

M. A\_\_\_\_\_ occupait une position à responsabilités jusqu'au 29 juillet 2009 au sein de C\_\_\_\_\_, dont les administrateurs étaient l'objet de plaintes pénales pour CHF 31'063'000.-, soit CHF 6'212'600.- par administrateur, dans le cadre de l'affaire de M. H\_\_\_\_\_. Ces faits nouveaux devaient être pris en compte dans le cadre d'une révision.

b. À l'appui de leur recours, ils ont versé de nouvelles pièces à la procédure, notamment des procès-verbaux d'audience dans la procédure pénale P/3\_\_\_\_\_/2009.

- 14) Par courrier du 30 novembre 2009, les intéressés ont élevé réclamation à l'encontre des bordereaux de taxation pour l'année fiscale 2004, contestant des points qui ne sont plus litigieux aujourd'hui et s'opposant au refus de prise en compte de la perte de CHF 248'347.-.
- 15) Par bordereaux de taxation et avis de taxation du 12 mai 2010, l'AFC-GE a fixé les impôts pour l'année fiscale 2005, refusant la déduction de CHF 248'347.- tant pour l'IFD que pour l'ICC, pour les mêmes raisons que les années précédentes.
- 16) Par réponse du 8 juin 2010 dans la cause A/4522/2009, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

M. A\_\_\_\_\_ était tenu solidairement au remboursement de CHF 6'376'857.75. Il avait, avec son codébiteur, obtenu un financement de CIAL à hauteur de CHF 2'900'000.-. La soulte de CHF 3'476'857.-, amortissable sur sept ans à hauteur de CHF 248'347.- par année, représentait le solde dû à la fondation et s'intégrait directement dans le processus de remboursement de la dette initiale, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une perte. Il ne pouvait du reste s'agir d'une perte, dans la mesure où il n'y avait pas eu de vente des actions de la SI, la réalisation étant une condition nécessaire à l'admission d'une perte.

Les bordereaux de taxation n'étaient ni définitifs, ni exécutoires, de sorte qu'une révision ne pouvait être envisagée. En relation avec la constitution d'une provision, M. A\_\_\_\_\_ n'avait pas étayé ses allégations par des pièces contenant des indications ou des montants précis. En l'absence de condamnation pénale, le dommage était incertain. Du fait que des manquements personnels de M. A\_\_\_\_\_ étaient en cause, l'étroite connexité nécessaire entre l'activité professionnelle et la prestation à verser en réparation du dommage faisait défaut. Il ne s'agissait pas de frais d'acquisition du revenu et la provision ne serait pas commercialement justifiée.

- 17) Par courrier du 11 juin 2010, les contribuables ont élevé réclamation à l'encontre des bordereaux de taxation pour l'année fiscale 2005, contestant des points qui ne sont plus litigieux actuellement et s'opposant au refus de prise en compte de la perte de CHF 248'347.-.
- 18) Par courriers du 15 septembre 2010 relatifs à l'IFD et l'ICC 2004, l'AFC-GE a informé les contribuables du fait, que, en fonction des documents en sa possession, le point concernant la déduction de la « perte sur droits et obligations » allait être confirmé.
- 19) Par courrier du 6 octobre 2010, les contribuables ont maintenu leur réclamation à l'encontre de leur taxation pour l'année fiscale 2004 en relation avec la déduction de la perte.
- 20) a. Par réplique du 1<sup>er</sup> novembre 2010 dans la cause A/4522/2009, les contribuables ont maintenu leur recours et réservé leur impossibilité future de régler les impôts pouvant leur être demandés, reprenant et précisant leur argumentation précédente.

Le Tribunal de première instance (ci-après : TPI) avait rendu un jugement, qui faisait l'objet d'un appel.

M. A\_\_\_\_\_ était inculpé pour gestion déloyale. Ses biens et ceux de sa famille étaient séquestrés, ses revenus avaient durablement chuté et sa situation financière était dramatique, de sorte qu'il convenait de procéder à une remise de l'IFD et de l'ICC.

b. À l'appui de leur réplique, ils ont produit de nouveaux procès-verbaux d'audiences dans la procédure P/3\_\_\_\_\_/2009 ainsi qu'un jugement du TPI du 29 avril 2010 (JTPI/4418/2010), tranchant un litige opposant notamment l'État de Genève et la BCGE à M. A\_\_\_\_\_ et son codébiteur et retenant dans sa partie « en fait » que ces derniers avaient remboursé à la fondation CHF 6'793'890.25 en septembre 2003.

- 21) Par duplique du 22 novembre 2010 dans la même cause, l'AFC-GE a persisté dans ses conclusions, complétant l'argumentation développée précédemment.

Le TAPI était incompétent pour contrôler la procédure de recouvrement de l'impôt. La remise d'impôt ne pouvait intervenir que lorsque les montants d'impôts avaient été fixés par une décision entrée en force et ne remplaçait pas les voies de droits existantes, ni ne modifiait les taxations entrées en force.

- 22) Par décisions sur réclamations, bordereaux et avis de taxation rectificatifs du 15 décembre 2010, l'AFC-GE a persisté dans son refus de la déduction de la perte de CHF 248'347.- pour le calcul de l'IFD et de l'ICC des années fiscales 2004 et 2005.

La perte sur droits et obligations correspondait au solde d'un remboursement d'une dette à la fondation, non déductible.

- 23) Par actes du 15 janvier 2011, référencés sous cause A/311/2011, Mme et M. A\_\_\_\_\_ ont recouru auprès du TAPI contre ces décisions sur réclamations, contestant des éléments qui ne sont plus litigieux actuellement et concluant à la prise en compte de la déduction de CHF 248'347.-, à la révision des taxations, à la remise des impôts et à l'octroi d'un délai pour compléter les recours et produire les pièces justificatives.

- 24) Par jugement du 11 avril 2011 dans la cause A/4522/2009 (JTAPI/287/2011), expédié pour notification le 20 avril 2011, le TAPI a rejeté le recours relatif à l'année fiscale 2003 quant aux points demeurant litigieux aujourd'hui.

M. A\_\_\_\_\_ et son codébiteur s'étaient retrouvés débiteurs de la fondation à hauteur de CHF 6'376'857.75 et la perte dont la déduction était demandée résultait de la différence entre ce montant et celui qui avait pu être refinancé à hauteur de CHF 2'900'000.- auprès d'un établissement bancaire tiers. Les contribuables n'avaient pas produit de pièces justifiant le remboursement du solde de CHF 3'476'857.75 en sept annuités. La dette avait été remboursée en totalité le 12 septembre 2003. Le contrat de prêt initial du 9 août 1996 portait sur un montant de CHF 6'640'000.- et avait été accordé pour l'acquisition de la totalité des certificats d'actions de la SI. Le montant litigieux correspondait au remboursement d'une dette et non à une perte commerciale. La déduction d'un tel remboursement était exclue.

En l'absence de décision de taxation en force, une révision était exclue. Les éventuelles prétentions des victimes à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_ à l'issue de la procédure pénale ne seraient pas fondées sur des actes ayant un rapport

suffisamment étroit avec l'exercice de l'activité lucrative, de sorte qu'elles ne pouvaient être admises en déduction du revenu imposable.

- 25) Par réponse du 18 avril 2011 dans la cause A/311/2011, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

Elle a repris l'argumentation présentée dans sa réponse du 8 juin 2010 dans la cause A/4522/2009.

- 26) Par acte du 30 mai 2011 dans la cause A/4522/2009, Mme et M. A \_\_\_\_\_ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI du 11 avril 2011, demandant la constatation de l'effet suspensif, la suspension de la procédure ou, subsidiairement, l'octroi d'un délai pour produire l'exposé des motifs et l'indication des moyens de preuve ainsi que le renvoi de la cause au TAPI pour annulation de ses rejets et admission du recours.

Conformément à son courrier du 23 mai 2011, la direction du contrôle du département des finances avait ouvert une procédure en rappel d'impôt et une procédure pénale pour soustraction d'impôt pour l'IFD et l'ICC 2001, ainsi qu'une procédure pénale pour tentative de soustraction d'impôt pour l'IFD et l'ICC 2002 à 2009, ce qui aurait une influence sur la procédure devant la chambre administrative, qui devait être suspendue.

Ils s'opposaient au refus de prise en compte de la déduction de CHF 248'347.- ainsi qu'au rejet de la demande de révision. Le TAPI n'avait par ailleurs pas traité de la remise de l'impôt.

- 27) Par courrier du 6 juin 2011 dans la cause A/311/2011, les contribuables ont sollicité un délai au 31 août 2011 pour déposer leur réponse.

- 28) Par courrier du 7 juin 2011 dans la même cause, le TAPI a accordé la « prolongation » de délai au 31 août 2011.

- 29) Par courrier du 10 juin 2011 dans la cause A/4522/2009, l'AFC-GE a admis l'effet suspensif du recours, sous réserve des intérêts sur les montants dus, et s'est opposée à la suspension de la procédure, demandant à la chambre administrative de statuer sur les griefs du recours et de procéder au complément d'instruction sur les faits nouveaux, ou, subsidiairement, de statuer sur les griefs du recours et de lui renvoyer la cause pour complément d'instruction sur les faits nouveaux.

L'AFC-GE avait engagé une procédure en rappel d'impôt et une procédure pénale pour soustraction d'impôt pour l'IFD et l'ICC 2001 à 2009. Il était possible que des éléments de fortune n'aient pas été correctement déclarés par les contribuables, ce qui devait être instruit et était susceptible de conduire à une rectification à la hausse de l'assiette fiscale. Compte tenu de l'effet dévolutif du

recours, l'AFC-GE ne pouvait entreprendre de nouveaux actes d'instruction et ne pouvait ordonner à l'autorité de recours d'y procéder.

- 30) Par courrier du 15 juin 2011 dans la même cause, l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH) a fait siennes les considérations et conclusions de l'AFC-GE.
- 31) Par courrier du 21 juin 2011 dans la même procédure, le TAPI a persisté dans les considérants et le dispositif de son jugement et a transmis son dossier.
- 32) Le 27 juin 2011 a eu lieu une audience de comparution personnelle devant la chambre administrative, dans la cause A/4522/2009.

Les contribuables et les représentants de l'AFC-GE ont demandé d'entente la suspension de la procédure. Ces derniers ont précisé que des demandes de renseignements étaient en cours dans la procédure de rappel d'impôts.

- 33) Par décision du 27 juin 2011, la chambre administrative a prononcé la suspension de la procédure A/4522/2009 et dit que l'instruction du recours serait reprise par déclaration écrite de la partie la plus diligente ou, à défaut, qu'elle serait reprise d'office à l'échéance d'une année dès la communication de la décision de suspension.
- 34) Par décision du 15 septembre 2011, le TAPI a prononcé la suspension de la procédure A/311/2011.
- 35) Par courrier du 24 juillet 2012 dans la cause A/4522/2009, l'AFC-GE a indiqué ne pas s'opposer à une nouvelle suspension de la procédure.
- 36) Par courrier du 2 août 2012 dans la même cause, les contribuables ont demandé la suspension à nouveau de la procédure pour une durée d'une année.
- 37) Par courrier du 7 août 2012 dans la même procédure, l'AFC-CH s'est ralliée à la position de l'AFC-GE, ne s'opposant pas à une nouvelle suspension.
- 38) Par décision du 13 août 2012, la chambre administrative a prononcé la reprise et la suspension à nouveau de la procédure A/4522/2009 et dit que l'instruction du recours serait reprise par déclaration écrite de la partie la plus diligente ou, à défaut, qu'elle serait reprise d'office à l'échéance d'une année dès la communication de la décision de suspension.
- 39) Par décision du 7 novembre 2012, le TAPI a prononcé une nouvelle suspension de la procédure A/311/2011.
- 40) Par courriers du 6 novembre 2013, l'AFC-GE a sollicité la reprise des procédures A/311/2011 pendante devant le TAPI et A/4522/2009 pendante devant la chambre administrative.

Les instructions menées par l'AFC-GE ne conduisaient pas à une modification de l'assiette fiscale des années 2002 à 2005.

- 41) Par décision du 8 novembre 2013, la chambre administrative a prononcé la reprise de la procédure A/4522/2009 et a imparti un délai au 9 décembre 2013 à l'AFC-GE pour se déterminer sur le fond.
- 42) Par réponse du 9 décembre 2013 dans la cause A/4522/2009, l'AFC-GE a conclu à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet.

Les fêtes prévues par le droit genevois ne s'appliquaient pas dans la procédure de recours concernant l'IFD, de sorte que le recours était tardif. Les contribuables s'étaient contentés de renvoyer à leurs écritures de première instance sans prendre de conclusions formelles, de sorte qu'il n'était pas conforme aux exigences de motivation.

Elle a, pour le surplus, repris l'argumentation développée précédemment.

- 43) Le 14 novembre 2013, le TAPI a prononcé la reprise de la procédure A/311/2011.
- 44) Par jugement du 16 décembre 2013 dans la cause A/311/2011 (JTAPI/1355/2013), expédié pour notification le 18 décembre 2013, le TAPI a rejeté le recours relatif aux années fiscales 2004 et 2005 quant aux points demeurant litigieux aujourd'hui.

Il s'est référé à la motivation de son jugement du 11 avril 2011 pour confirmer le refus de la déduction de la perte de CHF 248'347.- et a en substance soutenu la même motivation quant à la demande de révision.

La demande de remise était irrecevable, car prématurée.

- 45) a. Par requête complémentaire du 17 janvier 2014 dans la cause A/4522/2009, les contribuables ont conclu à la recevabilité du recours, à la confirmation de l'effet suspensif, à l'apport de la procédure pénale P/3\_\_\_\_\_, à la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale, à l'expertise du bien immobilier du \_\_\_\_\_, rue de D\_\_\_\_\_ et de la SI, à l'annulation du jugement attaqué, au renvoi de la cause au TAPI pour décision favorable ainsi qu'à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Ils ont repris et complété leur argumentation précédente.

Ils avaient réceptionné le jugement le 23 avril 2011. Les conclusions du 30 mai 2011 pouvaient facilement être comprises par la juridiction de recours et étaient conformes aux exigences légales. Les suspensions s'appliquaient en matière d'IFD.

Le courrier de l'AFC-GE demandant la reprise de la procédure n'avait pas été notifié aux contribuables, de sorte qu'ils n'avaient pas pu se déterminer sur la reprise de la procédure. Leur droit d'être entendu avait été violé.

Ils avaient démontré avoir été contraints de refinancer une opération commerciale due à la perte de valeur des biens financiers. Si l'AFC-GE persistait à prétendre qu'il s'agissait d'un remboursement de dette, il lui appartenait de le démontrer.

b. À l'appui de leur requête, ils ont versé à la procédure de nouveaux documents de la procédure pénale P/3 \_\_\_\_\_/2009.

- 46) a. Par acte du 20 janvier 2014 dans la cause A/311/2011, Mme et M. A \_\_\_\_\_ ont recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement du 16 décembre 2013, concluant à la confirmation de l'effet suspensif, à l'apport de la procédure pénale P/3 \_\_\_\_\_/2009, à l'expertise du bien immobilier du \_\_\_\_\_, rue de D \_\_\_\_\_ et de la SI, à la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale, à l'annulation du jugement attaqué, au renvoi de la cause au TAPI pour décision favorable et à l'allocation d'une indemnité de procédure.

En n'octroyant pas de délai pour compléter leur recours, le TAPI avait violé leur droit d'être entendu.

Ils ont par ailleurs repris, pour les années fiscales 2004 et 2005, l'argumentation développée pour l'année fiscale 2003 dans leur requête complémentaire du 17 janvier 2014 dans la cause A/4522/2009.

b. À l'appui de leur recours, ils ont produit un exemplaire du jugement attaqué comportant le tampon humide du 20 décembre 2013.

- 47) Par courrier du 25 février 2014, le TAPI a transmis son dossier A/311/2011 à la chambre administrative, sans formuler d'observations.

- 48) Par réponse du 21 mars 2014 dans la même procédure, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

Les intéressés n'avaient pas prouvé la perte commerciale encourue. Au contraire, les pièces démontraient qu'il s'agissait du remboursement d'une dette.

Si leur droit d'être entendu avait été violé devant le TAPI, le dépôt du recours auprès de la chambre administrative l'avait réparé.

- 49) Par requête complémentaire du 16 juin 2014 dans la même cause, les contribuables ont persisté dans l'intégralité de leurs conclusions et ont sollicité leur propre audition ainsi que celle de MM. I \_\_\_\_\_ et J \_\_\_\_\_, comptables.

Ils ont repris et précisé l'argumentation développée précédemment.

Le montant de CHF 248'347.- pour chaque période fiscale correspondait à une perte commerciale, laquelle devait être provisionnée et était démontrée par le besoin de refinancement, qui incluait le remboursement et un nouveau prêt. Il s'agissait d'une provision commerciale, la valeur du bien ayant fortement diminué. Le remboursement de la dette au-delà du refinancement obtenu démontrait la perte de valeur du bien.

50) Le 15 septembre 2014 s'est tenue une unique audience de comparution personnelle dans les deux causes.

a. M. A\_\_\_\_\_ a confirmé les termes de ses recours.

En cas de condamnation définitive dans la procédure pénale, une procédure de révision devrait être ouverte en matière fiscale, l'État devant transférer aux parties civiles les impôts encaissés auprès des personnes poursuivies pendant les années concernées, de sorte qu'il maintienne sa demande de suspension jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale.

Lorsque CIAL avait refinancé l'immeuble des E\_\_\_\_\_, elle leur avait accordé 80 % de ce qu'elle estimait être la valeur de l'immeuble à l'époque, de CHF 3'625'000.-, soit CHF 2'900'000.-. Il avait estimé devoir constituer une provision, dont les conditions étaient réalisées. Sa fiduciaire lui avait proposé de provisionner la perte en la répartissant sur sept ans. Il menait deux activités professionnelles en parallèle, en tant que salarié puis associé de C\_\_\_\_\_ et dans l'immobilier, où il aidait certains clients. L'immeuble de la rue des E\_\_\_\_\_ appartenait à sa fortune commerciale.

b. La représentante de l'AFC-GE a indiqué maintenir ses conclusions.

51) a. Par détermination et requête complémentaire du 15 octobre 2014 commune aux deux causes, les contribuables ont exprimé leur accord à une jonction des causes A/4522/2009 et A/311/2011 et ont conclu à la recevabilité des recours, à l'admission d'une « perte/provision de CHF 295'132.65 » pour les exercices 2003 à 2005 ou, alternativement, à l'admission d'une « perte/provision de CHF 2'065'928.50 pour l'exercice 2003 et [du] report pour les années ultérieures si la perte n'[était] pas déductible en entier sur l'année 2003, successivement pour les années 2004, 2005 et années ultérieures » et au renvoi du dossier à l'AFC-GE pour émission de nouveaux bordereaux dans le sens des considérants, avec suite de frais et « dépens ».

Le montant de CHF 248'347.- devait être considéré comme une perte commerciale, alternativement comme une provision. Les contribuables avaient à juste titre constitué une provision de CHF 248'347.-, représentant le montant de CHF 1'738'429.- réparti sur sept ans, en raison du risque pour les exercices comptables futurs.

Le rapport d'estimation annexé démontrait que le risque de perte, et donc la provision, étaient réels et concrets dès la période fiscale 2003. La proposition de financement jointe confirmait la « valeur possible bancairement et économiquement du bien ». M. A\_\_\_\_\_ avait rempli ses obligations liées au fardeau de la preuve. Avec l'attestation de CIAL, ces pièces démontraient de manière concrète la situation dans laquelle les contribuables s'étaient trouvés en 2003, soit un risque de perte réel et concret justifiant la provision comptabilisée.

b. À l'appui de leur détermination, les contribuables ont versé à la procédure un rapport d'estimation de l'immeuble du \_\_\_\_\_, rue de D\_\_\_\_\_, fixant sa valeur à CHF 2'245'000.- pour les années 2003 à 2005, un projet de plan financier d'Allianz du 14 mai 2003 pour l'acquisition de l'immeuble de la rue de D\_\_\_\_\_ ainsi qu'une attestation de CIAL du 27 mai 2014, selon laquelle, lors de la reprise du prêt de la fondation en 2003, elle avait accordé un prêt de CHF 2'900'000.- pour le refinancement de la SI, respectivement son immeuble du \_\_\_\_\_, rue de D\_\_\_\_\_, sur la base d'une valeur de gage estimée selon ses méthodes d'évaluation à l'interne.

52) Par observations du même jour communes aux deux causes, l'AFC-GE a persisté dans l'intégralité de ses conclusions.

M. A\_\_\_\_\_ ne qualifiait plus la somme de CHF 248'347.- de perte commerciale mais de provision devant être constituée à la charge du compte de résultat. Cette provision n'avait jamais été constituée et ne ressortait pas des comptes de la SI, de sorte qu'elle ne pouvait être prise en compte.

53) Sur quoi, les causes ont été gardées à juger.

## EN DROIT

1) a. L'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune (art. 70 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10)

b. En l'espèce, les causes A/4522/2009 et A/211/2011 se rapportent à l'incidence de mêmes faits sur des années fiscales successives et opposent les mêmes parties.

La chambre administrative procédera dès lors à leur jonction sous le n° A/4522/2009.

2) Interjetés devant la juridiction compétente, les recours sont recevables de ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 – LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA).

3) L'autorité intimée affirme que le recours contre le jugement du TAPI du 11 avril 2011 serait tardif en tant qu'il concernerait l'IFD.

a. La procédure en matière de recours devant la commission cantonale de recours en matière d'impôt prévue par la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) s'applique par analogie à la procédure de recours devant une autre instance cantonale (art. 145 LIFD). Le délai de recours est de trente jours (art. 140 al. 1 LIFD). Passé ce délai, un recours n'est recevable que si le contribuable établit que par suite de service militaire, de service civil, de maladie, d'absence du pays ou pour d'autres motifs sérieux, il a été empêché de présenter son recours en temps utile et qu'il l'a déposé dans les trente jours après la fin de l'empêchement (art. 133 al. 3 LIFD).

Les délais prévus par la LIFD ne peuvent être prolongés (art. 119 al. 1 LIFD) et aucune suspension des délais pendant les fêtes n'est prévue (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_407/2012 du 23 novembre 2012 consid. 2.4 et 2C\_628/2010 du 28 juin 2011 consid. 3.1 et les références citées).

b. La loi genevoise de procédure fiscale est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et s'applique depuis lors aux divers impôts cantonaux (art. 1 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17). Elle prévoit que la LPA est applicable, pour autant que la LPFisc n'y déroge pas (art. 2 al. 2 LPFisc).

Selon l'art. 17A LPA, dans sa teneur jusqu'au 15 novembre 2013, les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas du septième jour avant Pâques au septième jour après Pâques inclusivement, sans exception en matière fiscale.

L'art. 63 LPA, qui a remplacé l'art. 17A LPA le 16 novembre 2013, exclut la suspension pour les procédures soumises aux règles de la LPFisc (art. 63 al. 2 let. e LPA). Selon le rapport concernant cette modification législative, il s'agissait de supprimer la différence entre la procédure de l'IFD, où il n'y a pas d'interruption du délai, et celle de l'ICC, qui en prévoyait une (rapport du 14 juin 2013 de la commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État modifiant la LPA [suspension des délais] adoptée par le Grand Conseil le 20 septembre 2013, PL 11'017-A).

c. En l'espèce, selon les indications figurant dans leur recours du 30 mai 2011, les recourants ont reçu le JTAPI/287/2011 le 23 avril 2011 et ont expédié leur acte de recours à son encontre le 30 mai 2011.

Du fait de la suspension des délais pendant la période de Pâques, le recours contre le jugement du TAPI du 11 avril 2011 a été déposé dans le délai de trente jours en matière d'ICC. En l'absence de suspension, il est en revanche tardif et donc irrecevable en ce qui concerne l'IFD.

Expédié le 20 janvier 2014, le recours contre le jugement du TAPI du 16 décembre 2013, notifié le 20 décembre 2014, a été interjeté en temps utile aussi bien en matière d'IFD que d'ICC.

4) L'autorité intimée soutient que les recourants se seraient contentés de renvoyer à leurs écritures de première instance sans prendre de conclusions formelles dans leur acte de recours contre le jugement du TAPI du 11 avril 2011, de sorte qu'il ne serait pas conforme aux exigences de motivation.

a. L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). L'acte de recours contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

b. Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Le fait que les conclusions ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas, en soi, un motif d'irrecevabilité, pourvu que l'autorité judiciaire et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/754/2014 du 23 septembre 2014 consid. 2a ; ATA/427/2014 du 12 juin 2014 consid. 3a ; ATA/350/2014 du 13 mai 2014 consid. 4 ; ATA/818/2013 du 18 décembre 2013 consid. 3 ; ATA/844/2012 du 18 décembre 2012 consid. 3 ; ATA/681/2010 du 5 octobre 2010 consid. 2a). Une requête en annulation d'une décision doit par exemple être déclarée recevable dans la mesure où le recourant a, de manière suffisante, manifesté son désaccord avec la décision ainsi que sa volonté qu'elle ne développe pas d'effets juridiques (ATA/350/2014 précité consid. 4 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, Vol. II, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 624 n. 5.3.1.2).

c. L'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/586/2013 du 3 septembre 2013 consid. 4c ; ATA/401/2013 du 25 juin 2013 consid. 2c ; ATA/102/2012 du 21 février 2012 consid. 3 ; ATA/775/2005 du 15 novembre 2005 consid. 1). Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse (ATA/586/2013 précité consid. 4c ; ATA/401/2013 précité consid. 2c ; ATA/102/2012 précité consid. 3).

d. En l'espèce, il ressort clairement de l'acte de recours du 30 mai 2011 que les recourants contestent le jugement du TAPI en ce qu'il confirme le refus de la déduction de CHF 248'347.- et rejette la demande de révision ainsi que la demande de remise de l'impôt. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, les recourants, alors assistés d'un mandataire professionnellement qualifié et non d'un avocat, ont expressément formulé des conclusions, même s'ils auraient pu formuler ces dernières de manière plus claire. Ils ont ainsi demandé le renvoi du jugement du 11 avril 2011 au TAPI pour annulation de ce dernier et « réponse positive » au recours, ce qui démontre leur désaccord avec les décisions de l'autorité intimée et leur volonté qu'elles ne déploient pas d'effets juridiques, de sorte qu'il en découle matériellement qu'ils contestent leur taxation pour l'année fiscale 2003 et demandent l'annulation des décisions litigieuses sur les points contestés listés dans leurs écritures.

Par ailleurs, si la motivation apportée est sommaire, elle permet de comprendre pourquoi les recourants contestent leur taxation 2003 et donc de déterminer l'objet du litige et a suffi à l'autorité intimée pour répondre aux griefs des recourants, comme le démontre sa réponse du 9 décembre 2013.

Le recours contre le jugement du 11 avril 2011 est par conséquent recevable quant à son contenu.

- 5) Au vu de ce qui précède, le recours contre le jugement du TAPI du 11 avril 2011, en tant qu'il concerne l'ICC, et le recours contre le jugement du TAPI du 16 décembre 2013, seront déclarés recevables. Le recours du 30 mai 2011 contre le jugement du TAPI du 11 avril 2011 sera déclaré irrecevable quant à l'IFD.
- 6) Les recourants demandent à la chambre administrative de confirmer l'effet suspensif du recours. Toutefois, l'autorité intimée n'ayant pas déclaré sa décision exécutoire nonobstant recours, le recours a effet suspensif de par la loi (art. 66 al. 1 LPA) et les recourant n'ont pas d'intérêt à sa confirmation, soit sa constatation. Leur conclusion est irrecevable.
- 7) Les recourants demandent la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale P/3 \_\_\_\_\_/2009.
  - a. Lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative relevant de la compétence d'une autre autorité et faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite autorité, la suspension de la procédure administrative peut, le cas échéant, être prononcée jusqu'à droit connu sur ces questions (art. 14 al. 1 LPA).
  - b. En l'espèce, comme il sera examiné ultérieurement (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_819/2009 du 28 septembre 2010 consid. 2.1 et jurisprudence citée ;

---

2C\_566/2008 du 16 décembre 2008 consid. 2.2 ; 2A.29/1993 du 23 juin 1994 consid. 3 ; ATA/268/2011 du 3 mai 2011 consid. 7a), la solution du présent litige est indépendante de l'issue de la procédure pénale P/3\_\_\_\_\_/2009.

Il n'y a dès lors pas lieu de prononcer la suspension de la procédure.

8) Les recourants sollicitent l'apport de la procédure pénale P/3\_\_\_\_\_/2009 ainsi que l'expertise du bien immobilier du \_\_\_\_\_, rue de D \_\_\_\_\_ et de la SI et sollicitent leur propre auditions et celle de témoins.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197 ; 136 I 265 consid. 3.2 p. 272 ; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 4.1 ; 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2C\_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1).

b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; ATA/586/2013 du 3 septembre 2013 consid. 5b).

c. En l'espèce, la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher le litige et de se prononcer sur les griefs soulevés en toute connaissance de cause.

Il ne sera dès lors pas donné suite aux requêtes des recourants.

9) Les recourants estimant qu'ils devraient bénéficier de remises d'impôts, il convient d'examiner l'objet du litige. Ils demandent par ailleurs la révision de leurs taxations du fait des plaintes pénales et la poursuite pénale à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_.

a. Peuvent notamment faire l'objet d'un recours les décisions finales (art. 57 let. a LPA), soit les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans

les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal et communal au sens de l'art. 4 al. 1 LPA, qui mettent fin à une procédure pour leur bénéficiaire. La juridiction administrative applique le droit d'office et ne peut aller au-delà des conclusions des parties, sans pour autant être liée par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

b. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/751/2013 du 12 novembre 2013 consid. 6). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés (ATA/336/2014 du 13 mai 2014 consid. 4a ; ATA/790/2013 du 3 décembre 2013 consid. 4 ; ATA/560/2006 du 17 octobre 2006 consid. 5b). Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/336/2014 précité consid. 4a ; ATA/163/2010 du 9 mars 2010 consid. 2c ; ATA/503/2009 du 6 octobre 2009 consid. 2b).

c. Le contribuable peut se voir remettre tout ou partie de l'impôt dû, des intérêts ou de l'amende infligée ensuite d'une contravention s'il est tombé dans le dénuement et ne pourrait les payer sans que cela entraîne pour lui des conséquences très dures (art. 167 al. 1 LIFD et 37 al. 1 de la loi relative à la perception et aux garanties des impôts des personnes physiques et des personnes morales du 26 juin 2008 - LPGIP - D 3 18). La demande en remise concernant l'IFD, motivée par écrit et accompagnée des preuves nécessaires, doit être adressée à l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct compétente (art. 167 al. 2 LIFD). La demande de remise concernant l'ICC, motivée par écrit et accompagnée des preuves nécessaires, doit être adressée au département (art. 37 al. 2 LPGIP).

d. Une décision ou un prononcé entré en force peut être révisé en faveur du contribuable, à sa demande ou d'office lorsque des faits importants ou des preuves concluantes sont découverts (art. 51 al. 1 let. a LIFD et 55 al. 1 let. a LPFisc).

Dans le cadre de la procédure de recours, sauf exception prévue par la loi, le recourant peut invoquer des motifs, des faits et des moyens de preuves nouveaux qui ne l'ont pas été dans les précédentes procédures (art. 68 LPA).

En outre, comme l'a constaté le TAPI, une révision est exclue, en l'absence de décisions de taxation entrées en force. Les recourants étaient cependant fondés à invoquer devant le TAPI puis la chambre administrative des faits nouveaux non invoqués devant l'autorité intimée. La demande de révision sera dès lors déclarée irrecevable et la chambre administrative examinera les faits nouveaux allégués.

e. En l'espèce, par les décisions attaquées, l'AFC-GE a fixé l'IFD et l'ICC dus par les recourants pour les années fiscale 2003 à 2005. Il en résulte que l'objet du litige se limite à la conformité au droit de ces taxations. La demande de remise d'impôts, qui n'a jamais été soumise à l'autorité intimée et porte du reste sur des taxations qui ne sont pas encore entrées en force, est exorbitante au litige et par conséquent irrecevable devant la chambre administrative, comme d'ailleurs devant le TAPI avant elle.

10) Le litige porte dès lors uniquement sur les taxations des recourants pour l'IFD des années fiscales 2004 et 2005 et pour l'ICC des périodes fiscales 2003 à 2005.

11) Dans un grief d'ordre formel, les recourants reprochent à la chambre administrative d'avoir violé leur droit d'être entendu en ne les ayant pas consultés avant d'ordonner la reprise de la procédure A/4522/2009. Ils formulent par ailleurs le même grief quant à la procédure devant le TAPI, du fait que ce dernier ne leur aurait pas octroyé de délai pour compléter leur recours dans la cause A/311/2011 et n'aurait pas tranché la question de la remise d'impôt dans la partie « en droit » de son jugement.

a. En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 129 II 497 consid. 2.2 p. 504 ss). L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale, mais doit être définie au regard des intérêts concrètement en jeu. L'idée maîtresse est qu'il faut permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (ATF 111 Ia 273 consid. 2b p. 274 ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/cc p. 197).

b. La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 ss ; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204 ; 132 V 387 consid. 5.1 p. 390 ; 129 I 129 consid. 2.2.3 p. 135 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_306/2012 du 18 juillet 2012 consid. 3.1 ; 1C\_572/2011 du 3 avril 2012 consid. 2.1 et les références citées ; 1C\_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 8C\_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 5A\_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C\_104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; ATA/801/2014 du 14 octobre 2014 consid. 10d ; ATA/304/2013 du 14 mai 2013 consid. 4c ; ATA/192/2012 du

3 avril 2012 consid. 2b ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, ch. 2.2.7.4 p. 322 et 2.3.3.1 p. 362 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 516 ss n. 1553 ss). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 72 et la jurisprudence citée ; arrêts du Tribunal fédéral précités). Elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à un traitement rapide de la cause (ATF 133 I 201 consid. 2.2 p. 204 ; 132 V 387 consid. 5.1 ; ATA/197/2013 du 26 mars 2013 consid. 4). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/304/2013 précité consid. 4c).

c. L'instruction du recours est suspendue par la requête simultanée de toutes les parties (art. 78 let. a LPA). L'instruction du recours est reprise, par déclaration écrite de la partie la plus diligente (art. 79 al. 1 LPA). Toutefois, l'autorité reprend d'office l'instruction en l'absence de déclarations des parties, à l'échéance d'une année à compter du jour où la décision prononçant la suspension est communiquée (art. 79 al. 2 LPA).

d. En l'espèce, l'AFC-GE a expressément demandé la reprise de la procédure devant la chambre administrative. Cette dernière n'avait dès lors aucune de marge de manœuvre et il n'y avait pas lieu d'entendre les recourants à ce sujet, de sorte que le droit d'être entendu des recourants n'a pas été violé.

En relation avec la procédure devant la TAPI, il est vrai qu'après suspension de la procédure A/311/2011, ce dernier n'a pas imparti de délai aux recourants pour compléter leur recours du 15 janvier 2011 et répondre aux écritures de l'AFC du 18 avril 2011. Avant la suspension de la procédure, un délai au 31 août 2011 leur avait toutefois été accordé, sans qu'ils ne réagissent. Ils n'ont par ailleurs pas non plus réagi spontanément après la reprise de la procédure le 14 novembre 2013.

Il est également vrai que le TAPI n'a pas traité, dans la partie « en droit » de son jugement, de la question de la remise de l'impôt.

En tout état, même à considérer que le droit d'être entendu des recourants n'aurait pas été respecté en première instance, ce vice se trouverait réparé dans le cadre de la présente procédure de recours, dès lors que la chambre administrative dispose du même pouvoir de cognition que le TAPI, que les recourants ont eu l'occasion de faire valoir leur argumentation devant l'instance de recours et que la chambre administrative analysera leur griefs à l'encontre des décisions litigieuses

---

et du jugement du TAPI, y inclus la question de la remise de l'impôt, qu'elle a du reste déjà examinée.

Le grief de violation du droit d'être entendu sera dès lors écarté.

- 12) Le litige concerne des déductions sur le revenu de l'activité indépendante et dépendante des recourants dans le cadre de l'IFD 2004 et 2005 et de l'ICC 2003 à 2005.

La question étant traitée de la même manière en droit fédéral et en droit cantonal harmonisé, le présent arrêt traite simultanément des deux impôts, comme cela est admis par la jurisprudence (ATF 135 II 260 consid. 1.3.1 p. 262 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_394/2013 du 24 octobre 2013 consid. 1.1 et 2C\_60/2013 du 14 août 2013 consid. 1 ; ATA/204/2014 du 1<sup>er</sup> avril 2014 consid. 3).

- 13) Il convient préalablement d'examiner le droit matériel applicable.

a. Les questions de droit matériel sont résolues en fonction du droit en vigueur lors des périodes fiscales litigieuses (arrêt du Tribunal fédéral 2A.568/1998 du 31 janvier 2000 consid. 10a ; ATA/877/2004 du 9 novembre 2004 consid. 3).

b. En ce qui concerne l'IFD 2004 et 2005, la LIFD, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, est applicable, dans son état lors de la période fiscale en cause.

c. Les cinq anciennes lois sur l'imposition des personnes physiques ont été abrogées avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2010, de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08 ; art. 69 al. 1 LIPP). La LIPP s'applique pour la première fois pour les impôts de la période fiscale 2010. Les impôts relatifs aux périodes fiscales antérieures demeurent régis par les dispositions de l'ancien droit, même après l'entrée en vigueur de la LIPP (art. 72 al. 1 LIPP).

Les recours portant sur l'ICC 2003 à 2005, l'ancien droit est applicable, en particulier la loi sur l'imposition des personnes physiques – détermination du revenu net - calcul de l'impôt et rabais d'impôt - compensation des effets de la progression à froid du 22 septembre 2000 (aLIPP-V), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001 (art. 21 aLIPP-V).

- 14) Les recourants affirment premièrement que le montant de CHF 248'347.- correspondrait à une perte ou à une provision, déductible.

a. L'impôt sur le revenu a pour objet le revenu net. Celui-ci s'obtient en déduisant du revenu brut les frais d'acquisition du revenu et les déductions générales (art. 25 à 33a et 212 LIFD, dans son état avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014, 9 al. 1 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 - LHID - RS 642.14 et 1 aLIPP-V). Le revenu

imposable s'obtient ensuite en défalquant du revenu net les déductions sociales (art. 35 et 213 LIFD, dans son état avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014, 11 LHID et 10 al. 1 aLIPP-V).

b. Aux termes des art. 27 al. 1 LIFD, 10 LHID et 3 al. 3 aLIPP-V, le contribuable exerçant une activité lucrative indépendante peut déduire du revenu brut les frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel. D'une manière générale, seront admises en déduction toutes les dépenses en relation avec l'activité professionnelle, à savoir notamment les salaires, les prestations sociales en faveur du personnel, le loyer professionnel, les primes d'assurances professionnelles, la publicité, le chauffage, le matériel de bureau, le transport (Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 172 n. 275).

Font notamment partie de ces frais les provisions et les pertes effectives sur des éléments de la fortune commerciale, à condition qu'elles aient été comptabilisées (art. 27 al. 2 LIFD, 10 al. 1 let. b et c LHID et 3 al. 3 let. e et f aLIPP-V). Des provisions peuvent être constituées à la charge du compte de résultats, notamment pour les engagements de l'exercice dont le montant est encore indéterminé et pour les risques de pertes sur des actifs (art. 29 al. 1 LIFD, 10 al. 1 let. b LHID, 3 al. 3 let. e aLIPP-V). Les pertes des sept exercices précédant la période fiscale peuvent être déduites, à condition qu'elles n'aient pas été prises en considération lors du calcul du revenu imposable de ces années (art. 211 LIFD, dans son état avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014, 10 al. 2 LHID et 3 al. 3 let. f aLIPP-V).

S'agissant des déductions autorisées par la loi, leur caractère d'exception à l'impôt doit entraîner une interprétation restrictive de leur nature et de leur étendue (ATA/668/2014 du 26 août 2014 consid. 3 ; ATA/132/2009 du 17 mars 2009 consid. 5 ; ATA/380/2005 du 24 avril 2005 consid. 3a ; ATA/10/1998 du 13 janvier 1998 consid. 3).

Les dépenses affectées au remboursement des dettes ne peuvent être déduites (art. 34 let. c LIFD et art. 9 let. c LIPP-V).

c. En matière fiscale, il appartient à l'autorité d'établir les faits qui justifient l'assujettissement et qui augmentent la taxation, tandis que le contribuable doit prouver les faits qui diminuent la dette ou la suppriment (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_111/2012 du 25 juillet 2012 consid. 4.4 et 2A.374/2006 du 30 octobre 2006 consid. 4.3). S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve (ATF 133 II 153 consid. 4.3 p. 158 ; ATF 121 II 257 consid. 4c.aa p. 266 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_477/2009 du 8 janvier 2010 consid. 3.5 et 2C\_199/2009 du 14 septembre 2009 consid. 3.1 ; ATA/232/2014 du 8 avril 2014 consid. 3c ; ATA/532/2013 du 27 août 2013 consid. 6b et les références citées).

d. En l'espèce, les recourants soutiennent que le montant de CHF 248'347.- représenterait le septième d'une perte commerciale, déductible de leurs revenus, ou, alternativement, qu'il s'agirait d'une provision, constituée en raison du risque pour les exercices comptables futurs et également déductible. L'autorité fiscale et le TAPI considèrent qu'il s'agirait du remboursement d'une dette, ne constituant pas une perte commerciale ni une provision déductibles.

Il ressort du dossier que le recourant a obtenu en 1996, avec son associé, un prêt hypothécaire de CHF 6'640'000.- aux fins d'acquérir la totalité des actions de la SI. Lorsque ce prêt a été dénoncé en 2003, les codébiteurs ont été contraints de procéder au remboursement de leur dette, à hauteur de CHF 6'376'857.75, intérêts non compris, ce qu'ils ont fait en septembre 2003, conformément au jugement du TPI du 29 avril 2010. À cet effet, ils ont obtenu un nouveau financement auprès d'un autre établissement bancaire, à hauteur de CHF 2'900'000.-. La partie du remboursement non financé par le prêt, soit CHF 3'476'857.75 ne correspond dès lors pas à une perte, ni d'ailleurs à une provision, mais au remboursement du solde de la dette contractée en 1996. L'attestation de CIAL du 27 mai 2014 ne contredit aucunement cette constatation.

Il convient du reste de constater que l'argumentation subsidiaire des recourants, relative à la création d'une provision pour risque pour les exercices comptables futurs, est non seulement incompatible avec leur première argumentation – un même poste ne pouvant à la fois constituer une perte effectivement subie et un risque de perte – mais n'a au demeurant aucunement été prouvée, les recourants s'étant contentés d'affirmer dans leur dernière écriture avoir constitué une provision de CHF 248'347.-, sans le démontrer et sans qu'elle apparaisse dans les documents annexés à leurs déclarations fiscales.

Les recourants, qui, s'agissant d'une déduction, supportent le fardeau de la preuve, soutiennent par conséquent à tort avoir prouvé l'existence d'une perte, ou, alternativement, d'une provision. Les pièces produites démontrent au contraire que le montant en cause correspond au remboursement d'une dette, non déductible.

Le grief sera dès lors écarté.

15) Les recourants font ensuite valoir les faits nouveaux que constitueraient les plaintes pénales et la poursuite pénale à l'encontre de M. A.\_\_\_\_\_ pour gestion déloyale.

a. Les frais indispensables à l'exercice de la profession sont déductibles à titre de frais professionnels résultant de l'activité dépendante (art. 26 let. c LIFD, 10 al 1 LHID et. 3 al. 1 aLIPP-V).

b. Selon la jurisprudence, la déductibilité des prestations en dommages et intérêts versées par le contribuable est admise lorsque ceux-ci sont payés au titre d'une responsabilité causale. En revanche, lorsque le paiement est consécutif à un cas de responsabilité fondée sur la faute, la déductibilité fiscale dépend des circonstances. Selon une jurisprudence constante, l'indemnisation versée par un contribuable qui a engagé sa responsabilité du fait d'un manquement crasse et extraordinaire ou d'une négligence grave voire d'un comportement intentionnel n'est pas déductible (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_819/2009 précité consid. 2.1 et jurisprudence citée ; 2C\_566/2008 précité consid. 2.2 ; ATA/268/2011 précité consid. 7a). En revanche, dans les autres hypothèses, la déductibilité reste envisageable à certaines conditions, l'ensemble des circonstances du cas d'espèce devant être pris en considération, parmi lesquelles la nature et l'importance du préjudice causé, la gravité de la faute et notamment le caractère inhabituel et évitable du risque encouru (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_819/2009 précité consid. 2.1 ; 2C\_566/2008 précité consid. 2.2 ; 2A.29/1993 précité consid. 3 ; ATA/268/2011 précité consid. 7a)

c. Les recourants font valoir le risque commercial matérialisé en raison de la procédure pénale à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_ pour son activité dans le cadre de C\_\_\_\_\_, soit le risque de prétentions de lésés pouvant découler des faits faisant l'objet de la procédure pénale.

Or, les éventuelles prétentions des lésés liées aux faits faisant l'objet de la procédure pénale, et donc à l'activité dépendante de M. A\_\_\_\_\_, résulteraient a priori d'une activité prohibée par le droit pénal et la responsabilité personnelle de M. A\_\_\_\_\_ serait vraisemblablement engagée en raison d'un manquement crasse et extraordinaire, voire d'un comportement intentionnel au sens de la jurisprudence précitée, de sorte que ces éventuelles prétentions en dommages-intérêts ne seraient pas déductibles.

Au vu de ce qui précède, les recourants ne peuvent bénéficier d'aucune déduction en raison du risque de prétentions en dommages-intérêts à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_, de sorte que leur grief sera écarté.

- 16) Dans ces circonstances, les décisions de l'AFC-GE quant à l'ICC 2003 à 2005 et à l'IFD 2004 et 2005 sont conformes au droit et les recours seront rejetés, en tant qu'ils sont recevables.
- 17) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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

**préalablement :**

ordonne la jonction des procédures A/4522/2009 et A/311/2011 sous n° A/4522/2009 ;

**principalement :**

rejette les recours interjetés par Mme et M. A\_\_\_\_\_ les 30 mai 2011 et 20 janvier 2014 contre les jugements du Tribunal administratif de première instance des 11 avril 2011 et 16 décembre 2013, en tant qu'ils sont recevables ;

met à la charge de Mme et M. A\_\_\_\_\_, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 2'000.- ;

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, 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 Me Thierry Ador, avocat des recourants, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Thélin, président, M. Verniory et Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :