

## **GE\_GERICHTE ATA/1318/2018 vom 4. Dezember 2018**

GE Cour de justice, 2018-12-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1318\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1318_2018)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1318/2018 du 4 décembre 2018

IT: GE\_GERICHTE ATA/1318/2018 del 4 dicembre 2018

### **Regeste**

Résumé: Retour du Tribunal fédéral sur un recours contre l'ATA/364/2017 afin que soit examinée la problématique de la prestation appréciable en argent. Prêt octroyé par une société anonyme à son administrateur unique, et représentant 99 % des actifs de la société. L'administrateur unique et l'actionnaire unique de la société sont mariés, mais séparés de fait depuis 1990. Après instruction complémentaire, le prêt doit effectivement être qualifié de prestation appréciable en argent et être intégré dans les revenus imposables de l'actionnaire unique en application de la théorie du triangle. En effet, c'est uniquement en raison des liens entre la recourante et son conjoint qu'a eu lieu l'opération litigieuse.

### **Erwägungen**

#### **E. 9**

juin 2015 consid. 2 ; ATA/780/2013 du 26 novembre 2013 consid. 2 et les références citées).

b. Le 1er janvier 2010 est entrée en vigueur la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08), dont l'art. 69 abroge les cinq anciennes lois sur l'imposition des personnes physiques (aLIPP-I à V).

L'art. 72 al. 1 LIPP prévoit que cette loi s'applique pour la première fois pour les impôts de la période fiscale 2010, et que les impôts relatifs aux périodes fiscales antérieures demeurent régis par les dispositions de l'ancien droit, même après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Le recours portant sur la période fiscale 2009, le droit dans sa teneur à cette date est applicable (aLIPP I à V).

- 14/19 - A/3865/2014

c. En ce qui concerne l'IFD, la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du

#### **E. 14**

décembre 1990 (LIFD - RS 642.11), entrée en vigueur le 1er janvier 1995, est applicable, dans sa teneur lors de la période fiscale en cause (2009). 4)

Sont imposables comme rendements de la fortune mobilière notamment les dividendes, les parts en bénéfice, les excédents de liquidation et tous les autres avantages appréciables en argent provenant de participations en tout genre (art. 20 al. 1 let. c LIFD).

a. Selon le Tribunal fédéral, font partie des avantages appréciables en argent au sens de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD, les distributions dissimulées de bénéfice (art. 58 al. 1 let. b LIFD), soit des attributions de la société aux détenteurs de parts auxquelles ne correspond aucune contre-prestation ou une contre-prestation insuffisante et qui ne seraient pas effectuées ou

dans une moindre mesure en faveur d'un tiers non participant (ATF 138 II 57 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_605/2014 et 2C\_606/2014 du 25 février 2015 consid. 6). Sont ainsi imposables, à titre de revenus, les prestations appréciables en argent, à savoir les avantages accordés par la société aux actionnaires ou à leurs proches sans contre-prestation et qui ne s'expliquent qu'en raison du rapport de participation, dès lors que la société ne les aurait pas faites, dans les mêmes circonstances, à des tiers non participants (ATF 119 Ib 116 consid. 2 ; ATA/513/2016 du 14 juin 2016 consid. 6b ; Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 4ème éd., 2012, p. 138 n. 139). En raison du contenu similaire de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD et de l'art. 22 al. 1 let. c LIPP, cette jurisprudence peut également s'appliquer à l'ICC, dans la mesure où le droit cantonal genevois comporte, à l'art. 12 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15), dans sa teneur avant le 30 mars 2016, en particulier en sa lettre h, une disposition équivalente à l'art. 58 al. 1 let. b LIFD (ATA/594/2015 du 9 juin 2015 consid. 6b).

b. De jurisprudence constante, il y a avantage appréciable en argent si : 1) la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ; 2) cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le ou la touchant de près ; 3) elle n'aurait pas été accordée à de telles conditions à un tiers ; 4) la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de telle sorte que les organes de la société savaient ou auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient (ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; 138 II 57 consid. 2.2 ; 131 II 593 consid. 5.1 ; 119 Ib 116 consid. 2). L'évaluation de la prestation se mesure par comparaison avec une transaction qui aurait été effectuée entre parties non liées et en tenant compte de toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce (principe du « Dealing at arm's length » ; ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; 138 II 545 consid. 3.2 ; 138 II 57 consid. 2.2).

c. Les formes d'apparition des prestations appréciables en argent sont multiples : elles peuvent être réalisées par un accroissement injustifié des frais généraux (salaire excessif, paiement d'intérêts disproportionnés pour un prêt de

- 15/19 - A/3865/2014 l'actionnaire, rémunération trop importante d'un service rendu par l'actionnaire), ou par une comptabilisation insuffisante d'un produit (la société n'exige pas une contre-prestation appropriée pour un service rendu à l'actionnaire). Elles peuvent également apparaître sous la forme d'une diminution exagérée d'actifs (acquisition d'actifs sans valeur, octroi d'un prêt dont le remboursement n'est pas concevable, renonciation à une créance) ou d'un accroissement de passifs (la société se reconnaît débitrice pour une prestation qu'elle n'a jamais reçue ; ATA/1417/2017 du 12 septembre 2017 et la référence citée).

Selon la jurisprudence, une société anonyme est libre d'accorder même à son actionnaire un prêt, dans la mesure et aux conditions à la jouissance duquel un tiers non participant pourrait accéder dans les mêmes circonstances. Une prestation appréciable en argent est néanmoins réalisée dans la mesure où l'opération s'écarte des usages et des affaires habituelles conformes au marché (ATF 138 II 57 consid. 3.1 in RDAF 2012 II 299 p. 303).

Le Tribunal fédéral a développé un certain nombre de critères dont la réalisation permet de conclure qu'un prêt à l'actionnaire constitue une prestation appréciable en argent. Tel est notamment le cas lorsque le prêt octroyé par la société n'est pas couvert par le but social ou qu'il s'avère inhabituel dans la structure globale du bilan (autrement dit, lorsque le prêt ne peut pas être couvert par les moyens existants de la société, ou qu'il apparaît excessivement

élevé en comparaison avec les autres actifs et qu'il génère ainsi un gros risque), ensuite, en cas de doutes sérieux sur la solvabilité du débiteur ou lorsqu'aucune garantie n'est prévue et qu'il n'existe aucune obligation de remboursement, que les intérêts ne sont pas payés mais qu'ils sont portés constamment en augmentation du compte d'emprunt et qu'il n'existe pas de convention écrite (ATF 138 II 57 consid. 3.2).

d. En présence d'un prêt simulé ultérieurement, il n'est possible de s'en prendre fiscalement aux détenteurs des droits de participation que si la simulation ressort clairement d'indices. Si les indices ne sont pas suffisants, il y a lieu d'attendre jusqu'à ce qu'ils aient pris une densité telle qu'ils constituent une preuve manifeste. On peut l'admettre lorsque le porteur de parts, selon les circonstances, a exprimé la volonté manifeste de soustraire des moyens à la société et que cette intention est reconnaissable pour les autorités fiscales. Fréquemment, ce n'est le cas que lorsque des mesures sont prises par la société, comme par exemple lorsqu'il est procédé à l'amortissement de la créance désormais compromise (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_461/2008 du 23 décembre 2008 = RDAF 2009 II p. 482 consid. 2.2 et les références citées). 5)

En pratique, il arrive fréquemment que le bénéficiaire d'une prestation appréciable en argent ne soit pas directement l'actionnaire de la société, mais un proche de celui-ci. Dans un cas de ce genre, la question se pose de savoir qui est le bénéficiaire de la prestation, l'actionnaire ou le proche.

- 16/19 - A/3865/2014

a. Selon la théorie du triangle, une prestation ne peut être accordée qu'à l'actionnaire qui en gratifie ensuite le proche. Suivant cette conception, l'avantage accordé par la société ne peut s'expliquer que par la maîtrise exercée par l'actionnaire sur sa société. La prestation appréciable en argent passe donc nécessairement dans un premier temps à l'actionnaire, qui, dans un deuxième temps, la reverse au bénéficiaire direct, que ce soit par acte de donation, par apport à une autre société (lorsque la prestation est faite à une société-sœur) ou pour tout autre motif (exécution d'une obligation ; Denis BERDOZ in Danielle YERSIN/Yves NOËL, Commentaire de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2008, p. 932 n. 32). Le Tribunal fédéral a à plusieurs reprises confirmé l'applicabilité de la théorie du triangle en matière d'IFD (ATF 138 II 57 consid. 4.2 ; ATF119 Ib 116 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_610/2012 du 1er février 2013 consid. 8.1 ; ATA/17/2016 du 12 janvier 2016 consid. 5 ; Xavier OBERSON, op. cit., pp. 239-240). La manière d'effectuer le paiement ne peut rien changer à la qualification de la prestation en tant que rendement de la fortune mobilière (arrêt 2C\_16/2015 du 6 août 2015 consid. 2 in Archives 84 254 et RDAF 2016 II 110 et les références citées).

b. Selon la théorie dite du bénéficiaire direct (« Direktbegünstigtheorie »), qui est la règle pour l'impôt anticipé, et par opposition à la théorie du triangle pure, le détenteur de parts est d'emblée ignoré – peu importe si la participation est détenue dans la fortune privée ou commerciale – et l'imposition est effectuée auprès de la personne proche de ce dernier. Dans un arrêt récent (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_177/2016 du 30 janvier 2017 consid. 5.3), le Tribunal fédéral a indiqué n'avoir appliqué la théorie du bénéficiaire effectif que dans un cas isolé pour une prestation appréciable en argent en matière d'impôts directs (arrêt 2A.315/1991 et 2A.320/1991 du 22 octobre 1992 in : Arch. 63 145 et RDAF 1995 II 38). Dans ce même arrêt, il a relevé que la doctrine (Maja BAUER-BALMELLI, Änderungen in der Anwendung von Dreiecks- und Direktbegünstigtheorie, in IFF Forum für Steuerrecht

2001, p. 58 ss; Peter LOCHER, Kommentar zum DBG, II partie Therwil/Bâle 2004 n° 129 ad art. 58 LIFD) mentionnait encore, à tort, un cas d'application de la théorie du bénéficiaire direct dans l'arrêt 2A.288/1998 du 31 mars 1999, alors que cet arrêt ne l'appliquait pas. Le Tribunal fédéral a ainsi conclu que seule la théorie du triangle, en lieu et place de la théorie du bénéficiaire direct, trouve application en matière d'impôt fédéral direct, et que cette conclusion est également partagée par la doctrine majoritaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_177/2016 précité consid. 5.4). 6)

En l'espèce, les audiences de comparution personnelle et d'enquêtes n'ont apporté aucun élément nouveau permettant de remettre en question la qualification de prestation appréciable en argent du prêt litigieux. Il a été établi que la société B\_\_\_\_\_ – dont la recourante est actionnaire unique – a accordé une prestation sans aucune contrepartie à une personne proche de l'actionnaire, à savoir M. C\_\_\_\_\_. Cette prestation, inexplicée, est insolite, et totalement

- 17/19 - A/3865/2014 disproportionnée, en tant qu'elle représente près de la totalité des actifs de la société.

La recourante, prétendant ne rien savoir des agissements de son mari, a indiqué avoir signé aveuglément tous les documents que lui présentait son mari, et continuer d'agir de la sorte. Dans ses dernières écritures, elle soutient même qu'elle ne serait pas réellement actionnaire de la société, et encore moins son ayant droit économique, n'ayant prétendument jamais même investi des montants à titre personnel dans la société. Elle indique avoir été une sorte de « prête-nom », signant les documents requis lors de la constitution de la société – son mari ne souhaitant pas apparaître comme actionnaire unique de celle-ci –, mais n'intervenant plus depuis.

La recourante a toutefois signé les documents constitutifs de la société et déclaré la titularité des titres de B\_\_\_\_\_ dans chacune de ses déclarations fiscales annuelles. Si elle a indiqué lors de l'audience que son mari établissait les déclarations d'impôts et qu'elle ne les avait jamais remplies elle-même, il n'en demeure pas moins qu'en signant celles-ci, elle s'engageait par sa signature, même si elle n'en vérifiait pas le contenu. Elle s'engageait de même en signant les documents présentés par son mari au nom de la société. N'ayant pas démontré – et au demeurant pas même allégué – qu'elle aurait été empêchée de s'engager valablement en raison d'un défaut de capacité de discernement, la recourante doit assumer les conséquences de la confiance aveugle qu'elle a manifestée à l'égard de son mari et de ses agissements. Elle ne peut se dédouaner aujourd'hui en indiquant n'avoir été qu'un « prête-nom ».

La recourante était légalement actionnaire unique de la société et, en tant que telle, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral, elle avait le devoir d'approuver les comptes annuels et de donner décharge au conseil d'administration. Le fait de s'être ainsi désintéressée des « affaires » et d'avoir laissé son mari les gérer ne saurait constituer un motif justifiant que le prêt insolite ne lui soit pas fiscalement imputé, en tant qu'actionnaire unique de la société.

S'agissant de la comptabilisation de ce prêt, il ressort des pièces produites par la recourante que le compte intitulé « C/C débiteurs », qui s'élevait à CHF 11'649.35 en 2000, a augmenté au cours des années, pour atteindre un montant de CHF 3'948'254.90 en 2008. Dans les bilans annuels produits par la recourante, ce compte figurait dans les actifs de la société. Ce n'est qu'au bilan au 31 décembre 2009 que l'intégralité de ce compte est passée à CHF 0.-. C'est ainsi à cette date qu'il devenait évident, à la lecture des comptes, qu'il y avait une

volonté de soustraire des moyens à B\_\_\_\_\_. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral susmentionnée, c'est donc à ce moment que cette intention est devenue reconnaissable pour les autorités fiscales. Ainsi, contrairement à ce que soutient la recourante, on ne peut reprocher à l'AFC-GE de n'avoir pas reconnu plus tôt, à la lecture des bilans annuels de la société, que M. C\_\_\_\_\_ n'avait pas l'intention de

- 18/19 - A/3865/2014 rembourser la société, ce d'autant plus que le compte était intitulé « C/C débiteurs » et non « compte actionnaire » et que, comme l'a indiqué l'ancien réviseur de B\_\_\_\_\_ lors de son audition, il n'était pas insolite que de tels montants figurent dans le compte débiteurs d'une société active dans l'immobilier. L'intention de léser la société est ainsi devenue manifeste à la lecture du bilan au 31 décembre 2009. Par conséquent, et contrairement à ce que soutient la recourante dans ses écritures finales la prestation appréciable en argent concerne bien sa taxation 2009.

Si la recourante ne s'était pas ainsi désintéressée de ses affaires, elle aurait également dû constater, au plus tard à la lecture du bilan au 31 décembre 2009, que son mari s'était octroyé un prêt qu'il n'avait pas l'intention de rembourser. Ce n'est qu'en raison des liens de confiance la liant à son mari qu'elle n'a jamais rien fait pour avoir le contrôle sur la gestion de cette société et qu'elle a ainsi laissé ce dernier s'octroyer un prêt représentant presque l'intégralité des actifs de B\_\_\_\_\_.

Au vu de tout ce qui précède, le prêt en cause doit être qualifié de prestation appréciable en argent. Ainsi, et conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral, cette prestation appréciable en argent doit être prise en compte dans le revenu imposable de la recourante de la période fiscale 2009, en application de la théorie du triangle.

Partant, le jugement du TAPI sera confirmé. C'est à bon droit que l'AFC-GE a procédé à la reprise litigieuse de CHF 2'368'952.-, réintégrant ce montant dans le revenu imposable de la recourante dans le cadre de l'ICC et de l'IFD 2009. 7)

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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