

GE_GERICHTE ATA/975/2015 vom 22. September 2015

GE Cour de justice, 2015-09-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_975_2015

FR: GE_GERICHTE ATA/975/2015 du 22 septembre 2015

IT: GE_GERICHTE ATA/975/2015 del 22 settembre 2015

Regeste

Résumé: Vente d'actions d'une société anonyme détenue par une société de participation à son propre actionnaire et co-actionnaire. Examen du prix fixé pour la cession des actions en vue de déterminer si celui-ci l'a été à des conditions préférentielles, et ceci de manière flagrante. Examen des différentes méthodes d'évaluation des titres non cotés.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10 dans sa teneur au 31 décembre 2010). 3)

Le litige porte sur le droit de l'AFC d'effectuer une reprise sur le revenu déclaré par les contribuables, en rapport avec le prix d'achat d'actions d'une société dont ils sont actionnaires majoritaires, vendues par une société dont ils sont les seuls actionnaires. 4)

En matière fiscale, il appartient à l'autorité fiscale de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, tandis que le contribuable doit supporter le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation fiscale. (ATF 133 II 153 consid. 4.3 p. 158 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_89/2014 du 26 novembre 2014 consid. 7.2 ; ATA/234/2015 du 3 mars 2015 consid. 5e ; ATA/112/2015 du 27 janvier 2015 ; ATA/8/2013 du 8 janvier 2013). Ces règles s'appliquent également à la procédure devant les autorités de recours en matière fiscale (arrêt du Tribunal fédéral 2C_47/2009 du 26 mai 2009 consid. 5.4 ; ATA/112/2015 précité).

- 16/22 - A/152/2008 5)

Le contentieux concerne la taxation pour l'année 2005. Les questions de droit matériel sont résolues par le droit en vigueur au cours des périodes fiscales litigieuses. Pour l'IFD, sont applicables les dispositions de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) et sa réglementation d'application, tandis que pour l'ICC, ce sont, outre les dispositions de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14), celles de l'ancienne loi sur l'imposition des personnes physiques - Objet de l'impôt - Assujettissement à l'impôt du 22 septembre 2000 (aLIPP- I), de l'ancienne loi sur l'imposition dans le temps des personnes physiques du 31 août 2000 (aLIPP-II - D 3 12), de la loi sur l'imposition des personnes physiques - Impôt sur la fortune du 22 septembre 2000 (aLIPP-III - D 3 13) de l'ancienne loi sur l'imposition des personnes physiques - Impôt sur le revenu (revenu imposable), du 22 septembre 2000 (aLIPP-IV - D 3 14) et leur réglementation d'exécution, dont le règlement d'application de la loi sur l'imposition des personnes physiques, impôt sur la fortune du 19 décembre 2001 (aRIPP III - D 3 13.01) ainsi que la loi de procédure fiscale, du 4 octobre 2001 (LPFisc - D 3 17). 6)

L'impôt sur le revenu a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques (art. 16 al. 1 LIFD). Selon l'art. 20 al.1 let. c LIFD, font partie du revenu imposable, les dividendes, les parts de bénéficiaire, l'excédent de liquidation et tout avantage appréciable en argent provenant de participations en tous genres (y compris les actions gratuites, les augmentations gratuites de la valeur nominale, etc.). L'art. 20 al.1 let. c LIFD vise à faire imposer les transactions qui favorisent l'actionnaire, notamment lorsque celui-ci profite de sa participation par d'autres moyens que le dividende ou l'excédent de liquidation (Danielle YERSIN, Yves NOËL, Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2008, ad art. 20 LIFD, p. 307, n° 78). 7) a. La notion de prestation appréciable en argent n'est pas juridique mais économique. L'autorité fiscale doit interpréter ce concept en se référant au contenu matériel, et non formel, de l'avantage en question (RDAF 2008 II, p. 360). La transaction en question peut ne pas être insolite, ni le contribuable avoir voulu éluder l'impôt. La requalification en « avantage appréciable en argent » n'en interviendra pas moins, si l'on doit retenir qu'économiquement l'actionnaire a été gratifié comme s'il avait reçu un dividende (Danielle YERSIN, Yves NOËL, op. cit. p. 308, n° 80).

b. En matière d'ICC, une règle similaire s'applique (art. 2 et 6, let. c aLIPP-IV). 8) a. Pour admettre l'existence d'une prestation appréciable en argent, taxable à titre de revenu, quatre conditions cumulatives doivent être réunies : la société fait bénéficier de cette prestation son actionnaire ou une personne le touchant de près ; il s'agit d'une prestation qu'il obtient sans contre-prestation correspondante ; elle

- 17/22 - A/152/2008 n'aurait pas été accordé dans de telles conditions à un tiers ; la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient (ATF 131 II 593 ; 119 Ib 319 ; 115 Ib 238 = RDAF 1992 85).

b. Les règles en matière de fardeau de la preuve, rappelées ci-dessus, impliquent qu'il appartient en principe à l'autorité fiscale de prouver l'existence d'une prestation appréciable en argent. Le contribuable n'a pas à supporter les conséquences d'un manque de preuve. En revanche, si l'autorité fiscale apporte suffisamment d'indices établissant une disproportion entre la prestation et la contre-prestation, il appartient alors au contribuable de démontrer l'exactitude de ses allégations et de rapporter la preuve du fait qui justifie son exonération. S'il n'y parvient pas, il doit supporter les conséquences du manque de preuves (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_76/2009 du 23 juillet 2009, consid. 2.2, publié in Revue fiscale 64 p. 834 et référence citée ; RDAF 2011 II 53 consid. 2.3). 9)

En l'espèce, la reprise effectuée par l'AFC-GE concerne une vente d'actions d'une société anonyme détenue par une société de participation, à son propre actionnaire et co-actionnaire. La première des conditions précitées est donc réalisée, ce qui n'est pas contesté au demeurant. Il s'agit en revanche de déterminer si le prix fixé pour la cession des actions l'a été à des conditions préférentielles, et ceci de manière flagrante.

La réponse à cette question passe par l'évaluation de la valeur des titres concernés. 10) a. En matière d'impôt sur la fortune, les actions d'une société anonyme, non cotée en bourse, doivent être évaluées à leur valeur vénale (art. 14 al. 1 LHID), soit en fonction de la valeur de rendement de l'entreprise et de sa valeur intrinsèque (art. 5 al. 2 aLIPP III).

b. L'évaluation des titres non cotés a fait l'objet en 1995 d'une circulaire de la CSI, applicable tant pour l'IFD que pour l'ICC intitulée : « instructions concernant l'estimation

des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune » (ci-après : les instructions) remplacée depuis par la circulaire no 28 dans une première version du 21 août 2006, puis du 28 août 2008. Ces nouvelles versions ne sont pas applicables en l'espèce, le litige concernant l'imposition 2005.

c. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'art. 49 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) (ATF 121 II 478 consid. 2b, ATA/439/2009 du 8 septembre 2009 et les références citées). En droit cantonal, L'art. 1 aRIPP-III renvoie directement aux directives.

- 18/22 - A/152/2008

d. Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003).

e. Les directives contenues dans les instructions de 1995, constituent, de jurisprudence constante, une méthode adéquate et fiable pour l'estimation des titres, non seulement en ce qui concerne l'impôt sur la fortune, mais également lorsqu'il s'agit de procéder à l'estimation de la valeur vénale de titres non cotés dans le contexte de l'impôt sur le bénéfice et l'impôt sur le revenu (arrêts du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 du 14 janvier 2015 consid. 5.3.1 ; 2C_1168/2013 du 30 juin 2014 consid. 3.6 et les références citées ; ATA/420/2015 du 5 mai 2015 ; ATA/232/2014 du 3 mars 2015).

f. À teneur des instructions, pour les sociétés commerciales, industrielles et de services, la valeur de l'entreprise résulte de la moyenne pondérée entre la valeur de rendement doublée d'une part, et la valeur intrinsèque déterminée selon le principe de la continuation d'autre part. Cette méthode d'évaluation, aussi dite « méthode du praticien » se résume par la formule suivante (ch. 41 instructions) :

Valeur entreprise = (2X valeur rendement + 1X valeur intrinsèque)/3

Pour déterminer la valeur de rendement, les instructions préconisent de se fonder en principe sur les deux derniers comptes annuels clos avant le jour déterminant pour l'estimation, le bénéfice net du dernier exercice étant pris en considération deux fois. Des événements exceptionnels, déjà prévisibles le jour déterminant, peuvent être pris en compte de manière appropriée lors de l'établissement de la valeur de rendement (ch. 7 et 8 instructions). Les revenus uniques et extraordinaires, tels que les gains en capital, la dissolution de réserves et de provisions, etc. seront déduits (ch. 13). La valeur intrinsèque est fondée sur la base des derniers comptes annuels clos avant le jour déterminant (ch. 17 instructions). 11) Dans certaines circonstances, le Tribunal fédéral n'exclut pas que d'autres méthodes d'évaluation reconnues puissent, isolément, s'avérer appropriées.

En effet, en droit fiscal, la valeur vénale est celle qui est attribuée à un bien lorsqu'il est aliéné dans un mouvement ordinaire d'affaires. Les instructions reposent sur la constatation empirique que la valeur vénale dépend du rendement passé et à venir sous la forme de

dividendes et autres participations au bénéfice, ainsi que de la rentabilité de la société et qu'elle est influencée par d'autres

- 19/22 - A/152/2008 facteurs comme par exemple la fortune de la société (capital, réserves), les liquidités de l'entreprise, la stabilité de la marche des affaires, etc. Il y a donc lieu de s'écarter des principes que contiennent les instructions seulement lorsque cela s'avère nécessaire pour parvenir à une meilleure estimation de la valeur vénale en raison de circonstances particulières (RDAF 2000 II 265 ; StE 1988 B 72.13.22 n° 10 consid. 2c et les décisions cantonales citées dans l'arrêt de la Cour fiscale fribourgeoise 4F 2007-5 et 4F 2007-6 du 28 novembre 2008 consid. 4b).

De telles circonstances particulières, permettant de s'écarter des instructions, ont été reconnues par la jurisprudence, notamment dans les cas où le rendement d'une société reposait presque exclusivement sur la performance de l'actionnaire majoritaire (ATA/595/2015 du 9 juin 2015) ou dans le cas où une expertise privée, fondée sur les mêmes principes que les instructions mais plus détaillée, avait permis une meilleure estimation (ATA Hoirie R. du 14 mai 1996) ainsi que dans le cas de la fondation, par scission, d'une société-fille, avec transfert des actions à un moment où il n'y a qu'un résultat intermédiaire (RDAF 2014 II p. 347). 12) Il ressort de la jurisprudence et des instructions elles-mêmes (ch. 2.3.b instructions) que ces dernières ne sont pas appliquées si la valeur vénale des titres se dégage d'un transfert représentatif ou substantiel entre tiers et que celui-ci représente la valeur réelle des titres. Cette transaction peut être postérieure à la date déterminante. Le Tribunal fédéral a appliqué ce principe pour des transactions réalisées jusqu'à sept mois après la date déterminante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 et 2C_1083/2013 du 14 janvier 2015 consid. 5.3.2 ; 2C_504/2009 du 15 avril 2010 ; 2A_590/2002 du 22 mai 2003). 13) a. En l'espèce, l'AFC n'expose pas clairement les motifs qui fondent son choix de ne pas faire application des instructions pour déterminer la valeur des titres. Bien plus, elle ne soulève pas de grief concret à l'égard de cette application, relevant qu'elle a été faite correctement par la commission, mais estimant que les « circonstances du cas d'espèce » exigent de s'écarter du schéma contenu dans les instructions.

b. Quant à la méthode d'évaluation préconisée, l'AFC a exposé en première instance avoir eu recours à une formule qui tient compte de deux fois la valeur de rendement, plus une fois la valeur substantielle, divisé par trois. La valeur vénale retenue étant constituée par le 75% de la valeur ainsi obtenue. Dans son calcul, l'AFC tient compte du bénéfice comptable 2003 et 2004 pour établir la valeur de rendement, ainsi que du capital au 31 août 2005, à laquelle s'ajoute une réserve latente sur les actions D_____ et une reprise de taxation constituant des prestations à l'actionnaire, pour établir la valeur substantielle.

Dans ses écritures subséquentes, l'AFC a proposé un nouveau calcul tenant compte du dividende distribué, dont le 50 % était ajouté à la valeur du titre

- 20/22 - A/152/2008 découlant de la valeur des fonds propres au 31 décembre 2005, au motif qu'il y avait lieu d'intégrer les perspectives de bénéfices futurs. Elle a également proposé dans son recours d'intégrer dans le calcul de la valeur de l'entreprise les bénéfices 2005 et 2006, soit ceux des exercices postérieurs à la vente. Dans une autre écriture, elle propose de retenir comme valeur du titre, celui qui résulterait de la valeur substantielle retenue par la commission, y compris la réserve latente, refusant toutefois de diviser ce montant par trois, comme le prévoient les instructions et comme l'a fait la commission.

En outre, elle a exposé en audience qu'il n'était pas possible de retenir uniquement la valeur des fonds propres de la société au 31 août 2005, date du bilan intermédiaire comme l'avait fait le contribuable, au motif que ce montant était insuffisant, car il fallait tenir compte des réserves latentes. Or, dans son calcul fait en application des instructions, la commission a bien tenu compte des réserves latentes, en application du ch. 31 des instructions. Ce motif ne justifie donc pas non plus de ne pas appliquer les instructions.

c. Quant aux « circonstances du cas d'espèce » pour lesquelles elle s'est abstenue d'appliquer les instructions, l'AFC indique que dans le cas d'une transaction entre proches, le résultat ne « correspond pas à la réalité économique » et « qu'un tiers, dans une situation identique à celle de l'actionnaire, n'aurait jamais obtenu un tel prix de la société ».

Ce faisant, l'AFC n'indique pas en quoi le fait, reconnu, qu'il ne s'agisse pas d'une vente entre tiers indépendants, constituerait une circonstance qui permettrait de ne pas faire application des directives, ni ne justifie le fait d'appliquer l'une ou l'autre des méthodes qu'elle préconise pour le cas d'espèce. En effet, en cas de transfert représentatif entre tiers indépendants, le prix d'acquisition est réputé représenter la valeur vénale (instructions ch. 2.3.b). D'ailleurs de jurisprudence constante, il est 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).

Il s'agit là, non pas de motifs permettant de justifier l'application de l'une ou l'autre méthode d'évaluation de la valeur vénale mais d'affirmations non étayées. Or, il appartenait à l'AFC, qui s'oppose dans son recours à l'application des instructions faite par la commission, de démontrer ses affirmations et non seulement d'opposer ses propres calculs à ceux résultant de l'application des instructions, compte tenu des exigences en matière de fardeau de la preuve, rappelées ci-dessus.

d. Finalement, l'AFC fait grand cas du prix de vente des actions dans le transfert subséquent de décembre 2007. Or, selon la jurisprudence, même si une

- 21/22 - A/152/2008 vente entre tiers, subséquente à la date déterminante, peut être prise en compte pour fixer la valeur vénale des titres, un délai de plus de deux ans entre les deux transferts apparaît trop long, compte tenu de la jurisprudence en la matière.

En conséquence, force est de constater que l'AFC a échoué à rapporter la preuve qui lui incombait, en ne fournissant aucune démonstration probante de l'existence de circonstances particulières qui motiveraient de s'écarter de la valeur déterminée par la commission, en application des instructions. Elle ne parvient ainsi pas à établir qu'une prestation appréciable en argent aurait été faite à l'actionnaire. Partant, la reprise faite à ce titre dans la taxation ICC et IFD 2005 du revenu des contribuables n'est pas justifiée, comme l'a admis la commission. 14) Vu ce qui précède, le recours sera rejeté. 15) Malgré l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument, le recours ayant été interjeté par une administration défendant ses propres décisions (art. 87 al. 1 2ème phr. LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure, les contribuables n'y ayant pas conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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