REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3472/2021 ICC JTAPI/330/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 4 avril 2022

dans la cause

Monsieur B_____ et Madame A_____, représentés par BERNEY ASSOCIES SA, avec élection de domicile

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

EN FAIT

1. Le litige concerne la taxation cantonale 2018 de Monsieur B_____ et Madame A_____.

2. C_____, inscrite au Registre du commerce (ci-après : RC) de Genève le 2 novembre 2001 (ci-après : D_____) et radiée le _____ 2014, a pour but : « commerce en Suisse de produits et articles, notamment par correspondance et en magasin ». Son capital se divise en 700'000 actions d'une valeur nominale de CHF 1.-.

   M. E_____ en a été administrateur, puis directeur, initialement avec signature collective à deux et avec signature individuelle dès 2006. Messieurs F_____ et B_____ ont exercé la fonction de sous-directeur, avec signature collective à deux.

3. C_____, inscrite au RC de Genève le 14 août 2015 (ci-après : C_____), a pour but : « commerce en Suisse de produits et articles, notamment par correspondance et en magasin ». Son capital se divise en 100'000 actions d'une valeur nominale de CHF 1.-.

   M. E_____ en a été le directeur avec signature individuelle jusqu'au 9 novembre 2015. Il a ensuite occupé le poste d'administrateur président avec signature à deux jusqu'au 17 juillet 2019. MM. F_____ et B_____ sont tous deux administrateurs et directeurs de cette société avec signature collective à deux depuis le 20 août 2015.

4. G_____ (ci-après : G_____), inscrite au RC de Genève à la même date, a pour but : « toutes activités de prise de participations directes et indirectes dans toutes sociétés ou entreprises, dans le sens d'une société holding ». Son capital se divise en 100'000 actions d'une valeur nominale de CHF 1.-.

   MM. F_____, B_____ et E_____ ont été tous trois administrateurs de cette société avec signature collective à deux jusqu'au 15 octobre 2019, date à laquelle M. E_____, président du conseil d'administration, a été radié du RC.

5. Ni C_____, ni G_____ ne sont cotées en bourse.

6. Par contrat de vente d'actions du 1er septembre 2015, M. E_____, unique actionnaire de C_____, a vendu la totalité du capital-actions de cette société à G_____ pour le prix de CHF 29 millions, ce montant ayant été déterminé sur la base des comptes de la société cédée au 31 mars 2015 (ch. 1.1 et 2.1 du contrat). Une partie du prix (CHF 19 millions) était payable par virement bancaire et le solde sous forme de prêt accordé par le vendeur (ch. 2.2 et 2.3). Le ch. 6 du

préambule précisait que G_____ avait été constituée par MM. F_____ et B_____ dans le but d'acquérir C_____.

7. Dans la feuille « Participation qualifiées de la fortune privée et commerciale » de leur déclaration fiscale 2018, les contribuables ont déclaré 50'000 actions de G_____ à leur valeur nominale, soit à CHF 50'000.-.

8. Par bordereau d'ICC du 16 mars 2020, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a taxé les précités pour l'année 2018 en arrêtant la valeur fiscale de leur participation dans G_____ à CHF 9'555'500.-.

   Pour évaluer G_____, l'AFC-GE a tenu compte, à titres de réserves latentes, de la différence entre la valeur comptable de C_____ (CHF 29 millions) et sa valeur vénale. Celle-ci a été déterminée d'après la circulaire n° 28 de la conférence suisse des impôts intitulée « Instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune » (ci-après : la circulaire n° 28), à savoir en calculant la moyenne entre la valeur substantielle de C_____ et sa valeur de rendement, doublée.

9. Le 6 avril 2020, les contribuables ont élevé réclamation à l'encontre de ce bordereau. L'AFC-GE s'était fondée sur la circulaire n° 28. Ils ne contestaient pas la méthode utilisée mais, à teneur du ch. 2 al. 5 de la circulaire n° 28, si les titres avaient fait l'objet d'un transfert substantiel entre tiers indépendants, la valeur vénale correspondait généralement au prix d'acquisition. Il convenait donc de se fonder sur le prix d'achat des actions de C_____. La situation économique de la société s'était détériorée à partir de 2017. La différence par rapport à l'estimation selon la méthode décrite au ch. 24 de la circulaire n° 28 se montait à CHF 32'639'093.-. Ainsi, la méthode des praticiens ne s'appliquait pas.

10. Par décision du 8 septembre 2021, l'AFC-GE a rejeté la réclamation.

    L'estimation de G_____ était principalement dérivée de sa participation dans C_____, société commerciale. Or, l'évaluation d'une telle société résultait de la moyenne entre sa valeur de rendement, doublée, et sa valeur intrinsèque. Le prix de transfert ne pouvait être pris en considération, car la vente n'avait pas eu lieu entre tiers indépendants. Un administrateur de C_____ faisait également partie du conseil d'administration de G_____.

11. Par acte du 11 octobre 2021, les contribuables, sous la plume de leur mandataire, ont interjeté recours devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) à l'encontre de cette décision, en concluant à la réforme de leur taxation 2018 en ce sens qu'il soit tenu compte, dans l'évaluation des titres de G_____, du prix d'achat des titres de C_____.

    Le recourant était directeur de cette société, tout comme M. F_____. Dès 2015, son actionnaire unique, M. E_____, avait manifesté son intention de se retirer

des affaires et leur avait proposé de la lui racheter. La transaction avait fait l'objet de négociations entre les conseillers du vendeur et des acheteurs. La vente avait eu lieu le 1er septembre 2015 et le prix avait été financé par les fonds propres des actionnaires, un crédit bancaire et un crédit du vendeur.

L'AFC-GE avait taxé leur participation à concurrence de CHF 9'550'000.-. Or, si l'on évaluait G_____ en tenant compte du prix de base payé pour acquérir C_____, la valeur totale de la holding s'élèverait à CHF 8'116'906.-.

Ils contestaient, non pas l'application de la circulaire n° 28, mais la non-prise en compte du prix d'achat de C_____ pour valoriser G_____. MM. B_____ et F_____ n'entretenaient aucun lien avec M. E_____, hormis les relations professionnelles liées à leur emploi auprès de C_____, de sorte qu'ils devaient être considérés comme des tiers absolus. M. E_____ avec cessé d'être employé de C_____ en septembre 2015. Il en avait été administrateur directeur jusqu'au 9 novembre 2015, puis administrateur président avec signature collective. Ce titre était purement honorifique. Il avait exigé de rester membre du conseil d'administration de C_____ et d'être nommé administrateur de G_____, afin de conserver un droit de regard sur la santé financière des deux sociétés en raison du crédit de CHF 10 millions accordé à G_____.

Contrairement à ce que soutenait l'AFC-GE, le fait que M. E_____ fît partie du conseil d'administration de C_____ et de G_____ ne signifiait pas que la vente n'avait pas eu lieu entre tiers indépendants. Il était en effet usuel que le vendeur d'une entreprise fût présent au conseil d'administration de la société vendue. Le changement au conseil d'administration de C_____ était intervenu à la suite de la vente des titres.

Si l'on devait retenir la valeur fiscale telle qu'estimée par l'AFC-GE sur la base des comptes 2017, les actionnaires de G_____ verraient leur fortune croître de CHF 500'000.- à CHF 27'300'000.- en deux ans. Or, C_____ n'était pas une start-up, mais une société active dans la vente à distance. Ses revenus et profits étaient demeurés stables jusqu'en mars 2017, puis avaient chuté en 2018. Cela ne justifiait pas l'augmentation de sa valeur fiscale.

12. Dans sa réponse du 13 décembre 2021, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

La vente des actions de C_____ ne pouvait être considérée comme un transfert entre tiers indépendants, étant donné qu'au 1er septembre 2015, M. E_____ faisait partie du conseil d'administration de cette dernière société et de G_____. Par ailleurs, MM. B_____ et F_____ étaient sous-directeurs de la première et membre du conseil d'administration de la seconde. L'on pouvait par ailleurs présumer que le financement du prix d'acquisition par les fonds propres des actionnaires et par l'octroi d'un crédit du vendeur ne correspondait pas aux conditions du marché. Enfin, les recourants ne démontraient pas en quoi le prix de

vente correspondrait au prix du marché et en quoi les comptes annuels de G_____ ne seraient pas représentatifs.

13. Les contribuables n'ont pas produit d'écriture de réplique.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions sur réclamation de l'administration fiscale cantonale (art. 115 al. 2 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 49 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17).

2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens de l'art. 49 LPFisc.

3. Les recourants contestent l'évaluation de leur participation qu'ils détiennent dans G_____, qui est une holding, à teneur de son but social.

4. Réglé aux art. 13 et 14 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14), l'impôt sur la fortune des personnes physiques a pour objet l'ensemble de la fortune nette (art. 13 al. 1 LHID), qui se détermine selon les règles d'évaluation prévues à l'art. 14 LHID, dont l'al. 1 précise que la fortune est estimée à la valeur vénale, mais que la valeur de rendement peut être prise en considération de façon appropriée.

5. Sont notamment soumis à l'impôt sur la fortune les immeubles, les actions, les obligations, les valeurs mobilières de toute nature et les créances hypothécaires et chirographaires (art. 47 let. a et b de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08).

6. La valeur vénale est la valeur marchande objective d'un actif à un moment donné. Il s'agit de la valeur qu'un acheteur paierait normalement dans des circonstances normales (arrêt du Tribunal fédéral 2C_954/2020 du 26 juillet 2021 consid. 5.1 et les références citées). Les prix d'ami et les valeurs d'amateur ne sont donc pas pris en considération (Daniel DZAMKO-LOCHER, Hannes TEUSCHERART, in Martin ZWEIFEL, Michael BEUSCH, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 3ème édition, 2017, art. 14, § 4, p. 454).

7. La circulaire n° 28 a pour objectif l'estimation uniforme en Suisse, pour l'impôt sur la fortune, des titres nationaux et étrangers qui ne sont négociés dans aucune bourse. Elle sert à l'harmonisation fiscale intercantonale (ch. 1 al. 1). La circulaire

a rencontré l'approbation du Tribunal fédéral (arrêts 2C_632/2018 du 29 août 2019 et 2C_583/2013 du 23 décembre 2013).

8. Les titres d'une société holding pure sont estimés selon la valeur substantielle de la société (ch. 38). Les titres et participations détenus par la société sont estimés selon les chiffres 23 et 24 (ch. 39).

   Les titres et participations cotés en bourse doivent figurer au cours de clôture du dernier jour de bourse de la période fiscale correspondante (ch. 23 al. 1). Les titres et participations non cotés sont estimés selon les présentes Instructions, mais au minimum à leur valeur comptable. On peut s'écarter de cette règle dans des cas justifiés (ch. 24 al. 1).

   L'estimation des titres d'une société holding non cotée en bourse s'effectue en fonction de la valeur de ses filiales, elle-même calculée d'après la circulaire de la CSI n° 28 (JTAPI/1100/2021 du 1er novembre 2021).

9. Il résulte de ce qui précède que l'estimation des titres de G_____ doit s'effectuer en fonction de la valeur de C_____, qu'elle détient en totalité.

10. S'agissant de l'évaluation des sociétés commerciales, industrielles et de services, le ch. 34 prescrit que la valeur de l'entreprise résulte de la moyenne pondérée entre la valeur de rendement (ch. 7 à 10) qui est doublée, d'une part, et la valeur substantielle (ch. 11 à 14) déterminée selon le principe de continuation de l'exploitation, d'autre part.

    Selon le ch. 2 al. 5, si les titres ont fait l'objet d'un transfert substantiel entre tiers indépendants, la valeur vénale correspond alors en principe au prix d'acquisition. Constituent également une valeur vénale, les prix payés par les investisseurs à l'occasion de tours de financement et d'augmentations de capital. Toutefois, pendant la phase de constitution d'une société, les prix consentis par les investisseurs ne sont pas pris en considération. Il peut être dérogé à ces principes dans des cas particuliers où cela se justifie, compte tenu de l'ensemble des circonstances. La valeur ainsi déterminée sera conservée aussi longtemps que la situation économique de la société n'aura pas considérablement changé.

11. Lorsque le transfert a eu lieu entre des tiers indépendants, le prix d'achat est pris en compte tant que la situation économique de la société n'a pas changé de manière significative (arrêt du Tribunal administratif du canton des Grisons du 23 octobre 2012 consid. 3a).

12. Selon la jurisprudence, citée dans le commentaire 2021 du ch. 2 de la circulaire n° 28, des transferts entre actionnaires, et/ou partenaires, ne sont pas considérés comme transferts entre tiers indépendants (StRK BE [RKE 100 09 9641 et 100 09 9642] du 15 septembre 2009 ; jugement du Tribunal fiscal du canton de Bâle-Campagne du 7 novembre 2014 [510 14 47], ainsi que StRK BE [RKE 100 12

126] du 22 septembre 2015). Il en va notamment ainsi quand la formation du prix n'est pas transparente et qu'elle ne résulte pas d'une méthode correspondant à des critères économiques reconnus (VGr LU [A 06 281] du 24 janvier 2008). C'est régulièrement le cas lorsqu'une société opérationnellement active fait l'objet d'un transfert sur la base d'une convention d'actionnaires avec pour prix de vente la seule substance intrinsèque (StRK ZH [1 ST.2015.35] du 21 octobre 2015). Le même principe vaut pour l'acquisition par la société de ses propres droits de participation (StRK ZH [1 ST.2015.253] du 16 janvier 2016). Ne sont pas considérés comme des « tiers indépendants » deux membres d'un conseil d'administration qui ont chacun un droit de signature individuelle et qui, en sus de leur activité dans ce conseil, ont d'autres relations d'affaires entre eux (VGr AR [01-75-I] du 3 juillet 2002).

13. Lorsque le contribuable se prévaut d'un transfert entre tiers indépendants, c'est au regard de toutes les circonstances pouvant influencer la libre formation des prix que doit être examiné si le prix justifié sur le plan fiscal est un véritable prix du marché (arrêt du Tribunal fédéral 2C_953/2019 du 14 avril 2020 consid. 5.2).

14. En l'espèce, l'AFC-GE soutient que la cession des titres de C_____ à G_____ ne peut être qualifiée de transfert entre tiers indépendants, étant donné notamment que M. E_____ faisait partie tant de la société achetée que de la société vendue.

Les recourants ne partagent pas cette opinion. Ils font valoir que la vente a été précédée de négociations entre leurs conseillers et ceux du vendeur. Par ailleurs, celui-ci n'entretenait aucun lien avec MM. B_____ et F_____, hormis ses relations professionnelles. M. E_____ était demeuré membre du conseil d'administration de C_____ en raison du crédit de CHF 10 millions accordé à G_____.

L'autorité intimée ne peut être suivie.

Il résulte des explications fournies par les contribuables dans leur recours que M. E_____ souhaitait se retirer des affaires et qu'il a, pour cette raison, proposé à MM. B_____ et F_____ de lui racheter les titres de C_____. Tous trois étaient inscrits en tant qu'administrateurs de G_____ avec signature collective à deux depuis le 20 août 2015. En outre, M. E_____ était directeur avec signature individuelle de C_____, tandis que MM. B_____ et F_____ étaient sous-directeurs de cette société et disposaient de la signature collective à deux.

Tous trois se connaissent depuis 2006, étant donné qu'ils étaient organes de D_____ à ce moment. De plus, depuis août 2015, ils faisaient partie tant du conseil d'administration de C_____, société vendue, que de celui de G_____, société achetée. Une telle configuration, plutôt inusuelle dans la vie économique, ne suffit pas encore à exclure l'existence d'une transaction entre tiers

indépendants. Il convient, bien plus, d'examiner si l'on se trouve en présence d'un prix d'ami.

Ainsi qu'il résulte du contrat de vente d'actions, le prix de cession de CHF 29 millions a été déterminé sur la base des comptes de C_____ au 31 mars 2015. En tant que vendeur, M. E_____ disposait d'un intérêt manifeste à ce que le prix de vente des titres de cette société soit fixé au plus haut possible. En sa qualité d'actionnaire unique de C_____ et de directeur disposant de la signature individuelle, il était en mesure de négocier librement avec G_____, sans avoir besoin d'obtenir le consentement des deux autres administrateurs, MM. F_____ et B_____.

Au contraire, l'intérêt de l'acheteur, G_____, consistait à obtenir un prix d'achat aussi bas que possible. Or, bien que M. E_____ fît partie du conseil d'administration de cette société au moment de la vente, seuls MM. F_____ et B_____ y avaient un poids déterminant. En effet, ceux-ci détenaient, à eux deux, l'intégralité du capital-actions de G_____. Il ne résulte par ailleurs d'aucune pièce du dossier que M. E_____ serait devenu actionnaire de cette société consécutivement à la vente.

En conséquence, l'on se trouvait en présence d'une divergence d'intérêts entre l'acheteur et le vendeur des actions, ce qui permet de retenir que le prix des titres a été librement négocié entre les parties au contrat. La transaction a ainsi été effectuée entre tiers indépendants, de sorte que le prix est réputé représenter la valeur vénale des actions de C_____.

Il résulte de ce qui précède que la participation que les contribuables détiennent dans G_____ doit être évaluée sur la base du prix d'achat et non conformément à la méthode des praticiens.

15. Partant, le recours doit être admis et le dossier, renvoyé à l'AFC-GE pour nouvelle taxation cantonale 2018 dans le sens de ce qui précède.

16. En application des art. 52 al. 1 LPFisc, 87 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), les recourants, qui obtiennent gain de cause, sont dispensés du paiement d'un émolument. L'avance de frais de CHF 700.-, versée à la suite du dépôt du recours, leur est resituée.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 11 octobre 2021 par Monsieur B_____ et Madame A_____ contre la décision sur réclamation de l'administration fiscale cantonale du 8 septembre 2021 ;

2. l'admet ;

3. dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

4. ordonne la restitution aux recourants de l'avance de frais de CHF 700.- ;

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Siégeant: Sophie CORNIOLEY BERGER, présidente, Alia CHAKER MANGEAT et Laurence DEMATRAZ, juges assesseures.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Sophie CORNIOLEY BERGER

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties.

Genève, le La greffière