

# GE\_GERICHTE ATA/1289/2021 vom 23. November 2021

GE Cour de justice, 2021-11-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1289\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1289_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1289/2021 du 23 novembre 2021

IT: GE\_GERICHTE ATA/1289/2021 del 23 novembre 2021

## Regeste

Résumé: Rejet du recours contre la confirmation d'un cas de transposition pour le transfert des actions d'une société sise à Genève et faisant partie de la fortune privée du contribuable, vers une société de capital sise à l'étranger, détenue à 50 % par le contribuable et son épouse à travers une troisième société domiciliée dans les Iles Vierges Britanniques. Rendement de la fortune mobilière du recourant imposable.

## Erwägungen

### E. 50

% exigé par la législation fédérale. La part de 50 % détenue par Mme A\_\_\_\_\_ dans C\_\_\_\_\_ ne pouvait être prise en compte pour attribuer à son époux le contrôle sur I\_\_\_\_\_, car l'épouse ne possédait aucune action de B\_\_\_\_\_.

Ils soutenaient, dans le cadre d'une analyse séparée de chacune des opérations susmentionnées, qu'au début de la transaction de vente, le groupe F\_\_\_\_\_, H\_\_\_\_\_ et I\_\_\_\_\_ étaient des tiers par rapport à B\_\_\_\_\_ et à M. A\_\_\_\_\_. Dès lors, la vente des actions de B\_\_\_\_\_ par ce dernier à H\_\_\_\_\_ était une transaction avec un tiers, et non avec soi-même. L'étape suivante de vente du 50 % de I\_\_\_\_\_ à M. A\_\_\_\_\_, à travers C\_\_\_\_\_, ne pouvait pas être qualifiée de transposition, dans la mesure où « le vendeur » n'était pas une personne physique domiciliée en Suisse. Il n'y avait pas de passage de la fortune privée à la fortune commerciale. Il s'agissait aussi d'une transaction entre tiers. Même dans l'hypothèse d'une opération (économique) unique, la vente de 50 % des actions de B\_\_\_\_\_ à I\_\_\_\_\_ par M. A\_\_\_\_\_ devait être qualifiée de vente à un tiers, et non à soi-même. Pour l'autre moitié de B\_\_\_\_\_, il s'agissait d'une « restructuration » afin que M. A\_\_\_\_\_ ne la détienne que de manière « doublement indirecte », à savoir par le biais de C\_\_\_\_\_ et de I\_\_\_\_\_.

En échange du 50 % de B\_\_\_\_\_ vendu à I\_\_\_\_\_, M. A\_\_\_\_\_ avait obtenu le montant de USD 53'277'218.95, à savoir le prix de vente total de USD 80 millions duquel était déduite la somme de USD 26'722'781.05 payée par M. A\_\_\_\_\_ à travers C\_\_\_\_\_. Ce montant était « cohérent » avec celui de

- 7/14 - A/2397/2020 USD 40 millions mentionné dans le protocole d'accord du 31 août 2006, auquel il fallait ajouter les liquidités de B\_\_\_\_\_ au moment de la transaction.

Concernant la participation restante de 50 % de B\_\_\_\_\_, indirectement détenue par M. A\_\_\_\_\_, elle ne constituait pas un cas de transposition dans la mesure où l'une des quatre conditions cumulatives faisait défaut, à savoir celle d'une contre-prestation supérieure à la valeur nominale de la participation transférée. M. A\_\_\_\_\_ n'avait, dans le cadre de cette « restructuration », reçu aucune liquidité, ni aucune créance (que ce soit créance d'actionnaire et/ou capital) dans les sociétés intermédiaires de I\_\_\_\_\_ et de C\_\_\_\_\_.

restructuration (double détention indirecte) » n'était pas un cas de transposition au motif que les réserves ouvertes et latentes existantes dans B\_\_\_\_\_ au moment de l'opération n'avaient pas été transformées en substance non imposable, que ce soit au niveau de I\_\_\_\_\_ ou de C\_\_\_\_\_. Ces réserves étaient ainsi toujours sujettes à imposition et ne pouvaient être « remontées » auprès de ces deux sociétés et de M. A\_\_\_\_\_ en franchise d'impôt. En conséquence, il n'y avait in casu pas de réalisation d'un dividende imposable.

Si une transposition devait être retenue, elle ne pouvait porter que sur le montant maximum de USD 31'966'332.- (à convertir en CHF), et non sur celui retenu par l'AFC et le TAPI de CHF 99'728'800.-. Le montant de USD 31'966'332.- correspondait au rendement réalisé par le contribuable, soit la somme susmentionnée finalement obtenue pour l'opération (à savoir USD 53'277'218.95) qui serait soumise à une imposition partielle à hauteur de 60 % en vertu des art. 20 al. 1bis de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) et 22 al. 2 de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08) dans leurs teneurs applicables en 2006 (60 % de USD 53'277'218.95 = USD 31'966'331.30). 17) L'AFC a conclu au rejet du recours. 18) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger. EN DROIT 1)

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

S'agissant du droit applicable, 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 ; ATA/724/2012 du 30 octobre 2012 consid. 4a ; ATA/877/2004 du 9 novembre 2004). En l'espèce, l'IFD est

- 8/14 - A/2397/2020 soumis à la LIFD dans sa version en vigueur en 2006, tandis que l'ICC de 2006 est régi par l'ancienne loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques du 22 septembre 2000 (aLIPP), divisée en quatre parties (LIPP-I, LIPP-II, LIPP-III et LIPP-IV). Trouve en particulier application la loi sur l'imposition des personnes physiques - Impôt sur le revenu (revenu imposable) du 22 septembre 2000 (aLIPP-IV).

Il convient d'emblée de préciser que l'imposition à hauteur de 60 % invoquée par les recourants ne peut pas entrer en ligne de compte dans le présent cas, car elle n'était pas prévue en 2006 par les législations topiques précitées. Cette imposition partielle a été introduite le 1er janvier 2009 aux art. 20 al. 1bis LIFD et 6 al. 2 aLIPP-IV. Par conséquent, cette conclusion sera rejetée. 3)

Le présent litige porte sur la question de savoir si les opérations susmentionnées liées à la vente des actions de B\_\_\_\_\_ en octobre 2006 constituent un cas de transposition, imposable, au sens des art. 20 al. 1 let. c LIFD et 6 let. c aLIPP-IV.

a. Tant l'art. 20 al. 1 let. c LIFD que l'art. 6 let. c aLIPP-IV disposent que les dividendes, les parts de bénéfice, l'excédent de liquidation et tous autres avantages appréciables en argent provenant de participations de tout genre (comme par exemple les actions gratuites, les augmentations gratuites de la valeur nominale) sont imposables en tant que rendement de la fortune mobilière.

Ces deux dispositions ont été précisées par le nouvel art. 20a LIFD dès le 1er janvier 2007 et par l'art. 23 de la nouvelle loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - RS D 3 08) dès le 1er janvier 2010. Selon l'art. 20a al. 1 let. b LIFD et l'art. 23

al. 1 let. b LIPP, est considéré comme rendement de la fortune mobilière, le produit du transfert d'une participation d'au moins 5 % au capital-actions ou au capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative représentant un transfert de la fortune privée à la fortune commerciale d'une entreprise de personnes ou d'une personne morale dans laquelle le vendeur ou la personne qui effectue l'apport détient une participation d'au moins 50 % au capital après le transfert, dans la mesure où le total de la contre-prestation reçue est supérieur à la valeur nominale de la participation transférée ; il en va de même lorsque plusieurs participants effectuent le transfert en commun. Ces nouvelles normes ne sont pas applicables au présent cas pour des raisons temporelles. Elles illustrent cependant l'aboutissement législatif de la réglementation de la problématique de la transposition et codifient en grande partie la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATA/724/2012 du 30 octobre 2012 consid. 4b et les références citées).

b. L'art. 20 al. 1 let. c LIFD est une norme fiscale avec des points de rattachement économiques, qui doit être interprétée selon une appréciation économique. L'appréciation économique des faits ne dépend pas dans cette

- 9/14 - A/2397/2020 hypothèse de la réalisation des conditions d'une évasion fiscale (ATF 115 Ib 238 ; 115 Ib 249 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_879/2008 du 20 avril 2009 ; 2A.53/2000 du 15 août 2000 publié in RDAF 2001 II 240).

Selon la jurisprudence, l'apport, par un actionnaire, d'actions appartenant à sa fortune privée à une société qu'il domine, en échange d'actions ou d'une créance dont la valeur nominale excède celle des titres apportés, constitue un rendement de participation imposable, et non un gain en capital franc d'impôt. En effet, un tel transfert d'actions ne doit pas être considéré comme une aliénation par laquelle l'actionnaire obtiendrait un gain en capital privé. Par cette opération, l'actionnaire n'abandonne pas son pouvoir de disposition du point de vue économique ; il le garde sous la forme de sa participation dans la société qui a acquis les actions. Comme le remboursement du capital social (à sa valeur nominale) ou celui d'un prêt ne constitue pas un revenu imposable de l'actionnaire, la charge fiscale latente sur les répartitions de bénéfices est éliminée. Il y a alors une « transposition ». La société cessionnaire accorde par conséquent à l'actionnaire une prestation appréciable en argent imposable selon l'art. 20 al. 1 let. c LIFD (ATF 115 Ib 238 ; 101 Ib 44 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_879/2008 du 20 avril 2009 ; 2P.140/2004 du 9 décembre 2004 ; 2A.331/2003 du 11 juin 2004 ; 2A.53/2000 du 15 août 2000). Ce même raisonnement s'applique à l'art. 6 let. c aLIPP-IV, dont le contenu est identique à l'art. 20 al. 1 let. c LIFD (ATA/724/2012 du 30 octobre 2012 consid. 4c).

La transposition est soumise à quatre conditions cumulatives : 1) le vendeur détient des titres de participation dans sa fortune privée (principe de la valeur nominale) qu'il cède à la société acquéreuse soumise au régime de la valeur comptable ; 2) le vendeur doit contrôler la société acquéreuse de manière à pouvoir influencer sur la politique de distribution de dividendes ; 3) les actions doivent être cédées à une valeur supérieure à leur valeur nominale ; 4) le vendeur reçoit, en contrepartie de son apport, du capital social nominal ou un prêt à l'encontre de la société acquéreuse. Ainsi, les biens sur lesquels existe une imposition latente (réserves ouvertes ou latentes de la société dont les titres ont été apportés) sont transposés en valeurs exonérées (remboursement du capital ou de la dette de la nouvelle société en franchise d'impôt ; ATA/561/2018 du 5 juin 2018 consid. 5e ; ATA/724/2012 du 30 octobre 2012 consid. 4c et les références citées).

c. En matière fiscale, les règles générales relatives à la répartition du fardeau de la preuve ancrées à l'art. 8 CC, destinées à déterminer qui doit supporter les conséquences de l'échec de la preuve ou de l'absence de preuve d'un fait, impliquent que l'autorité fiscale doit 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. Si les preuves recueillies par l'autorité fiscale apportent suffisamment d'indices révélant l'existence d'éléments imposables, il appartient au contribuable d'établir l'exactitude de ses

- 10/14 - A/2397/2020 allégations et de supporter le fardeau de la preuve du fait qui justifie son exonération (ATF 146 II 6 consid. 4.2 ; 144 II 427 consid. 8.3.1 ; 140 II 248 consid. 3.5 ; 133 II 153 consid. 4.3).

En matière de prestation appréciable en argent effectuée par une société à son détenteur de parts ou à un proche, le Tribunal fédéral a retenu que, si le détenteur de parts est en même temps organe de la société et/ou actionnaire ou associé majoritaire, c'est à lui qu'il incombe de contester dans les détails la nature et le montant de la prestation appréciable en argent alléguée par l'autorité fiscale. S'il ne le fait pas, ou s'il se limite à exposer des généralités, une reprise dans son chef est également justifiée (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1006/2020 du 20 octobre 2021 consid. 5.2 et les références citées ; 2C\_16/2015 du 6 août 2015 consid. 2.5.5 à 2.5.8).

d. En l'espèce, il est admis que, par la vente des actions de B\_\_\_\_\_ en octobre 2006, celles-ci sont passées de la fortune privée de M. A\_\_\_\_\_ à la fortune commerciale de I\_\_\_\_\_, une société de capital (à l'instar de H\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_), et ce pour une valeur supérieure à leur valeur nominale qui était de CHF 100'000.-. En effet, le recourant reconnaît avoir, à tout le moins, obtenu, en échange de la moitié des actions de B\_\_\_\_\_, le montant de USD 53'277'218.95 qui correspondrait, selon lui, à la différence entre le prix de vente fixé à USD 80 millions et la somme de USD 26'722'781.05 qu'il aurait payée, à travers C\_\_\_\_\_, à H\_\_\_\_\_ pour l'acquisition de la moitié du capital-actions de I\_\_\_\_\_. Il détient ainsi, en tout cas depuis le même jour que le transfert des actions de B\_\_\_\_\_, soit le 3 octobre 2006, une participation d'au moins 50 % dans I\_\_\_\_\_. Le fait que le montant précité puisse correspondre à la moitié du prix total convenu pour la vente des actions de B\_\_\_\_\_ n'est pas déterminant vu les liens étroits entre les sociétés du groupe F\_\_\_\_\_ et M. A\_\_\_\_\_. Celui-ci conserve un rôle décisif dans la conduite de B\_\_\_\_\_, même après son transfert à I\_\_\_\_\_, comme le démontrent les différents accords susmentionnés datant du 3 octobre 2006. Ainsi, trois des quatre conditions cumulatives précitées sont en l'espèce réunies.

Il reste à examiner si M. A\_\_\_\_\_ conserve le contrôle dans la société acquéreuse de manière à pouvoir influencer sur la politique de distribution de dividendes, étant rappelé que les art. 20a al. 1 let. b LIFD et 23 al. 1 let. b LIPP – non applicables in casu mais codifiant la jurisprudence fédérale – exigent la détention d'une participation d'au moins 50 % au capital après le transfert. Quoi qu'en disent les recourants, l'opération, bien que décomposée juridiquement en deux temps, représente, d'un point de vue économique, une seule transaction. Ses deux étapes sont non seulement intervenues le même jour, mais sont en outre indissociables l'une de l'autre, comme cela découle clairement des termes « Immediately following this purchase [immédiatement après cet achat] » du point 2.b du protocole d'accord ainsi que de la raison d'être de ce dernier. En effet, par cet engagement, M. A\_\_\_\_\_ s'assure de ne pas perdre le contrôle sur B\_\_\_\_\_.

- 11/14 - A/2397/2020 lors de sa transaction avec les sociétés du groupe F\_\_\_\_\_. Cette volonté de conserver une influence déterminante dans la conduite de B\_\_\_\_\_ après le transfert de ses actions à I\_\_\_\_\_ est, d'une part, confirmée par le rôle prépondérant que M. A\_\_\_\_\_ se voit attribuer par les différents accords convenus en octobre 2006, à travers les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général de B\_\_\_\_\_ ainsi que de conseiller pour H\_\_\_\_\_ concernant l'activité de cette société. Il est parvenu à occuper ces fonctions alors qu'il détenait la moitié des actions de I\_\_\_\_\_ jusqu'en juillet 2008 où il a acquis 51 % du capital-actions de cette société. M. A\_\_\_\_\_ a gardé ainsi la mainmise sur l'activité commerciale de B\_\_\_\_\_ malgré le transfert des actions d'octobre 2006. D'autre part, en obtenant la moitié du capital-actions de I\_\_\_\_\_ à travers C\_\_\_\_\_ que le contribuable reconnaît détenir, à parts égales, avec son épouse, ce dernier a, à la fois, le pouvoir de disposer de I\_\_\_\_\_ et conserver une influence décisive sur la politique et les décisions de B\_\_\_\_\_, notamment sur la question de la distribution des dividendes. Le fait que son épouse ne détenait pas, à l'origine, les actions de B\_\_\_\_\_ n'y change rien vu leur étroite relation personnelle, ce d'autant plus dans les circonstances particulières du transfert des actions de B\_\_\_\_\_. Ainsi, la dernière condition précitée de la transposition est en l'espèce aussi réalisée.

Il est par ailleurs sans pertinence qu'au début des négociations les sociétés du groupe F\_\_\_\_\_ aient pu être des tiers par rapport à M. A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_, vu leur engagement réciproque sur l'enchaînement des opérations prévues dans le protocole d'accord d'août 2006 et concrétisées par les différents accords passés le 3 octobre 2006, conduisant au résultat voulu par M. A\_\_\_\_\_ – garder le contrôle sur B\_\_\_\_\_ après le transfert de ses actions à I\_\_\_\_\_ – dès le début de la transaction, clairement exprimé dans le protocole d'accord d'août 2006. La création de la société suisse D\_\_\_\_\_ en février 2005 – dont on ignore si M. A\_\_\_\_\_ en détenait des parts sociales mais dont il était l'administrateur président – peut être interprétée, comme le relève le TAPI, comme un indice des liens étroits entre M. A\_\_\_\_\_ et le groupe F\_\_\_\_\_, en ce sens qu'elle était liée à la volonté de M. A\_\_\_\_\_ de s'associer, dans son activité commerciale, au groupe F\_\_\_\_\_ en y conservant un rôle-clé.

Enfin, les recourants ne sauraient être suivis lorsqu'ils soutiennent que les réserves (ouvertes et latentes) existantes dans B\_\_\_\_\_ n'avaient pas été transformées en substance non imposable et qu'elles étaient toujours sujettes à imposition vu qu'elles ne pouvaient pas être « remontées » en franchise d'impôt, que ce soit auprès de I\_\_\_\_\_, de C\_\_\_\_\_ ou de M. A\_\_\_\_\_. Les contribuables perdent de vue que l'opération qu'ils qualifient de « restructuration » consistait en réalité à transférer les actions de B\_\_\_\_\_, société sise à Genève et imposée en Suisse, à des sociétés hors de la souveraineté fiscale suisse, et ce tant pour C\_\_\_\_\_, société domiciliée aux Îles Vierges britanniques, que pour les sociétés néerlandaises I\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_. Ils n'ont en outre jamais déclaré à l'autorité

- 12/14 - A/2397/2020 fiscale suisse leur participation dans C\_\_\_\_\_, dont ils ne contestent pas détenir, à hauteur de 50 % chacun, le capital social. Cela étant, cette question ne sera pas davantage développée, l'existence d'une évasion fiscale n'ayant pas à être examinée, conformément à la jurisprudence susmentionnée.

Dès lors, les quatre conditions réalisant, à l'aune de la jurisprudence applicable en 2006, le cas d'une transposition sont en l'espèce réunies. Par conséquent, le transfert des actions de B\_\_\_\_\_, détenues par M. A\_\_\_\_\_ dans sa fortune privée, à I\_\_\_\_\_, en échange d'un prix de USD 80 millions et l'acquisition le même jour d'une participation de 50 % dans

I\_\_\_\_\_, de manière indirecte et avec son épouse, à travers C\_\_\_\_\_, constitue un élément de la fortune mobilière de M. A\_\_\_\_\_ dont le rendement est imposable en vertu des art. 20 al. 1 let. c LIFD et 6 let. c aLIPP-IV. Le recours est donc rejeté sur ce point et le jugement querellé confirmé.

e. Quant au montant du rendement de fortune mobilière imposable, l'argument des recourants, selon lequel seul devrait être retenu le montant de USD 53'277'218.95 (soit la somme du prix de vente de USD 40 millions, convenu entre H\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ pour l'acquisition de 50 % de I\_\_\_\_\_, et des liquidités de B\_\_\_\_\_ estimées à CHF 13'277'218.95), doit être rejeté.

En effet, hormis les accords précités d'octobre 2006 renfermant le montage juridique destiné à transférer la valeur de la société B\_\_\_\_\_ dans des sociétés de capitaux sises à l'étranger, on observe une cohérence de la valeur des actions de cette société entre le prix de USD 80 millions, convenu en octobre 2006 lorsque M. A\_\_\_\_\_ a voulu garder le contrôle sur B\_\_\_\_\_ par l'acquisition de la moitié du capital-actions de I\_\_\_\_\_, et le prix fixé à USD 151,8 millions avec un profit anticipé de USD 32,6 millions (soit plus du double par rapport à 2006), en janvier 2010 lorsque C\_\_\_\_\_ a vendu toutes les actions de B\_\_\_\_\_ au groupe F\_\_\_\_\_. L'autorité fiscale rend ainsi in casu plausible que le rendement de la fortune mobilière tiré de la transposition de la valeur des actions de B\_\_\_\_\_ dans I\_\_\_\_\_, dont M. A\_\_\_\_\_ possède la moitié, s'élève à USD 80 millions, soit CHF 99'828'784.-, valeur non contestée, dont il convient de soustraire la valeur nominale de B\_\_\_\_\_ de CHF 100'000.-.

Soumis à des exigences accrues de fardeau de la preuve conformément à la jurisprudence fédérale susmentionnée, les contribuables n'emportent pas la conviction en se limitant à se référer à un des accords d'octobre 2006 pour tenter de démontrer une valeur inférieure de transposition lors du transfert d'actions de B\_\_\_\_\_ en 2006. C'est donc à raison que l'AFC a retenu la somme arrondie de CHF 99'728'800.- comme revenu de M. A\_\_\_\_\_ à titre de rendement de sa fortune mobilière pour 2006.

Le jugement querellé ainsi que la décision sur réclamation du 13 juillet 2020 concernant les IFD et ICC de 2006 sont donc confirmés sur ce point également.

- 13/14 - A/2397/2020

Par conséquent, le recours sera rejeté. 4)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge conjointe des recourants (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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