

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/355/2013-ICC

ATA/508/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 1^{er} juillet 2014

2^{ème} section

dans la cause

M. A. _____

représenté par Me Dominique Morand, avocat

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
9 décembre 2013 (JTAPI/1341/2013)**

EN FAIT

- 1) Le présent litige concerne l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) 2010.
- 2) M. A_____ (ci-après : le contribuable), ressortissant de la Belgique, est administrateur président, avec signature individuelle, de la société anonyme B_____ SA (ci-après : la société) dont le but est la « conception, fabrication, distribution et vente de produits de l'industrie horlogère et de la joaillerie ».
- 3) Le contribuable était au bénéfice d'une imposition selon la dépense fixée à CHF 550'000.- selon convention du 5 août 2009.
- 4) Au 31 décembre 2010, il était titulaire d'une créance d'une valeur nominale de CHF 6'151'998.- envers la société : créance originelle de CHF 6'025'463.- plus intérêts se montant à CHF 126'365.-.
- 5) À la même date, la société avait un capital-actions de CHF 1'000'000.-. Au bilan, elle présentait un déficit de CHF 11'875'531.-, compte tenu d'une perte de l'exercice de CHF 6'869'421.- et d'un déficit reporté de CHF 5'006'110.-.
- 6) Par convention signée les 1^{er} et 6 septembre 2011, la société C_____ LTD à Tortola (BVI), actionnaire majoritaire de la société (ci-après : l'actionnaire majoritaire), a accepté de postposer sa créance envers la société à concurrence d'une somme de CHF 16'000'000.-.
- 7) Le 6 mars 2012, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a adressé au contribuable une demande de renseignements. Ce dernier devait fournir à l'AFC-GE un « état des titres », avec, notamment, sa fortune mobilière de source suisse.
- 8) Le 27 avril 2012, par l'intermédiaire de son conseil, le contribuable a renvoyé l'« état des titres 2010 ». Il a également annexé les comptes de la société au 31 décembre 2010, accompagnés du rapport des réviseurs de compte.

Dans la lettre accompagnant les documents, le contribuable a précisé que les probabilités de recouvrement de cette créance de CHF 6'151'998.- envers la société était « quasiment nulles ». Raison pour laquelle, sous rubrique « prêt B_____ SA », le solde du compte au 31 décembre 2010 indiquait un montant de CHF 1.-. À ce propos, la situation « précaire » de la société pouvait être constatée dans les comptes.

Le bilan de la société au 31 décembre 2010 faisait apparaître un total d'actifs de CHF 18'135'186.-, composé d'actifs circulants de CHF 11'214'881.- et d'actifs immobiliers de CHF 6'920'034.-.

Au passif, les fonds étrangers s'élevaient à CHF 29'010'717.-. Les fonds étrangers à court terme comptaient pour CHF 2'251'027.-. Les fonds étrangers à long terme de CHF 26'759'690.- se divisaient en « prêt des actionnaires » pour CHF 12'717'667.- et « prêt des parties liées » pour CHF 14'042'023.-.

Le rapport du réviseur des comptes attirait l'attention sur le fait que la société était surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). Ayant reçu une postposition de CHF 16'000'000.- de l'actionnaire, la société avait renoncé à avertir le juge. La continuité de la société dépendait du soutien financier de l'actionnaire majoritaire. Il existait une incertitude concernant l'évaluation des stocks, ainsi que les créances et garanties bancaires envers les sociétés du groupe, qui dépendaient largement de la réalisation des ventes. La valeur des stocks avait été comptabilisée à leur valeur d'acquisition, sous déduction d'une provision. Le Conseil d'administration de la société estimait que l'évaluation des stocks ainsi que celle des créances et garanties bancaires étaient appropriées.

- 9) Par bordereau de taxation du 5 juin 2012, l'AFC-GE a fixé l'ICC 2010 à CHF 612'695,70.- sur la base d'un revenu imposable de CHF 173'716.- et d'une fortune imposable de CHF 57'151'782.-, dont CHF 17'121'782.- de fortune mobilière, au taux de CHF 60'280'024.-. Le prêt à la société a été retenu à sa valeur nominale, soit CHF 6'151'998.-.
- 10) Le 29 juin 2012, le contribuable a formé une réclamation contre le bordereau ICC 2010. Son opposition se concentrait sur la prise en compte de la créance envers la société à sa valeur nominale. Vu la situation financière de la société, le remboursement de la créance était « plus qu'incertain, voire totalement improbable ».
- 11) Le 20 septembre 2012, l'AFC-GE a demandé au contribuable le nom des créanciers de la société, ainsi que le montant et les intérêts de chaque titulaire de la créance de CHF 26'759'690.-. Elle a aussi requis une copie de la déclaration de postposition de CHF 16'000'000.-.
- 12) Le 14 novembre 2012, le contribuable a communiqué une copie de la déclaration de postposition ainsi que le détail des créanciers, qui se présentait comme suit :

Créanciers	Créance au 31.12.2010	Intérêts
C_____ Ltd Torotola, BVI	CHF 20'607'692.-	CHF 169'002.-
M. A_____	<u>CHF 6'151'998.-</u>	CHF 126'535.-
Total	CHF 26'759'690.-	

Le contribuable insistait sur le fait que le remboursement de la créance était très improbable.

13) Par décision du 14 décembre 2012, l'AFC-GE a rejeté la réclamation du contribuable. La valeur des actifs couvrait largement les créanciers non postposés. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les « pertes sur créances » devenaient effectives au moment où l'insolvabilité était constatée officiellement par un acte de défaut de bien.

14) Le 28 janvier 2013, par l'intermédiaire de son conseil, le contribuable a recouru contre la décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Il concluait à l'annulation de la décision du 14 décembre 2012 et à la réduction de la valeur de la fortune mobilière à CHF 10'969'785.- (CHF 17'121'782.- ./ CHF 6'151'997.-).

La société était surendettée. Le déficit s'était encore creusé en 2011, rendant le remboursement de la créance de CHF 6'151'998.- très difficile.

La valeur vénale des actifs était très probablement en-deçà de la valeur comptable. La société ne disposait pas de liquidités ou d'éléments facilement réalisables qui pourraient permettre un remboursement rapide de la créance.

Compte tenu des circonstances financières et commerciales, la créance envers la société devait être estimée à CHF 1.-.

15) Le 6 mai 2013, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

Les critères pour juger de la difficulté de recouvrer une créance étaient restrictifs. Le débiteur devait apparaître comme définitivement insolvable pour que la créance ne fût pas imposable. Les conditions n'étaient pas réunies en l'espèce.

Le contribuable était un proche de la société, avec une position similaire à un actionnaire. Les critères pour la non-imposition d'une créance devaient être encore plus restrictifs dans ce cas-là.

Conformément aux principes de droit comptable, la valeur des actifs de la société ne pouvait pas être inférieure à leur valeur comptable.

Les emprunts de la société auprès des actionnaires et proches étaient des positions à long terme, qui avaient pour vocation de ne pas être remboursées à court ou moyen terme, même avec une situation financière saine.

La société avait reçu l'assurance de l'actionnaire majoritaire que le financement allait être poursuivi. Dès lors, la situation financière n'était pas aussi précaire que ce que prétendait le contribuable.

En tenant compte des dettes postposées, la société disposait de suffisamment d'actifs (CHF 18'135'186.-) pour, en cas de liquidation, rembourser l'intégralité des dettes non postposées (CHF 13'017'717.-), voire une partie des dettes postposées (CHF 5'117'469.-).

16) Par réplique du 5 juin 2013, le contribuable a rappelé que la société n'avait pas les moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles, ce qui rejoignait la notion d'insolvabilité retenue dans la jurisprudence. En outre, les immobilisations corporelles et les stocks ne pouvaient pas être aisément réalisés. Même si la postposition de la dette permettait de faire perdurer l'exploitation de la société, il fallait les prendre en compte dans l'évaluation de la situation économique réelle de la société.

17) Le 9 décembre 2013, le TAPI a rejeté le recours. La société n'était pas, au 31 décembre 2010, dans une incapacité durable de faire face à ses engagements.

Le contribuable n'avait pas démontré que la valeur des actifs correspondant aux soldes des postes « immobilisations corporelles » et « stocks » mentionnés dans le bilan de la société était supérieure à leur valeur réelle. Les montants comptabilisés devaient donc être retenus.

Du fait de la postposition de la créance de l'actionnaire majoritaire et des actifs de la société, cette dernière, en cas de liquidation de la société, aurait été en mesure de rembourser intégralement la créance du contribuable.

18) Le 20 janvier 2014, le contribuable a recouru contre le jugement précité auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Il a conclu à l'annulation du jugement du TAPI et à la prise en compte de la créance auprès de la société à la valeur de CHF 1.-.

La société était surendettée. Il fallait être très pessimiste quant à son avenir financier. Le rapport des réviseurs de compte mentionnait l'incertitude sur la valorisation des actifs de la société, qui devait être objectivement considérée comme inférieure à la valeur comptable. La position de créancier ne permettait pas au recourant de disposer d'informations financières plus détaillées, qui lui auraient permis d'apporter des preuves de cette valorisation inférieure. Compte tenu de ces éléments, la probabilité de recouvrement de la créance était quasiment nulle.

En l'état, le remboursement de la créance n'était pas possible. Les liquidités disponibles au 31 décembre 2010 se montaient à CHF 855'853.-, ce qui était inférieur aux dettes à court terme de la société (CHF 2'251'027.-). Ces liquidités étaient très probablement nécessaires à l'exploitation de la société.

En cas de liquidation de la société, les actifs ne pourraient être vendus qu'à des valeurs « notablement inférieures » à la valeur de marché, comme cela était ordinairement le cas lors de réalisation forcée. Le stock aurait une valeur de vente très inférieure à la valeur comptable. Les postes « immobilisations corporelles » et « développement et prototypes », fortement liés à l'activité d'une société, ne vaudraient pas grand-chose en cas de liquidation. Il était donc peu probable que la vente des actifs permît de procéder au remboursement de la créance du recourant.

- 19) Le 10 mars 2014, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours. Elle a largement repris son argumentation exposée auprès du TAPI.

L'admission d'une situation d'insolvabilité devait se faire selon des critères restrictifs, d'autant plus avec une position proche de celle d'un actionnaire. Dans le cas d'espèce, le recourant n'avait pas prouvé l'insolvabilité durable de la société.

Si le réviseur de comptes avait mentionné des incertitudes quant à la valorisation des actifs de la société, cela ne suffisait pas à changer la conclusion de l'AFC-GE. L'organe de révision avait admis les comptes et l'actionnaire majoritaire avait assuré son financement. Pour cette raison, le conseil d'administration de la société avait estimé que l'exploitation n'était pas remise en cause et qu'il prévoyait une situation de trésorerie excédentaire pour les années suivantes.

Le recourant n'avait pas apporté la preuve que la valeur des actifs de la société était largement inférieure à la valeur comptable. Or, les comptes établis conformément aux règles comptables liaient les autorités fiscales, sauf s'il existait des règles de droit fiscal correctrices. Dès lors, il n'y avait pas lieu de s'écarter de la valeur comptable des actifs.

Il n'était donc pas établi que la société se trouvait, au 31 décembre 2010, dans une incapacité durable et définitive de faire face à ses engagements.

- 20) Le même jour, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) L'objet du litige est la question de savoir si la créance du recourant envers la société, dont il est administrateur président, doit être prise en compte à sa valeur nominale ou à une valeur inférieure.
- 3) Afin de respecter le principe de droit fiscal de l'étanchéité des exercices, l'état financier de la société doit être analysé comme dans la situation où elle se trouvait au 31 décembre 2010 (ATA/147/2003 du 18 mars 2003 consid. 6).
- 4) L'impôt sur la fortune a pour objet l'ensemble de la fortune nette après déductions sociales (art. 46 de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 - LIPP - D 3 08, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010).

Sont notamment soumises à l'impôt sur la fortune les créances hypothécaires et chirographaires (art. 47 let. e LIPP).

L'état de la fortune mobilière et immobilière est établi au 31 décembre de l'année pour laquelle l'impôt est dû (art. 49 al. 1 LIPP et 17 al. 1 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 - LHID - RS 642.14).

La fortune est estimée, en général, à la valeur vénale (art. 49 al. 2 LIPP et art. 14 al. 1 LHID).

- 5) Ces dispositions reprennent en substance l'art. 5 al. IV de l'ancienne loi sur l'imposition des personnes physiques - Impôt sur la fortune du 22 septembre 2000 (aLIPP-III - D 3 13), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009 : les créances non cotées en bourse, y compris celles qui sont incorporées dans les titres tels que cédules, obligations, bons de caisse, sont estimées à leur valeur nominale. Toutefois, dans l'estimation de ces

créances, si elles sont litigieuses ou douteuses, il est tenu compte du degré de probabilité de leur recouvrement.

Cette formulation est similaire à celle de l'ancien art. 45 al. 7 de la loi générale sur les contributions publiques du 9 novembre 1887 (LCP - D 3 05), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000.

6) a. L'insolvabilité est une notion de droit fédéral. Le débiteur est insolvable lorsqu'il ne dispose pas de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles (ATA/677/2009 du 22 décembre 2009 consid. 7a). L'insolvabilité suppose que le débiteur se trouve dans une incapacité durable de faire face à ses engagements (ATF 137 II 353 consid. 5.2.1 et les références citées). S'agissant de l'insolvabilité, la jurisprudence de la chambre administrative a posé des critères restrictifs : il faut que le débiteur apparaisse comme définitivement insolvable pour que la créance ne soit pas imposable (ATA/723/2012 du 30 octobre 2012 consid. 5b ; ATA/132/2009 du 17 mars 2009 consid. 9 ; ATA/147/2003 précité consid. 8).

b. La notion d'insolvabilité n'est pas liée quant au fond à certains faits ou manifestations extérieurs, comme la faillite ou la saisie, car de tels faits ne prouvent qu'indirectement l'incapacité de paiement du débiteur et n'excluent nullement la possibilité de prouver l'insolvabilité d'une autre façon. L'insolvabilité est constituée par un état de fait réalisé lorsque le débiteur manque des moyens financiers nécessaires pour désintéresser ses créanciers ; il faut cependant que cet état de fait ne soit pas simplement passager, comme cela arrive par exemple quand le débiteur se trouve dans l'impossibilité momentanée de réaliser ses actifs (Pierre-Robert GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Lausanne, 5^{ème} éd., 2012, p. 362 n. 1'517).

7) Dans l'ATA/147/2003, le Tribunal administratif avait estimé que la créance du contribuable envers une société en difficulté financière devait être imposée. Malgré ces difficultés, l'organe de révision avait recommandé d'approuver les comptes car rien ne permettait de dire que les actifs étaient sous-évalués. Le conseil d'administration semblait confiant quant à l'issue de certaines affaires. La société n'était pas en situation de surendettement au sens de l'art. 725 CO. Au 31 décembre 1994, la société ne paraissait donc pas insolvable, ce qui avait pour conséquence que la probabilité, pour le contribuable, de recouvrer la créance n'était pas nulle.

8) Il y a surendettement quand l'actif social ne couvre plus les fonds étrangers (Henry PETER/Francesca CAVADINI in Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ, Commentaire romand du code des obligations II, 2008, n. 31 ad art. 725 CO). Dans ce cas, les dettes sociales ne sont plus couvertes par

ses actifs, que ceux-ci soient estimés à leur valeur d'exploitation ou à leur valeur de liquidation (François CHAUDET, Droit suisse des affaires, 2004, p. 125 n. 606). La postposition de créance est considérée comme une mesure d'assainissement (Henry PETER/Francesca CAVADINI, op. cit., n. 30 ad art. 725 CO).

9) Les comptes, et notamment le compte de résultat, établis conformément aux règles du droit commercial, lient les autorités fiscales à moins que le droit fiscal ne prévoie des règles correctrices particulières (ATF 137 II 353 consid. 6.2). En outre, selon un principe généralement admis en matière fiscale, il incombe à celui qui fait valoir l'existence d'un fait de nature à éteindre ou à diminuer sa dette fiscale d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve (ATF 121 II 257 consid. 4c.aa ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_477/2009 du 8 janvier 2010 consid. 3.5 ; 2C_199/2009 du 14 septembre 2009 consid. 3.1 = RDAF 2009 II p. 560 ; 2C_76/2009 du 23 juillet 2009 consid. 2.2 = RF 64/2009 p. 834 ; Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 3^{ème} éd., 2012, pp. 513 ss).

10) En l'espèce, même si l'organe de révision a émis des doutes sur la valeur des actifs « stocks » et « immobilisations corporelles » mentionnés dans le bilan de la société au 31 décembre 2010, le recourant n'a pas démontré que leur valeur réelle était inférieure à la valeur inscrite dans le bilan, établi selon les règles commerciales. L'organe de révision a en outre confirmé les comptes de la société et souligné la confiance du conseil d'administration dans la poursuite des activités.

Les « fonds étrangers à court terme » (« dettes envers les tiers » et « comptes de régularisation ») s'élevant à CHF 2'251'027.- sont couverts par le total des actifs circulants (CHF 11'214'881.-). En revanche, le total des fonds étrangers (CHF 29'010'717.-) n'est pas couvert par le total des actifs (CHF 18'135'186.-). Sur le total de ces dettes, la majeure partie, soit CHF 26'759'690.-, est détenue par le recourant et l'actionnaire majoritaire. Ce dernier a partiellement assaini la situation d'endettement par la postposition d'une créance à hauteur de CHF 16'000'000.-. Il a en outre garanti le financement de l'activité pour les années à venir.

Si malgré la garantie de l'actionnaire majoritaire il devait y avoir une liquidation de la société, en prenant en compte la postposition de la créance et la situation des actifs, la créance du recourant pourra être intégralement remboursée :

Situation en cas de liquidation (basé sur le bilan au 31.12.2010)	
Total des actifs	CHF 18'135'186.-
Remboursement des fonds étrangers à court terme	- CHF 2'251'027.-
Total disponible après remboursement des fonds à court terme	CHF 15'844'159.-
Remboursement de la créance du recourant	- CHF 6'151'998.-
Remboursement de la créance non postposée de l'actionnaire majoritaire (CHF 20'607'692.- ./ CHF 16'000'000.-)	- CHF 4'607'692.-
Solde disponible pour remboursement de la créance postposée de l'actionnaire majoritaire	CHF 5'124'469.-

Dès lors, la société dispose d'actifs suffisants pour rembourser la dette envers le recourant et ceci même avec une éventuelle marge (montant disponible après remboursement de toutes les dettes non postposées de CHF 5'124'469.-) pour tenir compte des doutes émis sur la valeur de ces actifs. Au 31 décembre 2010, la société ne se trouvait donc pas dans une incapacité durable à faire face à ses engagements.

11) Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, sera rejeté.

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

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 janvier 2014 par M. A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 décembre 2013 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de M. A_____ un émolument de CHF 2'000.- ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 ;

communiqua le présent arrêt à Me Dominique Morand, avocat du recourant, à l'administration fiscale cantonale, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :