

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/879/2014-ICCIFD

ATA/513/2016

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 14 juin 2016**

**2<sup>ème</sup> section**

dans la cause

**Madame A\_\_\_\_\_ et Monsieur B\_\_\_\_\_**

représentés par De Mitri Conseils SA, soit pour elle Monsieur Thierry De Mitri,  
mandataire

contre

**ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE**

et

**ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS**

\_\_\_\_\_  
**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
4 mai 2015 (JTAPI/548/2015)**

---

## EN FAIT

- 1) Le 21 décembre 2006, Madame A\_\_\_\_\_ et Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après : les époux B\_\_\_\_\_ ) ont fait parvenir leur déclaration fiscale 2005 à l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE).

Les contribuables ont notamment indiqué, dans l'état des titres, 200 actions de C\_\_\_\_\_ SA (ci-après : C\_\_\_\_\_ ) et 1'000 actions de D\_\_\_\_\_ SA (ci-après : D\_\_\_\_\_ ), représentant, selon les indications figurant au registre du commerce (ci-après : RC), l'entier du capital-actions des deux sociétés. Dans leurs dettes, les contribuables ont mentionné une dette envers D\_\_\_\_\_, à E\_\_\_\_\_, de CHF 200'000.-, trois « prêts à terme » de CHF 170'000.-, 154'700.- et CHF 50'000.-, sans indication du nom du créancier, domicilié à Genève, ainsi qu'une « avance à terme » de CHF 407'025.- et une « avance de tiers » de CHF 291'000.-, d'un créancier domicilié à Genève.

- 2) a. D\_\_\_\_\_ est inscrite au RC depuis le 7 juillet 1994. La société est domiciliée à E\_\_\_\_\_ et a pour but l'exploitation d'une entreprise de menuiserie-charpente. Son capital-actions est constitué de 1'000 actions de CHF 100.-, au porteur. M. B\_\_\_\_\_ en est l'administrateur avec signature individuelle.

b. C\_\_\_\_\_ est inscrite au RC depuis le 3 juin 1996. La société est domiciliée à E\_\_\_\_\_ et a pour but l'acquisition, gestion et vente de biens immobiliers ou mobiliers. Son capital-actions est constitué de 200 actions de CHF 1'000.-, au porteur. M. B\_\_\_\_\_ en est l'administrateur avec signature individuelle.

- 3) a. Le 13 avril 2007, dans la procédure de taxation de D\_\_\_\_\_, l'AFC-GE a requis des informations au sujet des différents postes du bilan de la société au 31 décembre 2005, soit le détail du poste actif « avances à des tiers » d'un montant de CHF 794'240.35 ; le détail du poste actif « immobilisations financières » d'un montant de CHF 986'954.50 ; le détail du poste passif « du croire et provisions » d'un montant de CHF 293'315.35.

b. Le 30 avril 2007, le mandataire de D\_\_\_\_\_ a répondu à l'AFC-GE. Les montants en question constituaient en partie des prêts octroyés en faveur de C\_\_\_\_\_, dont M. B\_\_\_\_\_ était actionnaire ainsi que des prêts en faveur de M. B\_\_\_\_\_. Le poste « du croire et provisions » correspondait à un prêt concédé à C\_\_\_\_\_ qui devait faire l'objet d'une provision, son recouvrement n'étant pas garanti.

c. Par décision du 27 août 2007, l'AFC-GE a procédé à un redressement du montant de la provision, celle-ci n'étant pas justifiée par l'usage commercial. Les intérêts sur les prêts à M. B\_\_\_\_\_ ainsi que ceux de C\_\_\_\_\_, comptabilisés en

tant que produits dans les comptes de D\_\_\_\_\_, avaient été déduits du bénéfice imposable.

d. Le 4 septembre 2007, D\_\_\_\_\_ a déposé une réclamation contre la décision du 27 août 2007, qui a été maintenue par décision sur réclamation de l'AFC-GE du 4 juin 2009. Aucun recours n'a été déposé contre cette décision sur réclamation.

4) Le 12 mai 2010, l'AFC-GE a notifié un bordereau de taxation pour l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) et pour l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) 2005 aux époux B\_\_\_\_\_. Les intérêts et les dettes à l'égard de D\_\_\_\_\_ étaient notamment admis.

5) Le 11 janvier 2013, l'AFC-GE a informé séparément Mme A\_\_\_\_\_ et M. B\_\_\_\_\_, séparés depuis 2006 et divorcés depuis juin 2008, de l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt et en soustraction pour la période fiscale 2005.

Le service des personnes morales avait indiqué au service des personnes physiques que D\_\_\_\_\_ avait effectué des prestations appréciables en argent, sous la forme de prêts simulés, tant à l'actionnaire qu'en faveur de C\_\_\_\_\_ dont les contribuables étaient actionnaires, en application de la théorie du triangle.

6) Le 22 octobre 2013, l'AFC-GE a notifié une décision de rappel d'impôt ainsi qu'une décision de soustraction d'impôt pour l'ICC et l'IFD 2005. Les prêts octroyés par D\_\_\_\_\_ à C\_\_\_\_\_ et au contribuable étaient simulés. Un montant de CHF 986'954.- et un autre de CHF 500'925.- devaient être ajoutés en tant que rendement de la fortune mobilière. Les intérêts de CHF 25'897.- ainsi que les dettes de CHF 980'725.- n'étaient pas admises en déduction des revenus et de la fortune imposable. Une amende pour soustraction d'impôt par négligence d'une quotité de 0,5 fois les droits repris a été notifiée.

7) Le 21 novembre 2013, les contribuables ont élevé réclamation contre les bordereaux de reprise et d'amende du 22 octobre 2013.

8) Par décisions sur réclamation du 17 février 2014, l'AFC-GE a maintenu les reprises ainsi que l'amende.

9) Le 19 mars 2014, les contribuables ont recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre les décisions sur réclamation du 17 février 2014, concluant à leur annulation.

10) L'AFC-GE a répondu le 4 août 2014 au recours en concluant à son rejet.

11) Le 4 mai 2015, le TAPI a rejeté le recours.

La dénomination des prêts dans la déclaration, l'indication erronée du domicile du créancier et l'absence de nom de celui-ci ne permettaient pas de déceler à ce stade les prestations appréciables en argent. L'ouverture de la procédure de rappel était dès lors fondée. La prescription étant loin d'être acquise, le délai ne posait pas de problème.

Sur le fond, les prêts étaient simulés, en raison de l'absence de volonté des parties d'en obtenir le remboursement, ce qui ressortait des pièces figurant au dossier. Pour le prêt antérieur, il s'agissait d'une prestation appréciable en argent. Le but social de la créancière n'était pas d'accorder des prêts et aucun contrat n'avait été produit. Aucune garantie de crédit n'avait été fournie et aucun intérêt n'avait été versé. Quant au prêt accordé entre sociétés, la théorie du triangle devait être appliquée, un tel prêt n'aurait jamais été accordé entre tiers indépendants. Le prêt avait pour but de finaliser des projets immobiliers en raison du refus de la banque d'accroître le financement.

Quant à l'amende, la procédure de rappel d'impôt ayant donné lieu à des reprises, la condition objective de la soustraction était remplie. Le caractère simulé des prêts n'ayant pas pu échapper au recourant et à ses mandataires la condition subjective était réalisée. La quotité correspondait presque au minimum prévu par la loi et était proportionnée aux circonstances du cas d'espèce.

- 12) Par envoi du 5 juin 2015, les contribuables ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI en concluant à son annulation ainsi qu'à celle des décisions de l'AFC-GE.

Les conditions du rappel d'impôt n'étaient pas réalisées, faute de faits nouveaux. Les prêts de D\_\_\_\_\_ ne constituaient pas des prêts simulés et ne devaient pas être considérés comme des prestations appréciables en argent. Les intérêts passifs payés en relation avec ces prêts étaient déductibles des revenus imposables et les emprunts en question constituaient des dettes déductibles dans le cadre de la fortune imposable. Si la soustraction était avérée, le montant de l'amende devait être diminué à un tiers de l'impôt soustrait, dans la mesure où la négligence devait être retenue.

- 13) Le 29 juin 2015, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.
- 14) Le 7 août 2015, l'AFC-GE a répondu au recours en concluant à son rejet. Une procédure parallèle dans laquelle seul M. B\_\_\_\_\_ était concerné, portant sur les années fiscales 2006 à 2009, était en cours (A/880/2014).
- 15) Le 2 octobre 2015, les contribuables ont renoncé à déposer des observations complémentaires dans le délai fixé. 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. 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) Le présent litige porte sur la procédure en rappel et en soustraction d'impôt ouverte en 2013, qui concerne la période fiscale 2005 et qui a abouti à la reprise dans le revenu imposable ICC et IFD des recourants de montants au titre de prestations appréciables en argent.
- 3) Les questions de droit matériel sont résolues par le droit en vigueur au cours de la période fiscale litigieuse, à savoir respectivement les dispositions de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) et celles de l'ancien droit cantonal (aLIPP - I à V), sous réserve de l'amende, pour laquelle le principe de la *lex mitior* s'applique le cas échéant.
- 4)
  - a. Les conditions régissant le rappel d'impôt sont réglementées de manière similaire aux plans fédéral et cantonal. Ainsi, lorsque des moyens de preuve ou des faits jusque-là inconnus de l'autorité fiscale lui permettent d'établir qu'une taxation n'a pas été effectuée, alors qu'elle aurait dû l'être, ou 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 au rappel de l'impôt qui n'a pas été perçu, y compris les intérêts (art. 151 al. 1 LIFD ; art. 53 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 ; art. 59 al. 1 2 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17). Lorsque le contribuable a déposé une déclaration complète et précise concernant son revenu, sa fortune et son bénéfice net, qu'il a déterminé son capital propre de façon adéquate et que l'autorité fiscale en a admis l'évaluation, tout rappel d'impôt est exclu, même si l'évaluation était insuffisante (art. 151 al. 2 LIFD ; art. 53 al. 1 in fine LHID ; art. 59 al. 2 LPFisc).
  - b. Le rappel d'impôt n'est soumis qu'à des conditions objectives et implique qu'une taxation n'a, à tort, pas été établie ou est restée incomplète, de sorte que la collectivité publique a subi une perte fiscale.
  - c. Il suppose également un motif de rappel d'impôt, qui peut résider dans la découverte de faits ou de moyens de preuve qui ne ressortaient pas du dossier dont l'autorité disposait au moment de la taxation, une faute du contribuable n'étant pas exigée (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_416/2013 du 5 novembre 2013 consid. 8.1 non publié in ATF 140 I 68 ; 2C\_1225/2012 du 7 juin 2013 consid. 3.1 ; 2C\_724/2010 du 27 juillet 2011 consid. 8.1 ; 2C\_104/2008 du 20 juin 2008 consid. 3.3 ; 2A.300/2006 du 27 février 2007 consid. 3.3).

d. Pour sa part, le contribuable doit remplir la formule de déclaration d'impôt de manière conforme à la vérité et complète et y joindre les annexes (art. 124 al. 2 LIFD ; art. 26 al. 2 LPFisc), soit en particulier, pour les personnes physiques dont le revenu provient d'une activité lucrative indépendante, les extraits de comptes signés de la période fiscale ou, à défaut, un état des actifs et des passifs, un relevé des recettes et des dépenses ainsi que des prélèvements et apports privés (art. 125 al. 2 LIFD ; art. 29 al. 2 LPFisc). Lorsque le contribuable se heurte à une incertitude quant à un élément de fait, il ne doit pas la dissimuler, mais bien la signaler dans sa déclaration. Dans tous les cas, il doit décrire les faits de manière complète et objective (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_879/2008 du 20 avril 2009 consid. 5.1).

En d'autres termes, l'autorité fiscale ne doit se livrer à des investigations complémentaires au moment de procéder à la taxation que si la déclaration contient indiscutablement des inexactitudes flagrantes. Lorsque l'autorité fiscale aurait dû se rendre compte de l'état de fait incomplet ou inexact, par exemple à la lecture des indications contenues dans la déclaration ou des pièces déposées par le contribuable, celui-ci n'est plus censé être inconnu et le rapport de causalité adéquate entre la déclaration lacunaire et la taxation insuffisante est interrompu, de sorte que les conditions pour procéder ultérieurement à un rappel d'impôt font défaut (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_104/2008 précité consid. 3.3 ; Hugo CASANOVA, Le rappel d'impôt, RDAF 1999 II 3 p. 11). Dans tous les cas, la rupture du lien de causalité doit être soumise à des exigences sévères, à savoir une négligence grave de l'autorité fiscale (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_416/2013 précité consid. 8.1 non publié in ATF 140 I 68 ; 2C\_1225/2012 précité consid. 3.1 ; 2C\_123/2012 du 8 août 2012 consid. 5.3.4).

En revanche, des inexactitudes qui ne sont que décelables, sans être flagrantes, ne permettent pas de considérer que certains faits ou moyens de preuve étaient déjà connus des autorités au moment de la taxation (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_632/2012 du 28 juin 2013 consid. 3.4 ; 2C\_26/2007 du 10 octobre 2007 consid. 3.2.2). En effet, l'autorité fiscale peut en principe considérer que la déclaration d'impôt est conforme à la vérité et complète. Elle n'a pas l'obligation, en l'absence d'indice particulier, de se mettre à la recherche de renseignements supplémentaires. En particulier, que l'autorité de taxation puisse déduire de l'augmentation de fortune d'une année à l'autre qu'il y a eu des revenus non déclarés ne remplace pas une déclaration complète du revenu (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_123/2012 précité consid. 5.1 ; 2P.15/2014 du 22 décembre 2004 consid. 5.3), tout comme il ne peut être exigé de l'autorité fiscale qu'elle confronte les déclarations remplies par les sociétés, traitées par un service, à celles remplies par un contribuable, personne physique, examinées par un autre de ses services (ATA/369/2015 du 21 avril 2015 ; ATA/517/2014 du 1<sup>er</sup> juillet 2014).

Dans la mesure où le contribuable déclare de manière complète, sur un plan quantitatif, les éléments imposables et que leur évaluation a été acceptée sans changement lors de la taxation, une procédure en rappel d'impôt n'est plus possible, même si l'évaluation était insuffisante (AFC-CH [administration fédérale des contributions], Circulaire n. 21, Le droit de rappel d'impôt et le droit pénal fiscal dans la loi sur l'impôt fédéral direct, du 7 avril 1995, ch. 2.2). De plus, de manière générale, la découverte d'une mauvaise appréciation des preuves ou une mauvaise application du droit ne saurait donner lieu à un rappel d'impôt, tout comme celle d'une simple sous-évaluation des éléments imposables pour laquelle les art. 151 al. 2 LIFD et 53 al. 1 LHID excluent explicitement l'adaptation ultérieure de la taxation (Hugo CASANOVA, op. cit., p. 12).

e. La chambre de céans a régulièrement considéré que l'AFC-GE ne commettait pas de négligence grave en ne confrontant pas des déclarations remplies par des sociétés, traitées par le service des personnes morales et celle remplie par un contribuable, personne physique (ATA/724/2015 du 14 juillet 2015 ; ATA/369/2015 précité ; ATA/517/2014 précité). La doctrine estime également que l'autorité de taxation ne doit pas sans autre se laisser imputer les connaissances d'un autre service de l'administration (Hugo CASANOVA, op. cit., p. 12).

- 5) En l'espèce, sur le plan chronologique, les bordereaux rectificatifs litigieux ont été émis après la décision sur réclamation concernant D\_\_\_\_\_, confirmant la reprise au titre de prêt simulé. Cependant, au moment de la taxation litigieuse, les éléments figurant dans la déclaration ou dans le dossier des contribuables ne permettaient pas à l'AFC-GE de se rendre compte de l'opération triangulaire menée entre les sociétés impliquées et les recourants. Notamment, dans leur déclaration, les noms des créanciers faisaient défaut à l'exception de celui concernant le prêt à D\_\_\_\_\_ et les domiciles des créanciers étaient faux. Ce n'est qu'en confrontant les déclarations remplies par les sociétés, traitées par le service des personnes morales et celle remplie par les contribuables que les éléments litigieux pouvaient apparaître. En particulier, la reprise chez l'actionnaire d'un prêt consenti entre sociétés sœurs ne pouvait pas être décelée lors de la taxation des personnes physiques. Le fait de ne pas avoir repéré immédiatement cet élément, qui n'est pas flagrant ou évident, ne peut être qualifié de négligence grave dans le traitement du dossier et cela même si les informations provenant de la procédure de taxation de la société n'ont pas été communiquées ou exploitées immédiatement par les services concernés.

Les conditions pour l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt sont donc remplies en l'espèce.

- 6) Les recourants contestent les reprises faites par l'AFC-GE au titre de prestations appréciables en argent, confirmées par le jugement du TAPI. Les prêts n'étaient pas fictifs et ne pouvaient être qualifiés de tels après coup, alors que les

taxations précédentes n'avaient pas retenu cette qualification. En outre, l'absence de contrat écrit n'était pas déterminante.

a. En vertu des art. 20 al. 1 let. c LIFD et art. 6 let. c de l'ancienne loi sur l'imposition des personnes physiques - Impôt sur le revenu (revenu imposable) du 22 septembre 2000 (aLIPP-IV - D 3 14), est imposable le rendement de la fortune mobilières, en particulier les dividendes, les parts de bénéfice, les excédents de liquidation et tous autres avantages appréciables en argent provenant de participations de tout genre.

b. Selon le Tribunal fédéral, font partie des avantages appréciables en argent au sens de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD, les distributions dissimulées de bénéfice (art. 58 al. 1 let. b LIFD), soit des attributions de la société aux détenteurs de parts auxquelles ne correspond aucune contre-prestation ou une contre-prestation insuffisante et qui ne seraient pas effectuées ou dans une moindre mesure en faveur d'un tiers non participant (ATF 138 II 57 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_605/2014 et 2C\_606/2014 du 25 février 2015 consid. 6). Sont ainsi imposables, à titre de revenus, les prestations appréciables en argent, à savoir les avantages accordés par la société aux actionnaires ou à leurs proches sans contre-prestation et qui ne s'expliquent qu'en raison du rapport de participation, dès lors que la société ne les aurait pas faites, dans les mêmes circonstances, à des tiers non participants (ATF 119 Ib 116 consid. 2 ; ATA/724/2015 précité ; Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 138 n. 139). En raison du contenu similaire de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD et de l'art. 6 let. c aLIPP, cette jurisprudence peut également s'appliquer à l'ICC, dans la mesure où le droit cantonal genevois comporte, à l'art. 12 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15) en particulier en sa lettre h, une disposition équivalente à l'art. 58 al. 1 let. b LIFD (ATA/594/2015 du 9 juin 2015).

c. De jurisprudence constante, il y a avantage appréciable en argent si 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 à 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 savaient ou auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient (ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; 138 II 57 consid. 2.2 ; 131 II 593 consid. 5.1 ; 119 Ib 116 consid. 2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_1082/2013 du 14 janvier 2015 consid. 4.2 ; 2C\_589/2013 et 2C\_590/2013 du 17 janvier 2014 consid. 7.2). L'évaluation de la prestation se mesure par comparaison avec une transaction qui aurait été effectuée entre parties non liées et en tenant compte de toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce (principe du « Dealing at arm's length » ; ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; 138 II 545



consid. 3.2 ; 138 II 57 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_927/2013 du 21 mai 2014 consid. 5.1).

d. Lorsqu'une personne physique détient des participations de plusieurs sociétés, des transactions entre ces sociétés, et non seulement entre l'actionnaire et chacune d'entre elles, peuvent intervenir. Si les conditions contractuelles ne correspondent pas à celles du marché, une des sociétés bénéficie d'un avantage lié à l'existence d'un actionnaire unique. Dans ces cas, on parle de la théorie du triangle, l'actionnaire occupant le sommet et les deux sociétés la base de la figure géométrique. Puisque l'avantage n'est possible qu'en raison de l'actionnaire commun, qui « contraint » ses deux sociétés à s'écarter des conditions du marché, on doit fiscalement considérer qu'il transite par lui, plutôt que de retenir qu'il n'a circulé qu'entre les deux parties au contrat. Sur le plan de l'impôt sur le revenu et le bénéfice, ce n'est donc pas la société enrichie qui voit son bénéfice imposable augmenter, mais l'actionnaire gratifié d'un avantage appréciable en argent au sens de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD. En d'autres termes, l'avantage appréciable en argent doit être imputé à l'actionnaire également lorsqu'il s'agit de dépenses faites par la société en faveur d'un tiers qui lui est proche (ATF 119 Ib 116 ; 113 Ib 23 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.73/2005 du 2 août 2005 ; Yves NOËL, in Danielle YERSIN/Yves NOËL [éd.], Impôt fédéral direct, Loi sur l'impôt fédéral direct – commentaire romand, 2008, n. 96 ad art. 20).

7) a. Selon la jurisprudence, une société anonyme est libre d'accorder même à son actionnaire un prêt, dans la mesure et aux conditions à la jouissance duquel un tiers non participant pourrait accéder dans les mêmes circonstances. Une prestation appréciable en argent est néanmoins réalisée dans la mesure où l'opération s'écarte des usages et des affaires habituelles conformes au marché (ATF 138 II 57 consid. 3.1, in RDAF 2012 II 299 p. 303).

b. Le Tribunal fédéral a développé un certain nombre de critères dont la réalisation permet de conclure qu'un prêt à l'actionnaire constitue une prestation appréciable en argent. Tel est notamment le cas lorsque le prêt octroyé par la société n'est pas couvert par le but social ou qu'il s'avère inhabituel dans la structure globale du bilan (autrement dit, lorsque le prêt ne peut pas être couvert par les moyens existants de la société, ou qu'il apparaît excessivement élevé en comparaison avec les autres actifs et qu'il génère ainsi un gros risque), ensuite, en cas de doutes sérieux sur la solvabilité du débiteur ou lorsqu'aucune garantie n'est prévue et qu'il n'existe aucune obligation de remboursement, que les intérêts ne sont pas payés mais qu'ils sont portés constamment en augmentation du compte d'emprunt et qu'il n'existe pas de convention écrite (ATF 138 II 57 précité consid. 3.2).

c. Dans les cas de prestations appréciables en argent entre sociétés sœurs, l'avantage passe immédiatement d'une société à l'autre. Entre de telles sociétés, des attributions fondées sur un rapport de participation commun constituent des

prestations appréciables en argent pour l'actionnaire d'une part et des apports dissimulés de capital de l'actionnaire à la société d'autre part (ATF 138 II 57 précité consid. 4.2).

d. Toutefois, en matière de prêt simulé entre deux sociétés sœurs, il ne suffit pas de mettre en évidence que le prêt en question n'aurait pas été octroyé entre tiers qui ne seraient pas proches ou alors seulement à d'autres conditions. Bien plus, il faut encore démontrer que, sur la base de la relation particulière entre les proches, on ne peut pas – ou plus – compter sérieusement sur un remboursement de l'emprunt (ATF 138 II 57 précité consid. 5).

e. Par conséquent, à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 138 II 57 consid. 5.1 à 5.3), les critères susmentionnés revêtent une importance différente :

- à elle seule, l'absence d'une convention écrite ne s'avère que peu concluante (Archives 64 641 consid. 4a) puisqu'elle peut reposer sur d'autres raisons qu'une intention de simulation (RF 64/2009 308 consid. 3.1). Il est plus parlant que le prêt ne figure au bilan ni de la créancière ni du débiteur et que l'emprunteur ne revendique aucune déduction d'intérêts passifs auprès des autorités fiscales. Une telle manière d'agir peut signifier que les intéressés eux-mêmes partent de la non-existence (comptable) de l'emprunt.
- Le fait que le but statuaire de la prêteuse ne comprenne pas l'octroi de crédits ne permet pas non plus de conclure nécessairement à une simulation. L'existence d'une telle simulation doit cependant être admise lorsque les moyens qui ont afflué chez le bénéficiaire ont servi à financer des dépenses de son train de vie privé ou qu'ils ont permis à ce dernier de rembourser des dettes privées à l'aide d'un crédit commercial, soit en définitive, lorsqu'un prêt au sens étroit n'est certainement pas voulu.
- Pareillement, il y a lieu de faire des distinctions en rapport avec les situations de fortune respectives de la prêteuse et de l'emprunteur ; ainsi il peut bien paraître très insolite en comparaison avec des tiers que l'attribution effectuée atteigne une hauteur inhabituelle ; cela peut se produire dans la mesure où le prêt constitue le seul actif notable de la société ou qu'il dépasse le capital propre existant. Tout cela ne permet cependant pas encore de tirer la conclusion qu'il ne faut pas compter avec un remboursement du prêt. Le fait doit en tout cas être apprécié différemment si la prêteuse n'est certainement pas en mesure d'octroyer des prêts au moyen de ses propres ressources mais qu'elle doit elle-même se procurer ces moyens auprès d'un tiers. Les conditions pour reconnaître une simulation sont seulement clairement remplies lorsque le débiteur de l'emprunt se trouve dans des circonstances financières extrêmement

serrées et qu'il ne lui est pas possible de satisfaire dans la durée, par ses propres moyens, aux obligations résultant de l'emprunt (paiement de l'intérêt et de l'amortissement, p. ex. dans un excédent de passifs de plusieurs millions de francs).

- 8) En l'espèce, en tenant compte des pièces figurant au dossier et des explications fournies par les recourants dans la procédure de taxation de D\_\_\_\_\_ et dans la présente procédure, il appert, s'agissant des prêts de D\_\_\_\_\_ à son actionnaire que les recourants ne démontrent pas et n'allèguent même pas avoir versé des intérêts. Ceux-ci étaient ajoutés au capital selon les explications données par leur fiduciaire le 30 avril 2007, le solde représentant alors l'intérêt et le capital dû. Il n'existait pas de contrat écrit qui aurait été produit par les recourants. S'agissant de l'avance à terme fixe de CHF 407'025.- accordée en 2005, elle a servi, aux dires du recourant, de relais dans une affaire dans laquelle le contribuable avait été abusé par une tierce personne et contre laquelle il avait définitivement perdu sa créance. Aucune échéance de remboursement n'était prévue, les recourants exposant maintenant que certains prêts devaient être remboursés en 2014. Les prêts devaient être remboursés soit sous forme d'un dividende compensatoire, soit grâce à des fonds provenant d'une succession intervenue en 2013. À ces éléments s'ajoute, quant à la solvabilité de l'actionnaire, que sa fortune mobilière de CHF 3'755'137.- au 31 décembre 2005 était constituée presque entièrement par les titres de D\_\_\_\_\_, mettant en doute sa capacité de remboursement. À cela s'ajoute encore que le recourant est administrateur unique de la société dont il possède toutes les actions et dont le but statutaire n'est pas en rapport avec la mise à disposition de fonds.

S'agissant du prêt de CHF 500'925.- de D\_\_\_\_\_ à C\_\_\_\_\_, il avait pour but de mettre à disposition de M. B\_\_\_\_\_, actionnaire unique des deux sociétés, des fonds à injecter dans C\_\_\_\_\_ pour remplacer un refus de la banque d'accroître le financement de cette société. Selon le cours ordinaire des affaires, un tel prêt n'aurait manifestement pas pu être obtenu sans l'intervention de l'intéressé : le refus de la banque précité en est une preuve et aucun tiers n'aurait accepté d'avancer un montant d'une telle ampleur à cette société en l'absence de garanties qu'elle n'était pas en état de fournir.

C'est donc à juste titre que les montants de CHF 986'954.- et de CHF 500'925.- reçus par les contribuables ont été ajoutés à leurs revenus en tant que rendement de la fortune mobilière.

- 9) Les recourants contestent l'amende pour soustraction d'impôt dans son principe et dans sa quotité. Ils auraient déposé une déclaration complète et n'auraient rien dissimulé à l'AFC-GE.

a. Selon les art. 175 al. 1 LIFD, art. 56 al. 1 LHID et art. 69 LPFisc, le contribuable qui, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu'une

taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle devrait (ou aurait dû) l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète, est puni d'une amende.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_1007/2012 du 15 mars 2013 consid. 5.1 ; 2C\_907/2012 du 22 mai 2013 consid. 5.4.1 et les références citées), pour qu'une soustraction fiscale soit réalisée, trois éléments doivent être réunis : la soustraction d'un montant d'impôt, la violation d'une obligation légale incombant au contribuable et la faute de ce dernier.

b. La soustraction est punissable aussi bien lorsqu'elle est commise intentionnellement que lorsqu'elle l'est par négligence. Le contribuable agit intentionnellement, lorsqu'il agit avec conscience et volonté (art. 12 al. 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0, applicable par renvoi combiné des art. 333 al. 1 et art. 104 CP). La preuve d'un comportement intentionnel doit être considérée comme apportée lorsqu'il est établi avec une sécurité suffisante que le contribuable était conscient que les indications fournies étaient erronées ou incomplètes. Si cette conscience est établie, il faut admettre qu'il a volontairement cherché à induire les autorités fiscales en erreur, afin d'obtenir une taxation moins élevée ou du moins qu'il a agi par dol éventuel (ATF 114 Ib 27 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_908/2011 du 23 avril 2012 consid. 3.4). Le dol éventuel suffit ; il suppose que l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins, parce qu'il s'en accommode au cas où il se produirait (ATF 130 IV 58 consid. 8.2). Cette présomption ne se laisse pas facilement renverser, car l'on a peine à imaginer quel autre motif pourrait conduire un contribuable à fournir à l'autorité fiscale des informations qu'il sait incorrectes ou incomplètes (arrêt du Tribunal fédéral 2A.351/2002 du 5 novembre 2002 ; ATA/828/2013 du 17 décembre 2013 et les références citées).

Agit par négligence, au sens de l'art. 12 CP, quiconque, par une imprévoyance coupable, agit sans se rendre compte (négligence inconsciente) ou sans tenir compte des conséquences de son acte (négligence consciente). L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas utilisé des précautions commandées objectivement par les circonstances et subjectivement par sa situation personnelle, par quoi on entend sa formation, ses capacités intellectuelles, sa situation économique et sociale ainsi que son expérience professionnelle. Si le contribuable a des doutes sur ses droits ou obligations, il doit faire en sorte de lever ce doute ou, au moins, en informer l'autorité fiscale (ATF 135 II 86 consid. 4.3 ; ATA/724/2015 précité ; ATA/693/2009 du 22 décembre 2009). La négligence implique de porter un jugement sur le comportement de l'auteur, en se demandant ce qu'il aurait pu et dû faire, et non de rechercher ce qu'il avait à l'esprit (ATA/724/2015 précité).

En l'espèce, contrairement à ce que retiennent les recourants, leur déclaration fiscale n'était pas complète, dans la mesure où les indications

concernant les créanciers étaient lacunaires, et même inexacts s'agissant du domicile indiqué. Ce faisant, ils ont contrevenu à leurs obligations.

- 10) Dès lors que les amendes se révèlent fondées dans leur principe, reste à examiner leur quotité. Les recourants estiment qu'une réduction à un tiers du montant d'impôts soustraits doit leur être accordée parce qu'ils n'avaient eu, à aucun moment, la volonté d'éluder une quelconque obligation fiscale.

En règle générale, l'amende est fixée au montant de l'impôt soustrait. Si la faute est légère, l'amende peut être réduite jusqu'au tiers de ce montant ; si la faute est grave, elle peut au plus être triplée (art. 175 al. 2 LIFD et 69 al. 2 LPFisc).

La quotité de l'amende n'est pas fixée en fonction de l'intention de soustraire ou de la négligence qui peut être reprochée au contribuable mais de l'intensité de sa faute, qui doit être fixée en fonction de sa culpabilité (art. 106 CP). En revanche, le fait que l'auteur ait agi intentionnellement ou par négligence peut avoir une incidence sur l'intensité de la faute et, partant, sur la quotité de l'amende (ATA/647/2013 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 consid. 11 ; ATA/337/2013 du 28 mai 2013 consid. 23). Il en découle qu'en présence d'une infraction intentionnelle sans circonstances particulières, l'amende équivaut en principe au montant de l'impôt soustrait. Ce dernier constitue donc le premier critère de fixation de l'amende, la faute intervenant seulement, mais de manière limitée, comme facteur de réduction ou d'augmentation de sa quotité (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_480/2009 du 16 mars 2010 consid. 6.2).

En l'espèce, l'AFC-GE, suivie par le TAPI, a retenu que les recourants avaient été négligents et a souligné leur bonne collaboration. En fixant l'amende à la moitié de l'impôt soustrait, l'AFC-GE n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation. Proche du minimum prévu par la loi, cette quotité prend en compte les circonstances du cas d'espèce, les recourants n'invoquant aucun autre élément qui devrait être pris en compte dans la fixation des amendes. Celles-ci n'apparaissent donc pas disproportionnées.

- 11) Infondé, le recours sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 5 juin 2015 par Madame A\_\_\_\_\_ et Monsieur B\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 mai 2015 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge de Madame A\_\_\_\_\_ et Monsieur B\_\_\_\_\_, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'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 ;

communique le présent arrêt à Madame A\_\_\_\_\_ et Monsieur B\_\_\_\_\_ représentés par De Mitri Conseils SA, soit pour elle Monsieur Thierry De Mitri, mandataire, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Verniory, président, MM. Thélín et Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :