

604 2009-43
604 2009-44

Arrêt du 7 mai 2010

COUR FISCALE

COMPOSITION Président suppléant : Michael Hank
 Assesseurs : Geneviève Jenny, Berthold Buchs,
 Jean-Marc Vionnet, Ernst Flammer
 Greffière-rapporteuse : Elisabeth Rime Rappo

PARTIES **Les époux X., recourants**, représentés par la société Y. SA,

 contre

 SERVICE CANTONAL DES CONTRIBUTIONS, rue Joseph-Piller 13, case
 postale, 1701 Fribourg, **autorité intimée**,

OBJET Impôt sur le revenu et la fortune des personnes physiques; report de
 pertes; déductibilité d'actes de défaut de biens

 Recours du 26 mars 2009 contre la décision sur réclamation du
 20 février 2009 relative à l'impôt cantonal et à l'impôt fédéral direct de la
 période fiscale 2005

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. X. est l'administrateur-président avec signature individuelle de la société Y. Pour la période fiscale 2005, le contribuable a revendiqué, sous le code 4.21 de sa déclaration d'impôt, une déduction diverses dettes privées dont certaines provenaient de six actes de défaut de biens et résultant notamment de son ancienne activité de commerçant en immeubles. Il n'a déclaré ni fortune commerciale ni dettes commerciales, non seulement pour 2005 mais également pour 2004 et 2003.

Par taxation provisoire du 22 février 2007, le Service cantonal des contributions a refusé la déduction des dettes constatées dans les actes de défaut de biens. Sous la rubrique "Remarques" figurant au bas de l'avis de taxation, il a précisé que "les obligations du débiteur sont pratiquement inexistantes aussi longtemps que sa situation financière ne s'est pas modifiée en profondeur. Dans ce cas, les actes de défaut de biens ne constituent pas des dettes admises fiscalement (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz § 43 Nr. 23)".

Dans un courrier du 7 août 2007 en réponse à diverses demandes du Service cantonal des contributions au sujet de l'immeuble habité par le contribuable, celui-ci a déposé un complément à sa déclaration fiscale. Il a revendiqué une perte de 28'400 francs selon un décompte à faire figurer sous l'annexe 3 sous le code 1.22 (activité indépendante) en précisant, dans des "Observations relatives à la déduction des pertes commerciales" jointes à sa lettre du 7 août 2007, qu'il s'agissait de pertes résultant "de cautionnements ou issues de la signature de contrats en qualité de codébiteur solidaire, engagements souscrits à des fins commerciales ou encore dans le cadre de l'activité immobilière en général". Le contribuable a indiqué que les pertes auraient déjà dû être déduites au moment de l'accord définitif passé avec la banque 1 en 2003, soit pour le montant global de la dette reconnue, soit pour les acomptes payés au fur et à mesure de leur échéance. Il a joint à sa requête des observations relatives à la déduction de pertes commerciales ainsi qu'une copie d'un extrait du Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct et d'un article de doctrine sur le sujet.

Par taxation ordinaire du 19 juin 2008, le Service cantonal des contributions a refusé toute déduction sous le code 1.22 au motif que l'immeuble du contribuable avait été attribué à la fortune privée et que le remboursement de dettes privées n'était pas déductible. Il a par ailleurs maintenu son refus de déduire les dettes constatées dans les actes de défaut de biens.

B. Le 18 juillet 2008, les époux X. ont formé réclamation par l'intermédiaire de leur fiduciaire. Dans un premier point, ils ont conclu à l'octroi de la déduction d'une perte de 83'129 francs sous le code 1.21 (activité indépendante principale) au lieu des 28'400 francs revendiqués sous le code 1.22 (activité indépendante accessoire), en invoquant les principes de la bonne foi, de la proportionnalité, de la maxime inquisitoire, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire. Ils ont rappelé qu'ils avaient revendiqué pour la période fiscale 2003, sous le code 1.21 (activité indépendante), une perte de 601'973 francs ramenée à 581'903 fr. 70 suite à une erreur de calcul et dont l'origine commerciale avait été expliquée, que la loi prévoit l'"amortissement" des pertes reportées déductibles pendant 7 ans et qu'ils estimaient donc avoir droit à la déduction de 83'129 francs. A titre de preuve, ils ont renvoyé à leur déclaration d'impôt 2003 à laquelle ils avaient joint, notamment, un accord avec la banque 1 intitulé

"Assainissement de vos divers engagements auprès de notre établissement" daté du 8 octobre 2003 et portant, en résumé, sur des prêts hypothécaires, une avance à terme fixe assortie d'un abandon de créances d'une part, et sur un amortissement extraordinaire sur prêt hypothécaire et un remboursement d'autre part, ainsi qu'une quittance du 6 mars 2003 du Fonds Z.

Hormis la déduction partielle d'intérêts passifs qui ne fait plus l'objet de la présente procédure, ils ont notamment conclu à la déduction de la totalité des dettes privées qu'ils avaient déclarées. Ils ont fait valoir que les dettes concrétisées par des actes de défaut de biens devaient être déduites de leur fortune imposable. Ils ont relevé qu'ils ne voyaient pas comment le taxateur pouvait se fonder sur leur non retour à meilleure fortune tout en les imposant sur une fortune imposable; à leur avis, ledit taxateur aurait pu d'emblée conclure qu'ils étaient revenus à meilleure fortune dans la mesure où ils avaient obtenu un accord d'assainissement avec leur banque 1 déjà plusieurs années plus tôt et qu'ils l'avaient scrupuleusement respecté. Ils ont également rappelé que les actes de défaut de biens peuvent être réactivés à n'importe quel moment et de se demander comment un ancien indépendant peut se sortir d'une situation qui a été difficile si on lui refuse les déductions revendiquées.

Le 21 juillet 2008, les époux X. ont requis, pour les mêmes motifs, la révision des taxations des périodes fiscales 2003 et 2004.

Par décision du 20 février 2009, le Service cantonal des contributions a partiellement admis la réclamation des époux X. sur un point qui ne fait plus l'objet de la présente procédure.

S'agissant du report de pertes de 83'129 francs, il a relevé qu'il restait d'avis que les pertes commerciales sont déductibles des revenus commerciaux ou autres pour autant qu'il existe une activité indépendante même sporadique, et que le système actuellement en vigueur n'avait en aucun cas aboli l'exigence de l'exercice d'une activité lucrative pour l'admission d'un report de pertes. Il s'est référé à cet égard à une jurisprudence du Tribunal administratif du 5 mai 2006 (ATA 4F 05 28 et 29 non publié en la cause W. C. c. SCC) et a retenu que le contribuable n'exerçait plus d'activité lucrative indépendante depuis plus de dix ans de sorte qu'un éventuel report de pertes commerciales ne pouvait plus lui être accordé. Il a encore relevé que la perte de 83'129 francs demandée en déduction du revenu imposable de l'année 2005 ne ressortait ni d'une comptabilité ni d'un décompte précis incluant les éventuels abandons de dettes commerciales. Il a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'admettre la déduction d'une perte commerciale dans la mesure où il s'agissait d'un remboursement de dettes, celui-ci ne résultant pas d'un compte de résultat où les charges sont supérieures aux produits.

Quant aux dettes privées constatées dans des actes de défaut de biens, il a maintenu son refus de les déduire de la fortune imposable, sur la base de la doctrine et d'une jurisprudence du Tribunal administratif du 1^{er} février 2007 (ATA 4F 05 235 et 236 en la cause F. E. c. SCC publié *in* RFJ 2007 p. 302 et sur Internet le 2 avril 2007).

C. Par acte du 26 mars 2009, les époux X., toujours représentés par leur fiduciaire, ont interjeté recours contre la décision précitée. Ils ont produit un bordereau de 22 pièces et ont conclu à la compensation avec leurs autres revenus d'un report de perte de 83'129 francs, à la déduction de leur fortune imposable de 2'517'735 fr. 24 de dettes privées constatées dans des actes de défaut de biens, ainsi qu'à l'octroi d'une équitable indemnité de partie de 4'500 francs. Ils ont par ailleurs requis une suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur leur demande de révision déposée auprès du Service cantonal des contributions contre les avis de taxation des périodes fiscales 2003 et 2004.

Ils exposent notamment que la raison individuelle Y. a été radiée le 22 juin 2001, et que les engagements du recourant envers la banque 1, ayant fait l'objet de l'accord d'assainissement conclu avec dite banque, sont la résultante des pertes commerciales de son ancienne raison individuelle et de son activité de professionnel de l'immobilier. Ils citent certains auteurs (W. RYSER ET B. ROLLI, Précis de droit fiscal suisse, 4^e éd. Berne 2002, p. 232 s.) selon lesquels il ne serait nullement évident que la loi n'accorde le report de pertes commerciales antérieures et leur compensation avec des revenus subséquents (commerciaux ou autres) qu'aussi longtemps que dure une activité lucrative indépendante. Ils ajoutent que selon un autre auteur (R. OBERSON, Les pertes commerciales fiscalement déductibles *in* Archives 48 p. 97 ss, 114), sont considérées comme pertes du secteur commercial, les pertes étroitement liées à l'exercice du commerce ou de la profession et celles qui ont pour objet la promotion de l'exploitation et de l'entreprise. Les recourants expliquent qu'ils éprouvent des difficultés à dégager les liquidités et revenus nécessaires pour respecter l'accord conclu avec la banque 1 et trouver un accord pour le rachat des actes de défaut de biens subsistants, que ces difficultés sont d'autant plus importantes qu'ils ne peuvent pas amortir fiscalement chaque année les dépenses affectées au remboursement de leurs dettes d'origine commerciales et qu'ils ne bénéficient pas d'un traitement égal à celui d'un contribuable indépendant. Ils ajoutent ce qui suit:

"La loi prévoyant un amortissement des pertes reportées déductibles durant sept ans (art. 32 LICD et 31 LIFD), l'amortissement de l'exécution de l'accord conclu avec la banque 1 le 8 octobre 2003 et le Fonds Z. le 6 mars 2003 représente une déduction annuelle de Fr. 83'129 durant sept ans que les contribuables revendiquent pour la période fiscale 2005 ainsi que pour les périodes 2003-2004 objet de la demande de révision du 21 juillet 2008 et pour les taxations des périodes 2006 et suivantes non entrées en force ou pas encore déposées.

Ces dettes d'origine commerciale remplissent les deux conditions cumulatives posées par la législation fiscale. Elles sont indubitablement effectives et ont été suffisamment établies. Dans le cas présent, l'autorité fiscale n'avait pas de raisons d'exiger la présentation d'une comptabilité ou de ce qui peut en tenir lieu au sens des art. 125 LIFD et 158 al. 2 LICD".

Ils se prévalent à cet égard de l'ATA 4F 05 28 et 29 du 5 mai 2006 cité dans la décision sur réclamation (dans lequel la Cour fiscale a jugé que les pertes réalisées dans le cadre d'une activité indépendante accessoire de commerçant en immeubles peuvent être reportées sur la période fiscale suivante, même si aucune opération immobilière n'est réalisée durant cette période). Ils rappellent que la Cour fiscale y a précisé que, contrairement à ce qui prévalait sous l'ancien AIFD, la possibilité de comptabiliser des pertes sur les actifs commerciaux ne dépend plus de l'existence d'une entreprise exploitée en la forme commerciale. Et d'ajouter que le Tribunal fédéral avait également admis la possibilité de déduire les pertes revendiquées par un contribuable sur des éléments obtenus dans son ancienne activité de commerçant en immeubles.

Les recourants signalent que pour la période fiscale 2005, ils doivent pour la première fois s'acquitter d'un impôt sur la fortune (485 fr. 25 pour une fortune imposable de 194'179 francs, fortune dont seule dispose Mme X. du fait que les recourants sont mariés sous le régime de la séparation des biens). Ils relèvent que dans la mesure où dans le canton de Fribourg, un créancier a le droit de consulter les registres de l'impôt des contribuables aux mois de septembre et octobre, ce créancier aurait tout lieu de penser qu'ils sont revenus à meilleure fortune en 2005, donc d'introduire une réquisition de poursuite à l'encontre du recourant et d'ouvrir une procédure onéreuse. Le recourant relève encore qu'il n'a jamais été déclaré en faillite.

L'avance de frais fixée à 400 francs par ordonnance du 31 mars 2010 a été payée dans le délai imparti.

Le 8 mai 2009, le Service cantonal des contributions a refusé de réviser les taxations des périodes fiscales 2003 et 2004.

Dans ses observations du 12 mai 2009, déposées le lendemain, le Service cantonal des contributions a conclu au rejet du recours. Il relève, s'agissant des dettes privées constatées dans des actes de défaut de biens, qu'il est "d'accord de réactiver les actes de défaut de biens pour le montant pour lequel les recourants sont actuellement (re)poursuivis par leurs créanciers". Il ne s'est pas prononcé sur la requête de suspension de la procédure bien qu'il ait été invité à le faire par la déléguée à l'instruction de la cause.

Le 14 mai 2009, une copie de cette détermination a été communiquée aux recourants pour contre-observations éventuelles. A cette occasion, ils ont été avisés que la procédure ne serait pas suspendue dans la mesure où le Service cantonal des contributions venait de se prononcer sur leur demande de révision des taxations des périodes fiscales 2003 et 2004.

Le 10 juin 2009, les époux X. ont formé réclamation contre le rejet de leur demande de révision des taxations 2003 et 2004.

D. Le 9 juillet 2009, les recourants ont fait part de leurs contre-observations. Ils ont maintenu les conclusions formulées dans leur mémoire du 26 mars 2009. Ils ont par ailleurs conclu à la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur leurs réclamations déposées le 10 juin 2009 contre les décisions du Service cantonal des contributions sur demande en révision des années 2003 et 2004.

Ils ont rappelé que si le recourant n'a pas recouru contre les taxations des périodes fiscales 2003 et 2004, cela serait dû au fait qu'il aurait cru les informations reçues du chef du secteur de révision du Service cantonal des contributions. Ces renseignements lui aurait été communiqués, non par téléphone du 26 janvier 2005 comme cela ressortirait d'une note manuscrite figurant au dossier, mais lors d'une rencontre avec cette même personne avant la réception de l'avis de taxation 2003. Il aurait pensé de bonne foi n'avoir aucune chance de voir être acceptées les déductions revendiquées qui représenteraient pourtant des frais effectifs découlant d'engagements avec la banque 1 et avec le Fonds Z. Il n'aurait eu d'autre choix que d'assumer les conséquences de ses engagements passés, et il était essentiel que lui-même et la société Y. SA restent des interlocuteurs de la banque 1, devenue un créancier important dans le cadre du règlement des dettes issues de garanties et cautionnements divers. L'on pourrait parler à cet égard de frais d'acquisition du revenu puisque son revenu salarié est versé par la société Y. SA dont les revenus dépendaient pour une bonne part des relations entretenues avec cet établissement bancaire. Il existerait un lien de causalité entre le règlement des apports financiers du recourant avec la banque 1 et son revenu salarié, et le Service cantonal des contributions aurait dû tenir compte des circonstances particulières et "proposer la déduction chez les contribuables des frais effectivement payés par eux aux créanciers mentionnés ci-dessus", à savoir 28'400 francs en 2005 selon la lettre du 7 août 2007. Et de relever qu'il est "particulièrement injuste, voir inique de la part de l'autorité fiscale, d'ignorer l'impossibilité de rembourser des dettes si cela se fait au moyen d'un revenu amputé fiscalement de 30% d'impôts alors même que ces remboursements ne sont pas déductibles". Les recourants se prévalent également du

principe d'une imposition selon la capacité contributive. A l'argument du Service cantonal des contributions qui rappelle une jurisprudence de la Cour fiscale refusant toute possibilité de compenser des pertes après la cessation d'une activité indépendante (ATA 4F 07 103 et 104 du 12 décembre 2008 en la cause M. et C. J c. SCC publié sur Internet le 10 février 2010 sous le n° 6 à l'adresse <http://admin.fr.ch/tc/> et prochainement *in* RFJ 2009), ils opposent que les pertes effectives supplémentaires, du fait de la longueur et de la complexité des procédures, ne sont apparues que des années plus tard. Ils objectent également que le maintien du statut d'indépendant durant plusieurs années avec des pertes récurrentes, représente une menace constante: une faillite personnelle peut être requise à tout moment par un créancier.

S'agissant des dettes constatées dans des actes de défaut de biens, les recourants signalent que les actes de défaut de biens ne seront pas prescrits avant 2015, voire 2021. Ils maintiennent qu'un avis de taxation avec une fortune imposable supérieure à 0 franc crée une présomption de retour à meilleure fortune chez un débiteur qui possède à son encontre des actes de défaut de biens qu'il ne peut déduire fiscalement, ce dont un créancier consultant le registre de l'impôt n'est pas censé se douter. Ils ne comprennent pas pourquoi le Service cantonal des contributions péjore leurs conditions économiques par la perception d'un impôt sur la fortune. A leur avis, il y a disproportion entre l'impôt sur la fortune que le Service cantonal des contributions veut prélever et les coûts engendrés par les conséquences de ce prélèvement qu'ils devront supporter, raison pour laquelle le fisc doit renoncer à un tel prélèvement.

En date du 16 septembre 2009, le Service cantonal des contributions a fait part de ses remarques sur les contre-observations précitées en concluant au rejet du recours avec suite de frais. Il précise que lors d'un entretien téléphonique entre le chef du secteur de révision du Service cantonal des contributions et le recourant - intervenu le 26 janvier 2005 au sujet de la lettre du 2 août 2004 (relative au remboursement de dettes) qui accompagnait la déclaration d'impôt - il avait été décidé que la déduction des pertes commerciales revendiquées ne serait pas prise en considération, car il s'agit d'un remboursement de dettes privées et non de pertes commerciales ressortant d'une comptabilité. A cette occasion, il a en outre été admis, à la demande du contribuable, que l'immeuble serait dorénavant attribué à la fortune privée, du fait que ledit immeuble abritait les bureaux de sa société depuis bien longtemps et qu'il n'avait aucune raison de figurer dans la fortune commerciale. Le Service cantonal des contributions précise que le transfert est intervenu sans conséquence fiscale. Il maintient que dans la mesure où l'activité lucrative indépendante des recourants a cessé depuis plus de 15 ans, aucune perte provenant de cette activité n'est encore reportable actuellement. Il ajoute pour le surplus que si les pertes d'une activité lucrative indépendante sont déductibles, les abandons de créances sont imposables. Et de relever que dans la mesure où l'abandon de créances de la banque 1 se rapportent à des dettes faisant partie de la fortune privée du contribuable, aucune imposition n'est intervenue au niveau de l'impôt sur le revenu.

Le 24 septembre 2009, une copie de ces remarques a été transmise pour information aux recourants, sans qu'il soit procédé à une suspension de la procédure.

Par courrier du 6 octobre 2009, les recourants ont déposé spontanément un courrier de la banque 2 du 28 juillet 2009 réactivant une poursuite de 78'871 fr. 05 à leur encontre, ainsi que la liste des actes de défaut de biens au 31 décembre des années 2005 à 2008.

Par décision du 21 janvier 2010, le Service cantonal des contributions a rejeté la réclamation formée contre son refus de réviser les taxations 2003 et 2004.

Le 3 février 2010, les recourants ont requis des débats publics et ont joint à leur courrier notamment un commandement de payer pour les 78'871 francs précités.

Par ordonnance du 5 février 2010, la déléguée à l'instruction a invité les recourants à déposer une avance de frais complémentaire de 500 francs. Elle les a informés que dans la mesure où la procédure probatoire était close, les débats publics seraient limités aux plaidoiries.

L'avance de frais complémentaire a été acquittée dans le délai fixé.

Par acte du 24 février 2010, les époux X., toujours représentés par leur fiduciaire, ont interjeté recours contre la décision du Service cantonal des contributions refusant la révision des taxations des périodes fiscales 2003 et 2004. Ce recours fait l'objet d'une procédure séparée, laquelle suspendue jusqu'à droit connu sur la présente procédure.

L'audience des débats s'est tenue le 7 mai 2010 en présence de toutes les parties. Les notes de plaidoirie de la fiduciaire ont été déposées au dossier.

e n d r o i t

I. Impôt fédéral direct (604 2009-43)

1. a) L'impôt sur le revenu des personnes physiques a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques (art. 16 al. 1 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990: LIFD; RS 642.11). Sont notamment imposables le produit de l'activité lucrative dépendante et celui de l'activité lucrative indépendante (art. 17 et 18 LIFD). Selon l'art. 25 LIFD, le revenu net se calcule en défalquant du total des revenus imposables les déductions générales et les frais mentionnés aux art. 26 à 33. Les contribuables exerçant une activité lucrative indépendante peuvent déduire les frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel (art. 27 al. 1 LIFD). En font notamment partie les pertes effectives sur des éléments de la fortune commerciale, à condition qu'elles aient été comptabilisées (art. 27 al. 2 let. b LIFD).

Cela implique que, d'un côté, l'élément de fortune qui est touché par la perte soit comptabilisé dans les livres du contribuable au titre d'élément de la fortune commerciale et que, d'un autre côté, la perte soit comptabilisée en tant que telle (E. BLUMENSTEIN / P. LOCHER, *System des Steuerrechts*, Zurich 2002, p. 261). Pour être déductibles les pertes d'exploitation doivent être réelles ou effectives, liées à l'exploitation commerciale, conformes au principe de la périodicité et enfin dûment comptabilisées (R. OBERSON, *Les pertes commerciales fiscalement déductibles in Archives* 48 p. 97 ss, 108).

b) L'art. 31 LIFD, auquel correspond l'art. 211 LIFD dans le système d'imposition des personnes physiques postnumerando annuel, dispose que les pertes des sept exercices précédant la période fiscale peuvent être déduites, à condition qu'elles n'aient pas été prises en considération lors du calcul du revenu imposable de ces années.

Par exception au principe de l'étanchéité des exercices, la perte qui n'a pas pu être compensée avec les autres revenus obtenus pendant la période fiscale au cours de

laquelle le ou les exercices ont été bouclés peut être imputée sur le revenu acquis ultérieurement (P.-A. LOOSLI, Imposition directe des PME en droit fédéral, Berne 2005, p. 89). Seules les pertes provenant d'une activité lucrative indépendante peuvent être reportées. Cette faculté doit permettre de compenser les fluctuations des profits et pertes durant la période de report, en tenant compte du fait que les résultats des exercices pris individuellement ont un aspect aléatoire. Les pertes peuvent être compensées non seulement avec le revenu de l'activité indépendante, mais aussi avec d'autres revenus. En cas de taxation commune (art. 9 LIFD), la déduction peut aussi être opérée sur les revenus de l'époux ou du partenaire enregistré. La période de report de respectivement six et sept ans selon les art. 31 al. 1 et 211 LIFD - s'approche de la durée d'un cycle économique, la période de calcul d'une année ou de deux ans apparaissant trop courte à cet égard (ATF 2C_33/2009 du 27 novembre 2009 consid. 2.1 et références citées).

c) Les dépenses affectées au remboursement des dettes ne sont pas déductibles (art. 34 let. c LIFD).

2. a) En l'espèce, l'accord intitulé "Assainissement de vos divers engagements auprès de notre établissement" daté du 8 octobre 2003 produit au dossier, précise que la banque 1 est disposée à augmenter des prêts hypothécaires, à octroyer une avance à terme fixe et à réduire la limite en compte courant. Il y est prévu que dès réception des contrats et autres documents dûment datés et signés, la banque 1 procédera à l'octroi desdits crédits et à un amortissement extraordinaire sur un prêt hypothécaire par remboursement du compte d'épargne 3 du recourant. L'accord stipule que le montant découlant de l'augmentation et de l'octroi des crédits, ainsi que le versement du recourant serviront en premier lieu à rembourser partiellement les engagements personnels du recourant, ainsi que ses engagements en tant que caution solidaire envers deux sociétés. La banque 1 procédera ensuite à des abandons de créances envers ses deux sociétés et une troisième société, ainsi qu'envers le recourant et une quatrième société. Le recourant a également produit une quittance en remboursement d'un prêt que lui avait accordé le Fonds Z. le 5 mai 1994. Il fait valoir qu'il a remboursé ses anciennes dettes commerciales en 2003, ce qui, reporté sur 7 exercices, représente 83'129 francs qu'il entend compenser avec ses revenus de l'année 2005 en application de l'art. 211 LIFD.

b) Les recourants demandent ainsi la prise en compte du report de ce qu'ils qualifient de pertes commerciales, effectives et établies, et qui résultent des anciennes dettes commerciales de l'époux, plus précisément qui résultent du remboursement partiel des dites dettes commerciales en 2003. L'on voit mal comment, toutefois, un tel remboursement peut constituer une perte commerciale de l'année 2003. Si, comme le relèvent les recourants, la possibilité de comptabiliser des pertes sur les actifs commerciaux ne dépend plus de l'existence d'une entreprise exploitée en la forme commerciale, cela ne signifie pas que l'on puisse admettre la déduction des pertes revendiquées. Encore faut-il qu'il subsiste des actifs commerciaux. Or, contrairement à l'affaire 4F 05 28 et 29 jugée par la Cour fiscale le 5 mai 2006 et à celle de l'ATF 125 II 113, le recourant qui n'exerce plus d'activité indépendante depuis 2001, ne dispose plus d'aucun actif commercial depuis 2003. Par conséquent, dès 2003, il ne lui était plus possible de déduire aucune perte. L'on notera au demeurant que le fait de ne plus détenir d'actifs commerciaux correspond à ce que souhaitait le recourant. Il a en effet relevé, dans le recours, que les intérêts et les dettes de l'immeuble habité par le recourant seraient passés de la fortune privée à la fortune commerciale de par la volonté

unilatérale du taxateur (ceci jusqu'en 2003 et contrairement à ce qui figurait dans les déclarations d'impôt). Ce n'est qu'à partir de cette période fiscale 2003 que, selon la note manuscrite de l'entretien téléphonique du 26 février 2005 entre le recourant et le chef du secteur de révision, l'autorité intimée a décidé d'attribuer ledit immeuble à la fortune privée, reprenant ainsi l'attribution privée initialement annoncée dans la déclaration d'impôt 2003. A relever enfin que l'autorité intimée s'est montrée conséquente: elle n'a pas admis le report de pertes, mais elle n'a pas imposé non plus l'abandon de créance.

A cela s'ajoute le fait que récemment, le Tribunal fédéral a jugé qu'un contribuable ne peut plus bénéficier du report de pertes à compter de la période fiscale suivant celle durant laquelle l'activité indépendante a été abandonnée, en précisant qu'une telle activité est censée prendre fin au terme de la dernière opération de liquidation (ATF [2C_33/2009](#) du 27 novembre 2009 dans l'affaire M. et C. J c. Tribunal cantonal de Fribourg et Service cantonal des contributions consid. 3.4). Saisie d'un recours contre un arrêt de la Cour de céans refusant un report de pertes à un contribuable tombé en faillite (ATA 4F 07 103 et 104 du 12 décembre 2008 en la cause M. et C. J c. SCC publié sur Internet le 10 février 2010 sous le n° 6 à l'adresse <http://admin.fr.ch/tc/> et prochainement *in* RFJ 2010), la Haute Cour a procédé à une interprétation des art. 31 al. 1 et 211 LIFD. Elle a notamment considéré que dans ce but, "il y a lieu de tenir compte en particulier du principe de l'imposition selon la capacité contributive. Dans sa mise en œuvre, ce principe peut être associé à celui de l'imposition du bénéfice total (Totalgewinn) ou à celui de périodicité. Dans le premier cas, la capacité contributive doit être mesurée sur une période aussi longue que possible, correspondant idéalement à toute la durée de l'exercice d'une activité indépendante, voire à toute l'existence du contribuable. Envisagé de la sorte, le principe de l'imposition selon la capacité contributive commande d'autoriser le report de pertes de la manière la plus large. En revanche, s'il est associé au principe de périodicité, ce principe constitutionnel veut que l'on mesure la capacité contributive lors de la période fiscale - plus exactement durant la période de calcul, qui se confond avec la période fiscale dans le système postnumerando - et que le contribuable soit imposé sur cette base. Dans cette perspective limitée à la période fiscale, le principe en question n'impose pas une interprétation large des dispositions y relatives" (consid. 3.2 et références citées). "Le principe de périodicité repose sur la théorie de l'accroissement net du patrimoine, selon laquelle le revenu acquis par un contribuable se compose de tout accroissement de son patrimoine constaté au cours d'une période déterminée. Cette définition du revenu joue un rôle central en droit fiscal suisse, notamment pour l'imposition des entreprises astreintes à tenir une comptabilité. L'importance de la théorie de l'accroissement net du patrimoine s'explique précisément par le fait que le revenu doit servir de mesure de la capacité contributive. En droit suisse, le principe de périodicité est ancré dans la loi. Il est ainsi un principe de droit matériel et non seulement une règle de nature technique servant à la perception de l'impôt. Au vu de son importance, il doit être pris en compte, de préférence au principe de l'imposition du bénéfice total, lors de la mise en œuvre du principe de l'imposition selon la capacité contributive. Il s'ensuit que ce dernier n'impose pas une interprétation large des dispositions sur le report des pertes. Au contraire, compte tenu de l'importance du principe de périodicité, les dispositions qui y dérogent, telles que les art. 31 et 211 LIFD, doivent être interprétées de manière plutôt restrictive. (...) Au vu de ce qui précède et notamment au regard de la systématique de la loi, il convient donc d'interpréter l'art. 211 LIFD en ce sens que le report de pertes n'est possible qu'aussi longtemps que le contribuable exerce une activité lucrative indépendante" (consid. 3.3 et références citées).

En réponse à l'autorité intimée qui s'est référée à l'ATA 4F 07 103 et 104 précité, les recourants objectent, dans leurs contre-observations, que les pertes peuvent apparaître bien plus tard du fait de la longueur et de la complexité des procédures. En l'occurrence, cela ne change rien au fait que le recourant, qui n'exerce plus aucune activité indépendante et n'a plus de fortune commerciale ne peut obtenir la déduction du montant revendiqué à défaut de pertes dûment établies, aussi bien pour la période fiscale concernée (2005) que pour les périodes fiscales 2003 et 2004 au cas où les conditions d'une éventuelle révision seraient réalisées, ce qui fait l'objet d'une autre procédure (604 2010 22 et 23).

Dans les deux dernières pages de leur mémoire, les recourants invoquent encore les principes de la bonne foi, de la proportionnalité, de la maxime inquisitoire, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire. L'on doit toutefois constater qu'ils se limitent à énoncer des généralités sans exprimer concrètement en quoi ils seraient victimes d'une violation de ces principes. La Cour n'a donc aucune raison d'examiner leurs griefs.

c) La conclusion subsidiaire tendant à l'admission d'une déduction de 28'400 francs au titre de frais d'acquisition du revenu a été formulée devant la Cour fiscale pour la première fois, non pas dans le mémoire de recours, mais dans les contre-observations. Il s'agit donc d'une conclusion nouvelle qui doit être déclarée irrecevable en application de l'art. 81 al. 3 CPJA. L'on voit mal au demeurant dans quelle mesure cet élément présenterait un rapport avec le revenu de l'activité lucrative actuelle du recourant.

Partant, le recours est rejeté pour autant que recevable.

3. a) En vertu de l'art. 144 al. 1 LIFD, les frais de procédure doivent être mis à la charge des recourants déboutés. Le montant de l'émolument est fixé compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire ainsi que, dans les affaires de nature pécuniaire, de la valeur litigieuse en cause (art. 144 al. 5 LIFD et art. 2 du Tarif du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative, RSF 150.12; Tarif JA). Il peut être compris entre 50 et 10'000 francs (art. 1 Tarif JA).

b) En l'espèce, il se justifie de fixer les frais à 300 francs.

II. Impôt cantonal (604 2009-44)

4. Le report de pertes

a) En droit cantonal également, l'impôt sur le revenu a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques (art. 17 al. 1 de la loi du 6 juin 2000 sur les impôts cantonaux directs: LICD, RS 631.1; art. 7 al. 1 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes: LHID, RS 642.14). Sont notamment imposables le produit de l'activité lucrative dépendante et celui de l'activité lucrative indépendante (art. 18 et 19 LICD). Selon les art. 26 LICD et 9 al. 1 LHID, le revenu net se calcule en défalquant du total des revenus imposables les déductions générales et les frais mentionnés aux art. 27 à 34 LICD et 9 al. 1 à 3 LHID. Les contribuables exerçant une activité lucrative indépendante peuvent déduire les frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel (art. 28 al. 1 LICD et 10 al. 1 LHID). En font notamment partie les pertes effectives sur des éléments

de la fortune commerciale, à condition qu'elles aient été comptabilisées (art. 28 al. 2 let. b LICD et 10 al. 1 let. c LHID).

L'art. 32 al. 1 LICD, qui correspond à l'art 67 al. 1 LHID (lequel a remplacé l'art. 10 al. 2 LHID de l'ancien système d'imposition praenumerando), prévoit que les pertes des sept exercices précédant la période fiscale peuvent être déduites, à condition qu'elles n'aient pas pu être prises en considération lors du calcul du revenu imposable de ces années.

Les dépenses affectées au remboursement des dettes ne sont pas déductibles (art. 35 let. c LICD).

b) En présence de règles similaires, le considérant 2 concernant l'impôt fédéral direct peut être repris pour l'impôt cantonal. Il en résulte que l'autorité intimée était fondée à refuser aux recourants le report de pertes requis. Comme en droit fédéral, la conclusion subsidiaire tendant à l'admission d'une déduction de 28'400 francs au titre de frais d'acquisition du revenu doit être déclarée irrecevable dans la mesure où elle a été formulée devant la Cour fiscale pour la première fois, non pas dans le mémoire de recours, mais dans les contre-observations.

Le recours est rejeté sur ce point dans la mesure de sa recevabilité.

5. La déduction des dettes constatées dans des ADB

a) L'impôt sur la fortune a pour objet l'ensemble de la fortune nette (art. 52 LICD et 13 al. 1 LHID). Les dettes dont le contribuable est seul débiteur sont prises en considération pour leur montant total; les autres dettes, découlant notamment de la solidarité et du cautionnement, ne le sont que dans la mesure où le contribuable doit effectivement en répondre (art. 60 LICD).

Le contribuable peut déduire toutes les dettes dont il répond comme débiteur principal au moment où l'assiette de l'impôt est fixée. Les dettes qui grèvent effectivement la substance économique du patrimoine du contribuable sont déductibles (J.-M. RIVIER, Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune, 2^{ème} éd., Lausanne 1998, p. 508; E. HÖHN / R. WALDBURGER, Steuerrecht, Band I, 9^e éd., Berne 2001, ad § 15 , n. 22, p. 389).

b) Valant reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP, l'acte de défaut de biens constitue un titre de mainlevée provisoire. Si un commandement de payer lui est notifié par l'entremise de créanciers n'ayant pas continué une nouvelle poursuite dans le délai de six mois prévu par l'art. 149 al. 3 LP, le débiteur peut former opposition conformément à l'art. 82 al. 2 LP et ce dernier conserve toutes les exceptions découlant du rapport de base. Si la nouvelle poursuite aboutit à un deuxième acte de défaut de biens, le poursuivant n'a alors plus de titre exécutoire. S'il entend requérir une troisième poursuite, il doit faire notifier un commandement de payer, comme s'il n'avait pas utilisé les six mois de l'art 149 al. 3 LP. Le poursuivi pourra alors former opposition. Pour obtenir la mainlevée provisoire, le créancier aura la faculté de produire le deuxième acte de défaut de biens. Contrairement au failli, le débiteur ne peut opposer l'exception de non-retour à meilleure fortune. Si un troisième acte de défaut de biens est délivré, le poursuivant dispose alors d'un nouveau titre exécutoire, de sorte qu'il pourra à nouveau requérir la continuation d'une quatrième poursuite sans commandement de payer. A l'égard du seul poursuivi, le poursuivant ne peut plus réclamer en justice la créance accessoire portant sur les intérêts de la créance principale ayant donné lieu à la

délivrance d'un acte de défaut de biens, ni en demander l'exécution forcée (A. REY-MERMET *in* Dallèves / Foëx / Jeandin [édit.], Commentaire romand, Poursuite et faillite, Bâle 2005, ad art. 149, n. 18, 20 et 34).

c) Dans un arrêt du 1^{er} février 2007 (BStPr 2008 p. 316, consid. 6c¹), la Commission de recours du Canton de Bâle-Ville a refusé la déduction de dettes constatées dans un acte de défaut de biens en relevant, notamment, que l'acte de défaut de biens ne constitue pas en lui-même une obligation directe de payer la dette, et qu'une dette constatée dans un acte de défaut de biens est considérée comme irrécouvrable. Ce qui a pour conséquence, en droit fiscal, que les dettes constatées par acte de défaut de biens ne sont pas considérées comme des passifs dans la fixation de la fortune imposable. Ce n'est que si, dans le cadre d'une nouvelle procédure d'exécution forcée, l'acte de défaut de biens est produit par le créancier en vue de l'exécution de la créance que l'on peut en conclure, au niveau fiscal, une obligation d'exécution de la part du débiteur.

d) Les recourants ont produit avec leur déclaration d'impôt 2003 déjà, six actes de défaut de biens après saisie totalisant 2'517'735 francs. Les recourants font valoir le risque permanent auquel les expose le fait d'être soumis à un impôt sur la fortune et donc de figurer dans le registre public de l'impôt. Et dans un courrier du 3 février 2010, ils ont produit un nouveau commandement de payer de l'un des créanciers. Ils soutiennent que les dettes dont ils demandent la déduction ont été constatées dans un acte de défaut de biens après saisie et non après faillite, ce qui exclut pour eux la possibilité d'exciper du non retour à meilleure fortune au cas où les créanciers entendraient les poursuivre une nouvelle fois. Ils en concluent que l'autorité intimée ne pouvait refuser la déduction requise au motif qu'ils seraient protégés tant que leur situation patrimoniale ne s'est pas améliorée.

En l'espèce, il importe de préciser tout d'abord que même si la dernière version du commentaire argovien mentionné par l'autorité intimée ne cite plus les dettes constatées dans des actes de défaut de biens délivrés en application de l'art. 149 LP, mais seulement ceux qui le sont en vertu de l'art. 265 LP, les commentaires argovien de 1991 et zurichois de 1969 mentionnaient la non déductibilité des dettes constatées dans les deux types d'actes de défaut de biens (J. BAUR / M. KLÖTI-WEBER / W. KOCH / B. MEIER / U. URSPRUNG, *Kommentar zum Aargauer Steuergesetz*, Berne 1991, ad § 43, ch. 23, p. 565; A. REIMANN / F. ZUPPINGER / E. SCHÄRRER, *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, Berne 1969, vol. III, ad § 39, n. 18, p. 85). Cela étant, s'il est exact que les recourants ne peuvent pas exciper d'un non retour à meilleure fortune, en revanche, au 31 décembre 2005, ils n'étaient pas tenus d'honorer les dettes en question, aucune poursuite n'étant engagée à leur encontre. L'impôt sur la fortune frappe le patrimoine dont le recourant dispose à la fin de chaque période fiscale. Il ne se justifie pas de déduire les dettes revendiquées dès lors que le recourant ne doit pas effectivement en répondre. Et tant qu'aucune poursuite n'était en cours le 31 décembre 2005, et les recourants n'ont d'ailleurs pas prétendu le contraire, il n'est pas contraire à la loi de ne pas considérer les dettes revendiquées comme étant des passifs au sens de l'art. 60 LICD et donc d'en refuser la déduction de leur fortune imposable. Sur ce point également, l'autorité intimée s'est montrée conséquente: elle n'a pas admis la déduction des actes de défaut de biens litigieux mais leur montant n'a pas été soumis non plus à l'impôt sur la fortune. Certes, il existe un risque permanent pour le recourant de se voir de nouveau

¹ voir http://www.steuerverwaltung.bs.ch/bstpra_2008_3_316.pdf

poursuivi par ses créanciers dès lors que les registres de l'impôt laissent apparaître une fortune imposable à son chapitre fiscal. Mais dans ce cas, s'il y a continuation de la poursuite, les dettes dont l'exécution est exigée seront alors déduites. Du reste, comme le recourant a produit un exemplaire du commandement de payer de 78'871 fr. 05 qui lui a été notifié le 9 décembre 2009, la fortune imposable devra être diminuée à concurrence de ce montant pour cette même période fiscale. L'on notera au demeurant que dans ses observations du 13 mai 2009, l'autorité intimée s'est déclarée "d'accord de réactiver les ADB pour le montant pour lequel les recourants sont actuellement (re)poursuivis par leurs créanciers".

Le recours est rejeté sur ce point également.

6. a) Conformément à l'art. 131 CPJA, en cas de recours, la partie qui succombe supporte les frais de la procédure. Le montant de l'émolument est fixé compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire ainsi que, dans les affaires de nature pécuniaire, de la valeur litigieuse en cause (art. 2 Tarif JA). Il peut être compris entre 50 et 10'000 francs (art. 1 Tarif JA).

b) En l'espèce, il se justifie de fixer les frais à 600 francs.

I a C o u r a r r ê t e :

I. Impôt fédéral direct (604 2009-43)

1. Le recours est rejeté pour autant que recevable.
2. Un émolument de 300 francs est mis à la charge des recourants au titre de frais de justice. Il est compensé par l'avance de frais.

II. Impôt cantonal (604 2009-44)

3. Le recours est rejeté pour autant que recevable.
4. Un émolument de 600 francs est mis à la charge des recourants au titre de frais de justice. Il est compensé par l'avance de frais.

Le présent arrêt peut être porté devant le Tribunal fédéral à Lausanne dans les 30 jours qui suivent sa notification par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 146 LIFD, 73 LHID et 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110).

La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

402.70; 402.220