

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3159/2020 ICCIFD

JTAPI/581/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 7 juin 2021

dans la cause

A _____ SA, représentée par FIDUCIAIRE GENDRAUD, avec élection de domicile

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

EN FAIT

1. Le litige concerne la taxation 2018 de A_____ SA (ci-après : la société), laquelle est détenue en totalité par B_____ SA.
2. En 2018, la contribuable a acheté à B_____ SA, des participations dans cinq sociétés (ci-après : les filiales), qu'elle a amorties de la manière suivante, ainsi qu'il ressort de sa déclaration fiscale 2018 :

| | Prix d'acquis. | Amortiss. | Val. au 31.12 |
|-------------|----------------|-----------|---------------|
| C_____ SA | 250'000 | 50'000 | 200'000 |
| D_____ Sàrl | 400'000 | 80'000 | 320'000 |
| E_____ SA | 250'000 | 50'000 | 200'000 |
| F_____ SA | 600'000 | 120'000 | 480'000 |
| G_____ SA | 600'000 | 30'000 | 570'000 |
| Total | 2'100'000 | 330'000 | 1'770'000 |

3. Par pli du 3 décembre 2019, suivi d'un rappel du 23 janvier 2020, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a demandé à la société de lui transmettre les contrats d'achat des participations. Elle devait également préciser si elle les avait acquises au prix de pleine concurrence et fournir toutes explications utiles quant à la diminution du coût d'investissement des titres.
4. Le 5 février 2020, la contribuable a transmis à l'AFC-GE les cinq contrats de vente d'actions. Les diminutions du coût d'investissement s'expliquaient par le fait que le prix de vente correspondait à un goodwill, amortissable sur cinq ans.
5. Le 13 février 2020, l'AFC-GE a invité la contribuable à lui préciser si les titres avaient été acquis au prix du marché. Elle devait détailler le calcul ayant permis de déterminer le prix de vente, ainsi que le goodwill et, enfin, remettre les états financiers 2016 à 2018 de ses filiales et communiquer l'identité des détenteurs de droits de participation.
6. Le 15 juin 2020, n'ayant pas reçu de réponse à sa demande de renseignements du 13 février précédent, l'AFC-GE a sommé l'intéressée d'y donner suite, sous peine de taxation d'office et d'amende.
7. Par bordereaux datés du 20 juillet 2020, l'AFC-GE a taxé d'office la société pour l'année 2018. Ce faisant, elle a effectué une reprise de CHF 330'000.- dans son bénéfice, considérant que les amortissements n'étaient pas justifiés commercialement. Elle a également procédé à un redressement d'un même montant au niveau de son capital au titre de réserves latentes non imposées.
8. Le 29 juillet 2020, la société a élevé réclamation à l'encontre de ces bordereaux.

Historiquement, les vendeurs des filiales étaient des tiers absolus. Elles lui avaient été revendues quelques mois plus tard par B_____ SA, au prix défini par cette société. Une partie du prix d'acquisition correspondait aux actions rachetées et l'autre à du goodwill :

| | Prix d'acquis. | Capital-actions | Goodwill |
|-------------|----------------|-----------------|-----------|
| C_____ SA | 250'000 | 100'000 | 150'000 |
| D_____ Sàrl | 400'000 | 20'000 | 380'000 |
| E_____ SA | 250'000 | 51'000 | 199'000 |
| F_____ SA | 600'000 | 200'000 | 400'000 |
| G_____ SA | 600'000 | 100'000 | 500'000 |
| Total | 2'100'000 | 471'000 | 1'629'000 |

9. Par décisions du 4 septembre 2020, l'AFC-GE a rejeté la réclamation.

Le montant de CHF 330'000.- représentait les amortissements du goodwill (dérivé), également appelé « share deal ». Selon la jurisprudence, puisque le goodwill faisait partie du prix d'acquisition, les amortissements n'étaient pas admissibles fiscalement.

10. Par acte du 5 octobre 2020, la société a interjeté recours devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) à l'encontre de ces décisions en concluant à leur annulation et à l'admission des amortissements de CHF 330'000.-, le tout sous suite de frais et dépens.

Le 1^{er} janvier 2018, elle avait acquis les participations auprès de B_____ SA au même prix que cette société les avait achetées auprès de tiers absolus, quelques mois auparavant. Le prix payé dépassait la valeur des filiales, ainsi qu'il ressortait des états financiers de ces entités. La différence entre le prix d'acquisition et le capital-actions avait été considéré comme un goodwill. Celui-ci avait fait l'objet d'une correction de valeur de 20 % en 2018.

Elle avait acquis les filiales dans le but d'augmenter sa part de marché dans le domaine de l'imprimerie et du graphisme, et afin de trouver des synergies entre ces sociétés et de réaliser des économies de structure. Puisque le prix payé pour l'acquisition des droits de participation excédait leur valeur de substance, elle devait avoir la possibilité d'amortir le goodwill compris dans le prix.

En annexe figuraient les contrats de vente d'actions, par lesquels B_____ SA avait acquis les participations de C_____ SA et D_____ Sàrl.

11. Le 6 novembre 2021, la recourante a transmis au tribunal les contrats de vente d'actions, par lesquels B_____ SA avait acheté les participations de E_____ SA, F_____ SA, ainsi que G_____ SA.
12. Dans sa réponse du 26 février 2021, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours, subsidiairement à la diminution de l'impôt sur le capital.

La recourante n'avait pas démontré que les participations avaient perdu de leur valeur. La société n'avait pas été en mesure de chiffrer les synergies et les économies de structures réalisées qui justifieraient le paiement d'un prix surfait. Si les survaleurs alléguées existaient réellement, elles auraient dû être amorties en une seule fois et non selon un plan d'amortissement sur cinq ans, sous peine de violer le principe de prudence.

Si le tribunal devait considérer que la différence entre le prix d'achat (CHF 2'100'000.-) et la valeur des participations (CHF 471'000.-) devait être considérée comme un goodwill (CHF 1'629'000.-), la recourante avait, en acquérant les sociétés en question à un prix surfait, octroyé à son actionnaire, B_____ SA, une prestation appréciable en argent. Si les titres acquis étaient déjà réunis sous la direction de la société-mère, la recourante n'avait pas pu acquérir de nouvelles synergies et le surcoût payé ne devait pas être intégré dans le prix de vente des participations. Fiscalement, l'achat à un prix surfait auprès d'une société apparentée devait être ignoré. Il en découlait une réserve négative dans les fonds propres fiscaux à hauteur de CHF 1'629'000.-.

L'amortissement de CHF 330'000.- devait être refusé sur le plan de l'impôt sur le bénéfice au titre de prestation appréciable en argent et, sur le plan de l'impôt sur le capital la réserve négative était immédiatement ramenée à CHF 1'299'000.- (CHF 1'629'000.- – CHF 330'000.-).

13. La recourante n'a pas répliqué.

EN DROIT

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 ; art. 140 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 - LIFD - RS 642.11).
2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 49 LPFisc et 140 LIFD.
3. La recourante conteste le refus de l'AFC-GE d'admettre les amortissements pratiqués sur ses participations, en CHF 330'000.- au motif qu'ils ne sont pas justifiés par l'usage commercial.
4. Selon l'art. 58 al. 1 LIFD, le bénéfice net imposable comprend notamment le solde du compte de résultats (let. a), ainsi que tous les prélèvements opérés sur le résultat commercial avant le calcul du solde du compte de résultats, qui ne servent

pas à couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial (let. b). Au nombre de ces prélèvements figurent les amortissements et les provisions qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial (let. b 2^{ème} tiret). Les amortissements et provisions qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial sont ajoutés au bénéfice net imposable (art. 58 al. 1 let. b LIFD).

Le droit cantonal contient des règles similaires aux art. 12 let. a et e de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15).

5. Les amortissements des actifs justifiés par l'usage commercial sont autorisés, à condition que ceux-ci soient comptabilisés ou, à défaut d'une comptabilité tenue selon l'usage commercial, qu'ils apparaissent dans un plan spécial d'amortissements (art. 62 al. 1 LIFD ; art. 13 let. e LIPM). Un amortissement est justifié par l'usage commercial dans la mesure où il permet de tenir compte d'une véritable moins-value d'un poste au bilan (ATF 137 II 353 consid. 6.4.1 ; pour les amortissements sur des participations : ATF 119 Ib 116 consid. 3c).
6. Selon la doctrine, un amortissement sur une participation suppose ordinairement une baisse de valeur de la société (Robert DANON, in Yves NOËL, Florence AUBRY GIRARDIN, Commentaire romand de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2^{ème} édition, 2017, art. 57-58 LIFD, § 44, p. 1064). Toutefois, de l'avis de certains auteurs, l'amortissement d'une participation peut dans certains cas aussi être possible fiscalement indépendamment d'une baisse de valeur, soit indépendamment de la situation et des pertes de la société achetée (Pierre-Marie GLAUSER, Goodwill et acquisition d'entreprises. Une analyse sous l'angle du droit fiscal et comptable, in Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland RUEDIN, 2006, p. 421 ss, p. 435 s., citant deux autres avis dans le même sens). Par exemple, l'acquéreur qui recherche de nouvelles parts de marché devrait, selon ces auteurs, pouvoir amortir la part du prix des actions correspondant à son investissement et comptabiliser l'amortissement comme une charge de marketing (GLAUSER, op. cit., p. 436 et les auteurs cités).
7. S'agissant des personnes morales, le bénéfice imposable est celui qui ressort du compte de résultats, si les comptes ont été établis conformément aux règles du droit commercial, à moins que le droit fiscal ne prévoie des règles correctrices particulières (ATF 141 II 83 consid. 3.1 ; 140 I 114 consid. 3.3.1). S'il existe une présomption selon laquelle une comptabilité établie conformément aux dispositions du droit commercial est exacte (arrêt du Tribunal fédéral 2C_554/2013 du 30 janvier 2014 consid. 2.1), il n'en demeure pas moins que l'autorité de taxation est habilitée à demander des renseignements à la personne morale contribuable, afin de vérifier que l'imposition peut bien avoir lieu sur la base des comptes produits (arrêt du Tribunal fédéral 2C_544/2018 du 21 décembre 2018 consid. 3.2). En effet, dans la procédure de taxation, le contribuable est soumis à un devoir étendu de collaboration (système de procédure de taxation mixte : ATF 142 II 69 consid. 5.1 et 5.1.1).

8. Lorsqu'une participation est acquise auprès d'un tiers indépendant, le prix d'acquisition représente en principe la valeur vénale. Un amortissement n'est envisageable qu'en cas de perte de valeur des participations ou, selon la doctrine, d'achat à un prix surfait (arrêt du Tribunal fédéral 2C_132/2020 du 26 novembre 2020 consid. 8.3 destiné à la publication).

Dans ce cas, la recourante en cause soutenait que la survaleur à amortir correspondait à la différence entre le prix d'acquisition et la valeur des sociétés déterminée selon la méthode des praticiens. Le Tribunal fédéral a rejeté cette thèse, pour le motif que la méthode des praticiens supposait qu'il n'y ait pas eu de transactions entre tiers permettant d'établir un prix reflétant une valeur représentative et plausible (consid. 8.4).

9. Selon la jurisprudence (arrêt du Tribunal fédéral 2C_181/2020 du 10 août 2020 consid. 5.2), il y a distribution dissimulée de bénéfice constitutive de prestation appréciable en argent lorsque les quatre conditions cumulatives suivantes sont remplies: 1) la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ; 2) cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le ou la touchant de près ; 3) elle n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers ; 4) la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient. Il convient ainsi d'examiner si la prestation aurait été accordée dans la même mesure à un tiers étranger à la société, soit si la transaction a respecté le principe de pleine concurrence (« *dealing at arm's length* »).

La mise en œuvre du principe de pleine concurrence suppose l'identification de la valeur vénale du bien transféré ou du service rendu. Lorsqu'il existe un marché libre, les prix de celui-ci sont déterminants et permettent une comparaison effective avec les prix appliqués entre sociétés associée (ATF 140 II 88 consid. 4.2)

10. En ce qui concerne le fardeau de la preuve, conformément au principe général exprimé à l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), il appartient à l'autorité fiscale de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, alors qu'il incombe au contribuable d'apporter la preuve des faits de nature à réduire ou éteindre son obligation fiscale (ATF 143 II 661 consid. 7.2).
11. En l'espèce, il résulte des contrats de vente d'actions conclus par B_____ SA en 2017 les éléments suivants :

| | Vendeur | Prix d'acquis. | Capital-actions |
|-------------|-----------|----------------|-----------------|
| C_____ SA | M. H_____ | 250'000 | 100'000 |
| D_____ Sàrl | M. I_____ | 400'000 | 20'000 |

| | | | |
|-----------|-------------------------|---------|---------|
| E_____ SA | M. J_____ | 255'000 | 51'000 |
| F_____ SA | MM. K_____ et L_____ | 600'000 | 200'000 |
| G_____ SA | M. M_____ | 630'000 | 100'000 |

- a. La recourante a acquis les participations litigieuses auprès de sa société-mère, à des prix pour ainsi dire identiques à ceux que celle-ci avait payés. Rien ne démontre que les vendeurs susmentionnés étaient des proches de B_____ SA, ni non plus de la recourante. Aucun élément du dossier ne permet non plus de retenir que celle-ci n'aurait pas acquis les titres de sa maison-mère au prix du marché. Doit néanmoins être réservée la question de l'acquisition de la participation de C_____ SA, qui sera examinée, infra, ad let. b. Dès lors, un amortissement des participations dans les sociétés D_____ Sàrl, E_____ SA, F_____ SA et G_____ SA n'est admissible qu'en cas de perte de valeur de ces entreprises, ou en cas d'achat des titres à un prix surfait.

La recourante plaide que le prix d'acquisition excède la valeur des filiales, ainsi qu'il ressort des états financiers de ces sociétés. Cependant, alors que le fardeau de la preuve lui incombe, elle ne démontre aucunement en quoi il découle de la lecture des comptes de ces entités que le prix d'achat des titres serait surfait. Il ne résulte pas non plus des contrats de vente d'actions conclus par B_____ SA que le prix d'achat se révélerait excessif, notamment parce qu'ils ne précisent pas la manière dont il a été déterminé. En conséquence, un amortissement de ces quatre participations n'est pas justifié.

- b. Le contrat de vente d'actions de C_____ SA à B_____ SA indique que la première société est surendettée et risque la faillite à très court terme. Les actions de la société et la créance de son actionnaire envers celle-ci d'un montant de CHF 256'525.- selon le bilan au 31 décembre 2017 ont été valorisées à 20 % de son chiffre d'affaires. Le contrat ne prévoyait pas de répartition du prix de vente entre ces deux actifs. Selon son bilan au 31 décembre 2017, elle n'a pour tout actif qu'un poste « débiteurs » de CHF 109'797.-. Ses fonds étrangers s'élèvent à CHF 458'777.80. Ses fonds propres sont négatifs (CHF -442'733.-) et l'exercice s'est soldé par une perte de CHF 11'732.-.

À l'examen du contrat de vente d'actions conclu avec B_____ SA et des comptes de C_____ SA, le tribunal considère que la valeur de cette société est nulle. Il en résulte que la somme de CHF 250'000.- que la recourante a payée pour l'acquisition de cette participation ne correspond pas au prix du marché. En d'autres termes, le principe de pleine concurrence n'a pas été respecté.

La contribuable ne peut justifier ce prix au motif qu'elle souhaite augmenter sa part de marché dans le domaine de l'imprimerie et du graphisme et trouver des synergies entre les cinq filiales, ainsi que réaliser des économies de structure. En effet, dès lors que les cinq sociétés acquises faisaient déjà partie de son groupe,

l'on ne voit pas quel avantage économique supplémentaire elle a tiré en acquérant elle-même leur capital-actions. La contribuable ne saurait non plus se prévaloir du fait qu'elle a acquis les titres au même montant que sa société-mère, étant donné que le contrat conclu par B_____ SA avec le vendeur de C_____ SA ne prévoyait pas de répartition du prix total de CHF 250'000 entre les actions de C_____ SA et la créance de son actionnaire.

Il résulte de ce qui précède que seul le rapport d'actionariat permet d'expliquer le paiement du prix de vente par la recourante à son actionnaire. Exprimé autrement, la contribuable lui a accordé une prestation appréciable en argent. En conséquence, un amortissement de la participation de C_____ SA n'est pas justifié.

12. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.
13. En application des art. 144 al. 1 LIFD, 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), la recourante, qui succombe, est condamnée au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 900.- ; 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).

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 5 octobre 2020 par A_____ SA contre les décisions sur réclamation de l'administration fiscale cantonale du 4 septembre 2020 ;
2. le rejette ;
3. met à la charge de la recourante un émolument de CHF 900.-, lequel est partiellement couvert par l'avance de frais ;
4. dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;
5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Siégeant: Sophie CORNIOLEY BERGER, présidente, Jean-Marie HAINAUT et Yuri KUDRYAVTSEV, juges assesseurs.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Sophie CORNIOLEY BERGER

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties.

Genève, le

La greffière