

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/933/2018-ICCIFD

ATA/987/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 juin 2019

4^{ème} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Michel Bussard, avocat

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

Monsieur B_____

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
12 novembre 2018 (JTAPI/1096/2018)**

EN FAIT

- 1) Par jugement du 12 novembre 2018, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours formé par Madame A_____ contre la décision sur réclamation rendue le 12 mars 2018 par l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE).

Mme A_____, qui avait indiqué à l'AFC-GE en 2004 qu'elle percevait de C_____ depuis le décès de son mari une somme annuelle de CHF 360'000.-, n'avait pas démontré que le montant de CHF 315'000.- perçu de C_____ en 2011 constituait une donation. Cette somme représentait ainsi un revenu imposable.

- 2) Par acte du 13 décembre 2018 adressé au TAPI, Mme A_____ a demandé la révision du jugement. Elle avait découvert à réception de celui-ci que Monsieur B_____, qui avait été, en sa qualité de notaire, l'exécuteur testamentaire de la succession de feu son mari, figurait dans la composition du TAPI, alors qu'il aurait dû se récuser.

- 3) Par acte également expédié le même jour à la chambre administrative de la Cour de justice, Mme A_____ a recouru contre le jugement du 12 novembre 2018, dont elle a demandé l'annulation.

Elle a conclu, préalablement, à la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur sa demande en révision. Principalement, elle a conclu à l'annulation du jugement, à la constatation que la somme de CHF 315'000.- constituait une donation exonérée d'impôts et qu'aucun impôt sur le revenu n'était dû pour l'année fiscale 2011. Subsidiairement, elle a conclu au renvoi de la cause au TAPI pour complément d'instruction.

Elle a, notamment, fait valoir que les règles sur la récusation n'avaient pas été respectées. En recevant le jugement, elle avait constaté que M. B_____ figurait dans la composition l'ayant rendu. Or, ce dernier, notaire de profession, était intervenu en sa qualité d'exécuteur testamentaire dans la liquidation de la succession de son mari. Il avait alors eu connaissance des négociations menées par le conseil de Mme A_____ avec l'AFC-GE au sujet des donations litigieuses. En outre, la relation de M. B_____ tant avec elle qu'avec son conseil avait été houleuse, les héritiers ayant été en désaccord avec l'exécuteur testamentaire sur plusieurs points.

- 4) Par jugement du 21 janvier 2019, le TAPI a déclaré irrecevable la demande en révision formée par Mme A_____. Celle-ci ayant saisi la chambre de céans d'un recours, le jugement du 12 novembre 2018 n'était pas définitif, de sorte que

les conditions de l'art. 80 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) applicables à la révision n'étaient pas remplies.

- 5) L'AFC-GE a conclu au rejet du recours formé devant la chambre de céans.

Elle s'en est rapporté à justice s'agissant du motif relatif à la violation des règles sur la récusation.

- 6) Invité à se déterminer sur l'existence d'un motif de récusation, M. B_____ a exposé qu'il n'avait pas eu connaissance des tractations financières menées avec le C_____. Il n'avait pas eu de litige judiciaire avec l'hoirie, son activité ayant « dûment été saluée » par le conseil de la recourante et ses honoraires arrêtés avec satisfaction. S'il avait participé aux transactions précitées, il se serait récusé. Enfin, s'il avait été consulté sur ce point, il aurait suggéré la rédaction « d'un acte idoine ».

- 7) a. Dans sa réplique, la recourante, par la plume de son nouveau conseil, a relevé que M. B_____ semblait avoir un souvenir lacunaire de la liquidation de la succession de feu son mari. Certes, il n'avait pas directement été impliqué dans les contacts entre les héritiers et le conseiller personnel de sa majesté le C_____. Il en avait cependant été informé. Par ailleurs, sous réserve de deux villas situées à D_____, la succession présentait d'importantes dettes. M. B_____ avait connaissance de cette situation et du fait que la générosité du C_____ avait permis de surmonter le problème de trésorerie des héritiers jusqu'à la vente des biens immobiliers.

Il n'y avait pas eu de litige judiciaire entre l'hoirie et l'exécuteur testamentaire. Toutefois, la collaboration entre eux avait été marquée par de fortes tensions concernant notamment la vente des villas à D_____, la commission versée à un intermédiaire, ami de M. B_____, et les honoraires de ce dernier. Les héritiers n'avaient pas eu confiance dans le choix des mandataires auxquels l'exécuteur testamentaire voulait confier la vente des deux villas, craignant qu'une vente rapide ne couvre pas les dettes de la succession.

- b. La recourante a produit différents courriers de son précédent conseil à M. B_____, à savoir :

- un courrier du 28 novembre 2003, informant M. B_____ de la constitution du conseil de la recourante à la défense des intérêts des héritiers et expliquant que ceux-ci s'opposaient vivement aux mandats que M. B_____ comptait confier à Me E_____ et la société F_____, l'état financier de la succession ne permettant pas d'engager des frais inutiles ;
- un courrier du 26 avril 2004, informant M. B_____ de ce que, afin de poursuivre les négociations avec le conseiller du C_____, le conseil de la recourante avait besoin d'informations précises sur la valeur de la police

d'assurance-vie et du portefeuille-titres servant de garantie à l'hypothèque des immeubles à D_____ ;

- un courrier du 22 mars 2005, répondant à un courrier de M. B_____, en indiquant notamment: « Le ton inquisiteur que vous employez me déplaît ; vos reproches sont injustifiés et vos menaces ridicules. Vous avez la langue pointue, comme j'ai déjà pu m'en rendre compte à plusieurs reprises. Ce n'est souvent pas la bonne façon d'agir » ;
- un courrier du 13 décembre 2006 se plaignant de ce que les notes d'honoraires des exécuteurs testamentaires, dont celle du précité, présentées sous forme sommaire étaient inadmissibles. Il en allait de même d'honoraires basés sur la valeur de l'actif brut. Exposant avoir apprécié la qualité des services de M. B_____, il avait conseillé à ses clients de trouver un accord. Il formulait ainsi à cet égard une proposition, qui n'était pas négociable. À défaut d'acceptation, le président de la chambre des notaires serait saisi d'une demande de taxation ;
- un courrier du 14 décembre 2006, toujours en relation avec les honoraires de M. B_____, dans lequel l'avocat écrivait notamment : « Je suis indifférent à vos tentatives de menaces et de chantage. J'en ferai part à mes mandantes ». Puis : « Ayant appris à connaître votre tempérament pendant les 30 mois de collaboration, je m'attendais à votre réaction ». Enfin : « Si vous deviez chercher la confrontation, je me verrais toutefois contraint de ne pas seulement mentionner les points positifs de votre travail ».
- un courrier du 29 janvier 2007 confirmant l'accord des héritiers de régler les honoraires de l'exécuteur testamentaire ; il s'agissait du montant précédemment proposé par ceux-ci.

8) Par courrier de la chambre de céans du 17 mai 2019, la recourante et l'AFC-GE ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

9) La même communication a été adressée à M. B_____ par courrier du 24 mai 2019.

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) En premier lieu, se pose la question de savoir si le juge assesseur ayant été l'exécuteur testamentaire de la succession de feu le mari de la recourante aurait dû se récuser.

a. La garantie minimale d'un tribunal indépendant et impartial, telle qu'elle résulte des art. 30 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 6 ch. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) – lesquels ont, de ce point de vue, la même portée – permet, indépendamment du droit de procédure, de demander la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du magistrat est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles de l'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 140 III 221 consid. 4.1 ; 139 I 121 consid. 5.1 ; 138 I 1 consid. 2.2).

b. En droit administratif genevois, l'art. 15A LPA prévoit que les juges doivent, notamment, se récuser s'ils ont agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité, comme conseil juridique d'une partie, comme expert, comme témoin ou comme médiateur (let. b) ou s'ils pourraient être prévenus de toute autre manière, notamment en raison d'un rapport d'amitié ou d'inimitié avec une partie ou son représentant (let. f).

L'art. 15A LPA est calqué sur les art. 47 ss du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272), ces derniers étant calqués, à l'exception de quelques points mineurs, sur les art. 34 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), si bien que la jurisprudence rendue à leur sujet, vaut en principe de manière analogique (arrêt du Tribunal fédéral 6B_621/2011 du 19 décembre 2011 consid. 2.2 ; ATA/8/2019 du 8 janvier 2019 consid. 4b ; ATA/678/2017 du 20 juin 2017 consid. 4c).

Les juges, les membres des juridictions et les membres du personnel des juridictions qui se trouvent dans un cas de récusation sont tenus d'en informer sans délai le président de leur juridiction (art. 15A al. 3 LPA).

D'après la jurisprudence, le motif de récusation doit être invoqué aussitôt que l'intéressé en a eu connaissance, sous peine d'être déchu du droit de s'en prévaloir ultérieurement (cf. parmi plusieurs: ATF 132 II 485 consid. 4.3 ; 119 Ia 221 consid. 5a et les arrêts cités). L'art. 15B al. 1 LPA prévoit que le demande de récusation doit être formée au plus tard 5 jours après avoir eu connaissance du motif de récusation. Toutefois, lorsque l'apparence de prévention est évidente, de

sorte que le juge aurait dû se récuser spontanément, ce vice doit être apprécié avec plus de rigueur qu'une éventuelle tardiveté de la demande de récusation (ATF 134 I 20 consid. 4.3.2).

Enfin, les opérations auxquelles a participé une personne tenue de se récuser sont annulées (art. 15B al. 1 LPA).

- 3) En l'espèce, il ressort du dossier que le juge assesseur en question a été l'exécuteur testamentaire de la succession de feu le mari de la recourante. Dans ce cadre, cette dernière était défendue par l'associé du conseil qui a assuré la défense de ses intérêts dans la présente procédure fiscale jusqu'au stade du recours.

L'échange de correspondance produit par la recourante entre son conseil d'alors et l'exécuteur testamentaire dénote une forte animosité entre les deux hommes. En particulier, le conseil de la recourante fait état, dans ses courriers du 22 mars 2005 et du 14 décembre 2006 à l'exécuteur testamentaire, de « reproches injustifiés », de « menaces ridicules », de la « la langue pointue » de celui-ci, qui n'était « souvent pas la bonne façon d'agir », enfin de « tentatives de menaces et de chantage » de la part de l'exécuteur testamentaire.

Par ailleurs, les héritiers avaient désapprouvé certains choix de mandataires que l'exécuteur testamentaire avait opérés. Ainsi, ils s'étaient « vivement » opposés aux mandats que ce dernier souhaitait confier à Me E_____ et à la société F_____. En outre, un différend a opposé les héritiers, dont la recourante, à l'exécuteur testamentaire portant sur les honoraires de celui-ci. Ce n'est qu'après un nouvel échange de correspondance peu amène entre l'avocat des héritiers et l'exécuteur testamentaire que ce différend avait trouvé son épilogue.

Enfin, bien qu'il ne ressorte pas des pièces produites que l'exécuteur testamentaire soit directement intervenu dans les négociations avec le C_____, il était au courant de celles-ci. En effet, l'intervention du C_____, notamment sur le plan financier, avait été portée à la connaissance de l'exécuteur testamentaire comme cela ressort du courrier du 26 avril 2004 que lui a adressé le conseil de la recourante. Or, le présent litige porte précisément sur la manière de qualifier l'apport financier du C_____ à la recourante.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, le juge assesseur aurait dû spontanément se récuser.

En effet, bien qu'ils fussent anciens, les échanges de correspondance entre le conseil de la recourante et le juge assesseur, agissant à l'époque comme exécuteur testamentaire, ont été fortement emprunts d'animosité personnelle entre les deux hommes. Par ailleurs, la recourante avait, aux côtés des autres héritiers, désapprouvé certains choix de mandataires qu'avait effectués ledit exécuteur et contesté les honoraires de ce dernier. Le rapport d'inimitié entre l'avocat de la

recourante, associé de son conseil dans la présente procédure, et le juge assesseur ainsi que l'insatisfaction, notamment au regard de la note d'honoraires présentée par ce dernier en sa qualité d'exécuteur testamentaire, pouvaient laisser craindre une prévention de ce dernier tant à l'égard de la recourante que de son avocat.

En outre, la présente procédure n'est pas sans rapport avec des faits dont le juge assesseur a eu connaissance exclusivement en sa qualité d'exécuteur testamentaire. Cet élément également imposait au juge assesseur de se récuser spontanément.

Dès lors que l'obligation de se récuser était évidente, il n'est pas nécessaire de déterminer si la recourante et son conseil auraient dû d'emblée requérir la récusation du juge assesseur. En effet, tant l'un que l'autre pouvaient, de bonne foi, partir de l'idée que celui-ci se récuserait spontanément. Par ailleurs et conformément à la jurisprudence sus-évoquée, lorsque le vice dont est affecté le jugement est, comme en l'espèce, particulièrement grave, celui-ci doit être apprécié avec plus de rigueur qu'une éventuelle tardiveté de la demande de récusation.

Le TAPI ayant été composé de manière irrégulière, le jugement doit être annulé, en application de l'art. 15B al. 1 LPA.

Le recours sera dès lors admis et la cause renvoyée au TAPI pour nouvelle décision, prise dans une composition régulière. Compte tenu de cette issue, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs invoqués par la recourante.

- 4) Au regard des circonstances particulières du cas d'espèce, il sera renoncé à la perception d'un émolument (art. 87 al. 1 LPA). La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 décembre 2018 par Madame A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 novembre 2018 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement précité et renvoie la cause au Tribunal administratif de première instance pour nouvelle décision ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Madame A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- 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 Michel Bussard, avocat de la recourante, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions, à Monsieur B_____, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :