RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1643/2020-ICC **ATA/26/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 janvier 2022

4ème section

dans la cause

A_____ SA
représentée par Me Antoine Berthoud, avocat

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 mars 2021 (JTAPI/289/2021)

EN FAIT

1) a. A_____ SA (ci-après : A_____), société anonyme ayant son siège en B_____, poursuit comme but statutaire l'acquisition, le commerce de tous produits manufacturés ou non, l'achat, la vente, la location et la gérance d'immeubles, l'exploitation de meublés et hôtels.

b. Elle est propriétaire de quatre immeubles à Genève sis, au _____, rue C_____ (habitation et activité au rez-de-chaussée), _____ et _____bis de la même rue (résidences meublées), ainsi qu'au _____, rue D_____ (habitation de plusieurs logements).

2) a. Le 26 octobre 2015, A_____ a rempli sa déclaration fiscale dans le canton du B_____, déclarant des actifs à Genève à hauteur de CHF 8'371'243.- (immeubles).

b. Selon le bilan au 31 décembre 2014 annexé, elle était propriétaire des quatre immeubles à Genève, ainsi que de trois autres immeubles en B_____ et un autre immeuble dans le canton de E_____, à F_____, pour un total d'actif immobilisé de CHF 10'501'235.-. Chacun de ses immeubles était grevé d'une hypothèque, le total de ses dettes hypothécaires, constituant ses dettes bancaires à long terme, s'élevant à CHF 5'906'926.70. Le bilan faisait par ailleurs état de dettes envers ses actionnaires, pour un total de CHF 2'185'607.74 et de dettes à court terme de CHF 2'452'967.42, portant le total des fonds étrangers à CHF 10'545'501.-. Son compte de pertes et profits faisait état, dans les charges, d'intérêts sur les comptes des actionnaires et proches de CHF 103'607.43.

3) a. Par bordereau du 20 mai 2016, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a fixé l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) pour l'année 2014.

Dans le « capital propre dissimulé, intérêts non admis et intérêts insuffisants – taxation définitive », elle a retenu comme valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice ou valeur vénale des immeubles de la contribuable la moyenne corrigée de CHF 17'564'996.-, l'endettement admis étant de 80 % de ce montant, soit CHF 14'051'997.-. Elle a en outre arrêté la valeur moyenne corrigée déterminante pour l'impôt sur le bénéfice pour les dettes envers les actionnaires, les associés et les personnes proches et la distribution de bénéfice en leur faveur à CHF 2'361'886.-. Pour la détermination des intérêts admis sur les dettes moyennes totales, elle a appliqué, sous la rubrique « Autres immeubles (loués) », un taux d'intérêt de 1,5 % sur ce montant et a ainsi admis des intérêts de CHF 35'428.-. La reprise pour intérêts excessifs s'élevait dès lors à CHF 67'140.-.

b. Par décision du 20 octobre 2016, l'AFC-GE a rejeté la réclamation de A_____, par laquelle elle demandait l'annulation de la reprise de CHF 67'140.-.

c. Par jugement du 30 juin 2017 (JTAPI/728/2017), le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a partiellement admis le recours interjeté par A_____, par lequel elle concluait notamment à l'admission du taux d'intérêt de 3,75 % aux prêts consentis par ses actionnaires et proches. Il a annulé la décision attaquée et renvoyé le dossier à l'AFC-GE pour nouvelle décision de taxation au sens des considérants.

Dans le cadre de l'impôt sur le bénéfice, le taux admis sur les prêts ne se déterminait pas en fonction de l'activité de la société, mais de la part de ces prêts pouvant être économiquement assimilée au financement des immeubles détenus par la société. Tel était le cas si elle recourait à un financement de son actionnaire au lieu d'obtenir un prêt hypothécaire avec un taux moins élevé de la part d'un tiers. Dans une telle situation, la différence entre le taux d'intérêt qui serait payé à un tiers et le taux comptabilisé en faveur de l'actionnaire constituait une prestation appréciable en argent, qui devait être réintégrée dans le bénéfice de la société. Ainsi, dans le cadre de la détermination des intérêts admis sur les dettes moyennes totales, l'AFC-GE devait distinguer les crédits immobiliers, en prenant en compte les hypothèques déjà conclues sur les immeubles détenus par A_____ et appliquer un taux de 1,5 % sur la tranche des crédits de l'actionnaire assimilés à la première hypothèque, 2,25 % sur le solde jusqu'à concurrence de maximum 70 % de la valeur vénale des immeubles et 3,75 % sur la partie restante des crédits qui devait être traitée comme des crédits d'exploitation. L'AFC-GE devait en outre s'assurer qu'il n'existait pas de capital propre dissimulé.

d. Par arrêt du 21 août 2018 (ATA/857/2018), contre lequel le recours auprès du Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable (arrêt 2C_873/2018 du 11 juillet 2019), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a rejeté le recours de A_____ contre ce jugement.

Si A_____ alléguait qu'un taux unique de 3,75 % devait être applicable aux prêts et créances de ses actionnaires ou proches, elle n'avait pas démontré s'être vu refuser par sa banque un crédit hypothécaire pour la reprise des prêts et crédits accordés par ses actionnaires pour financer des travaux hôteliers. Le TAPI n'avait pas erré en considérant qu'en matière d'impôt sur le bénéfice, le taux d'intérêt admis ne se déterminait pas en fonction de l'activité de la société, mais de la partie des prêts qui pouvait être économiquement assimilée au financement des immeubles détenus par la société.

4) Le 13 août 2019, A_____ a invité l'AFC-GE à corriger ses taxations initiales en tenant compte de la nature réelle des prêts accordés à ses actionnaires, démontrée par les pièces déjà versées à la procédure, et à admettre un taux correspondant aux crédits d'exploitation. Elle persistait à offrir de prouver, si

l'AFC-GE devait considérer que ce fait n'était pas déjà établi, que les prêts avaient été accordés exclusivement pour financer des travaux hôteliers et que la reprise par un crédit hypothécaire avait été refusée.

5) a. Le 4 octobre 2019, l'AFC-GE a expliqué avoir mis en œuvre le jugement du TAPI et l'arrêt de la chambre administrative notamment en attribuant les biens immobiliers à la catégorie des immeubles d'exploitation (occupés) plutôt que celle des autres immeubles (loués) et en déterminant les intérêts admis sur les dettes moyennes totales en fonction de la partie des prêts pouvant être économiquement assimilée au financement des immeubles de la société. En recourant à un financement de son actionnaire au lieu d'obtenir un prêt hypothécaire avec un taux moins élevé de la part d'un tiers, la différence entre le taux d'intérêt payé au tiers et le taux comptabilisé en faveur de l'actionnaire constituait une prestation appréciable en argent devant être réintégrée dans le bénéfice imposable. Considérant un taux d'endettement admis de 70 % des immeubles (et non plus 80 %), les intérêts excessifs totaux avaient été diminués à CHF 55'562.- car A_____ pouvait désormais bénéficier des taux d'intérêts applicables à la catégorie de l'industrie des arts et métiers, plutôt que ceux applicables à la catégorie de la construction de logement et de l'agriculture.

b. Dans le bordereau rectificatif de taxation définitive du même jour annexé, l'AFC-GE a fixé l'ICC dû par la contribuable pour l'année 2014.

Dans le « capital propre dissimulé, intérêts non admis et intérêts insuffisants – taxation définitive », pour la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice ou valeur vénale des immeubles de la contribuable, la moyenne corrigée était cette fois de CHF 19'849'257.-, l'endettement admis étant de 70 % de ce montant, soit CHF 13'894'480.-. La valeur moyenne corrigée déterminante pour l'impôt sur le bénéfice pour les dettes envers les actionnaires, les associés et les personnes proches et la distribution de bénéfice en leur faveur restait à CHF 2'361'886.-. Pour la détermination des intérêts admis sur les dettes moyennes totales, l'AFC-GE a appliqué un taux d'intérêt de 2 % sur ce montant et a ainsi admis des intérêts de CHF 47'238.-. La reprise pour intérêts excessifs s'élevait ainsi à CHF 55'562.-.

6) Le 6 novembre 2019, A_____ a élevé réclamation contre ce bordereau rectificatif, demandant l'application du taux de 3,75 % à l'entier du prêt accordé par ses actionnaires.

7) Par décision du 11 mai 2019 (recte : 2020), l'AFC-GE a maintenu la taxation litigieuse.

8) a. Par acte du 10 juin 2020, A_____ a recouru auprès du TAPI contre cette décision, concluant à l'augmentation du taux d'intérêt applicable aux prêts de ses actionnaires et proches à 3,75 %. Elle a préalablement demandé la suspension de

la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral dans la cause 2C_181/2020 et à l'autorisation au complètement de son recours après ledit prononcé.

Dans sa décision, l'AFC-GE n'avait pas tenu compte du changement de la jurisprudence du TAPI, n'obligeant pas une société à se financer prioritairement au moyen d'emprunts hypothécaires. Il était également démontré que les prêts avaient servi à financer des travaux de rénovation de biens immobiliers exploités dans le domaine de l'hôtellerie et de la parahôtellerie. Il ne pouvait être retenu fictivement un taux d'intérêt correspondant à des crédits hypothécaires lorsque l'octroi de ceux-ci avait été expressément refusé. Les prêts devaient être qualifiés de crédits d'exploitation et bénéficier d'une rémunération au taux de 3,75 %.

b. À l'appui de son recours, A_____ a notamment versé à la procédure un tableau récapitulatif des intérêts ainsi que quatre courriers de G_____ AG (ci-après : G_____) du 15 octobre 2007 réduisant la limite des contrats-cadres hypothécaires des quatre immeubles de A_____ à Genève de CHF 1'600'000.- à CHF 1'420'000.-, de CHF 1'800'000.- à CHF 1'600'000.-, de CHF 600'000.- à CHF 560'000.- et de CHF 1'100'000.- à CHF 1'020'000.- suite à la renonciation à la reprise de l'immeuble sis à F_____.

9) Après suspension de l'instruction du 15 juillet au 19 octobre 2020, le 30 octobre 2020, A_____ a persisté dans ses conclusions, soulignant que l'état de fait était différent de celui ayant fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_181/2020 du 10 août 2020.

10) Les 30 octobre et 25 novembre 2020, l'AFC-GE a maintenu la position exprimée dans sa décision sur réclamation.

L'arrêt du Tribunal fédéral 2C_181/2020 précité avait entièrement validé sa position et était en ligne avec la position déjà suivie par la chambre administrative dans son ATA/857/2019 (recte : ATA/857/2018) précité. A_____ n'apportait aucun élément nouveau ou pièce pertinente qui justifierait de retenir une autre position. Le taux d'intérêt ne se déterminait pas en fonction de l'activité de la société, mais de la partie des prêts pouvant être économiquement assimilée au financement des immeubles détenus par la société.

11) a. Le 17 décembre 2020, A_____ a maintenu son recours et sollicité l'audition des collaborateurs de G_____ qui étaient en charge du dossier pour confirmer ce qui ressortait des pièces produites.

L'ATA/857/2018 précité avait été qualifié d'incident par le Tribunal fédéral, de sorte qu'il ne liait pas le TAPI. Les nouvelles pièces produites démontraient que G_____ avait refusé d'augmenter les prêts hypothécaires consentis à A_____ pour permettre la reprise des crédits consentis par ses actionnaires. Dans

son arrêt, le Tribunal fédéral se référait uniquement à la capacité de la société d'obtenir ou non un crédit hypothécaire, sans prendre en considération l'affectation du crédit accordé. Le prêt de ses actionnaires avait exclusivement servi aux travaux hôteliers.

b. Elle a versé à la procédure deux courriels. Le premier, adressé par A_____ à G_____ le 13 juillet 2010, concernait l'augmentation des prêts hypothécaires et l'ouverture d'un compte courant. Il y était souligné le montant des remboursements prévisionnels des prêts des actionnaires, dont la composition était détaillée. Le second, envoyé par G_____ à A_____ le 10 mai 2011, confirmait notamment l'absence de souhait de ce dernier de développer ses engagements avec la société au-delà des crédits hypothécaires existants.

12) Le 13 janvier 2021, l'AFC-GE a persisté dans ses conclusions.

Les griefs avancés avaient en partie déjà été jugés par la chambre administrative. Les nouvelles pièces n'étaient pas de nature à modifier ses conclusions. G_____ se bornait dans les courriels à indiquer ne pas souhaiter développer ses engagements au-delà des crédits hypothécaires existants, mais non pas que des crédits hypothécaires supplémentaires n'étaient pas possibles au motif de l'atteinte de la limite de crédit immobilier. Rien ne permettait d'affirmer qu'un autre tiers indépendant n'aurait pas accepté de financer la partie du crédit supplémentaire par le biais de nouveaux prêts hypothécaires.

13) a. Le 27 janvier 2021, A_____ a souligné que G_____ avait exigé et obtenu une mainmise totale sur l'intégralité des immeubles qu'elle détenait et de leur rendement, de sorte qu'elle était dans l'incapacité d'obtenir un crédit hypothécaire supplémentaire auprès d'un autre établissement.

b. Elle a versé à la procédure les contrats-cadres de crédits hypothécaires de septembre 2007 pour ses quatre immeubles genevois et ses trois immeubles B_____, de montants de CHF 1'600'000.-, CHF 1'800'000.-, CHF 1'100'000.-, CHF 600'000.-, CHF 170'000.-, CHF 150'000.- et CHF 200'000.- et prévoyant le transfert en propriété à titre de sûreté de droits de gages immobiliers de respectivement CHF 4'000'000.-, CHF 2'600'000.-, CHF 1'100'000.-, CHF 1'315'000.-, CHF 1'700'000.-, CHF 150'000.- et CHF 200'000.- ainsi que la cession en faveur de la banque de l'intégralité du produit locatif des quatre résidences hôtelières et trois appartements.

14) Par jugement du 22 mars 2021, notifié le 24 mars 2021, le TAPI a rejeté le recours.

A_____ n'avait pas démontré qu'elle ne pouvait pas augmenter ses prêts bancaires et qu'elle avait dès lors été contrainte d'emprunter de l'argent à ses actionnaires. Rien n'indiquait que G_____ avait refusé d'octroyer des crédits

hypothécaires supplémentaires au motif que la limite de crédit était atteinte. Dans les courriels produits, la banque s'était bornée à indiquer qu'elle ne souhaitait pas développer ses engagements avec A_____ au-delà des crédits hypothécaires existants. A_____ n'avait ni démontré ni rendu vraisemblable qu'une autre banque n'aurait pas accepté de financer la partie du crédit supplémentaire par le biais de nouveaux prêts hypothécaires. Si ses immeubles étaient gagés à hauteur de CHF 8'820'000.-, cela n'impliquait pas nécessairement qu'une autre banque aurait refusé d'accorder un crédit hypothécaire. La valeur vénale des immeubles s'élevait à CHF 17'564'996.- voire même à près de CHF 20'000'000.-, laissant une marge importante, supérieure à CHF 5'200'000.-, avant de parvenir à la limite du crédit immobilier. Une tierce partie aurait pu effectuer un prêt de CHF 2'500'000.-, et donc supérieur aux créances des actionnaires et proches, en requérant la constitution de cédules de CHF 5'000'000.-. A_____ n'avait produit aucune pièce attestant qu'une tierce personne avait refusé de lui accorder un tel prêt.

15) Par acte du 23 avril 2021, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre ce jugement, concluant à son annulation, à l'augmentation du taux d'intérêts applicable aux prêts de ses actionnaires et proches à 3,75 % et à l'allocation d'une équitable indemnité à titre de dépens.

Elle avait démontré qu'il ne lui avait pas été possible d'obtenir un prêt hypothécaire permettant la reprise des crédits qui lui avaient été accordés par ses actionnaires. Elle disposait de crédits auprès des deux plus grands établissements bancaires suisses et avait eu des relations avec deux banques cantonales. Lorsqu'elle avait négocié la reprise des crédits antérieurs par G_____ en 2007, ce dernier avait sévèrement limité leur montant et en 2011, il avait refusé d'augmenter les crédits existants pour reprendre, à hauteur de CHF 1'850'000.- les prêts des actionnaires. Si cette réponse ne contenait aucune motivation, conformément aux usages bancaires, il était évident que c'était après avoir fait son évaluation de la valeur des objets mis en gage, de leur rendement et de l'activité de A_____ que G_____ avait refusé d'octroyer le crédit sollicité. S'ajoutait le fait notoire que l'activité de parahôtellerie était qualifiée de secteur à risque, voire à risque accru, par les établissements bancaires suisses, avec pour effet que des crédits hypothécaires ou d'exploitation n'étaient accordés que de manière extrêmement restrictive. Ce n'était pas par choix qu'elle n'avait pas pu profiter de taux d'intérêts plus favorables pour un prêt garanti par un gage hypothécaire. Il était notoire qu'aucun établissement bancaire tiers n'aurait accepté d'octroyer un crédit hypothécaire des rangs inférieurs tout en sachant que l'intégralité des revenus de l'immeuble était déjà acquise aux créanciers des rangs inférieurs. A_____ n'était pas en mesure d'obtenir un crédit hypothécaire lui permettant de rembourser les prêts de ses actionnaires qui devaient dès lors, en raison de leur affectation, être qualifiés de crédits d'exploitation et bénéficier de la rémunération d'intérêts correspondante.

16) L'AFC-GE a conclu au rejet du recours et s'est référée à ses écritures devant le TAPI, aucun argument nouveau susceptible d'influer sur le sort du litige n'étant avancé et aucune pièce nouvelle déterminante n'étant produite.

17) Le 1er juin 2021, A_____ a sollicité l'audition de Monsieur Gaëtan H_____, ancien employé de G_____.

18) Le 8 juillet 2021, l'AFC-GE a persisté dans ses conclusions.

19) Le 25 août 2021 a eu lieu une audience de comparution personnelle et d'enquêtes.

a. Entendu à titre de témoin, M. H_____ a indiqué avoir travaillé pour G_____ de 2001 à 2015 environ. Il était l'interlocuteur de A_____, mais ne s'occupait pas de la question de l'octroi ou de la reprise de crédits. Il s'occupait de la clientèle privée, et non des crédits hypothécaires ou des crédits aux entreprises. Il ne savait pas s'il y avait eu des directives particulières concernant les entreprises acquises dans l'hôtellerie. Il ne se souvenait pas des échanges de courriels figurant à la procédure.

b. Selon les représentants de A_____, I_____ SA (ci-après : I_____) était son créancier pour deux biens immobiliers, dont un à F_____ qui était totalement hypothéqué. Elle n'était donc pas intéressée. C'était sa banque de deuxième rang pour les crédits hypothécaires. La banque antérieure au G_____ avait demandé la postposition des comptes courants actionnaires, mais il avait été négocié avec G_____ pour que tel ne soit pas le cas car il y avait assez de marge. D'une manière générale, les banques étaient prêtes à augmenter les crédits hypothécaires pour faire des travaux d'entretien, mais pas pour rembourser les prêts, même s'ils avaient été accordés pour faire des travaux. La banque n'aurait pas eu de position différente en cas d'augmentation des cédules hypothécaires. D'autres établissements bancaires avaient été approchés par la suite, mais tous avaient refusé.

20) Le 24 septembre 2021, A_____ a versé de nouvelles pièces à la procédure, parmi lesquelles un échange de courriels entre A_____ et G_____ des 31 août et 22 septembre 2021, dans lequel la banque indiquait qu'une augmentation des crédits hypothécaires afin d'effectuer des travaux sur les immeubles gagés pouvait être envisagée, mais que les augmentations hypothécaires pour les besoins privés n'étaient pas applicables.

21) Le 22 octobre 2021, l'AFC-GE a une nouvelle fois maintenu sa position.

Le nouvel échange de courriels produit était équivoque et ne constituait pas un élément nouveau suffisamment probant justifiant de revenir sur sa décision.

22) Le même jour, A_____ a persisté dans son recours.

23) Sur ce, 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 et 63 al. 2 let. e de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 7 al. 2 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17).

2) Le litige porte sur l'ICC 2014 de la recourante, qui conteste la reprise de CHF 55'562.- effectuée par l'AFC-GE au titre de distribution dissimulée de bénéfice.

3) a. Les questions de droit matériel sont résolues en fonction du droit en vigueur lors des périodes fiscales litigieuses (ATA/191/2020 du 18 février 2020 consid. 4b).

b. En l'espèce, le présent litige porte sur l'ICC 2014 de la recourante. La cause est ainsi régie par le droit en vigueur durant cette période fiscale. En particulier, l'art. 12 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15) ayant été modifié avec entrée en vigueur le 30 mars 2016, c'est l'ancienne version de cet article qui s'applique dans la présente affaire.

4) a. L'impôt sur le bénéfice a pour objet le bénéfice net (art. 11 LIPM ; art. 24 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). Selon l'art. 12 let. a LIPM, dans sa teneur avant le 30 mars 2016, constitue le bénéfice net imposable celui qui résulte du compte de pertes et profits augmenté de certains prélèvements énoncés aux art. 12 let. b à i LIPM, dans sa teneur avant le 30 mars 2016, ainsi que des produits qui n'ont pas été comptabilisés dans le compte de résultat (art. 12 let. j LIPM, dans sa teneur avant le 30 mars 2016). Même rédigé différemment, l'art. 12 LIPM, dans sa teneur avant le 30 mars 2016, est de même portée que l'art. 58 al. 1 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11 ; voir également art. 24 al. 1 let. a LHID ; ATA/857/2018 précité consid. 2c ; ATA/1487/2017 du 14 novembre 2017 consid. 5 et les références citées).

b. Selon la jurisprudence, il y a distribution dissimulée de bénéfice constitutive de prestation appréciable en argent lorsque les quatre conditions cumulatives

suivantes sont remplies : 1) la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ; 2) cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le ou la touchant de près ; 3) elle n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers ; 4) la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient (ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_181/2020 précité consid. 5.2). Il convient ainsi d'examiner si la prestation aurait été accordée dans la même mesure à un tiers étranger à la société, soit si la transaction a respecté le principe de pleine concurrence (« dealing at arm's length » ; ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; 138 II 57 consid. 2.2).

c. Lorsqu'une société anonyme obtient un prêt de son actionnaire, ce prêt ne respecte pas le principe de pleine concurrence si le taux d'intérêt appliqué est supérieur au taux du marché. La prestation appréciable en argent se mesure alors par la différence entre le taux d'intérêt conforme au principe de pleine concurrence et le taux effectivement appliqué (arrêt du Tribunal fédéral 2C_181/2020 précité consid. 5.3).

d. Par ailleurs, lorsqu'elle en a la possibilité, une société qui emprunte de l'argent garantit normalement sa dette par le biais d'un gage, afin de profiter d'un taux d'intérêt plus favorable, sauf si elle a des raisons pour ne pas le faire. La société qui ne procède pas ainsi doit partant démontrer que la mise en gage d'immeubles dont elle est propriétaire ne représente pas une garantie suffisante pour obtenir un crédit immobilier à un taux d'intérêt plus avantageux que celui appliqué au prêt de son actionnaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_181/2020 précité consid. 5.6 ; ATA/979/2021 du 21 septembre 2021 consid. 10a).

5) a. L'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH) édicte chaque année des directives sur les taux d'intérêt déterminants pour le calcul des prestations appréciables en argent, publiées sous la forme de lettres circulaires, destinées à simplifier la mise en œuvre du principe de pleine concurrence en relation avec les taux d'intérêt de prêts conclus en francs suisses entre des sociétés et leurs actionnaires ou associés (ou leurs proches ; ATF 140 II 88 consid. 5.1.2).

b. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que, même si ces lettres-circulaires sont des directives internes à l'administration ne liant ni le contribuable, ni l'autorité de taxation, ni le Tribunal fédéral, elles tendent à une application uniforme et égale du droit, de sorte qu'elles ne sont écartées que si elles ne traduisent pas une concrétisation convaincante des dispositions légales applicables (ATF 140 II 88 consid. 5.1.2 et les arrêts cités). Sauf preuve du contraire ou circonstance particulière, les taux d'intérêt minimaux et maximaux y figurant sont ainsi réputés refléter ceux pratiqués en situation de pleine concurrence pour l'année en cause. S'agissant de la reprise d'intérêts, sont

déterminants les taux pratiqués lors de la période fiscale considérée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_443/2017 du 15 janvier 2018 consid. 6.2).

c. La lettre-circulaire de l'AFC-CH sur le taux d'intérêt 2014 admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses du 30 janvier 2014 (ci-après : la lettre-circulaire) fixe des taux d'intérêt déterminants maximums en cas de prêts accordés à la société par les actionnaires ou associés ou leurs proches (ch. 2 de la lettre-circulaire).

En matière de crédits immobiliers (ch. 2.1 de la lettre-circulaire), sur un crédit immobilier égal à la première hypothèque, soit sur une première tranche correspondant aux deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble, le taux d'intérêt maximum est de 1,5 % pour la construction et logements et l'agriculture et de 2 % pour l'industrie, les arts et métiers. Sur le solde, jusqu'à concurrence au maximum de 70 % de la valeur vénale des terrains à bâtir, des villas, des propriétés par étages, des maisons de vacances et des immeubles industriels et de 80 % au maximum de la valeur vénale des autres immeubles, il est de 2,25 % pour la construction de logements et l'agriculture et de 2,75 % pour l'industrie, les arts et métiers.

En matière de crédits d'exploitation (ch. 2.2 de la lettre-circulaire), il est de 3,75 % dans le commerce et l'industrie et de 3,25 % pour les holdings et les sociétés de gérance de fortune.

6) a. Selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en particulier en droit public, l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés ; cette maxime oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il incombe à celles-ci d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_649/2020 du 10 novembre 2020 consid. 6.4).

En matière fiscale, il appartient à l'autorité de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, tandis que le contribuable doit supporter le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation d'impôts. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve, ces règles s'appliquant également à la procédure devant les autorités de recours (ATF 146 II 6 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_32/2020 du 8 juin 2020 consid. 3.5).

b. Par ailleurs, en droit fiscal, le principe de la libre appréciation de la preuve s'applique. L'autorité forme librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées, en choisissant entre les preuves contradictoires ou les indices contraires qu'elle a recueillis. Cette liberté d'appréciation, qui doit s'exercer dans le cadre de la loi, n'est limitée que par l'interdiction de l'arbitraire. Il n'est pas indispensable que la conviction de l'autorité de taxation confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité ; il suffit qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des motifs objectifs (ATA/1239/2021 du 16 novembre 2021 consid. 5b et les références citées).

c. Dans le domaine des prestations appréciables en argent, telles que des distributions dissimulées de bénéfice, le fardeau de la preuve se répartit comme suit : les autorités fiscales doivent apporter la preuve que la société a fourni une prestation et qu'elle n'a pas obtenu de contre-prestation ou une contre-prestation insuffisante ; si les preuves recueillies par l'autorité fiscale fournissent suffisamment d'indices révélant l'existence d'une telle disproportion, il appartient alors au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations contraires (arrêts du Tribunal fédéral 2C_207/2019 du 16 juillet 2019 consid. 4.2 ; 2C_1157/2016 du 2 novembre 2017 consid. 4.2.3). Par ailleurs, une fois qu'un fait est tenu pour établi, la question du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 137 III 226 consid. 4.3). Les autorités doivent en effet pouvoir s'assurer que seules des raisons commerciales, et non les rapports personnels et économiques étroits entre la société et le bénéficiaire de la prestation, étaient déterminantes pour le choix de la prestation présentant un caractère insolite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_18/2011 du 31 mai 2011 consid. 5.2 et les références citées ; ATA/222/2019 du 5 mars 2019 consid. 7).

d. Les taux d'intérêt déterminants fixés par l'AFC-CH ne constituent que des « safe harbour rules ». En conséquence, l'irrespect de ces taux ne crée qu'une présomption réfragable d'existence de prestation appréciable en argent, qui renverse toutefois le fardeau de la preuve en défaveur de la société contribuable, cette dernière devant démontrer que la prestation octroyée est néanmoins conforme au principe de pleine concurrence (ATF 140 II 88 consid. 7).

e. La détermination du taux d'intérêt d'un prêt conforme au principe de pleine concurrence dépend de multiples facteurs, dont, notamment, le montant et la durée du prêt, sa nature, son objet (crédit commercial, prêt à objet général, crédit immobilier, etc.), la garantie dont le prêt est assorti ou non et la surface financière de l'emprunteur (ATF 140 II 88 consid. 6.2).

S'agissant des taux d'intérêts de prêts entre sociétés et actionnaires ou leurs proches, le Tribunal fédéral a tendance à appliquer dans sa jurisprudence la méthode de la comparaison avec une transaction comparable pour déterminer le taux d'intérêt qui aurait été appliqué à un prêt entre tiers indépendants. Cette méthode est également celle qui est préconisée par l'Organisation de coopération

et de développement économiques (ci-après : OCDE) lorsque la problématique du prix de transfert concerne un prêt d'argent, au motif qu'elle est aisée à mettre en œuvre dans ce contexte (ATF 140 II 88 consid. 6.1 et les références citées). Ladite méthode (également nommée méthode du prix comparable) consiste à procéder à une comparaison avec le prix appliqué entre tiers dans une transaction présentant les mêmes caractéristiques, soit en tenant compte de l'ensemble des circonstances déterminantes (ATF 140 II 88 consid. 4.2 et les références citées). Si les conditions économiques pertinentes diffèrent de celles de la transaction examinée, des ajustements doivent être effectués, afin de gommer les effets de ces différences (principes OCDE, n. 1.33 ss). On ne peut toutefois totalement exclure qu'une transaction comparable n'ait pas été conclue au prix du marché, dès lors que la formation du prix peut être influencée par plusieurs éléments, tels que les conditions du marché, les conditions contractuelles (par exemple, l'existence de prestations secondaires, la quantité de biens vendus, les conditions de paiement), la stratégie commerciale poursuivie par ce tiers acquéreur ou les fonctions économiques des parties. Il n'en demeure pas moins que le prix pratiqué dans une transaction comparable est présumé correspondre au prix du marché ; en cas de contestation, la preuve du contraire incombe à la société (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 du 14 janvier 2015 consid. 5.2 et les références citées).

7) En l'espèce, la recourante demande l'application du taux de 3,75 % au montant des prêts actionnaires et proches de CHF 2'361'886.-, qui lui n'est pas contesté. Ce taux correspond au taux prévu pour les crédits d'exploitation pour le commerce et l'industrie selon la lettre-circulaire.

Sur renvoi du TAPI, l'autorité intimée a appliqué le taux de 2 % à la somme de CHF 2'361'886.-, correspondant au taux applicable pour un crédit immobilier égal à la première hypothèque dans l'industrie et les arts et métiers, en lieu et place du taux de 1,5 % initialement appliqué, correspondant au taux applicable pour un crédit immobilier égal à la première hypothèque dans la construction de logements et l'agriculture, réduisant la reprise de CHF 67'140.- à CHF 55'562.-. Elle a considéré qu'en recourant au financement de ses actionnaires et proches au lieu d'obtenir un prêt hypothécaire avec un taux moins élevé de la part d'un tiers, la recourante avait versé une prestation appréciable en argent correspondant à la différence entre le taux d'intérêt payé à un tiers et le taux effectivement comptabilisé, laquelle devait être réintégrée dans le bénéfice imposable.

Le TAPI a considéré que la recourante n'avait pas démontré ses allégations selon lesquelles elle ne pouvait pas augmenter ses prêts bancaires et avait été contrainte d'emprunter de l'argent à ses actionnaires. Ce faisant, l'instance précédente a abouti à la même conclusion que celle de la chambre administrative dans son ATA/857/2018 précité, conclusion dont il convient d'examiner le bien-fondé en tenant compte de l'ensemble des éléments figurant actuellement au

dossier, en particulier ceux fournis par la recourante dans la procédure contre la décision litigieuse.

Dans son acte de recours devant la chambre administrative, pour affirmer qu'elle aurait effectivement cherché vainement à refinancer par des crédits hypothécaires les crédits accordés par ses actionnaires, la recourante s'appuie sur les courriers de sa banque concernant la réduction des contrats-cadre de crédits hypothécaires sur chacun de ses immeubles sis à Genève – qu'elle avait déjà produits dans le cadre des procédures contre la décision de taxation initiale annulée par le TAPI –, sur deux courriels de juillet 2010 et mai 2011 avec sa banque – G_____ ayant indiqué dans ce dernier ne pas souhaiter développer ses engagements avec la société au-delà des crédits hypothécaires existants –, sur le fait déclaré notoire que l'activité de parahôtellerie serait qualifiée de secteur à risque, voire à risque accru, par les établissements bancaires suisses – avec comme effet que des crédits bancaires ou d'exploitation ne seraient accordés que de manière extrêmement restrictive –, ainsi que sur le nantissement de toutes les cédules existantes et la cession de tous les loyers et autres produits de ses biens immobiliers – en raison desquels il serait notoire qu'aucun établissement tiers n'aurait accepté d'octroyer un crédit hypothécaire.

Or, la chambre administrative a déjà constaté que les courriers de réduction des contrats-cadre de crédits hypothécaires ne suffisaient pas à prouver les allégations de la recourante (ATA/857/2018 précité consid. 5).

Par ailleurs, le courriel de 2011 dénote que G_____ ne souhaitait pas accorder de prêt hypothécaire supplémentaire, mais ne démontre pas que la recourante aurait effectué d'autres démarches auprès d'établissements tiers pour obtenir un prêt hypothécaire.

Sur ce point, la recourante a produit, durant la procédure devant l'instance précédente, les contrats-cadre de crédits hypothécaires conclus avec G_____ en 2007, lesquels font effectivement état du transfert à titre de propriété des droits de gage immobilier sur chacun des immeubles à titre de sûreté et d'une cession du produit actuel et futur de l'intégralité du produit locatif des résidences hôtelières et appartements. La recourante se fonde sur ces dispositions pour affirmer qu'il serait notoire qu'aucun établissement bancaire tiers n'aurait accepté d'octroyer un crédit hypothécaire de rang inférieur tout en sachant que l'intégralité des revenus de l'immeuble était déjà acquise aux créanciers de rang inférieur. D'une part, ce faisant, elle reconnaît implicitement qu'elle n'a fait aucune démarche auprès d'un autre établissement que G_____. Si l'un des représentants de la recourante a d'ailleurs répondu par l'affirmative durant l'audience de comparution personnelle à la question de savoir si la recourante avait approché I_____, indiquant que des documents concernant le refus d'I_____ seraient produits, aucun document en ce sens n'a ensuite été versé à la procédure. D'autre part, les conclusions de la recourante se fondant sur ces dispositions des contrats-cadre de crédits

hypothécaires sont démenties par les déclarations de son représentant, lequel a indiqué qu'I_____ était la banque de deuxième rang de cette dernière pour les crédits hypothécaires. Ceci démontre que, contrairement à son argumentation, des prêts hypothécaires ont été accordés après 2014 – année durant laquelle les comptes dénotent un seul prêt hypothécaire par immeuble – malgré la cession de l'intégralité du produit locatif prévu dans les contrats-cadre avec G_____.

Or, en se fondant sur les contrats-cadre de crédits hypothécaires produits le 27 janvier 2021 pour constater que les immeubles étaient gagés à hauteur de CHF 8'820'000.- – étant relevé que la valeur de ces gages a en outre été réduite en octobre 2007, de sorte qu'ils étaient plus bas en 2014, comme le dénote le bilan de la recourante annexé à sa déclaration fiscale –, et après avoir relevé que la valeur vénale de ces derniers s'élevait CHF 17'564'996.-, voire à près de CHF 20'000'000.-, conformément aux valeurs retenues dans les avis de taxation définitive pour le capital propre dissimulé, intérêts non admis et intérêts insuffisants en 2014, le TAPI a constaté qu'il restait encore une marge importante, supérieure à CHF 5'200'000.-, avant de parvenir à la limite de crédit immobilier, ce que confirme l'endettement admis de ces mêmes avis, de CHF 14'051'997.- et CHF 13'894'480.-. Or, la recourante n'a pas démontré en quoi ce raisonnement, conforme aux pièces figurant au dossier, serait critiquable, pas plus qu'elle n'a établi, ni même allégué, que, contrairement à ce qu'a retenu le TAPI, la limite de crédit aurait été atteinte.

Le courriel du G_____ du 22 septembre 2021 versé à la procédure à la suite de l'audience devant la chambre administrative, dans lequel G_____ indiquait pouvoir envisager une augmentation des crédits hypothécaires pour effectuer des travaux dans les immeubles gagés et soulignait que les augmentations hypothécaires pour besoins privés n'étaient pas applicables dans le dossier, ne permet pas d'aboutir à une conclusion différente. Il concerne en effet toujours uniquement G_____. À cet égard, si le représentant de la recourante a indiqué lors de l'audience avoir depuis approché d'autres établissements et toujours essuyé des refus, aucune pièce prouvant cette allégation n'a été produite par la suite.

Quant à l'audition du témoin sollicité par la recourante, elle n'a apporté aucun élément nouveau, étant tout de même relevé que ce dernier, actif dans le domaine bancaire depuis au moins 2001, n'a pas pu confirmer qu'il y avait des directives particulières concernant les prêts aux entreprises acquises dans l'hôtellerie, ce qui contredit l'affirmation de la recourante selon laquelle l'octroi restrictif de crédits dans ce domaine était notoire.

Au vu de ce qui précède, la recourante n'a pas démontré qu'un tiers indépendant ne lui aurait pas accordé un prêt garanti par gage immobilier à un taux inférieur à celui appliqué aux prêts de ses actionnaires et proches. La confirmation par l'instance précédente du taux de 2 % appliqué par l'autorité

intimée est dès lors conforme au droit, de sorte que la reprise au titre d'intérêts excessifs et donc de prestation appréciable en argent de CHF 55'562.- doit être confirmée.

Dans ces circonstances, le recours, mal fondé, sera rejeté.

8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.-, comprenant les frais d'indemnisation du témoin de CHF 97.-, sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 avril 2021 par A_____ SA contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 mars 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 2'000.-, comprenant les frais d'indemnisation du témoin de CHF 97.-, à la charge de A_____ SA ;

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 Me Antoine Berthoud, avocat de la recourante, à l'administration fiscale cantonale ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :