

GE_GERICHTE JTAPI/646/2024 vom 24. Juni 2024

GE Cour de justice, 2024-06-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_646_2024

FR: GE_GERICHTE JTAPI/646/2024 du 24 juin 2024

IT: GE_GERICHTE JTAPI/646/2024 del 24 giugno 2024

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions sur réclamation de l'administration fiscale cantonale (art. 115 al. 2 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 49 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17).

E. 2

Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens de l'art. 49 LPFisc.

E. 3

Le présent litige porte sur l'évaluation, sous l'angle de l'impôt sur la fortune, des actions de la C_____, qui n'est pas cotée en bourse, lors des années fiscales 2018 et 2019.

E. 4

À titre préalable, les recourants se plaignent de la formulation des avis de taxations, lesquels mélangeraient la valeur des actions de la C_____, mentionnant une fois la valeur d'une action et une autre fois la valeur de la totalité des actions détenues. Ce grief n'a toutefois aucun impact sur l'issue du litige et les recourants n'en tirent, en soi, aucune conclusion, ce d'autant plus que cela ne les a pas désavantagés. Il sera ainsi écarté.

E. 5

En premier lieu, il convient de déterminer si les actions de la C_____ appartiennent à la fortune privée ou à celle commerciale du recourant, nonobstant le fait que les parties au litige estiment qu'elles appartiennent à la fortune commerciale en vertu des art. 18 al. 2 3ème phrase LIFD, 8 al. 2 LHID et 19 al. 3 LIPP. À cet égard, il sied de rappeler que saisi d'un recours, le tribunal peut à nouveau déterminer tous les éléments imposables et, après avoir entendu le contribuable, il

- 9/17 - A/1657/2023 peut également modifier la taxation à son désavantage (art. 51 al. 1 LPFisc). En outre, le tribunal applique le droit d'office et n'est lié ni par les motifs invoqués par les parties (art. 69 al. 1 LPA applicable par renvoi de l'art. 2 al. 2 LPFisc) ni par leur argumentation juridique (ATA/84/2022 du 1er février 2022 consid. 3). Il lui est ainsi loisible d'admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (cf. ATF 148 II 299 consid. 7.4.4 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_198/2023 du

E. 7

Pour déterminer s'il y a lieu d'attribuer un bien à la fortune commerciale ordinaire, il convient d'analyser si ce bien est en relation avec l'exercice d'une activité lucrative

indépendante. D'une manière générale, le concept d'activité lucrative indépendante englobe toute activité par laquelle un entrepreneur participe à la vie économique à ses propres risques, avec l'engagement de travail et de capital, selon une organisation librement choisie, dans le but d'obtenir un gain. Une activité lucrative indépendante peut être exercée à titre principal ou accessoire et être durable ou temporaire. Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une activité lucrative indépendante, il convient toujours de se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas (arrêt du Tribunal fédéral 9C_263/2023 du 20 décembre 2023 consid. 5.2.2). Il faut ensuite apprécier dans chaque cas l'ensemble des circonstances. Ainsi que cela ressort de la définition légale de la fortune commerciale susmentionnée, c'est la fonction technique et économique de chaque élément qui constitue le critère d'attribution déterminant ; c'est donc en première ligne la fonction effective et

- 10/17 - A/1657/2023 actuelle des biens en cause dans l'entreprise qui est déterminante. Lorsque des biens alternatifs, à savoir des biens qui par leur nature peuvent appartenir aussi bien à la fortune commerciale que privée, font l'objet d'un usage mixte, c'est-à-dire d'une utilisation en partie commerciale et en partie privée, il convient de recourir à la méthode de la prépondérance. Selon celle-ci, la fortune commerciale comprend tous les éléments de fortune mixtes qui servent entièrement ou de manière prépondérante à l'exercice de l'activité lucrative indépendante. En revanche, les objets qui ne servent pas de manière prépondérante à l'activité commerciale appartiennent intégralement à la fortune privée, même s'ils sont en partie utilisés à des fins commerciales. En d'autres termes, un bien sera toujours attribué à la fortune commerciale lorsqu'il « sert essentiellement les intérêts de l'activité indépendante ». Dans ce contexte, c'est la fonction effective du bien qui est déterminante (arrêts du Tribunal fédéral 9C_719/2022 du 4 avril 2024 consid. 3.2 et les références citées ; 9C_263/2023 du 20 décembre 2023 consid. 5.2.3).

E. 8

Pour déterminer s'il y a lieu d'attribuer une participation à la fortune commerciale volontaire, qui permet de détenir un élément de fortune commerciale sans déployer aucune activité lucrative indépendante, il convient de se référer, compte tenu des deux années fiscales en cause, à la circulaire n° 23 de l'AFC-CH du 17 décembre 2008 intitulée « Imposition partielle des rendements provenant de participations détenues dans la fortune commerciale ou déclarées comme fortune commerciale » (ci-après : circulaire n° 23), en vigueur depuis le 1er janvier 2009. Selon cette directive n° 23, sont considérées comme des acquisitions au sens de la législation les transferts de propriété à titre onéreux et à titre en partie onéreux. Seule une telle acquisition peut exiger un financement par fonds de tiers et, de ce fait, entraîner des intérêts passifs. La valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu des droits de participation déclarés comme fortune commerciale correspond, au moment de l'acquisition, au prix d'acquisition (ch. 3.1). L'art. 18 al. 2 LIFD vise les cas où l'acquéreur contracte des dettes pour financer l'achat de droits de participation (ch. 3.2).

E. 9

Il en va d'ailleurs de même selon la circulaire n° 22 de l'AFC-CH du 16 décembre 2008 intitulée « Imposition partielle des rendements provenant de participations détenues dans la fortune privée et limitation de la déduction des intérêts passifs », qui stipule notamment que les dettes et les intérêts passifs sur les participations qui ont été déclarés dans la fortune commerciale (art. 18 al. 2 LIFD) sont à prouver sur la base du financement du prix d'acquisition (ch. 3.2).

E. 10

La circulaire n° 23 a remplacé la circulaire n° 1 de l'AFC-CH du 19 juillet 2000 intitulée « Limitation de la déduction des intérêts passifs et participations attribuées à la fortune commerciale d'après la loi du 19 mars 1999 sur le programme de stabilisation 1998 » (ci-après : circulaire n° 1 ; publiée in Archives 69, p. 187 ss). La circulaire n° 1 retenait également que « l'acquisition doit être comprise comme un transfert de la propriété à titre onéreux. Seul ce genre d'acquisition peut

- 11/17 - A/1657/2023 nécessiter un financement par emprunt et donner lieu à des intérêts passifs. La valeur fiscale déterminante pour l'impôt sur le revenu d'une participation affectée volontairement à la fortune commerciale correspond au prix d'achat au moment de l'acquisition. Ceci vaut également en cas d'acquisition à titre partiellement onéreux (actes juridiques à caractère mixte) » (Archives 69, p. 190). L'art. 18 al. 2 LIFD vise les cas où l'acquéreur contracte des dettes pour financer l'achat d'une participation (cf. Archives 69, p. 191).

E. 11

Pour sa part, la circulaire n° 23a de l'AFC-CH du 31 janvier 2020 intitulée « Imposition partielle des rendements provenant de participations détenues dans la fortune commerciale ou déclarées comme fortune commerciale », en vigueur depuis le 1er janvier 2020, reprend les mêmes notions que la circulaire n° 23. Ainsi, sont considérées comme des acquisitions au sens de la législation les transferts de propriété à titre onéreux et à titre en partie onéreux ; seule une telle acquisition peut exiger un financement par fonds de tiers et, de ce fait, entraîner des intérêts passifs. L'art. 18 al. 2 LIFD vise les cas où l'acquéreur contracte des dettes pour financer l'achat de droits de participation.

E. 12

Dans ce contexte, par arrêt du 15 juillet 2008 (FI.2007.0153), la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois a considéré qu'à défaut d'un endettement pour l'acquisition, même partielle, le contribuable ne pouvait déclarer comme élément de fortune commerciale la participation qu'il avait achetée. Elle a spécifié que l'art. 18 al. 2 LIFD visant les cas où l'acquéreur contractait des dettes pour financer l'achat d'une participation, l'acquisition devait intervenir à titre onéreux car c'était seulement dans cette hypothèse que le contribuable devait s'endetter pour acquérir sa participation (consid. 3).

E. 13

La doctrine s'accorde aussi à retenir que l'invocation de l'art. 18 al. 2 LIFD pour attribuer une participation dans le cadre de la fortune commerciale n'est possible que lorsque l'acquisition de cette participation est financée par de la dette (Peter LOCHER, *Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, vol. I, 2ème édition, 2019, n. 152 p. 491 s ; Yves NOËL, *Commentaire romand de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct*, 2ème éd., 2017, n. 80 ad art. 18 p. 343 ; Xavier OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 5ème éd., 2021, n. 62-63 p. 127 ; Felix RICHNER, Walter FREI, Stefan KAUFMANN, Hans Ulrich MEUTER, *op. cit.*, n. 152 ad. art. 18 p. 303).

E. 14

La notion de pratique administrative désigne la répétition constante et régulière dans l'application d'une norme par les autorités administratives. De cette répétition peuvent apparaître, comme en ce qui concerne la jurisprudence, des règles sur la manière

d'interpréter la loi ou de faire usage d'une liberté d'appréciation. Elle vise notamment à résoudre de manière uniforme des questions de fait, d'opportunité ou d'efficacité. Cette pratique ne peut être source de droit et ne lie donc pas le juge, mais peut néanmoins avoir indirectement un effet juridique par le biais du principe

- 12/17 - A/1657/2023 de l'égalité de traitement (ATA/515/2023 du 16 mai 2023 consid. 3.1 ; ATA/557/2022 du 24 mai 2022 consid. 11a).

E. 15

En matière fiscale, le contribuable doit supporter le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation d'impôts. Il lui appartient non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve, ces règles s'appliquant également à la procédure devant les autorités de recours (ATF 146 II 6 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_32/2020 du 8 juin 2020 consid. 3.5 ; ATA/1239/2021 du 1er novembre 2021 consid. 5a ; ATA/1223/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3c).

E. 16

En l'espèce, force est de constater, d'une part, que le recourant n'a exercé, à teneur de ses déclarations fiscales, aucune activité lucrative indépendante en 2018 et 2019, années où il était employé à plein temps comme salarié de l'D_____. Aucune pièce ne laisse en outre apparaître, et les recourants ne l'allèguent ni a fortiori le démontrent, qu'il aurait déployé une activité exercée en la forme commerciale en lien avec la possession de sa participation dans la C_____. À cet égard, le but statutaire de la C_____, laquelle ne vise qu'à la reprise, la détention et la mise en valeur du capital-actions de l'D_____, permet d'exclure que le recourant l'a utilisée pour exercer un commerce quasi-professionnel de titres. Partant, en l'absence de toute activité indépendante de la part du recourant, ce dernier ne possédait aucune fortune commerciale ordinaire lors des années fiscales litigieuses. D'autre part, il faut également constater que la participation détenue par le recourant dans la C_____ ne faisait pas partie de sa fortune commerciale volontaire. En effet, celui-ci n'a pas acquis cette participation par le biais d'un emprunt puisqu'il a cédé les titres de l'D_____, élément faisant partie de sa fortune privée, en tant qu'apport à la C_____, comme il résulte de l'inscription effectuée au registre du commerce. Aucun autre élément du dossier ne permet de retenir que le recourant a versé des intérêts sur un emprunt qu'il aurait contracté pour acquérir sa participation dans la C_____ ; il ne le fait d'ailleurs pas valoir et, a fortiori, ne le démontre pas. Partant, dans la mesure où l'on se trouve en présence d'une modification d'un élément de fortune et non pas d'un transfert de la propriété à titre onéreux avec financement par un emprunt générant des intérêts passifs au sens de la circulaire n° 23, la ratio legis des art. 8 al. 2 LHID et 19 al. 3 LIPP, qui a repris cette disposition (cf. MGC 2008-2009/IX A 11'597), n'a pas été respectée. À défaut d'un endettement pour l'acquisition, même partielle, le recourant ne pouvait déclarer comme élément de fortune commerciale la participation acquise. En conclusion, les actions de la C_____ que détenait le recourant en 2018 et 2019 faisaient partie de sa fortune privée, étant souligné que l'analyse contraire de l'AFC-GE et sa « nouvelle pratique », qui n'est pas une source de droit, ne peuvent conduire à une autre solution.

E. 17

À ce stade, il convient de fixer la valeur vénale des actions de la C_____ détenues par le recourant au 31 décembre 2018 et 2019.

- 13/17 - A/1657/2023 Les recourants soutiennent à ce sujet que la circulaire n° 28 ne peut être appliquée et sollicitent donc qu'une expertise en vue de déterminer la valeur desdites actions soit ordonnée. L'AFC-GE conteste cette allégation.

E. 18

Selon l'art. 13 al. 1 LHID, l'impôt sur la fortune a pour objet l'ensemble de la fortune nette. Selon l'art. 14 al. 1 LHID, la fortune est estimée à la valeur vénale. Toutefois, la valeur de rendement peut être prise en considération de façon appropriée. La valeur vénale est la valeur marchande objective d'un actif à un moment donné. Il s'agit de la valeur qu'un acheteur paierait normalement dans des circonstances normales (arrêt du Tribunal fédéral 2C_954/2020 du 26 juillet 2021 consid. 5.1 ; ATA/261/2024 du 27 février 2024 consid. 3.1).

E. 19

Dans le canton de Genève, la LIPP prévoit également que l'impôt sur la fortune a pour objet l'ensemble de la fortune nette après déductions sociales (art. 46 LIPP), qui comprend notamment les actions, les obligations et les valeurs mobilières de toute nature (art. 47 let. b LIPP). Selon l'art. 49 LIPP, l'état de la fortune mobilière et immobilière est établi au 31 décembre de l'année pour laquelle l'impôt est dû (al. 1). La fortune est estimée en général à la valeur vénale (al. 2).

E. 20

L'évaluation des titres non cotés a fait l'objet de la circulaire n° 28. La Conférence suisse des impôts édite annuellement un commentaire (ci-après : commentaire) en lien avec cette circulaire pour refléter la pratique et tenir compte de la jurisprudence.

E. 21

Selon la circulaire n° 28, qui a rencontré l'approbation du Tribunal fédéral (arrêts 2C_59/2022 du 15 septembre 2022 ; 2C_954/2020 du 26 juillet 2021 ; 2C_866/2019 du 27 août 2020), les titres d'une société holding pure sont estimés selon la valeur substantielle de la société (ch. 38). Les titres et participations détenus par la société sont estimés selon les chiffres 23 et 24 (ch. 39). L'estimation des titres d'une société holding non cotée en bourse s'effectue en fonction de la valeur de ses filiales, elle-même calculée d'après la circulaire de la CSI n° 28 (JTAPI/1187/2023 du 30 octobre 2023 consid. 9, confirmé par ATA/261/2024 du 27 février 2024 ; JTAPI/330/2022 du 4 avril 2022 ; JTAPI/1100/2021 du 1er novembre 2021).

E. 22

Selon la circulaire n° 28, les titres et participations cotés en bourse doivent figurer au cours de clôture du dernier jour de bourse de la période fiscale correspondante (ch. 23 al. 1). Les titres et participations non cotés sont estimés selon les présentes Instructions, mais au minimum à leur valeur comptable. On peut s'écarter de cette règle dans des cas justifiés (ch. 24 al. 1).

E. 23

Les titres d'une étude d'avocats organisée sous forme de société anonyme sont évalués sur la base de la valeur substantielle et de la valeur de rendement non doublée de ladite société (arrêt du Tribunal fédéral 9C_669/2022 du 24 août 2023 ; ATA/584/2022 du 31 mai 2022).

- 14/17 - A/1657/2023

E. 24

S'agissant d'une estimation effectuée sur la base de la circulaire n° 28, il convient de supposer que l'estimation aboutit à une valeur vénale correcte et que, par ce calcul, le fisc a apporté une preuve suffisante. Si un contribuable est d'un avis contraire, il lui appartient d'apporter ses propres preuves (décision de la commission cantonale de recours en matière d'impôts du canton de Zurich du 22 avril 2015 en la cause 1 ST.2014.46).

E. 25

En l'espèce, il résulte de ce qui précède que l'estimation des titres de la C_____ doit s'effectuer en fonction de la valeur de l'D_____, qu'elle détient en totalité, et que cette manière de procéder n'est en rien arbitraire. Il n'est par conséquent nullement nécessaire de faire procéder à une expertise pour déterminer la valeur vénale au 31 décembre 2018 et 2019 des actions de la C_____ détenues par le recourant, cette valeur résultant des calculs fondés sur la circulaire n° 28, étant souligné que les recourants n'ont pas allégués que les montants calculés par l'AFC-GE étaient incorrects.

E. 26

En dernier lieu, les recourants estiment que la circulaire n° 28 n'est pas applicable dans la mesure où l'estimation aurait été dûment revue, conformément au chiffre 5, avec la société, compte tenu des circonstances du cas d'espèce.

E. 27

Selon la circulaire n° 28, pour les titres non cotés pour lesquels on ne connaît aucun cours, la valeur vénale correspond à la valeur intrinsèque et se détermine en règle générale d'après les règles d'estimation des présentes Instructions selon le principe de continuation de l'exploitation. Les contrats de droit privé, comme par exemple les conventions d'actionnaires qui restreignent la transmissibilité des titres, restent sans influence sur l'estimation des titres (ch. 2 par. 4). Si les titres non cotés pour lesquels on ne connaît aucun cours ont fait l'objet d'un transfert substantiel entre tiers indépendants, la valeur vénale correspond alors généralement au prix d'acquisition. Il peut être dérogé à ce principe dans des cas particuliers où cela se justifie et en prenant en considération l'ensemble des circonstances. La valeur ainsi déterminée sera conservée aussi longtemps que la situation économique de la société n'aura pas considérablement changé. La même règle vaut pour les prix qui ont été payés par des investisseurs pour des raisons de financement ou lors d'augmentations de capital (ch. 2 par. 5). Le commentaire précise à cet effet que les critères déterminants permettant de juger d'un changement de la situation économique d'une entreprise sont le bénéfice, le chiffre d'affaires, les fonds propres et les rapports de participation. En règle générale, doit être qualifiée de considérable une variation du chiffre d'affaires de 20%, une variation du capital de 10% qui ne résulterait pas du bénéfice ordinaire ou un changement dans les rapports de participations à hauteur de 10%. Si l'une de ces conditions est remplie, l'estimation doit être revue conformément au chiffre 5 avec la société. Selon la jurisprudence citée dans le commentaire du chiffre 2 de la circulaire n° 28, une vente d'actions par un père à son fils ne peut être considérée comme un transfert

- 15/17 - A/1657/2023 entre tiers indépendants. Des transferts entre actionnaires ne sont pas non plus considérés comme transferts entre tiers indépendants. Il en va notamment ainsi quand la formation du prix n'est pas transparente et qu'elle ne résulte pas d'une méthode correspondant à des critères économiques reconnus. Ne sont pas considérés comme des « tiers indépendants » deux membres d'un conseil d'administration qui ont chacun un droit de

signature individuelle et qui, en sus de leur activité dans ce conseil, ont d'autres relations d'affaires entre eux.

E. 28

La circulaire n° 23 prévoit aussi que les Instructions ne sont applicables que si l'ensemble des éléments nécessaires à l'établissement de l'estimation est connu. Il est recommandé à l'autorité procédant à l'estimation de la négociation avec la direction, un membre du conseil d'administration ou toute autre personne mandatée au cas où les documents mis à disposition (comptes annuels, dossier de taxation, etc.) ne permettraient pas d'apprécier la situation économique d'une société (ch. 5).

E. 29

En l'espèce, le recourant a cédé à la C_____, dont il est l'unique actionnaire et administrateur, les actions de l'étude, dont il était également l'unique actionnaire et administrateur, à titre d'apport. Dans ces circonstances, cette transaction ne s'est évidemment pas déroulée entre tiers indépendants, si bien que la valeur vénale ne correspondait pas au prix d'acquisition, mais devait être déterminée d'après les règles d'estimation de la circulaire n° 28. Tel a été le cas lors de l'année fiscale 2018. Le fait qu'un changement considérable de la situation économique de la C_____ respectivement de l'D_____ ait eu lieu entre 2018 et 2019 a pour conséquence, au vu de ce qui précède, que la valeur déterminée (laquelle a été établie selon les règles d'estimation de la circulaire n° 28) ne peut être conservée et qu'elle doit (à nouveau) être déterminée d'après les mêmes règles d'estimation. À cet égard, la mention que la nouvelle estimation doit être revue avec la société ne signifie pas que celle-ci doit toujours être interpellée, quelles que soient les circonstances concrètes du cas d'espèce, et en particulier lorsque tous les éléments nécessaires pour estimer la valeur des actions sont disponibles, comme en l'occurrence. Dès lors, il n'était nullement nécessaire pour l'AFC-GE de revenir vers la C_____. Ce grief sera écarté.

E. 30

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

E. 31

En application des art. 52 al. 1 LPFisc, 87 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), les recourants, pris conjointement et solidairement, qui succombent, sont condamnés au paiement d'un émoluments s'élevant à CHF 1'000.- ; il est partiellement couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

- 16/17 - A/1657/2023

- 17/17 - A/1657/2023

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