

FR_GERICHTE 604 2011 16 vom 15. Juni 2012

FR Kantonsgericht, 2012-06-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_604_2011_16

FR: FR_GERICHTE 604 2011 16 du 15 juin 2012

IT: FR_GERICHTE 604 2011 16 del 15 giugno 2012

Regeste

Arrêt de la Cour fiscale du Tribunal cantonal | Gewinn- und Kapitalsteuer der juristischen Personen

Volltext

Tribunal cantonal Kantonsgericht CANTON DE FRIBOURG / KANTON FREIBURG ____

____ 604 2011-16 604 2011-17 Arrêt du 15 juin 2012 COUR FISCALE
COMPOSITION Président: Hugo Casanova Assesseurs: Michael Hank, Berthold Buchs, Jean-Marc Vionnet, Hans Brügger Greffière-rapporteure: Elisabeth Rime Rappo PARTIES A.____ SA, recourante, Multifiduciaire Fribourg SA contre SERVICE CANTONAL DES CONTRIBUTIONS, autorité intimée OBJET Impôt sur le bénéfice et le capital des personnes morales; augmentation de capital par apport d'actions; reprise d'une non valeur; distribution dissimulée de bénéfice aux actionnaires Recours du 3 février 2011 contre la décision sur réclamation du 6 janvier 2011 relative à l'impôt cantonal et à l'impôt fédéral direct de la période fiscale 2007

- 2 - c o n s i d é r a n t e n f a i t A. Au début 2007, la société A.____ SA, dont les actionnaires sont B.____, C.____, D.____, E.____ ainsi que F.____, portait le nom de G.____ SA et avait son siège à H.____, dans le canton du Jura. Selon l'inscription au registre du commerce disponible en ligne, son but consiste dans la fourniture de tous services et conseils d'ingénieurs civils. Comme l'indique le registre du commerce, il a été fait apport à G.____ SA, selon contrat du 16 janvier 2007, de 300 actions nominatives de 1'000 francs chacune de G.____ SA (dont le capital social de 300'000 francs se répartissait en 300 actions nominatives de 1'000 francs) pour un montant de 300'000 francs, accepté pour ce prix contre remise aux apporteurs de 300 actions nominatives de 1'000 francs chacune entièrement libérées. G.____ SA - dont les actionnaires étaient B.____, C.____, D.____, et E.____ - avait pour but, comme A.____ SA, de fournir tous services et conseils d'ingénieurs civils; elle avait été constituée en 1995 par I.____ et B.____, deux ingénieurs déjà actifs dans le domaine depuis de nombreuses années. Le 16 janvier 2007, immédiatement après l'augmentation de capital précité, G.____ SA a modifié sa raison sociale en J.____ SA. Par courrier du 5 avril 2007, la Division perception de l'Administration fédérale des contributions - division chargée notamment de la détermination correcte et de la perception des droits de timbre (droit d'émission, droit de négociation, droit de timbre sur les primes d'assurances) et de l'impôt anticipé - a avisé J.____ SA qu'elle entendait contrôler l'opération d'acquisition des 300 actions précitées et l'a invitée à lui transmettre l'acte authentique de fondation et les statuts de la société, ainsi que la convention d'apport. Suite à ce contrôle, les documents ont été restitués par l'Administration fédérale des contributions

le 25 avril 2008 et aucun impôt anticipé n'a été prélevé pour une prestation appréciable en argent. En date du 21 septembre 2007, G. _____ SA a transféré son siège à H. _____ et modifié sa raison sociale en K. _____ SA. Le 6 novembre 2007, J. _____ SA a, elle aussi, transféré son siège. Elle est désormais domiciliée à L. _____ et a modifié sa raison sociale en A. _____ SA. G. _____ SA / K. _____ SA a été déclarée en faillite avec effet au 7 avril 2008 puis radiée d'office par suite de clôture de faillite le 1er octobre 2009. B. Le 17 décembre 2009, le réviseur du Service cantonal des contributions en charge de la taxation de A. _____ SA a procédé à une révision de comptes pour les périodes fiscales 2007 et 2008. Dans un courrier du 9 février 2010 intitulé "Déclaration d'impôt de la période fiscale 2007/2008", il a requis de la fiduciaire mandatée par A. _____ SA, la société Multifiduciaire Fribourg SA, qu'elle se détermine sur les points suivants: justification de la valeur de l'apport de 300'000 francs du 16 janvier 2007 de G. _____ SA / K. _____ SA, part relative et adresse de chacun des cédants, valeur fiscale des actions au 31 décembre 2006 et justification de l'amortissement au 31 décembre 2007.

- 3 - Dans sa réponse du 16 février 2010, la fiduciaire a notamment indiqué que les 300 actions de 1'000 francs apportées à A. _____ SA l'ont été à la valeur nominale représentant le capital-actions nominal de G. _____ SA / K. _____ SA, et que lors de l'émission de l'attestation de vérification de l'organe de révision à l'attention du conseil d'administration de A. _____ SA, une brève analyse pour évaluer la valeur de l'apport en nature avait été établie le 16 janvier 2007. Sa teneur en est la suivante: "Apport en nature 300 actions d'une valeur nominale de 1'000 francs, soit le 100% du capital Valeur de l'apport en nature 300'000 Détermination de la valeur des 300 actions Valeur substantielle de la société au 31.12.2005 583'124 ./ . Valeur comptable de la participation M. _____ SA -103'000 ./ . Créance M. _____ -18'554 Valeur substantielle corrigée 461'571 La valeur substantielle corrigée de l'éventuel dépréciation d'actif, soit la créance et la participation de la société M. _____, qui se trouve en difficulté financière, démontre que l'apport en nature a une valeur supérieure à la valeur retenue pour effectuer l'augmentation de capital. De plus, la société ne connaît pas d'autre difficulté financière ou juridique et elle a en portefeuille des mandats qui ont une valeur qui n'est pas pris en compte dans la valeur substantielle. En conclusion, l'attestation de vérification dans le cadre de l'augmentation de capital peut être émis sans réserve, car l'apport en nature correspond bien à l'augmentation de capital réalisé". S'agissant de la répartition de l'actionariat de G. _____ SA / K. _____ SA, la fiduciaire a précisé que les actionnaires qui ont fait l'apport de leurs actions à A. _____ SA ont reçu en contrepartie des actions de valeur nominale équivalente à leur apport. La fiduciaire, qui n'a pas été en mesure de se prononcer sur la valeur fiscale des actions de G. _____ SA / K. _____ SA au 31 décembre 2006, a expliqué qu'elle avait reçu seulement le mandat d'organe de révision de la société ainsi que de G. _____ SA / K. _____ SA, et que le mandat pour l'établissement des déclarations fiscales des sociétés ou des actionnaires ne lui avait pas été confié. Quant à la justification de l'amortissement de la participation G. _____ SA / K. _____ SA au 31 décembre 2007, elle a fait valoir que celui-ci se justifiait selon les derniers états financiers établis de dite société au 31 décembre 2007, lesquels présentaient une perte de l'exercice de 333'707 francs et un total des fonds propres de 4'156 francs. Le 22 avril 2010, le réviseur en charge du dossier de A. _____ SA a établi son rapport de révision, lequel indique principalement ce qui suit: "La participation G. _____ SA (actuellement K. _____ SA) a été apportée par les anciens actionnaires à la société A. _____ SA (anc. J. _____ SA) à sa valeur nominale de 300'000 francs en date du 19 janvier 2007. Cette

participation a ensuite été amortie dans sa totalité au 31 décembre 2007, cette société ayant été mise en faillite le 7 avril 2008. Le rapport de la fiduciaire concernant la valeur réelle de cet apport s'étant basé sur les comptes 2005, nous ne pouvons en tenir compte. Dès lors, notre calcul se base sur la valeur estimée par l'Impôt anticipé sur la base

- 4 - des comptes 2006, soit 640 francs pour 1'000 francs de nominal par action. Sur cette base, il en résulte une non-valeur de 360 francs par action, soit un montant total de 108'000 francs. Ce montant est repris en augmentation du rendement net de l'exercice 2007 et une communication est faite au chapitre des anciens détenteurs en tant que prestation dissimulée de dividende. Décompte des éléments imposables: selon déclaration selon révision 2007 Capital imposable 400'000 400'000 Résultat de l'exercice -402'615 -294'615 2008 Capital imposable 400'000 400'000 Résultat de l'exercice 50'636 50'636" Le 10 mai 2010, la fiduciaire s'est déterminée sur le rapport de révision précité. Elle a fait valoir qu'elle ne partageait pas le raisonnement du réviseur et souhaitait le faire savoir avant la notification de la taxation 2007. Elle a expliqué que si les documents juridiques nécessaires à l'augmentation de capital se basaient sur les comptes révisés au 31 décembre 2005, cela était dû au fait que les comptes au 31 décembre 2006 de G._____ SA / K._____ SA n'étaient pas encore disponibles le 19 janvier 2007. Elle a précisé que les fonds propres de cette dernière se montaient alors à 583'124 francs, soit largement plus que la valeur retenue lors de l'apport, et que dans la mesure où la valeur fiscale des actions d'une société commerciale se détermine sur la base de son rendement et de sa valeur de substance, la valeur fiscale peut même être inférieure à la valeur de substance lorsqu'une société réalise des pertes, ce qui a été le cas de G._____ SA / K._____ SA au 31 décembre 2006. La fiduciaire a encore exposé que si le réviseur estimait que les comptes révisés 2005 ne pouvaient pas être retenus pour déterminer la valeur des actions apportées, il aurait alors dû se baser sur les comptes révisés de l'année 2006 et aurait pu constater que les fonds propres de G._____ SA / K._____ SA au 31 décembre 2006, soit 19 jours avant l'apport, se montaient à 337'863 francs. Au moment de l'apport, la valeur des actions de G._____ SA / K._____ SA correspondait donc au moins à la valeur de substance de l'entreprise, montant qui aurait pu être obtenu en liquidant la société au début janvier 2007. Et de relever que "Le fait que G._____ SA ait ensuite connu des difficultés financières qui ont finalement abouti à sa mise en faillite le 7 avril 2008 n'y change rien. Il est arbitraire de dire maintenant, soit près de 3,5 ans après l'apport et plus de 2 ans après la mise en faillite, que cet apport était surévalué. Il faut au contraire se replacer dans le contexte de l'époque pour savoir si l'apport était surévalué ou non. Or, le 19 janvier 2007, les actions de G._____ SA avaient une valeur correspondant au minimum à ses fonds propres, soit 337'863 francs". La fiduciaire en a conclu que la valeur de l'apport retenue à hauteur de 300'000 francs le 19 janvier 2007 se justifiait parfaitement. La taxation ordinaire du 21 avril 2010, pour l'exercice commercial du 1er juillet 2007 au 30 juin 2007, se présente comme il suit: Impôt cantonal Impôt fédéral direct 1. ELEMENTS RELATIFS AU CAPITAL ET AUX RESERVES Capital au: Capital au: 01.01.2007 31.12.2007 01.01.2007 31.12.2007 Capital social libéré 100'000.00 400'000.00 100'000.00 400'000.00 Bénéfice reporté / Pertes reportées -50'017.00 -452'631.00 -50'017.00 -452'631.00

- 5 - Réserve générale 2'000.00 2'000.00 2'000.00 2'000.00 Totaux 51'983.00 -50'631.00 51'983.00 -50'631.00 Part des états étrangers 0.00 Capital imposable total 400'000.00 Part du canton de Fribourg en % 15.343% Capital Imposable au canton * 61'300.00 Capitaux déterminant en suisse 400'000.00 2. ELEMENTS RELATIFS AU BENEFICE 2007 2007

Résultat comptable Bénéfice net / Perte nette selon comptes -402'615.00 -402'615.00
Prestations de toutes natures Reprise non-valeur apport actions K. _____ SA 108'000.00
108'000.00 TOTAL DU BENEFICE NET IMPOSABLE -294'615.00 -294'615.00 Résultats
immob. internat, et réintégr. de pertes antérieures 0.00 0.00 BENEFICE IMPOSABLE
(SUISSE) -294'615.00 -294'615.00 Répartitions internationales 0.00 0.00 Pertes déductibles
en Suisse -48'037.00 -48'037.00 Bénéfice imposable après déduction des pertes 0.00 * 0.00
Part du canton de Fribourg en % 0.000% Bénéfice Imposable au canton * 0.00 Eléments
apériodiques de toutes sortes 0.00 Bénéfice déterminant pour le taux 0.00 * Les montants
sont arrondis à la centaine inférieure. Le bénéfice imposable de A. _____ SA a été fixé,
après déduction des pertes des exercices précédents, à 0 francs, de sorte qu'aucun impôt
cantonal ni aucun impôt fédéral direct n'a été perçu, l'impôt cantonal sur le capital étant
arrêté à 116 fr. 45 (pour un capital imposable de 400'000 francs mais de 61'300 francs dans
le canton de Fribourg). C. Le 6 janvier 2011, le Service cantonal des contributions a rejeté
la réclamation que A. _____ SA avait formée par l'intermédiaire de sa fiduciaire le 8 juin
2010, pour contester la reprise de 108'000 francs opérée sur le bénéfice imposable de la
période fiscale 2007. Après avoir exposé qu'il avait repris une non-valeur de 108'000 francs
sur l'apport de la participation G. _____ SA / K. _____ SA à A. _____ SA - les
actionnaires de G. _____ SA / K. _____ SA faisant partie intégrante de A. _____
SA - il a considéré que ledit apport constituait un apport de biens au-dessus de leur valeur
et, de ce fait, une distribution dissimulée de bénéfice. Il s'est référé au principe de pleine
concurrence ("Drittvergleich") et a expliqué ce qui suit: "En effet, d'après le principe du «
dealing at arm's length », les biens qu'un actionnaire prélève dans la SA doivent être
appréciés à leur valeur réelle. Fiscalement, la valeur réelle de cette participation, apportée
en date du 15.01.2007 à la valeur nominale et amortie dans sa totalité au 31.12.2007, ne
peut être admise sur la base des comptes 2005. Dès lors, il y a lieu de s'en référer à la valeur
estimée par l'impôt anticipé sur la base des comptes 2006, d'où il ressort une valeur de Fr.
640.— pour Fr. 1'000.— de nominal, soit une moins-value de Fr. 360.— par action et Fr.
108'000.— pour l'ensemble de l'apport. De plus, la remarque de l'organe de contrôle
figurant dans l'annexe aux comptes 2006 de G. _____ SA, dont la teneur est la suivante:
« Des contrats d'entreprise générale ont été conclus en 2005 et 2006 pour la construction de
villas. La construction de ces villas n'étant pas encore terminée, suite à divers problèmes,
nous ne pouvons pas nous prononcer si le prix de vente conclu dans le contrat d'entreprise
générale pourra couvrir

- 6 - le coût de construction. C'est pourquoi, il existe une incertitude quant aux financements
de la fin des travaux. » confirme l'appréciation de l'autorité fiscale quant à la valeur réelle de
l'apport de cette participation". D. Par acte du 3 février 2011, A. _____ SA, toujours
représentée par sa fiduciaire, a interjeté recours à l'encontre de la décision précitée. Elle
maintient le point de vue développé dans son courrier du 10 mai 2010 et ajoute
qu'économiquement, il n'est pas défendable de considérer qu'une société vaut moins que ses
fonds propres et qu'il n'est dès lors pas correct de retenir cette valeur fiscale pour déterminer
la valeur réelle de l'apport effectué le 16 janvier 2007. Elle soutient que si les comptes
annuels 2006 de G. _____ SA / K. _____ SA avaient été disponibles au moment de
l'augmentation du capital, les parties auraient également retenu la valeur d'apport de
300'000 francs: il ressort clairement des comptes annuels 2006 révisés de G. _____ SA /
K. _____ SA que les fonds propres de cette société au 31 décembre 2006, soit deux
semaines avant l'apport, se montaient à 337'863 francs de sorte qu'au moment de l'apport, la
valeur des actions de G. _____ SA / K. _____ SA correspondait au moins à la valeur

de substance de l'entreprise, montant qui aurait pu être obtenu en liquidant la société au début janvier 2007. S'agissant du rapport de l'organe de révision pour les comptes annuels 2006 de G._____ SA / K._____ SA, la fiduciaire concède qu'il y est bien fait référence à une remarque de l'annexe aux comptes concernant le financement des contrats d'entreprise, mais relève que l'organe de révision n'apporte pas de réserve à son appréciation malgré cette remarque. Cela signifierait clairement, selon elle, que la situation de G._____ SA / K._____ SA au 31 décembre 2006 était bien celle qui ressortait de ses comptes annuels révisés. La fiduciaire estime qu'il n'appartient pas à l'autorité fiscale de faire, après coup, des suppositions sur l'avenir de dite société et de remettre en question les conclusions de l'organe de révision. L'avance de frais fixée à 900 francs par ordonnance du 4 février 2011 a été payée dans le délai imparti. Le 28 avril 2011, dans le délai prolongé qui lui a été accordé, le Service cantonal des contributions a déposé ses observations en concluant au rejet du recours. Il relève en substance qu'après avoir consulté le dossier de la faillite G._____ SA / K._____ SA à H._____, auprès de l'Office cantonal des faillites, il constate que les difficultés de dite société ont débuté bien avant 2007, que le total des créances admises selon l'état de collocation se monte à 6'714'908 fr. 35, que des procédures pour travaux à exécuter, défauts, mauvaise exécution fautive du contrat d'entreprise générale, étaient engagées sur des chantiers datant de 2005 et 2006 (N._____, chantier domaine de O._____ ou chantier de P._____) même si certains montants ont été contestés par G._____ SA / K._____ SA. Le Service cantonal des contributions relève également que B._____, administrateur et principal actionnaire de G._____ SA / K._____ SA, au moment de l'apport des actions à A._____ SA, participait aux séances de chantier de sorte qu'il ne pouvait pas ignorer cette réalité lors du transfert des actions. Il maintient que l'apport de la participation G._____ SA / K._____ SA à la valeur nominale l'a été pour une valeur bien supérieure à la valeur réelle de dite société, et que la prestation était reconnaissable par les organes de A._____ SA, spécialement par B._____, actionnaire majoritaire des deux sociétés. Après avoir obtenu deux prolongations de délai à cet effet, la recourante a déposé ses contre-observations le 18 juillet 2011. Elle expose pour l'essentiel que G._____ SA / K._____ SA réalisait, parallèlement à ses prestations d'ingénieurs civils, des projets immobiliers en entreprise générale, seule ou en société simple avec la société

- 7 - M._____ SA pour des constructions de villas notamment à P._____, O._____ et N._____, chantiers sur lesquels elle a connu certaines difficultés avec des sous- traitants (retard dans l'exécution des travaux, défauts de construction) mais qui n'ont donné lieu à aucune poursuite avant mars et avril 2008. Elle précise que M._____ SA est tombée en faillite le 27 février 2008, et que cette faillite s'est répercutée sur G._____ SA / K._____ SA en raison des nombreux contrats conclus en société simple. Elle fait valoir pour l'essentiel qu'au jour de l'opération, le 16 janvier 2007, G._____ SA / K._____ SA ne connaissait pas de difficultés financières particulièrement alarmantes. C'est ainsi que plus de six mois après l'apport de G._____ SA / K._____ SA, les sociétés M._____ SA et G._____ SA / K._____ SA ont négocié des augmentations de crédit auprès de la Banque Cantonale de L._____, laquelle a estimé que la situation financière de ces deux sociétés n'était pas particulièrement alarmante puisqu'elle a notamment renouvelé des limites de crédit en compte courant de 180'000 francs pour M._____ SA et 200'000 francs pour G._____ SA / K._____ SA. Et de son côté, B._____ a augmenté ses garanties personnelles, ce qui démontre clairement qu'il croyait encore fermement à l'avenir de ces deux sociétés. La fiduciaire

maintient qu'à la date de l'apport des actions de G. _____ SA / K. _____ SA, dite société était certes confrontée à quelques difficultés avec des clients et des fournisseurs, sans que sa situation financière ne soit catastrophique, et qu'elle avait donné lieu uniquement à deux poursuites de la part de l'Administration fédérale des contributions. Elle estime que le montant de 6'714'908 francs figurant à l'état de collocation ne correspond pas du tout à la réalité, raison pour laquelle la plupart de ces factures ont été contestées. Dans ses remarques du 15 septembre 2011, déposées après une prolongation de délai, le Service cantonal des contributions maintient ses conclusions. La recourante a fait part de ses ultimes remarques le 13 octobre 2011 en maintenant ses conclusions elle aussi. Une copie de cette détermination a été communiquée pour information au Service cantonal des contributions le 14 octobre 2011. Les arguments détaillés des parties seront repris dans la partie en droit pour autant que nécessaire. e n d r o i t I. Impôt fédéral direct (604 2011-16) 1. a) Conformément à l'art. 76 al. 1 du code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. b) En l'espèce, le résultat imposable a été arrêté à -294'615 francs au lieu des -402'615 francs annoncés. Même si, par conséquent, aucun impôt n'a été prélevé, la recourante a toutefois un intérêt au recours dans la mesure où la perte de l'exercice peut être reportée sur les résultats des exercices imposables lors des périodes fiscales ultérieures (art. 67 al. 1 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990: LIFD; RS 642.11). Le recours est donc recevable.

- 8 - 2. a) Les sociétés anonymes sont soumises à l'impôt fédéral direct sur le bénéfice (art. 49 al. 1 let. a LIFD). L'impôt sur le bénéfice a pour objet le bénéfice net (art. 57 LIFD). Pour définir le bénéfice imposable, le droit fiscal suisse se base sur le solde du compte de résultat, compte tenu du solde reporté de l'exercice précédent (art. 58 al. 1 let. a LIFD). L'imposition du bénéfice des personnes morales se détermine donc sur la base du bénéfice tel qu'il découle du bilan commercial ("Massgeblichkeitsprinzip"). En conséquence, et selon la jurisprudence constante, les comptes établis conformément aux règles du droit commercial lient les autorités fiscales, à moins que le droit fiscal ne prévoie des règles correctrices spécifiques (X. OBERSON, Droit fiscal suisse, Genève 2002, p. 181; ATF 119 Ib 115; Archives 63, p. 214). Ainsi, les charges de l'entreprise seront réintégrées au bénéfice imposable lorsqu'elles ne servent pas à couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial. L'art. 58 al. 1 let. b LIFD prévoit que tous les prélèvements opérés avant le calcul du solde du compte de résultat, qui ne servent pas à couvrir des frais généraux autorisés par l'usage commercial, entrent dans le bénéfice net imposable. Cette disposition cite de manière non exhaustive: - les frais d'acquisition, de production ou d'amélioration d'actifs immobilisés, - les amortissements et les provisions qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial, - les versements aux fonds de réserve, la libération du capital propre au moyen de fonds appartenant à la personne morale, à condition qu'ils proviennent de réserves constituées par des bénéfices qui n'ont pas été imposés, - les distributions ouvertes ou dissimulées de bénéfice et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial. b) Comptent au nombre des prélèvements qui entrent dans le calcul du solde du compte de pertes et profits les distributions dissimulées de bénéfice et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial. Il y a libéralité en faveur de tiers lorsqu'une société effectue une prestation appréciable en argent envers ses actionnaires ou des personnes qui leur sont proches, d'une valeur économique telle qu'il convient d'en attendre une contre-prestation influençant de manière positive le

solde du compte de pertes et profits. N'est en conséquence pas seulement imposable au titre de bénéfice celui comptabilisé comme tel et distribué aux actionnaires, mais également la valeur objective de toute prestation qu'un actionnaire reçoit de la société en vertu de son droit de participation au capital social. Lorsqu'un actionnaire reçoit de la société une prestation appréciable en argent, qui n'aurait pas été octroyée à un tiers étranger à la société, il convient de présumer que cette prestation ne trouve son fondement que dans la qualité d'actionnaire de celui-là (TF in ASA 58 p. 427). Elle est imposable, auprès de l'actionnaire ou des proches favorisés et auprès de la société. Doctrine et jurisprudence parlent en ce sens, plus ou moins indistinctement, de distribution dissimulée de bénéfices ou de prestations appréciables en argent (TF in StE 1992 B 72.13.22 n° 23 consid. 2c et références). De telles prestations ne constituent dès lors pas des frais généraux autorisés par l'usage commercial et doivent être ajoutées au rendement de la société (ATF 119 Ib 116 consid. 2 p. 119; ATF 115 Ib 111 consid. 5a et les références citées). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (ATF 131 593, consid. 5; 119 Ib 116; 115 Ib 238; arrêt du 16.2.2006, 2A.473/2005), il y a distribution dissimulée de bénéfice lorsque les quatre conditions suivantes sont cumulativement remplies: - La société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante et se trouve, par la même, appauvrie. - La prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le touchant de près.

- 9 - - La prestation n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers. - La disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient. Autrement dit, la disproportion doit être reconnaissable (R. DANON in Commentaire romand ad art. 57-58 n. 105 et références citées; voir également X. OBERSON, Droit fiscal suisse, Genève 2007 p. 196 s.; R. HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, th. Berne 2001, p. 181 ss). Il peut y avoir distribution dissimulée de bénéfice en cas d'apport surévalué, soit lorsque l'actionnaire d'une société lui cède un actif à un prix surfait. Cette opération, contraire au droit commercial, conduit à l'inscription d'une non-valeur (actif fictif) au bilan de la société acquérante et doit donc être corrigée par l'autorité fiscale. En l'occurrence, la correction s'opèrera par le biais d'une réduction de l'actif concerné, d'une part, et par la création d'une réserve négative au passif du bilan fiscal d'autre part: il s'agit d'ignorer l'actif fictif à concurrence de la non-valeur. En matière d'impôt cantonal sur le capital, les fonds propres imposables seront également réduits dans cette mesure. Cette correction n'affecte pas le compte de résultat et n'aura donc pas d'incidence immédiate en matière d'impôt sur le bénéfice. Pour la société les conséquences de cette opération apparaîtront lors de l'amortissement de l'actif fictif dans le bilan commercial ou encore lors de sa revente. En effet, la valeur de cet actif ayant été préalablement réduite dans le bilan fiscal, tout amortissement opéré à concurrence de cette réduction dans les comptes commerciaux ne pourra pas être porté en déduction du bénéfice imposable (art. 58 al. 1 lit b LIFD). De même, en cas de vente, le gain en capital imposable sera constitué par la différence entre le prix de vente et la valeur corrigée (à la baisse) du bien. En matière d'impôt sur le revenu, l'actionnaire réalise par contre immédiatement un rendement à hauteur de la non-valeur (R. DANON, ad art. 57-58 n. 160 à 163 et références citées). Lorsque l'actionnaire est une personne privée et que la valeur réelle de son apport est inférieure à la valeur nominale des actions, la différence entre la valeur nominale des actions et la valeur réelle de l'apport représente une prestation à l'actionnaire. La société émettrice se contente d'apports inférieurs à la valeur nominale des actions qu'elle distribue; le solde sera libéré par des

bénéfices futurs, grâce à l'amortissement du montant surévalué. En recevant les actions contre une prestation inférieure à leur valeur nominale, l'actionnaire bénéficie ainsi d'un avantage de la part de la société (D. YERSIN, Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable, th. Lausanne, 1977, p. 107 s.; sur l'apport au compte capital, voir p. 89 s.). c) Pour juger de la disproportion d'une prestation effectuée en faveur d'un porteur de parts par une société apparentée à celui-ci, il convient d'examiner si celle-là aurait été octroyée, dans la même mesure, à un tiers étranger à la société ("Drittvergleich"). Autrement dit, il s'agit de vérifier si le principe de pleine concurrence (dealing at arm's length) est satisfait. Dans l'affirmative, la prestation est réputée reposer effectivement sur le rapport contractuel concerné et toute distribution dissimulée de bénéfice peut être écartée (R. DANON, ad art. 57-58 n. 107 ainsi que 160 à 163 et références citées). Dans une affaire de distribution dissimulée de bénéfice, le Tribunal fédéral s'est reporté aux "Instructions concernant l'estimation de titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune" (ci-après: les Instructions, publiées en allemand in Archives 65 p. 872 ss avec leur modification au 1.1.1999), remplacées depuis lors par la Circulaire 28 de la Conférence suisse des impôts (dont la version du 21 août 2006 applicable pour les périodes fiscales 2006 et 2007 vient d'être remplacée récemment par celle du 28 août

- 10 - 2008 applicable dès le 1er janvier 2008, laquelle est disponible sur Internet à l'adresse <http://www.steuerkonferenz.ch>, sous la rubrique "Circulaires"; un commentaire du 16 décembre 2010 y est également publié). Notre Haute Cour a considéré que ces Instructions contiennent des directives pour l'établissement de la valeur vénale de titres qui ne font que peu souvent ou jamais l'objet de transactions et pour lesquels aucun prix, en tant qu'expression de leur valeur vénale, n'a été formulé (voir les ch. 1 et 2 de la Circulaire 28 précitée). Elle a encore précisé que de jurisprudence constante, il était admis que les Instructions sont également applicables lorsqu'il s'agit d'examiner quel prix aurait normalement dû être convenu si les titres avaient été acquis, non pas par l'actionnaire ou une personne proche, mais par un tiers indépendant (ATF 2A.590/2002 du 22 mai 2003 consid. 2.2 et 3.1 in fine et références citées). d) S'agissant du fardeau de la preuve dans une taxation ordinaire, il incombe d'abord aux autorités fiscales de démontrer qu'il existe une disproportion manifeste entre une prestation de la société contribuable et la contre-prestation correspondante du bénéficiaire, et que la prestation de la société ne peut pas, totalement ou partiellement, être justifiée par l'usage commercial. A partir du moment où le fisc a démontré, sur la base d'une appréciation objective des faits, une disproportion manifeste entre prestation et contre-prestation, qui ne peut s'expliquer que par une distribution dissimulée de bénéfices, il appartient alors à la société contribuable ou au contribuable bénéficiaire de renverser cette présomption et de prouver le caractère commercialement justifié des diminutions de fortune. L'intention de la société de favoriser le bénéficiaire de la prestation peut en principe être présumée sans autre preuve de la part du fisc. En revanche, lorsqu'est litigieux le point de savoir s'il y avait une contrepartie à une prestation de la société, il appartient à la société ou au contribuable bénéficiaire d'établir l'existence de la contre-prestation et de supporter l'échec de cette preuve (ATA non publié du 14 mars 2003 dans les cause 4F 02 6 et 7; CR I ZH in StE 1989 B 72.13.22 n° 14 et références; ATA 4F 06 4 à 7 publié in RFJ 2007 p. 48 ss ainsi que sur <http://admin.fr.ch/tc> le 26 février 2007 sous le no 14; StE 1989 B 72.13.22 n° 14 et références). 3. a) Il ressort du dossier constitué que, selon le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la société du 16 janvier 2007 (revêtant la forme authentique), l'assemblée générale des actionnaires de la société a décidé d'augmenter le capital- actions de la manière suivante: le

capital-actions de 100'000 francs est porté à 400'000 francs; l'augmentation du capital-actions de 300'000 francs est entièrement libérée par apport en nature; le capital-actions de 300'000 francs est divisé en 300 actions nominatives de 1'000 francs chacune de sorte que le nouveau capital-actions est divisé en 400 actions nominatives de 1'000 francs chacune; les nouvelles actions sont émises au pair à hauteur de 1'000 francs et donnent droit à l'éventuel dividende servi par la société dès l'exercice 2007. Cette décision d'augmentation du capital-actions a donné lieu à un deuxième procès-verbal daté du même jour duquel il ressort en particulier ce qui suit: la totalité des 300 nouvelles actions nominatives de la société d'une valeur nominale de 1'000 francs chacune a été intégralement souscrite par B. _____, C. _____, D. _____, et E. _____; le droit préférentiel de souscription des actions a été respecté dès lors que les actionnaires de la société ont souscrit l'entier de l'augmentation ou renoncé à souscrire s'agissant de F. _____ qui confirme sa renonciation à exercer son droit préférentiel de souscription. Il y est également précisé que ces actions nominatives

- 11 - peuvent en tout temps être transformées en actions au porteur ou inversement par décision de l'assemblée générale. Quant à la convention d'apport en nature, à laquelle ont été joints les comptes 2005 de G. _____ SA et le rapport de l'organe de révision, elle indique notamment que les apporteurs sont propriétaires des 300 actions nominatives d'une valeur nominale de 1'000 francs chacune selon la répartition suivante: B. _____ 166 actions, C. _____ 74 actions, D. _____ 39 actions et E. _____ 21 actions. En l'espèce, il convient d'examiner si c'est à juste titre que l'autorité intimée a modifié la valeur de l'apport en le réduisant de 300'000 francs à 192'000 francs. Si tel est le cas, il importe de vérifier ensuite si les conditions d'une distribution dissimulée sont réalisées comme le soutient dite autorité. b) L'autorité intimée fonde sa décision sur le fait que l'apport de la participation à la recourante de G. _____ SA / K. _____ SA a été surévalué et qu'il doit correspondre à la valeur estimée pour l'impôt anticipé sur la base des comptes de l'exercice 2006, soit 108'000 francs de moins que la valeur comptabilisée. De son côté, la recourante soutient que les actions acquises le 16 janvier 2007 ne pouvaient pas valoir moins que les fonds propres de dite société (337'863 francs à la date du 31 décembre 2006), ce qui ne l'empêche pas de considérer en parallèle que la valeur comptabilisée à hauteur de 300'000 francs se justifie entièrement. En l'espèce, il convient de constater que, selon ses comptes pour l'exercice du 1er janvier au 31 décembre 2006, G. _____ SA / K. _____ SA disposait certes de 337'863 francs de fonds propres. La recourante, qui estime indéfendable de considérer qu'une société vaut moins que ses fonds propres, a néanmoins comptabilisé l'apport des titres G. _____ SA / K. _____ SA à hauteur de 300'000 francs, soit à une valeur quelque peu inférieure aux dits fonds propres. Cela étant, le fait que G. _____ SA / K. _____ SA disposait de 337'863 francs de fonds propres au 31 décembre 2006 ne saurait suffire à démontrer que les titres apportés à la recourante correspondent aux 300'000 francs comptabilisés. Plusieurs indices permettent de considérer au contraire que l'apport de ces titres a été surévalué. L'on relèvera tout d'abord que le rapport de l'organe de révision joint aux comptes 2006 de la recourante contient une mise en garde. On peut y relever, en dernière page, la remarque suivante: "Sans apporter de réserve à notre appréciation, nous attirons l'attention sur la remarque dans l'annexe aux comptes annuels où il est fait état d'une incertitude concernant le financement des contrats d'entreprise générale pour la construction de villas. Si le coût de construction devait être supérieur à la valeur des contrats conclus avec les clients, il pourrait en résulter une perte en capital ou un surendettement dans le sens de l'article 725 CO et il y aurait lieu de se

conformer aux prescriptions correspondantes". Certes, comme l'indique la recourante dans son mémoire, l'organe de révision n'apporte pas de réserve à son appréciation. Il n'en demeure pas moins que ledit organe a clairement évoqué la possibilité pour G. _____ SA / K. _____ SA de subir une perte en capital ou de se retrouver surendettée. L'annexe aux comptes annuels 2006 signale que la construction des villas en question, intervenue en exécution de contrats d'entreprise générale conclus en 2005 et 2006, n'était pas encore terminée suite à divers problèmes, et que l'organe de révision ne pouvait pas se prononcer sur le point de savoir si le prix de vente conclu dans les contrats d'entreprise générale couvrirait le coût de construction. La recourante a d'ailleurs exposé dans ses contre-observations, que pour ces contrats, certaines

- 12 - difficultés étaient survenues avec des sous-traitants (retard dans l'exécution des travaux, défauts de construction) avec pour effet un refus des clients de payer les acomptes dus à G. _____ SA selon les contrats d'entreprise générale. Elle tente de relativiser l'impact de ces difficultés en soulignant qu'aucune poursuite n'avait été ouverte avant mars et avril 2008. Cela ne saurait suffire à démontrer que la situation de G. _____ SA / K. _____ SA à la date de l'apport en cause n'était pas déjà en partie sujette à caution. La recourante a également indiqué qu'en 2004, G. _____ SA / K. _____ SA avait conclu en association avec M. _____ SA un important contrat d'entreprise totale pour la réalisation de Q. _____ portant sur environ 10 mio de francs, contrat que le maître d'ouvrage R. _____ SA a dénoncé en invoquant des défauts pour refuser de payer le solde des factures. Ce ne serait toutefois qu'en novembre 2007, que G. _____ SA / K. _____ SA aurait fait notifier des commandements de payer à la recourante et à M. _____ SA pour un montant d'un peu plus de 2 mio de francs. La recourante en déduit que les difficultés de titres G. _____ SA / K. _____ SA ne sont apparues que plus tard. L'on ne saurait suivre ce point de vue dans la mesure où au moment de l'apport le 17 janvier 2007, ce contrat d'entreprise générale n'avait donc été exécuté qu'en partie alors qu'il portait sur une somme très importante et qu'il avait été conclu en 2004 déjà. Que des poursuites aient été introduites dans ce contexte en novembre 2007 seulement, ne change rien au fait qu'il existait, au moment de l'apport litigieux, des raisons évidentes de considérer que la situation économique de G. _____ SA / K. _____ SA apparaissait déjà compromise. La recourante fait valoir que plus de six mois après l'apport, la Banque Cantonale de L. _____ a renouvelé des limites de crédit en compte courant à hauteur de 200'000 francs et que la société G. _____ SA / K. _____ SA gardait donc la confiance de sa banque, tout comme celle de B. _____ qui a augmenté ses garanties personnelles. Rien n'indique cependant que le crédit bancaire obtenu l'a été sur la base d'une connaissance précise de la manière dont avaient été exécutés les contrats d'entreprise conclus les années précédentes. Quant à la confiance que B. _____ avait dans G. _____ SA / K. _____ SA, l'on notera que celui-ci en était le président de sorte qu'il ne s'agit pas là d'une preuve objective de la bonne santé de cette société. Par conséquent, l'on ne saurait retenir que l'octroi de crédit à la G. _____ SA / K. _____ SA en 2007 est de nature à démontrer que celle-ci n'était pas menacée lors de l'apport litigieux. Dans ses contre-observations, la recourante explique qu'à cette date, G. _____ SA / K. _____ SA n'était l'objet que de deux poursuites de la part de l'Administration fédérale des contributions pour des retards dans le paiement de la TVA, dettes réglées depuis lors; les autres créances ressortant de l'extrait des poursuites étaient postérieures au 16 janvier 2007, provenaient de poursuites engagées par des sous-traitants et étaient toutes frappées d'opposition, hormis la poursuite de la société R. _____ qui représentait de loin le

montant le plus important et qui n'était pas fondée. Elle souligne que la faillite de G. _____ SA / K. _____ SA n'était pas due à une procédure engagée par un client pour inexécution des travaux ou défauts de l'ouvrage. Comme cela a été relevé plus avant, le fait que les poursuites contre de G. _____ SA / K. _____ SA n'ont été engagées que dix mois après l'apport n'est pas déterminant. Ces poursuites trouvent leur origine dans des contrats d'entreprise générale conclus plusieurs années avant l'apport des titres G. _____ SA / K. _____ SA et dont la bonne exécution était mise en cause alors qu'il s'agissait de contrats, en particulier pour l'un d'entre eux (contrat d'entreprise totale avec R. _____ SA), portant sur des sommes importantes.

- 13 - L'organe de révision en avait fait état dans l'annexe et dans le rapport joints aux comptes 2006 de G. _____ SA / K. _____ SA. Quant à l'estimation basée sur la "brève analyse pour évaluer la valeur de l'apport en nature" invoquée par la fiduciaire le 16 février 2010, elle précise que G. _____ SA / K. _____ SA avait en portefeuille des mandats ayant une valeur qui n'était pas prise en compte dans la valeur substantielle. Or, l'on ne peut pas exclure qu'une partie de ces mandats, exécutés avec du retard ou mal exécutés, ont précisément contribué à la faillite de G. _____ SA / K. _____ SA. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que l'estimation des titres apportées à la recourante était surévaluée, ce qui pourrait même, le cas échéant, constituer une infraction pénale. La recourante, qui estime que les 300'000 francs qu'elle a fait figurer dans son bilan sont justifiés, ne se prononce pas sur la manière dont l'autorité intimée a arrêté la valeur des titres apportés. L'on relèvera que cette valeur se fonde sur la valeur brute ressortant de la formule CET du réseau de communication Contrôle ET de la Division perception de l'Administration fédérale des contributions. Comme cela est indiqué sur le site Internet de cette administration, la Division perception gère en effet les titres non cotés et les distributions de dividendes dans le système « Contrôle de l'état des titres de la division principale en charge de l'impôt anticipé ». A cette fin, et en conformité avec la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir ATF 2A.590/2002 sous consid. 2c), elle applique la Circulaire 28 précitée, laquelle est d'ailleurs également disponible en ligne (sur la page réservée aux directives pour l'impôt anticipé). Par conséquent, il ne se justifie pas de s'écarter de la valeur retenue. La décision de l'autorité intimée de réduire, pour non- valeur l'apport des titres G. _____ SA / K. _____ SA de 108'000 francs, en limitant ainsi à leur valeur à 292'000 francs, apparaît raisonnable et peut être maintenue. c) L'autorité intimée a qualifié le financement de l'augmentation du capital-actions de la recourante de distribution dissimulée de bénéfice. Il convient donc de vérifier si les conditions d'une telle distribution sont réunies en l'espèce. En l'occurrence, la recourante a décidé d'émettre de nouvelles actions au pair en se contentant d'un apport surévalué, comme cela a été confirmé plus avant (consid. 3b). En échange de l'apport de 300 actions de G. _____ SA / K. _____ SA dont la valeur nominale correspondait à 640 francs chacune et non pas à 1'000 francs chacune comme indiqué dans son bilan, elle a émis de nouvelles actions de 1'000 francs chacune. Elle a donc effectué une prestation sans recevoir de contre-prestation correspondante. D'autre part, la prestation octroyée par la recourante l'a été à ses actionnaires B. _____, C. _____, D. _____, et E. _____, lesquels ont bénéficié d'une prestation appréciable en argent consistant dans la différence entre la valeur nominale des nouvelles actions de 1'000 francs chacune et la valeur réelle des actions G. _____ SA / K. _____ SA estimée à 640 francs chacune. A cela s'ajoute le fait que l'opération en cause a été rendue possible grâce à la relation d'actionariat qui liait ces quatre personnes à la recourante. Celle-ci n'aurait pas accepté de libérer 300 nouvelles actions si l'apport des

300 actions de G. _____ SA / K. _____ SA avait été le fait de tierces personnes. La recourante ne se serait pas satisfaite en effet d'un apport de titres dont l'estimation ne tenait pas compte de tous les mandats en "portefeuille" et qui provenaient d'une société dont les derniers comptes faisaient l'objet d'une remarque de l'organe de révision quant à un éventuel risque de perte en capital ou surendettement. Enfin, la disproportion entre la valeur de l'apport de B. _____, C. _____, D. _____, et E. _____ et la valeur des 300 nouvelles actions libérées en leur faveur par la recourante était reconnaissable par ses organes. Comme le relève à juste titre l'autorité

- 14 - intimée dans ses observations sur recours, B. _____, ingénieur civil, actionnaire majoritaire et président des deux sociétés, participait aux séances de chantier et connaissait donc parfaitement la situation lors du transfert des actions. Il s'ensuit que les conditions d'une distribution dissimulée de bénéfice sont réalisées. Partant, le recours est rejeté. 4. a) En vertu de l'art. 144 al. 1 LIFD, les frais de procédure doivent être mis à la charge de la partie qui succombe. Le montant de l'émolument est fixé compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire ainsi que, dans les affaires de nature pécuniaire, de la valeur litigieuse en cause (art. 144 al. 5 LIFD et art. 2 du Tarif du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative, RSF 150.12; Tarif JA). Il peut être compris entre 50 et 20'000 francs (art. 1 Tarif JA). b) En l'espèce, il se justifie de fixer les frais à 300 francs. II. Impôt cantonal (604 2011-17) 5. a) En droit cantonal, les sociétés anonymes sont soumises non seulement à l'impôt cantonal sur le bénéfice mais également à l'impôt sur le capital (art. 90 al. 1 let. a LICD, et art. 20 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes: LHID, RS 642.14). L'impôt sur le bénéfice a pour objet le bénéfice net (24 al. 1 LHID et 99 al. 1 LICD). Pour définir le bénéfice imposable, le droit fiscal suisse se base sur le solde du compte de résultat, compte tenu du solde reporté de l'exercice précédent (art. 100 al. 1 let. a LICD), le bénéfice reporté n'entrant pas dans la base d'imposition (principe de périodicité). A ce solde sont ajoutés tous les prélèvements opérés avant le calcul du solde du compte de profits et pertes qui ne servent pas à couvrir les dépenses justifiées par l'usage commercial, telles que, notamment, les amortissements et les provisions qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial ainsi que les distributions ouvertes et dissimulées de bénéfices et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial (art. 24 al. 1 let. a LHID et 100 al. 1 let. b LICD). b) Les développements concernant le droit fédéral (voir ci-dessus consid. 2 et 3) sont également valables en droit cantonal dans la mesure où il s'agit de droit harmonisé (art. 24 al. 1 let. a LHID). En présence de règles similaires, les considérants concernant l'impôt fédéral direct peuvent être repris pour l'impôt cantonal. Il s'ensuit que le financement de l'augmentation du capital-actions de la recourante doit être qualifié de distribution dissimulée de bénéfice. Le recours formé au niveau cantonal est rejeté également. 6. a) Conformément à l'art. 131 CPJA, en cas de recours, la partie qui succombe supporte les frais de la procédure. Le montant de l'émolument est fixé compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire ainsi que, dans les affaires de nature pécuniaire, de la valeur litigieuse en cause (art. 2 Tarif JA). Il peut être compris entre 50 et 20'000 francs (art. 1 Tarif JA). b) En l'espèce, il se justifie de fixer les frais à 600 francs.

- 15 - l a C o u r a r r ê t e : I. Impôt fédéral direct (604 2011-16) 1. Le recours est rejeté. 2. Un émolument de 300 francs est mis à la charge de la société recourante au titre de frais de justice. Il est compensé par l'avance de frais payée par celle-ci. II. Impôt cantonal (604

2011-17) 3. Le recours est rejeté. 4. Un émolument de 600 francs est mis à la charge de la société recourante au titre de frais de justice. Il est compensé par l'avance de frais payée par celle-ci. Le présent arrêt peut, conformément aux art. 146 LIFD, 73 LHID et 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), être porté devant le Tribunal fédéral à Lausanne dans les 30 jours qui suivent sa notification, par la voie du recours en matière de droit public. La fixation des montants des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Givisiez, le 15 juin 2012/eri La Greffière-rapporteure: Le Président: Cet arrêt est notifié à la recourante par l'intermédiaire de son mandataire; au Service cantonal des contributions; à l'Administration fédérale des contributions.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.