

## **GE\_GERICHTE A/4476/2010 vom 17. Juli 2014**

GE Cour de justice, 2014-07-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4476\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4476_2010)

FR: GE\_GERICHTE A/4476/2010 du 17 juillet 2014

IT: GE\_GERICHTE A/4476/2010 del 17 luglio 2014

### **Regeste**

DROIT FISCAL ; DONATION ; IMPÔT ; TAXE D'INSCRIPTION AU REGISTRE | La volonté d'effectuer une donation est nécessaire à la qualification de donation, y compris en droit fiscal. En l'espèce, les parties n'avaient pas la volonté de procéder à une donation. Partant, l'acte n'est pas soumis aux droits d'enregistrement. | LDE.11

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre administrative 17.07.2014  
A/4476/2010

DROIT FISCAL ; DONATION ; IMPÔT ; TAXE D'INSCRIPTION AU REGISTRE | La volonté d'effectuer une donation est nécessaire à la qualification de donation, y compris en droit fiscal. En l'espèce, les parties n'avaient pas la volonté de procéder à une donation. Partant, l'acte n'est pas soumis aux droits d'enregistrement. | LDE.11

A/4476/2010 ATA/545/2014 du 17.07.2014 sur JTAPI/259/2013 ( ICC ), ADMIS  
Descripteurs : DROIT FISCAL ; DONATION ; IMPÔT ; TAXE D'INSCRIPTION AU  
REGISTRE Normes : LDE.11 Résumé : La volonté d'effectuer une donation est nécessaire  
à la qualification de donation, y compris en droit fiscal. En l'espèce, les parties n'avaient pas  
la volonté de procéder à une donation. Partant, l'acte n'est pas soumis aux droits  
d'enregistrement. En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR  
JUDICIAIRE A/4476/2010 - ICC ATA/545/2014 COUR DE JUSTICE Chambre  
administrative Arrêt du 17 juillet 2014 1 ère section dans la cause Monsieur A \_\_\_\_\_  
représenté par Me Alexandre Faltin, avocat contre ADMINISTRATION FISCALE  
CANTONALE \_\_\_\_\_ Recours contre le jugement du Tribunal administratif de  
première instance du 5 mars 2013 ( JTAPI/259/2013 ) EN FAIT 1) La société B \_\_\_\_\_  
(ci-après : B \_\_\_\_\_), sise dans le canton de Genève, a pour but les activités financières et  
commerciales, le conseil en placements financiers et immobiliers, la valorisation de  
patrimoine et le pilotage d'opérations pour le compte de tiers ainsi que les opérations de  
conseil de courtage, de marketing et de communication. Son capital-actions s'élève à CHF  
100'000.-, divisé en mille actions nominatives liées de valeur nominale de CHF 100.-.  
Monsieur A \_\_\_\_\_, domicilié dans le canton de Genève, a été son actionnaire unique  
jusqu'au 5 octobre 2006. La société fiduciaire C \_\_\_\_\_ SA (ci-après : la société fiduciaire)  
officie comme réviseur de B \_\_\_\_\_. 2) La société D \_\_\_\_\_ SA (ci-après : D \_\_\_\_\_), dont  
le siège se trouve également dans le canton de Genève, a pour but les conseils, la gestion  
administrative et financière en matière de pilotage et de développement immobilier, la  
réalisation et la détention mobilière et immobilière ainsi que l'acquisition, la vente, le  
courtage, la réalisation, la mise en valeur et le financement de participations ou de projets  
immobiliers. À sa fondation, son capital-actions se montait à CHF 1'000'000.-, divisé en  
mille actions nominatives liées de valeur nominale de CHF 1'000.-. Madame E \_\_\_\_\_,

domiciliée dans le canton de Genève jusqu'en juin 2010, a été son actionnaire unique jusqu'au 5 octobre 2006. La société fiduciaire est également le réviseur de D\_\_\_\_\_. 3) Au 31 décembre 2005, la valeur fiscale des actions de B\_\_\_\_\_ était estimée à CHF 971.- par action au cours fiscal brut et à CHF 679.- par action au cours fiscal net. 4) Le 25 septembre 2006, le capital-actions de D\_\_\_\_\_ a été réduit à hauteur de CHF 100'000.-, divisé en cent actions nominatives liées de valeur nominale de CHF 1'000.-. 5) Le 5 octobre 2006, M. A\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_ ont conclu une « convention de vente », selon laquelle Mme E\_\_\_\_\_ achetait à M. A\_\_\_\_\_ cinq cents actions de B\_\_\_\_\_ - soit 50 % de son capital-actions - en contrepartie de la cession à M. A\_\_\_\_\_ de cinquante actions de D\_\_\_\_\_ - correspondant à la moitié de son capital-actions. Aux termes du préambule du contrat, M. A\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_ exerçaient des activités complémentaires dans le domaine immobilier, collaboraient professionnellement depuis plusieurs années et souhaitaient devenir actionnaires à parts égales de chacune des deux sociétés afin de développer leur collaboration et renforcer les liens entre ces dernières. Le prix des actions de B\_\_\_\_\_ avait été déterminé sur la base d'une évaluation de la société selon la méthode de l'actualisation de ses cash-flows libres futurs (art. 3 de la convention). Le même procédé avait été utilisé afin d'établir le prix des actions de D\_\_\_\_\_ (art. 5 de la convention). Du fait que la valeur des actions de D\_\_\_\_\_ ainsi déterminée était supérieure à celle des actions de B\_\_\_\_\_, Mme E\_\_\_\_\_ avait réduit le capital-actions de D\_\_\_\_\_ de CHF 1'000'000.- à CHF 100'000.- par le biais d'un remboursement de fonds le 25 septembre 2006, de sorte que les valeurs des actions des sociétés B\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ étaient ensuite similaires (art. 6 et 7 de la convention). Les bilans du 31 décembre 2005 de B\_\_\_\_\_ et de D\_\_\_\_\_ faisaient partie intégrante de la convention et figuraient en annexes A et B du contrat (art. 10 iii et 15 iii de la convention). Ils représentaient fidèlement la situation financière de chacune des sociétés au 31 décembre 2005 (art. 10 iii et 15 iii de la convention). Du fait qu'ils n'avaient pas diminué durant l'exercice 2006 en cours, les fonds propres de B\_\_\_\_\_ au 31 décembre 2005 et les fonds propres de D\_\_\_\_\_ au 31 décembre 2005 après réduction du capital-actions étaient représentatifs de leur situation à la date de signature du contrat (art. 10 iv et 15 iv de la convention). Il n'existait ni passif caché, ni créance d'un tiers qui ne figurait pas aux bilans annexés (art. 10 v et 15 v de la convention). À la connaissance des co-contractants, il n'y avait aucun risque avéré de procédure de quelconque nature, ni à l'encontre de B\_\_\_\_\_, ni à l'encontre de D\_\_\_\_\_ (art. 10 vi et 15 vi de la convention). Selon son bilan, B\_\_\_\_\_ disposait, au 31 décembre 2005, de fonds propres d'un montant de CHF 227'951,25. Ses actifs étaient composés essentiellement de liquidités, s'élevant à CHF 168'375,25, et d'actifs transitoires, d'une somme de CHF 150'004,20. Conformément à son bilan, les fonds propres de D\_\_\_\_\_ se montaient à CHF 2'338'194.-. Ses actifs étaient notamment composés de divers immeubles pour un total de plus de CHF 18'000'000.-. 6) Par courrier du 26 février 2008, l'administration fiscale cantonale (ci-après : l'AFC) a communiqué au conseil d'administration de B\_\_\_\_\_ la valeur fiscale de ses actions au 31 décembre 2006, estimée à CHF 568.- par action au cours fiscal brut et à CHF 397.- par action au cours fiscal net, incluant la déduction forfaitaire. Elle priait la société de transmettre cette estimation à ses actionnaires afin qu'ils soient en mesure de compléter leur déclaration d'impôts 2007 en vue de l'imposition sur la fortune. 7) Par courrier du 20 juin 2008, l'AFC a transmis au conseil d'administration de D\_\_\_\_\_ l'estimation fiscale de ses actions au 31 décembre 2006, qui se montait à CHF 31'990.- par action au cours fiscal brut et à CHF 22'393.- par action au cours fiscal net. Elle l'invitait en outre à transmettre la valorisation fiscale à ses actionnaires dans la perspective de leur

déclaration d'impôts 2007 en relation avec l'imposition sur la fortune. 8) Le 25 août 2009, Mme E\_\_\_\_\_ et son conjoint, Monsieur E\_\_\_\_\_, représentés par la société fiduciaire, ont déposé une réclamation contre leur taxation 2006 auprès de l'AFC. 9) Par courrier du 10 mars 2010, faisant suite au dépôt de la réclamation des époux E\_\_\_\_\_, l'AFC a sollicité de la société fiduciaire des compléments d'information en relation avec la convention du 5 octobre 2006. Ayant constaté qu'en dépit de la réduction de son capital-actions, les fonds propres de D\_\_\_\_\_ étaient nettement plus élevés que ceux de B\_\_\_\_\_, elle demandait notamment la confirmation du fait que Mme E\_\_\_\_\_ n'avait pas reçu de compensation sur la différence de valorisation entre les deux sociétés. Elle lui communiquait par ailleurs le détail du calcul relatif à l'estimation 2006 des actions de D\_\_\_\_\_ et l'invitait à communiquer ses éventuelles remarques ou observations. 10) Par courrier du 21 mai 2010, la société fiduciaire a confirmé que M. A\_\_\_\_\_ n'avait versé aucune compensation à Mme E\_\_\_\_\_ du fait de la différence du montant des fonds propres de B\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. Elle avait en outre pris connaissance de l'estimation 2006 des actions, qui n'appelait aucun commentaire de sa part. 11) Par bordereau de droits d'enregistrement du 21 juin 2010, l'AFC a mis à la charge de M. A\_\_\_\_\_ un impôt de CHF 681'329,40 et lui a infligé une amende de CHF 34'062.-, considérant que Mme E\_\_\_\_\_ avait opéré une donation mobilière de CHF 1'260'000.- en sa faveur dans le cadre de la convention du 5 octobre 2006. 12) Par courrier du 14 juillet 2010 à l'AFC, M. A\_\_\_\_\_ a élevé une réclamation à l'encontre de ce bordereau. La différence des valeurs fiscales ne suffisait pas à elle seule à aboutir à la conclusion de l'existence d'une donation. Les éléments pris en compte dans l'estimation des valeurs de chacune des sociétés démontraient l'absence de volonté de M. A\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_ de procéder à une attribution partiellement gratuite. Leurs rapports étaient strictement professionnels. Ils n'avaient à aucun moment envisagé l'octroi d'un avantage financier et avaient réalisé une opération conforme à la pleine concurrence entre tiers indépendants, qui n'avait eu pour conséquence ni enrichissement ni appauvrissement. La volonté et la conscience de donner à titre gratuit faisaient défaut. L'évaluation fiscale était essentiellement utilisée dans la perspective de l'impôt sur la fortune des personnes physiques. Comme l'indiquait la convention du 5 octobre 2006, les sociétés avaient été évaluées à leurs valeurs vénales, qui étaient similaires après réduction du capital-actions de D\_\_\_\_\_, de sorte qu'il n'y avait pas de donation au sens objectif. 13) Par décision du 5 octobre 2010, l'AFC a rejeté la réclamation de M. A\_\_\_\_\_. La valeur de D\_\_\_\_\_ restait intrinsèquement supérieure au moment de l'opération de cession des actions. L'évaluation fiscale des titres n'avait pas été contestée et seule cette valeur lui était opposable. Il était inconcevable de prendre en compte le développement futur des sociétés aux fins de l'évaluation des titres. Mme E\_\_\_\_\_ ne pouvait ignorer que B\_\_\_\_\_ ne possédait aucun actif immobilisé alors que D\_\_\_\_\_ comportait des immeubles pour plus de CHF 8'000'000.-. L'opération devait être qualifiée de donation. 14) Par acte du 5 novembre 2010, M. A\_\_\_\_\_ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision et conclu à l'annulation du bordereau de droits d'enregistrement et de l'amende de CHF 34'062.-, reprenant et développant l'argumentation avancée dans sa réclamation. La valeur de D\_\_\_\_\_, de CHF 2'487'000.-, excédait d'environ CHF 900'000.- celle de B\_\_\_\_\_, de CHF 1'598'000.-. Afin d'éliminer cette différence de valeur, Mme E\_\_\_\_\_ avait réduit le capital-actions de D\_\_\_\_\_ de CHF 1'000'000.- à CHF 100'000.-, ramenant ainsi sa valeur à CHF 1'587'000.-. Dans le cadre d'une opération d'acquisition ou de cession d'une société, le prix était basé sur son rendement futur, et non sur ses résultats passés, de sorte que la

valorisation fiscale n'était pas adaptée à cette situation, dans laquelle l'évaluation s'opérait habituellement par la méthode de l'actualisation des cash-flows futurs. Avant de conclure le contrat du 5 octobre 2006, M. A\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_ avaient demandé à un tiers spécialiste de procéder aux évaluations basées sur les rendements futurs des sociétés, que tous deux avaient acceptées. La valorisation de D\_\_\_\_\_ prenait en compte la détention des immeubles. La réduction de capital-actions de D\_\_\_\_\_ avaient été effectuée afin d'obtenir des valeurs vénales identiques et non en vue d'avoir des valeurs nominales similaires. La valeur vénale de D\_\_\_\_\_ était inférieure à sa valeur fiscale du fait qu'en 2006, en l'absence de projet en cours, les honoraires perçus pour d'autres activités ne suffisaient pas à couvrir ses frais d'exploitation. La valeur vénale de B\_\_\_\_\_ était quant à elle nettement supérieure à sa valeur fiscale en raison des importants profits attendus en lien avec des promotions immobilières. Après réduction, la valeur de marché de D\_\_\_\_\_ et celle de B\_\_\_\_\_ étaient identiques, de sorte que l'échange sans soulte était économiquement équilibré. La conscience et l'intention de donner faisaient par ailleurs défaut. Dans la mesure où il n'avait jamais reçu de donation de Mme E\_\_\_\_\_, M. A\_\_\_\_\_ n'avait pas l'obligation d'enregistrer une opération inexistante et l'amende était injustifiée. À l'appui de son recours, M. A\_\_\_\_\_ a notamment produit une copie de la valorisation des sociétés sur la base des cash-flows libres futurs. Selon l'évaluation relative à B\_\_\_\_\_, ses fonds propres s'élevaient au 1<sup>er</sup> janvier 2006 à CHF 1'597'866.-. Conformément à l'évaluation la concernant, D\_\_\_\_\_ détenait à la même date des fonds propres se montant à CHF 3'387'916.- et, après réduction de son capital-actions, à CHF 2'487'916.-. En conformité avec ces valorisations, une différence de valeur entre les deux sociétés de CHF 890'050.- subsistait après réduction du capital-actions de D\_\_\_\_\_. 15) Dans ses déterminations du 8 juillet 2011, l'AFC a conclu au rejet du recours de M. A\_\_\_\_\_. Les comptes au 31 décembre 2005 annexés à la convention du 5 octobre 2006 indiquaient que les deux sociétés présentaient une importante différence de valeur. Nonobstant la réduction de son capital-actions, la valeur de D\_\_\_\_\_ restait largement supérieure à celle de B\_\_\_\_\_, selon l'évaluation de l'AFC au 31 décembre 2006, que M. A\_\_\_\_\_ n'avait pas contestée. En l'absence de versement d'une soulte, la différence de valeur de CHF 1'260'000.- constituait une donation. L'intéressé n'avait pas prouvé le contraire. Même selon la méthode d'évaluation qu'il préconisait, une différence de valeur existait, de sorte que les co-contractants avaient connaissance de la différence de valeur substantielle prévalant entre les sociétés. Il ne suffisait pas à M. A\_\_\_\_\_ d'indiquer ne pas avoir bénéficié d'une donation pour échapper à toute amende. Il n'avait pas satisfait à ses obligations légales et l'amende lui avait été infligée à juste titre. 16) Par courrier du 27 novembre 2012, le TAPI a prié M. A\_\_\_\_\_ de lui fournir toutes explications ou pièces concernant l'évaluation de B\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, en particulier en relation avec la différence de fonds propres de CHF 890'050.- subsistant après la réduction du capital-actions. 17) Par courrier du 13 décembre 2012, la société fiduciaire a informé le TAPI qu'elle avait procédé elle-même à la valorisation des sociétés sur la base des cash-flows libres futurs en prenant en compte les informations fournies par M. A\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_ et leur avait remis les résultats de ses évaluations dans l'optique des discussions ayant abouti à la convention du 5 octobre 2006. Au cours de leurs négociations, Mme E\_\_\_\_\_ et M. A\_\_\_\_\_ s'étaient mis d'accord pour ajuster la valeur de D\_\_\_\_\_ telle que déterminée par l'évaluation effectuée par la société fiduciaire afin de tenir compte de plusieurs éléments factuels. Premièrement, le cash-flow lié aux revenus de la promotion immobilière « G\_\_\_\_\_ » était pris en compte dans la valorisation de D\_\_\_\_\_ alors qu'une partie du bénéfice - à hauteur de CHF 335'000.- - était déjà comprise dans ses liquidités au

31 décembre 2005, de sorte que la valeur de la société était surfaite de CHF 335'000.-. Deuxièmement, la commission qui devait être versée au courtier, estimée à CHF 330'000.-, n'avait pas été prise en compte dans le cash-flow lié à la vente de l'immeuble de Chêne-Bourg et devait ainsi être déduite de la valeur de D\_\_\_\_\_. Troisièmement, en raison des risques liés à un litige avec un locataire à Chêne-Bourg, il convenait d'ajuster la valeur de la société de CHF 120'000.-. Quatrièmement, une pénalité de CHF 300'000.- relative au remboursement d'une hypothèque suite à la vente de l'immeuble à Chêne-Bourg devait être prise en considération. Finalement, les trois derniers ajustements avaient une incidence positive sur la charge fiscale future, qu'il fallait également prendre en compte. L'ajustement total porté en déduction de la valeur de D\_\_\_\_\_ s'élevait dès lors à environ CHF 900'000.-.

18) Par duplique du 9 janvier 2013, l'AFC a persisté dans les termes de ses précédentes écritures. Les valeurs de D\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ indiquées par M. A\_\_\_\_\_ dans son recours ne correspondaient pas aux valeurs figurant sur les copies des valorisations des sociétés sur la base des cash-flows libres futurs versées à la procédure, lesquelles indiquaient qu'une différence de CHF 890'050.- subsistait après réduction de capital-actions de D\_\_\_\_\_. L'intéressé faisait valoir les cinq ajustements pour la première fois dans son courrier du 13 décembre 2012. Son mémoire de recours indiquait que sa co-contractante et lui-même avaient accepté les évaluations faites par la société fiduciaire. Les bénéfices projetés de certaines opérations ainsi que la présence de liquidités excédentaires et d'une plus-value sur un immeuble y étaient également mentionnés. Par ailleurs, la convention du 6 octobre 2010 faisait uniquement état de la réduction du capital-actions ayant permis d'égaliser les valeurs des sociétés. La justification des ajustements, fournie a posteriori, contredisait dès lors les termes tant du mémoire de recours que de la convention et n'était donc pas probante.

19) Par jugement du 5 mars 2013, le TAPI a partiellement admis le recours, déclarant que le montant de la libéralité servant de calcul pour les droits de donation à charge de M. A\_\_\_\_\_ était de CHF 445'025.- en lieu et place de CHF 1'260'000.-, annulant l'amende de CHF 34'062.-, rejetant le recours pour le surplus et mettant à la charge de M. A\_\_\_\_\_ un émolument de CHF 300.-. Les estimations des titres effectuées par l'AFC servaient uniquement à déterminer la valeur des actions en vue de l'imposition sur la fortune des actionnaires. Le principe de la valeur vénale réelle régissait les transactions entre tiers, conformément à l'économie de marché. Le contrat du 5 octobre 2006 renvoyait expressément aux évaluations qui laissaient apparaître, même après réduction du capital-actions, une différence de fonds propres de CHF 890'050.-. Les arguments développés le 13 décembre 2012 étaient totalement nouveaux et ne pouvaient être utilisés comme justification a posteriori. Le contrat ne mentionnait du reste pas qu'un décompte acheteur/vendeur devait être réalisé ultérieurement pour tenir compte d'éventuels ajustements. La volonté concordante sur le fait que les valeurs des actions étaient identiques n'avait pas été démontrée à satisfaction. La valeur des actions de D\_\_\_\_\_ à la date de la transaction était de CHF 2'487'916.- et celle de B\_\_\_\_\_ de CHF 1'597'866.-, la différence étant de CHF 890'050.-, de sorte que l'opération avait eu pour conséquence une donation de Mme E\_\_\_\_\_ à M. A\_\_\_\_\_ à hauteur de la différence de valeur entre les actions échangées, soit de CHF 445'025.-. M. A\_\_\_\_\_ avait l'obligation d'annoncer l'opération, soumise à enregistrement obligatoire, ce qu'il n'avait pas fait. Il avait toutefois toujours eu à l'esprit que les valeurs étaient identiques, conformément à ses explications fournies a priori de bonne foi, et n'avait ainsi pas omis d'agir avec l'intention de commettre une fraude ou par négligence, de sorte qu'aucune amende ne devait lui être infligée.

20) Par acte expédié le 12 avril 2013, M. A\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice

(ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant préalablement à l'audition de Monsieur F\_\_\_\_\_, employé de la société fiduciaire ayant procédé aux évaluations, et de Mme E\_\_\_\_\_, et principalement à l'annulation du jugement attaqué, à la déclaration d'absence de droits de donation, à ce que les frais soient mis à la charge de l'État et à l'allocation d'une indemnité de procédure. Conformément aux évaluations selon la méthode de l'actualisation des cash-flows libres, la valeur de D\_\_\_\_\_ excédait celle de B\_\_\_\_\_ d'environ CHF 1'800'000.-. Mme E\_\_\_\_\_ et M. A\_\_\_\_\_ avaient donc convenu d'ajustements, dont les cinq principaux étaient décrits dans le courrier au TAPI du 13 décembre 2012, l'incidence fiscale positive étant fixée à CHF 185'000.-. Après ajustements, la différence de valeur entre les deux sociétés n'était plus que d'environ CHF 900'000.-. La réclamation de M. A\_\_\_\_\_ du 15 juillet 2010 comportait une erreur puisqu'elle ne mentionnait pas cette étape. La différence de valeur résiduelle avait ensuite été éliminée par la réduction du capital-actions de D\_\_\_\_\_. Les ajustements, économiquement justifiés, n'avaient ainsi pas été développés a posteriori pour justifier la volonté concordante des parties, qui en avaient effectivement tenu compte pour fixer la valeur des actions au jour de l'opération. En l'absence de différence de valeurs, il n'y avait pas de donation. L'intention de donner était un élément nécessaire pour la qualification de donation. A défaut, toutes les « bonnes affaires » auraient constitué des donations. L'opération était conforme à la pleine concurrence entre indépendants et aucune intention de libéralité ne la caractérisait, ce que le TAPI avait reconnu en retenant, en relation avec l'amende, que M. A\_\_\_\_\_ avait toujours eu à l'esprit que la valeur des actions échangées étaient identiques. À l'appui de son recours, l'intéressé a notamment versé à la procédure un exemplaire des évaluations des cash-flows des deux sociétés comportant des notes manuscrites. Selon le recourant, il s'agissait de notes prises par M. F\_\_\_\_\_ en vue d'ajustements. À teneur de ces notes, une partie du profit relatif à « G\_\_\_\_\_ » avait déjà été encaissé en 2005 et il ne fallait pas en tenir compte deux fois dans la valorisation. Par ailleurs, il fallait déduire une pénalité estimée à environ CHF 300'000.- en relation avec la vente de l'immeuble sous hypothèque, ce qui impliquait une réduction d'impôts. Une commission de courtage de 3 %, soit de CHF 330'000.-, devait en outre être prise en compte sur la vente de l'immeuble, ce qui engendrait également une réduction d'impôts. Il fallait enfin déduire CHF 120'000.- de charges extraordinaires en raison d'un litige avec un voisin, ce qui allait aussi de pair avec une réduction d'impôts. 21) Le 18 avril 2013, le TAPI a transmis son dossier à la chambre administrative sans formuler d'observations. 22) Le 24 avril 2013, M. A\_\_\_\_\_ a versé à la procédure une attestation de Mme E\_\_\_\_\_ du 11 avril 2013. Les ajustements avaient fait l'objet de discussions avant la signature de la convention du 5 octobre 2006. Conformément à ceux-ci et aux évaluations de la société fiduciaire, les valeurs vénales de B\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ avaient été considérées comme équivalentes. Elle n'avait eu aucune intention ou volonté de faire une donation à M. A\_\_\_\_\_. 23) Par réponse du 16 mai 2013, l'AFC a conclu au rejet du recours. M. A\_\_\_\_\_ avait présenté tout au long de la procédure des versions contradictoires, ce qui jetait un trouble certain sur la vraisemblance de ses allégués. Il en avait exposé une première dans sa réclamation et son recours, puis une seconde le 13 décembre 2012 sur interpellation du TAPI. Il en décrivait une troisième devant la chambre administrative, tout en précisant que sa réclamation contenait une erreur. Cette dernière version des faits comportait de nouvelles contradictions. La réduction du capital-actions figurait déjà dans l'évaluation de D\_\_\_\_\_ alors que, selon M. A\_\_\_\_\_, les ajustements préalables d'environ CHF 900'000.- avaient été proposés sur examen de la même évaluation en relation avec celle de B\_\_\_\_\_. La réduction du capital-actions de CHF 900'000.- anticipait donc les discussions du recourant

avec sa co-contractante sur des ajustements dont le montant n'était pas encore connu, ce qui était dépourvu de sens. À cela s'ajoutait que la convention du 5 octobre 2006 renvoyait expressément aux évaluations en question. Il convenait donc de ne pas donner plus de crédit à la version soutenue devant la chambre administrative qu'aux précédentes. Aucune pièce ne confirmait le fait que les parties avaient une volonté concordante quant à l'équivalence des actions de D \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_\_ au moment de l'échange d'actions. Une différence de près de CHF 900'000.- ne pouvait d'ailleurs avoir échappé aux parties, de sorte qu'elle était bien voulue, constituant une donation à hauteur de CHF 445'025.-. 24) Par réplique du 12 juillet 2013, M. A \_\_\_\_\_ a persisté dans l'intégralité de ses conclusions. Le litige, tant au stade de la réclamation que devant le TAPI, portait sur la méthode à employer pour estimer les titres des sociétés. Ce n'était que parce que le TAPI avait refusé l'application de la méthode fiscale que la question de la méthode d'évaluation utilisée par les parties à la convention du 5 octobre 2006 s'était posée. M. A \_\_\_\_\_ n'avait dès lors pas exposé tardivement les ajustements décrits dans son courrier au TAPI du 12 décembre 2012. Dans le cadre des négociations, M. A \_\_\_\_\_ et Mme E \_\_\_\_\_ avaient constaté la différence de valeur entre les sociétés d'environ CHF 1'800'000.-. Mme E \_\_\_\_\_ avait proposé la réduction du capital-actions pour diminuer cet écart. La réduction ne pouvait toutefois aller au-delà de CHF 900'000.-, le capital-actions d'une société anonyme ne pouvant être inférieur à CHF 100'000.-. M. A \_\_\_\_\_ avait alors fait valoir des erreurs dans les évaluations. Les correctifs avaient été convenus et intégrés. Une fois les ajustements opérés, la réduction du capital-actions de CHF 900'000.- avait permis d'aboutir à une valeur vénale identique, de sorte à ce qu'aucune soule ne soit payée. Le déroulement des faits, que les pièces appuyaient et les enquêtes démontreraient, n'avait rien d'insolite. 25) Par duplique du 14 août 2013, l'AFC a persisté dans ses conclusions. Les faits exposés dans la réplique de M. A \_\_\_\_\_ différaient à nouveau de ceux de son recours du 12 avril 2013. Alors qu'aux termes du recours, la réduction du capital-actions était une idée étant intervenue en fin de processus d'évaluation, selon la réplique, elle était la première idée émise pour réduire la différence de valeur. Les notes manuscrites de M. F \_\_\_\_\_, dont rien n'attestait le moment de rédaction, constituaient la seule pièce démontrant la volonté concordante de M. A \_\_\_\_\_ et Mme E \_\_\_\_\_, et leur teneur n'avait étrangement pas été formalisée dans la convention ou un document annexe à celle-ci, qui se référait expressément aux évaluations laissant apparaître une différence de valeur entre les sociétés. Les éléments produits par le recourant ne permettaient ainsi pas de retenir qu'il avait apporté la preuve de la volonté concordante de l'intéressé et sa co-contractante sur l'identité des valeurs des sociétés. 26) Le 26 septembre 2013, le juge délégué a ordonné l'audition de Mme E \_\_\_\_\_ et M. F \_\_\_\_\_ ainsi que la comparution personnelle des parties. 27) L'audience s'est tenue le 28 octobre 2013. a. Selon ses déclarations, au début des années nonante, M. A \_\_\_\_\_ était administrateur de plusieurs sociétés du groupe H \_\_\_\_\_. En 1997, l'une de ces sociétés, I \_\_\_\_\_, avait engagé Mme E \_\_\_\_\_. Il s'agissait de la seule société ayant survécu à la faillite du groupe en 1998. Mme E \_\_\_\_\_ l'avait alors reprise, changeant son nom pour D \_\_\_\_\_. M. A \_\_\_\_\_ avait entre-temps créé B \_\_\_\_\_. Jusqu'en 2006, Mme E \_\_\_\_\_ et lui-même étaient propriétaires de 100 % des actions de leur société respective. Leurs relations étaient strictement professionnelles. Ils partageaient les locaux. Mme E \_\_\_\_\_ attendant un enfant, ils avaient décidé de procéder à l'opération de 2006, laquelle avait été conduite par un employé de la société fiduciaire qui la connaissait. M. F \_\_\_\_\_ avait assisté aux discussions. Le capital-actions de B \_\_\_\_\_ étant de CHF 100'000.- et celui de D \_\_\_\_\_ de CHF 1'000'000.-, ils avaient décidé de diminuer le capital-actions de cette dernière de CHF

900'000.-. M. A\_\_\_\_\_ avait ensuite travaillé pendant quatre ans à plein temps pour les deux sociétés. En 2010, du fait de la décision de Mme E\_\_\_\_\_ de s'installer dans le sud de la France, il avait acquis les secondes moitiés de B\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. C'est à ce moment-là qu'il avait reçu le bordereau de droits d'enregistrement de l'AFC. Il n'aurait jamais procédé à l'opération de 2006 s'il avait su qu'en 2010, sa co-contractante « changerait de cap » et que l'AFC lui demanderait une telle somme. b. M. F\_\_\_\_\_ a déclaré travailler pour la société fiduciaire et s'être occupé, en 2006, de l'opération concernant B\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. Il avait fait ses études avec Mme E\_\_\_\_\_, qui était une personne assez « dure » en affaires. Enceinte et souhaitant travailler moins, elle l'avait contacté pour déterminer la valeur des deux sociétés dans la perspective de leur partage. Il lui avait rendu un rapport, dont il ressortait que D\_\_\_\_\_ avait une valeur de CHF 1'800'000.- supérieure à B\_\_\_\_\_. Il était possible de diminuer cette différence en réduisant le capital-actions de D\_\_\_\_\_ de CHF 900'000.-. Ultérieurement, M. A\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_ avaient sollicité sa présence afin d'éclaircir des éléments techniques. Après discussion, ils avaient été d'accord de procéder au partage sans soulte, après réduction du capital-actions et ajustements techniques, que M. F\_\_\_\_\_ avait initialement omis, tels que la prise en compte des commissions de courtage sur la valeur des immeubles qui devaient être vendus. Il avait à cette occasion procédé aux calculs, en prenant en compte les ajustements techniques, et était arrivé à une différence de valeur de CHF 10'000.- ou CHF 20'000.- entre les deux sociétés. Les co-contractants avaient alors décidé que la somme était trop minime pour justifier une soulte. Il n'avait pas rédigé de rapport suite à cet entretien car il y avait un accord entre eux. Mme E\_\_\_\_\_ n'avait jamais voulu faire de cadeau à M. A\_\_\_\_\_. Ils étaient associés, mais avec une certaine distance. L'auteur matériel de la convention était la société fiduciaire. M. F\_\_\_\_\_ était intervenu directement pour la rédaction de la réclamation, dans laquelle ils n'avaient pas mentionné les ajustements techniques. c. Mme E\_\_\_\_\_ a indiqué avoir été associée à M. A\_\_\_\_\_ depuis 1997. Ils avaient toujours eu une relation strictement professionnelle. En 2006, alors qu'elle souhaitait « lever le pied », elle lui avait proposé de partager leurs deux sociétés. Ils avaient demandé à M. F\_\_\_\_\_ d'évaluer l'opération, de sorte qu'un comptable s'était occupé des chiffres. Elle n'avait jamais voulu faire de cadeau à M. A\_\_\_\_\_. Si un acheteur s'était proposé, prêt à lui verser le total de la valeur, elle aurait accepté. Mais il y avait une différence entre les conclusions des expertises et la réalité du marché. La solution proposée par M. F\_\_\_\_\_, soit une diminution du capital-actions puis un échange sans soulte, lui était apparu équitable et elle l'avait donc acceptée. 28) À l'issue de l'audience, le recourant et l'autorité intimée ont accepté que la cause soit 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. 179 de la loi sur les droits d'enregistrement du 9 octobre 1969 - LDE - D 3 30 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2) Le litige porte sur la conformité à la loi du jugement du TAPI retenant l'existence d'une donation de CHF 445'025.- de Mme E\_\_\_\_\_ à M. A\_\_\_\_\_ soumise à l'enregistrement. L'annulation par le TAPI de l'amende infligée par l'AFC n'est pas remise en cause. 3) a. Les droits d'enregistrement sont un impôt qui frappe toute pièce, constatation, déclaration, condamnation, convention, transmission, cession et en général toute opération ayant un caractère civil ou judiciaire soumises soit obligatoirement soit facultativement à la formalité de l'enregistrement (art. 1 al. 1 LDE). b. Toute disposition entre vifs par laquelle une personne physique ou morale cède, sans contrepartie correspondante, à une autre personne physique ou morale, tout ou partie de ses biens ou de



ses droits, en propriété, en nue-propriété ou en usufruit, est, en tant que donation, soumise obligatoirement aux droits d'enregistrement (art. 2, 3 let. h et 11 al. 1 LDE). La différence de valeur constatée dans un acte à titre onéreux entre les prestations des parties, est présumée donation, sauf preuve contraire (art. 11 al. 3 LDE). En matière de donations de biens mobiliers, les droits ne sont exigibles que si le donateur est domicilié dans le canton de Genève (art. 12 al. 2 LDE). c. La donation est la disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante (art. 239 al. 1 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième : Droit des obligations] du 30 mars 1911 - CO - RS 220). Il s'agit d'un contrat unilatéral, une seule des parties s'obligeant, et d'un acte bilatéral, car la concordance des volontés est exigée (art. 1 et 239 CO). Cette dernière s'exprime par la volonté des parties de conclure un contrat selon lequel le donateur consent à faire une attribution à titre gratuit que le donataire est prêt à accepter. Le donateur et le donataire doivent être conscients des éléments du contrat, qui sont objectivement et subjectivement essentiels pour l'un d'eux ou pour les deux. Sans cette concordance des volontés, la donation n'est pas valable (Margareta BADDELEY in Luc THÉVENOZ/Franz WERRO, Code des obligations I, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> édition, 2012, n. 7 à 9 ad art. 239 CO). La donation se caractérise par un élément subjectif, la volonté du donateur de donner sans contre-prestation correspondante, et par deux critères objectifs, la diminution du patrimoine du donateur et l'enrichissement du donataire (Margareta BADDELEY, op. cit., n. 26 ad art. 239). La volonté de donner doit se manifester par l'appauvrissement du donateur, lequel est la contrepartie de l'enrichissement du donataire (Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_961/2010 du 30 janvier 2012 consid. 5.2 ; Margareta BADDELEY, op. cit., n. 37 ad art. 239). Selon la jurisprudence, la mise à disposition de patrimoine, le caractère gratuit et la volonté de donner sont communes au droit civil et au droit fiscal (ATF 118 Ia 497 consid. 2aa p. 500). Les motifs pour lesquels les dons sont effectués (reconnaissance, générosité, devoir moral, etc.) n'exercent aucune influence sur l'assujettissement. La notion de donation peut être plus large en droit fiscal qu'en droit civil (ATF 118 Ia 497 consid. 2cc p. 502 ; ATA/446/2014 du 17 juin 2014 consid. 6a ; ATA/817/2012 du 4 décembre 2012 consid. 5 ; ATA/302/212 du 15 mai 2012 consid. 8). d. L'estimation des biens donnés s'établit d'après leur valeur au jour de la donation (art. 14 al. 1 LDE). Cette estimation, sous réserve de l'expertise prévue par la LDE, est établie par la déclaration des parties et par toutes pièces justificatives (art. 14 al. 2 LDE). Les actions, obligations, parts sociales et autres titres sont estimés au cours ou à leur valeur au jour de la donation. En ce qui concerne les actions de sociétés anonymes immobilières, leur estimation est effectuée en prenant comme base la valeur vénale des biens immobiliers et autres actifs de ces sociétés, sous déduction du passif dont il est justifié (art. 15 al. 4 LDE). e. En matière fiscale, les règles générales relatives au fardeau de la preuve impliquent que l'autorité fiscale démontre l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, alors que le contribuable supporte le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation fiscale. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve (ATF 133 II 153 consid. 4.3 p. 158 ; 121 II 257 consid. 4c.aa p. 266 ; 92 I 253 consid. 2 p. 256 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_111/2012 du 25 juillet 2012 consid. 4.4 ; 2C\_477/2009 du 8 janvier 2010 consid. 3.5 ; 2C\_199/2009 du 14 septembre 2009 consid. 3.1 ; 2C\_76/2009 du 23 juillet 2009 consid. 2.2 ; ATA/294/2014 du 29 avril 2014 consid. 6 ; ATA/232/2014 du 8 avril 2014 consid. 3c ; ATA/532/2013 du 27 août 2013 consid. 6b et les références citées ;

ATA/18/2013 du 8 janvier 2013 consid. 7b ; ATA/483/2012 du 31 juillet 2012 consid. 6 ; ATA/283/2011 du 10 mai 2011 consid. 5d). Les règles sur le fardeau de la preuve s'appliquent également à la procédure devant les autorités de recours en matière fiscale (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.105/2007 du 3 septembre 2007 consid. 4.3). 4) a. En l'espèce, le recourant soutient que tant l'élément objectif que l'élément subjectif de la donation feraient défaut, car les valeurs des actions des deux sociétés échangées étaient identiques et que, même à considérer que tel n'était pas le cas, Mme E\_\_\_\_\_ n'avait jamais eu l'intention de faire une donation. L'autorité intimée, qui ne conteste plus devant la chambre administrative le fait que la valeur vénale et non la valeur fiscale soit déterminante, affirme que M. A\_\_\_\_\_ n'aurait pas prouvé l'identité des valeurs de B\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ et aurait avancé l'existence d'ajustements a posteriori afin de justifier la différence conséquente de valeurs entre les sociétés de CHF 890'050.-, dont Mme E\_\_\_\_\_ et M. A\_\_\_\_\_ devaient avoir conscience, de sorte que l'intention de libéralité était donnée. Deux points restent ainsi litigieux devant la chambre administrative, soit celui de la prise en compte ou non des ajustements au moment des négociations de la convention du 5 octobre 2006 ainsi que celui de l'existence d'une intention de donner. b. La question des ajustements n'est pertinente que dans la mesure où une volonté de libéralité existait dans le cadre de l'échange d'action. Il convient donc préalablement d'examiner la présence ou non d'une intention d'opérer une donation en faveur du recourant lors de l'opération de 2006. c. Conformément à ses indications, confirmées par celles Mme E\_\_\_\_\_ et de M. F\_\_\_\_\_ ainsi que par le préambule de la convention du 5 octobre 2006, au moment de la signature de celle-ci, le recourant collaborait depuis de nombreuses années avec Mme E\_\_\_\_\_, partageant des locaux et entretenant une relation strictement professionnelle avec elle. À teneur de ses déclarations, corroborées par les propos de M. F\_\_\_\_\_ et de M. A\_\_\_\_\_, Mme E\_\_\_\_\_ avait proposé l'opération car, enceinte, elle souhaitait « lever le pied ». Selon l'employé de la société fiduciaire, qui la connaissait depuis l'université, elle était une personne assez « dure » en affaires. L'opération s'inscrit en conséquence dans un contexte uniquement professionnel, ce qui confirme le fait que M. A\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_ ont recouru à des experts afin de procéder à l'évaluation des sociétés. Par ailleurs, tant selon les déclarations de M. F\_\_\_\_\_ qu'à teneur de son attestation du 11 avril 2013 et de son témoignage, Mme E\_\_\_\_\_ n'avait jamais eu l'intention de faire un cadeau au recourant. Comme le confirme la convention elle-même, ils avaient conclu celle-ci en ayant à l'esprit le fait que les valeurs des deux sociétés étaient similaires après réduction du capital-actions de D\_\_\_\_\_. Au vu de la nature des relations entre le recourant et sa co-contractante, de la lettre du contrat, des témoignages de M. F\_\_\_\_\_ et Mme E\_\_\_\_\_, la chambre administrative retient que cette dernière n'avait pas l'intention d'opérer une libéralité en faveur du recourant, mais bien d'échanger des participations ayant une valeur équivalente, de sorte que l'élément subjectif de la donation fait défaut. En l'absence de volonté de donner, il n'existe pas de donation ni d'acte soumis à l'enregistrement et la question de la preuve des ajustements allégués par le recourant peut rester ouverte. 5) Dans ces circonstances, le recours de M. A\_\_\_\_\_ sera admis et le jugement du TAPI, de même que le bordereau de droits d'enregistrement du 21 juin 2010 ainsi que la décision sur réclamation du 5 octobre 2010, seront annulés. 6) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* PAR CES MOTIFS LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE à la forme : déclare recevable le recours interjeté le 12 avril 2013 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 5 mars 2013 ; au fond :

l'admet ; annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 5 mars 2013 ; annule la décision sur réclamation de l'administration fiscale cantonale du 5 octobre 2010 ; annule le bordereau de droits d'enregistrement du 21 juin 2010 ; dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ; alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à Monsieur A\_\_\_\_\_, à la charge de l'État de Genève ; dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ; communique le présent arrêt à Me Alexandre Faltin, avocat du recourant, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'administration fiscale cantonale. Siégeants : M. Thélin, président, MM. Verniory et Pagan, juges. Au nom de la chambre administrative : la greffière-juriste : C. Sudre le président siégeant : Ph. Thélin Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties. Genève, le la greffière :

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