

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2897/2007-FIN

ATA/631/2007

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 11 décembre 2007

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE D'IMPÔTS

et

A _____ SÀRL

représentée par Me Jean-Marie Faivre, avocat

EN FAIT

1. La société A_____ Sàrl (ci-après : la société ou la contribuable), dont le but social est le commerce en gros et la distribution d'antennes, de matériel d'antenne et d'accessoires s'y rapportant, a été inscrite le 26 janvier 1999 au registre du commerce de Genève. Son capital-actions s'élève à CHF 20'000.- entièrement libéré.

La société comptait parmi ses organes Monsieur J_____ (pour une part de CHF 10'000.-), Monsieur V_____ (pour une part de CHF 5'000.-), tous deux associés gérants, et Madame V_____ (pour une part de CHF 5'000.-).

2. M. J_____ exploite, par ailleurs, une entreprise individuelle, dont le but est le commerce et la location d'appareils radio, de télévision, de chaîne Hi-Fi et d'accessoires s'y rapportant, avec atelier de réparations.
3. Le 11 juin 2001, la société a remis sa déclaration fiscale 2000 à l'administration fiscale cantonale (ci-après : l'administration). Son chiffre d'affaire s'élevait à CHF 2'592'004,95.

Un bordereau ICC 2000 d'un montant de CHF 95,35, basé sur un bénéfice imposable de CHF 0.- et sur un capital imposable de CHF 20'000.-, lui a été notifié en date du 23 juillet 2001.

4. Le 28 septembre 2002, la société a adressé sa déclaration fiscale 2001 à l'administration. Conformément au compte d'exploitation annexé à ladite déclaration, son chiffre d'affaires se montait à CHF 2'803'596,99.

En date du 19 décembre 2002, l'autorité fiscale a notifié à la contribuable un bordereau ICC 2001 d'un montant de CHF 130,35, calculé sur la base d'un capital imposable de CHF 20'000.- et sur un bénéfice imposable de CHF 0.-.

5. Pour les deux années fiscales susmentionnées, les éléments imposables de la contribuable ont été pris en compte par l'administration tels qu'indiqués par la société dans ses comptes.
6. Par lettre signature du 21 août 2003, l'administration a informé la contribuable de l'ouverture d'une procédure de vérification au sens des articles 151, 175 et suivants et 181 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) ainsi que des articles 59, 69 et suivants et 74 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 (LPFisc - D 3 17), portant sur les périodes fiscales ICC 1999 à 2001.

Elle avait constaté «certaines anomalies» dans les déclarations fiscales de la société. Elle procéderait à un examen dans les locaux de cette dernière, soit les 18 et 19 septembre 2003. Elle a requis la mise à disposition de divers documents relatifs aux années comptables précitées.

Suite à cet examen, un rapport a été établi par la direction du contrôle de l'administration le 19 septembre 2003. Il en ressort, en substance, que lors de la constitution de la société, M. V_____ avait apporté sa clientèle et M. J_____ les moyens financiers. S'agissant du salaire de ce dernier, il a été reconnu qu'il correspondait à un «dividende déguisé» décidé, par contrat oral, lors de la création de la contribuable et ayant pour but de le «remercier» pour avoir permis à M. V_____ de fonder la société. Ledit rapport faisait en outre état de ce que M. J_____ n'avait, en 2000 et 2001, déployé aucune activité au sein de la contribuable.

Il ressortait du «Grand livre des comptes» de la société que M. J_____ avait perçu, en 2000 et 2001, un salaire mensuel brut de CHF 5'500.-, soit CHF 66'000.- par an.

7. Par lettre signature du 15 avril 2004, l'administration a informé la société qu'elle mettait un terme à la procédure ouverte à son encontre et lui a notifié des bordereaux «rappel d'impôt» aux montants totaux de respectivement CHF 16'267,95 (ICC 2000) et CHF 21'623,15 (ICC 2001). Ce faisant l'autorité a procédé à des reprises concernant le versement du salaire de M. J_____, ainsi que la prise en charge de frais privés de véhicule. Un bordereau d'amende correspondant à la moitié de l'impôt éludé et s'élevant à CHF 17'229.- lui a également été notifié, ainsi qu'un avis de modification au sens de l'article 36 LPFisc.

Le détail des reprises se présente comme suit :

	2000	2001
Salaire de M. J_____	CHF 66'000.-	CHF 66'000.-
Frais de véhicule en faveur de M. V_____	CHF 9'760.- (équivalent à 3/5 ^{ème} de frais de véhicule, 3/5 ^{ème} de frais de leasing, 3/5 ^{ème} de frais d'assurance et un forfait de CHF2'400.- pour le véhicule)	CHF 7'659.- (équivalent à 3/5 ^{ème} de frais de véhicule, 3/5 ^{ème} de frais de leasing et 3/5 ^{ème} de frais d'assurance)

S'agissant des montants versés à M. J_____ en 1999, l'administration a considéré que ce dernier avait fourni un certain travail lors de la création de la société et que, partant, son salaire pouvait être à tout le moins partiellement justifié.

8. Suite au courrier susmentionné, une entrevue a eu lieu dans les locaux de l'administration le 10 mai 2004 entre M. J_____ et deux contrôleurs de l'administration, entrevue au cours de laquelle ce dernier a manifesté son désaccord quant à la qualification de «dividende déguisé» donnée aux salaires qui lui avaient été versés par la contribuable.

Le procès-verbal de l'entretien, établi par l'administration, faisait état de l'activité déployée par M. J_____ pour le compte de la société.

Ce dernier a expliqué qu'il n'avait pas de bureau dans les locaux de la société et qu'il avait toujours travaillé pour elle depuis Vézenaz, soit au lieu de son activité indépendante ; qu'il s'occupait de tenir et mettre à jour le catalogue de la contribuable ; qu'il était le seul à parler anglais, allemand et espagnol, ce qui le mettait constamment en contact avec les clients ; qu'il était «réellement consultant indépendant» et qu'il n'avait perçu aucun salaire depuis 2003.

9. Le 12 mai 2004, la contribuable a, par l'entremise de M. J_____, élevé réclamation à l'encontre des bordereaux ICC précités.

Les conclusions de l'autorité fiscale en rapport avec l'activité déployée par M. J_____ étaient erronées. Celui-ci était le seul à avoir des contacts avec les fournisseurs étrangers, il effectuait en outre un énorme travail pour la préparation d'un nouveau catalogue pour la société.

Pour le surplus, elle n'a pas contesté les reprises relatives aux frais de véhicule en faveur de M. V_____.

Elle a conclu à l'annulation des bordereaux ICC «rappel d'impôt» 2000 et 2001 en tant qu'ils concernaient la reprise et intérêts de retard relatifs aux salaires versés à M. J_____, ainsi qu'à l'annulation de l'amende.

10. Par décision du 6 septembre 2004, l'administration a rejeté la réclamation, au motif que le salaire versé à M. J_____ par la société correspondait à un dividende devant être imposé comme bénéfice auprès de celle-ci.

L'administration a par conséquent maintenu les bordereaux ICC 2000 et 2001.

11. Le 7 octobre 2004, la société a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôts (ci-après : la commission) contre la décision susmentionnée.

Elle avait été constituée à l'instigation de M. J_____, lequel exploitait parallèlement une entreprise individuelle, soit un magasin de radios et de télévisions.

Ce dernier consacrait un temps considérable au développement des affaires de la société, et ce, depuis son bureau de Vézenaz.

M. J_____ avait par ailleurs créé et mis à jour le catalogue de matériel proposé aux professionnels de la branche. Du fait de sa connaissance de trois langues, il était le seul à nouer les contacts avec les fournisseurs et les clients étrangers. Ses compétences étaient indispensables à la société. La société faisait, en outre, fréquemment appel à M. J_____ afin de profiter de ses connaissances techniques.

Force était de constater que M. J_____ avait perçu un salaire en contrepartie des prestations susmentionnées fournies à la contribuable. Elle avait invité la commission à auditionner des témoins dans le but de démontrer «la réalité et l'intensité de l'activité déployée» par ce dernier pour son compte.

Lesdits salaires avaient par ailleurs fait l'objet de déductions sociales, lesquelles avaient également été comptabilisées dans le cadre de son activité indépendante.

La société a conclu à l'annulation de la décision sur réclamation, sous suite de frais et dépens.

12. Le 15 août 2005, l'administration a répondu en concluant au rejet du recours. La reprise sur les salaires de M. J_____ ainsi que l'amende étaient justifiées.

La comptable de la contribuable avait indiqué, lors de l'entretien du 18 septembre 2003, que le versement desdits salaires avait pour but de «remercier» M. J_____ pour avoir permis à M. V_____ de créer la société.

Ces salaires avaient été perçus par M. J_____ sans contrepartie équivalente de sa part, il s'agissait donc de prestations appréciables en argent réduisant indûment le bénéfice imposable de la société. Celui-là n'avait ni bureau, ni contrat de travail et n'avait plus été rémunéré à compter de 2003. Ces éléments corroboraient le fait que la rémunération de M. J_____ n'était pas directement liée à son activité au sein de la société durant les périodes fiscales litigieuses. En effet, un salarié «ordinaire» aurait subi une baisse de salaire ou se serait vu signifier un congé en raison de la situation financière difficile de l'entreprise. Il était par ailleurs douteux, qu'une personne dirigeant une entreprise individuelle à plein temps, puisse encore consacrer à son activité salariée un taux d'activité de 65%.

13. Le 3 septembre 2005, la comptable de la société a souhaité amener quelques précisions quant à la réponse susmentionnée.

M. J_____ était lui aussi présent lors de l'examen du 18 septembre 2003 et avait été interrogé par le contrôleur.

Elle n'avait par ailleurs jamais reconnu que ladite rémunération représentait un dividende déguisé, et ce, du fait qu'elle ne connaissait pas le taux d'activité de M. J_____. Le montant du salaire avait été fixé d'un commun accord entre les deux associés.

M. J_____ ne travaillait pas dans les locaux de la société car il était lui-même, de part son entreprise individuelle, un concurrent direct des clients de la société.

L'un des contrôleurs présent lors de l'entretien du 18 septembre 2003 avait interrogé la comptable de la société afin de savoir si M. J_____ avait volontairement trompé le fisc. Celle-là avait affirmé que personne ne lui avait jamais demandé de soustraire ou de modifier les charges de l'entreprise.

L'exercice comptable 2003 de la société présentant une importante perte, l'intéressé avait accepté de remplacer son salaire par une facturation d'honoraires et de reprendre la gestion complète de la société.

14. Par courrier du 8 mars 2007, la commission a demandé à l'administration de la renseigner sur les éléments qui étaient à l'origine de l'ouverture de la procédure de contrôle à l'encontre de la contribuable.

15. Dans sa réponse du 3 avril 2007, l'administration a confirmé qu'elle avait ouvert la procédure de vérification dans le but de rétablir la vérité sur les revenus de M. J_____. Etant donné que ce dernier était le «propriétaire» de la contribuable, elle avait procédé par recoupement avec celle-ci.

16. Par décision du 18 juin 2007, la commission a admis le recours et annulé les bordereaux ICC 2000 et 2001 de rappel d'impôt ainsi que l'amende.

L'administration avait ouvert la procédure de vérification à l'encontre de la société dans le but d'obtenir des informations sur un autre contribuable, à savoir M. J_____, associé de celle-là. Ce n'était pas la connaissance de faits jusque-là inconnus ou de soupçons liés à des taxations concernées de la société qui avaient motivé la démarche de l'administration. L'ouverture de la procédure n'était par conséquent pas justifiée, dans la mesure où elle contrevenait au principe de proportionnalité ainsi qu'à la loi générale sur les contributions publiques du 9 novembre 1887 (LCP - D 3 05).

17. Le 26 juillet 2007, l'administration a recouru contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif et conclut à son annulation ainsi qu'à la confirmation de sa propre décision du 6 septembre 2004. Elle a en substance repris son argumentation développée dans sa réponse du 15 août 2005.

L'ouverture de la procédure de contrôle faisait suite à un recoupement d'informations entre les dossiers fiscaux de M. J_____ et ceux de la société.

Ce n'était qu'au cours de ladite procédure, que l'administration s'était rendue compte que la contribuable avait fait bénéficier ses associés de prestations appréciables en argent en comptabilisant des charges commerciales non justifiées, à savoir le salaire de M. J_____. Les enquêtes auxquelles elle avait procédé n'avaient ainsi pas pour but d'obtenir des informations sur un autre contribuable.

L'autorité fiscale a par ailleurs soutenu qu'il lui aurait été impossible d'obtenir les mêmes informations sans l'ouverture d'une procédure de rappel d'impôt.

18. Par pli du 27 août 2007, la commission a persisté dans les considérants et le dispositif de sa décision.
19. La société a répondu le 15 septembre 2007, en concluant au rejet du recours ainsi qu'à la confirmation de la décision du 18 juin 2007. Elle a repris l'argumentation alléguée dans le cadre de son recours auprès de la commission.
20. Le 18 octobre 2007, le tribunal de céans a tenu une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes.

La comptable de la société a confirmé qu'elle était l'auteur de la correspondance du 3 septembre 2005 ainsi que la teneur de celle-ci.

Le montant versé par la société à M. J_____ était un salaire et non un dividende déguisé. Cette somme était en effet inscrite dans les comptes de la contribuable comme salaire. Elle établissait un décompte AVS et payait les charges sociales y relatives.

Lors de l'examen du 18 septembre 2003 dans les locaux de la société, les contrôleurs ne l'avaient pas questionnée quant à la qualification des montants versés à M. J_____. Ils l'avaient en revanche interrogée sur la déclaration fiscale privée de M. J_____.

Le représentant de l'administration a déclaré que les «anomalies» entre la déclaration fiscale de la société et celles de M. J_____ étaient apparues suite aux recoupements des déclarations des personnes physiques et des personnes morales.

L'examen de la déclaration fiscale de la société avait fait apparaître que le poste «salaire» ne contenait aucun détail. L'administration avait ainsi estimé qu'il y avait une irrégularité nécessitant l'ouverture d'une procédure en vérification.

Etant donné que M. J_____ était le propriétaire de la contribuable, l'administration avait jugé bon de se pencher sur les déclarations privées de ce dernier. Il en résultait que pour la période fiscale 2000, l'intéressé avait été taxé d'office. Pour 2001, sa déclaration indiquait un salaire versé par la contribuable.

Pour les années 2000 et 2001, l'activité déployée par M. J_____ au sein de la contribuable ne justifiait pas le versement d'une rémunération. Cette conclusion s'était imposée en faisant la comparaison du salaire de M. V_____, qui travaillait à 100% pour la société, à celui de M. J_____. Du fait de son activité indépendante, il était apparu que ce dernier ne pouvait pas travailler à un taux proportionnel audit salaire.

Une procédure de vérification avait été introduite à l'égard de M. J_____ personnellement pour l'année 2000. Celle-ci était actuellement terminée.

M. J_____ a quant à lui précisé que c'était suite aux vérifications de la déclaration de la société que l'administration avait entrepris les modifications de sa déclaration personnelle.

Il convenait par ailleurs d'interroger les employés de sa propre entreprise afin de connaître son taux d'activité auprès de la contribuable.

Le Tribunal administratif a requis de M. J_____ qu'il le renseigne sur le sort de sa contestation relative à son bordereau ICC 2000. Un délai au 15 novembre 2007 lui a été imparti à cet effet.

Un délai au 30 novembre 2007 a en outre été octroyé à l'administration pour qu'elle prenne position sur les raisons pour lesquelles le rapport du 19 septembre 2003 avait été caviardé ainsi que sur celles concernant le bordereau personnel ICC pour l'année fiscale 2000 de M. J_____.

21. M. J_____ n'a pas produit les renseignements qui lui avaient été demandés lors de l'audience du 18 octobre 2007.
22. Par courrier du 30 novembre 2007, l'administration a transmis ses observations concernant le bordereau personnel ICC 2000 de M. J_____ ainsi que le rapport du 19 septembre 2003, rédigé par la direction du contrôle.

Le 21 novembre 2003, M. J_____ s'était vu notifier deux bordereaux d'amende, d'un montant de CHF 19'973.- et de CHF 2'160,40, pour soustraction d'impôt par négligence. L'administration avait constaté une importante différence entre la taxation d'office et le bordereau notifié dans le cadre de la procédure de

contrôle. M. J_____ s'était acquitté de l'entier des montants dus à l'administration pour l'impôt cantonal et communal 2000 le 14 mars 2006.

Le rapport du 19 septembre 2003 a été caviardé par l'administration afin d'éviter que la société ne soit tentée de faire obstruction à la recherche des faits. Selon l'article 17 LPFisc, le contribuable a, pendant l'instruction, un accès limité aux seuls pièces qu'il a produites.

Ledit rapport faisait état des objectifs visés par le contrôle sur place du 19 septembre 2003. La vérification des revenus totaux de M. J_____, dans le but de modifier sa taxation d'office 2000 avait été caviardée. Il apparaît en outre que l'administration avait obtenu, lors de l'examen, des renseignements sur la comptabilité des activités indépendantes et de la situation personnelle de M. J_____, renseignements devant servir de base au redressement de sa déclaration 2000.

Enfin, l'administration alléguait dans sa correspondance qu'elle était en droit d'ouvrir une procédure en rappel d'impôt et en soustraction sur la base d'un simple doute.

23. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 53 al. 1 de la loi sur la procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17 ; arts. 57 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, applicables par renvoi de l'art. 53 al. 4 LPFisc).
2. Le présent litige porte, d'une part, sur la question de savoir si les conditions justifiant un rappel d'impôt sont remplies et, cas échéant si l'administration était en droit d'effectuer des reprises pour l'ICC des années fiscales 2000 et 2001, et, d'autre part, sur celle de savoir si l'amende infligée par l'intimée à la contribuable en raison de la soustraction d'impôts retenus contre cette dernière est justifiée.
3. a. La loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993. Aux termes de son article 72 alinéa 1, elle est devenue obligatoire pour l'ensemble des cantons suisses au 1^{er} janvier 2001. A défaut de dispositions harmonisées ou compatibles, la LHID s'applique directement (art. 72 al. 2 LHID).

b. En application de cette loi, est entrée en vigueur le 1er janvier 1995, la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM – D 3 15) qui règle l'imposition du bénéfice et du capital des personnes morales. Elle abroge de ce fait les dispositions y relatives de la LCP.

c. Est également entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, la LPFisc, qui règle à ses articles 53 et suivants la procédure par devant le Tribunal administratif. L'article 86 LPFisc stipule que les règles de procédure s'appliquent dès l'entrée en vigueur de la présente loi aux causes encore pendantes. Ces dispositions sont donc applicables au cas d'espèce.

d. L'adaptation de la législation fiscale genevoise aux exigences de la LHID est cependant dépourvue d'effet rétroactif, comme l'a relevé le Tribunal administratif dans sa jurisprudence constante (ATA/93/2005 du 1er mars 2005 ; ATA/373/2004 du 11 mai 2004 et références citées).

e. En particulier, les prétentions découlant du rappel d'impôt sont régies par le droit en vigueur au cours des périodes fiscales litigieuses (ATA/93/2005 précité et références citées), sous réserve de l'amende. La LIPM ne contient pas de dispositions en matière de rappel d'impôt.

Le présent litige est donc soumis à la LCP (aLCP) dans sa teneur antérieure au 1^{er} janvier 2001, en tant qu'il concerne le rappel d'impôt relatif à la période fiscale 2000.

S'agissant du rappel d'impôt concernant l'année 2001, la LHID s'applique directement.

4. Aux termes de l'article 53 LHID, lorsque des moyens de preuve ou de faits jusque-là inconnus de l'autorité fiscale permettent d'établir qu'une taxation n'a pas été effectuée alors qu'elle aurait dû l'être, qu'une taxation entrée en force est incomplète ou qu'une taxation non effectuée ou incomplète est due à un crime ou à un délit commis contre l'autorité fiscale, cette dernière procède à un rappel d'impôt qui n'a pas été perçu, y compris les intérêts. Un rappel d'impôt est exclu lorsqu'il n'y a que sous-évaluation des éléments imposables.
5. L'article 333 aLCP prévoit que les déclarations peuvent faire l'objet d'une révision par les contrôleurs de l'impôt ; ceux-ci, après une enquête ou citation du contribuable, fixent les éléments imposables.
6. a. Selon l'article 340 aLCP lorsqu'un contribuable, par suite de déclarations inexactes ou incomplètes, n'a pas payé les impôts qu'il aurait dû payer ou les a payés d'une manière insuffisante, il est tenu de payer les impôts arriérés pour les années pendant lesquelles il n'ont pas été payés, jusqu'à cinq ans en arrière non compris l'année courante.

- b. En l'espèce, l'administration a envoyé à la contribuable le 15 avril 2004 deux bordereaux rappels d'impôts 2000 et 2001 en application de l'article 340 aLCP. La taxation est ainsi intervenue dans les cinq ans suivant la fin de la période fiscale la plus ancienne concernée par le rappel d'impôt.
7. Dans les limites de la loi, l'administration est en mesure de procéder à un tel rappel si, et seulement si, la déclaration est inexacte ou incomplète et que de ce fait la taxation a été inférieure à celle qui aurait été fixée si la déclaration avait été exacte. Ledit rappel d'impôt n'est soumis à l'existence d'aucune faute, intentionnelle ou par négligence (ATA/410/2007 du 28 août 2007 ; ATA/21/2005 du 18 janvier 2005 et références citées).
8. Le rappel d'impôt est réservé aux cas où l'insuffisance de l'impôt est due à la manière dont la déclaration a été établie par le contribuable et non lorsque cette insuffisance provient d'une autre cause, telle une erreur de l'autorité fiscale (ATA S. du 6 février 1991).
9. La procédure en rappel d'impôt doit être fondée sur des moyens de preuve et des faits qui étaient jusqu'alors inconnus de l'autorité, ceux-ci ne ressortant pas clairement de la déclaration d'impôts. Constituent de tels fait, les circonstances et les événements qui concernent la taxation. Sont considérés comme des moyens de preuve, par exemple, les documents, actes officiels, informations donnés par les parties, témoignages, informations de tiers, expertises et rapports de fonctions (RDAF 1999 II p. 11s ; MGC 2001 28/VI 5186).
10. Il appartient à l'autorité de taxation d'établir les faits qui fondent la créance d'impôts (ATF 105 Ib 382) ou qui l'augmentent, alors que le contribuable doit alléguer et prouver les faits qui suppriment ou réduisent cette créance (ATF 92 I 253 consid. 2 p. 256/257). Dans le cadre d'une procédure de rappel d'impôt et d'amende, cette autorité doit prouver que l'imposition est incomplète (RDAF 1999 II p. 17). Le fisc et le contribuable sont tenus de collaborer dans l'administration des preuves, soit en précisant les allégations qu'il appartient à la partie chargée du fardeau de la preuve de détruire, soit en apportant des preuves ou indices positifs contraires. L'omission ou l'échec de ces preuves contraires peut être considéré comme un indice suffisant de la véracité des allégations de la partie adverse si celles-ci sont vraisemblables (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.347/2002 du 2 juin 2003, consid. 2.1 et références citées).
11. En l'espèce, l'administration a considéré que les salaires versés par l'intimée à M. J_____ constituaient des prestations appréciables en argent. Ce dernier avait reçu, en 2000 et 2001, une rémunération sans contre-prestation équivalente de sa part au sein de la société.

Or, il est établi et confirmé par la recourante que c'est suite à la découverte d'irrégularités dans les déclarations fiscales personnelles de M. J_____ que

l'administration a entamé une procédure de rappel d'impôt à l'encontre de la société, portant sur les exercices fiscaux 1999 à 2001.

L'administration n'avait par ailleurs pas procédé à une investigation fouillée prouvant que les salaires versés à M. J_____ n'étaient commercialement pas justifiés. En particulier, les pièces versées au dossier ne permettent pas de considérer qu'il existe un faisceau d'indices suffisant pour apporter la preuve d'un dividende dissimulé. La tenue des comptes de la société n'avait à aucun moment été remise en cause par l'administration. Les salaires apparaissaient clairement dans les comptes d'exploitation ainsi que dans le bilan des exercices comptables concernés.

Les déclarations fiscales 2000 et 2001 de la société ne présentent ainsi aucune irrégularité ; en particulier, on ne voit pas en quoi elles seraient incomplètes.

Les conditions préalables à l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt n'étaient par conséquent pas réunies.

12. Au vu de ce qui précède, la question du bien-fondé des reprises effectuées par l'administration pour les périodes fiscales 2000 et 2001, ainsi que celle concernant l'amende y relative ne se pose pas. Reposant sur une procédure ouverte sans motifs valables, lesdites décisions ainsi que l'amende seront annulées.
13. Le recours sera ainsi rejeté et la décision attaquée confirmée.

Vue l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de l'administration recourante (art. 87 LPA ; ATA/423/2005 du 14 juin 2005).

Le présent arrêt sera notifié à l'administration fédérale des contributions qui possède le droit de recourir contre celui-ci, en tant qu'il concerne la procédure de rappel d'impôt relatif à la période fiscale 2001, par-devant le Tribunal fédéral (art. 73 al. 1 et 2 LHID).

Une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée à l'intimée à la charge de l'Etat de Genève.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 juillet 2007 par l'administration fiscale cantonale contre la décision du 18 juin 2007 de la commission cantonale de recours en matière d'impôts ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de l'administration fiscale cantonale un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue une indemnité de CHF 1'500.- à l'intimée à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière d'impôts et à Me Jean-Marie Faivre, avocat d'A_____ Sàrl.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :