RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4157/2019-ICCIFD **ATA/1105/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 19 octobre 2021

4ème section

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

A_____ SA
représentée par Berney Associés SA, mandataire

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 28 septembre 2020 (JTAPI/826/2020)

EN FAIT

1) Selon le registre du commerce de Genève, A_____ SA (ci-après : la SI) a pour but l'acquisition, la possession, l'exploitation et la vente d'immeubles dans le canton de Genève.

2) Elle est propriétaire d'un immeuble locatif sis rue B_____, à C_____, dans lequel réside son actionnaire, Madame D_____.

3) Selon l'extrait du registre foncier du canton de Genève, l'immeuble est grevé de deux cédules hypothécaires qui ont été remises en nantissement à E_____ afin de garantir un emprunt contracté par l'actionnaire.

4) Le 15 août 2018, la SI a déposé sa déclaration fiscale 2017.

5) Dans son compte de résultat 2017, elle a fait état d'un montant de CHF 13'120.- intitulé « autres produits ». Ce montant se compose de CHF 12'000.- correspondant à une commission sur cédule au taux de 0,5 % auxquels s'ajoutent des intérêts sur le compte courant actionnaire de CHF 1'120.-.

Il résulte de l'annexe aux comptes que le montant de l'emprunt garanti par les cédules hypothécaires s'élève à CHF 2'400'000.-.

6) Par bordereaux datés du 25 octobre 2018, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a notifié à la SI des bordereaux et avis de taxation portant sur l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) et l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) 2017. Elle a effectué une reprise de CHF 1'079.- dans son bénéfice au titre d'intérêts insuffisants sur un prêt accordé à l'actionnaire, ainsi qu'un redressement de CHF 22'880.- concernant une commission de nantissement insuffisante.

7) Le 15 novembre 2018, la SI a élevé réclamation à l'encontre des bordereaux de taxation ICC et IFD pour la période fiscale 2017.

La commission de nantissement au taux de 1,5 % qu'elle aurait dû, selon l'AFC-GE, percevoir sur le montant de CHF 2'400'000.- ne se justifiait plus compte tenu des taux d'intérêts pratiqués. Si elle avait contracté un emprunt et prêté cette somme à son actionnaire, elle aurait dû prendre une marge de 0,5 % selon la pratique de l'AFC-GE. Dès lors, la remise d'une cédule hypothécaire devait être rémunérée de la même manière, avec pour conséquence que le taux de 0,5% utilisé pour la comptabilisation de la commission de nantissement de CHF 12'000.- sur l'exercice 2017 était correct.

La réclamation portait également sur des intérêts insuffisants, point qui n'est plus litigieux.

8) Par décisions du 17 octobre 2019, l'AFC-GE a admis la réclamation en tant qu'elle concernait les intérêts insuffisants et l'a rejetée en tant qu'elle avait trait à la commission de nantissement.

Une société pouvait remettre des cédules hypothécaires en garantie d'un emprunt hypothécaire souscrit par son actionnaire auprès de l'établissement bancaire nanti. Par mesure de simplification, l'information n° 5/92 de l'AFC-GE du 22 décembre 1992 intitulée « engagements hors bilan des sociétés immobilières » (ci-après : l'information n° 5/92), avait fixé la commission de garantie devant revenir à la société à 1.5 % de la valeur des engagements contractés par celle-ci. En l'occurrence, la SI aurait dû prélever un montant de CHF 36'000.- et non de CHF 12'000.-. Dès lors, le montant de la reprise à titre de commission de nantissement insuffisante s'élevait à 24'000.-, et le bénéfice net imposable passait de CHF 212'873.- à CHF 212'914.-.

Le même jour, l'AFC-GE a notifié à la SI des bordereaux de taxation rectificatifs.

9) Le 8 novembre 2019, la SI a interjeté recours devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) en concluant à ce que la commission de nantissement soit admise à concurrence de CHF 12'000.- et à ce que son bénéfice soit fixé à CHF 188'914.-. Elle a repris, en les développant, les arguments exposés dans sa réclamation.

La commission de nantissement se rapportait à une cédule hypothécaire grevant un immeuble mis à disposition de l'actionnaire. Son taux d'intérêt se fondait sur la lettre-circulaire de l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH) du 13 février 2017 intitulée « taux d'intérêt 2017 admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses » (ci-après : la lettre-circulaire 2017). Dès lors que l'intérêt effectif du prêt hypothécaire avait déjà été supporté par l'actionnaire, seule une marge de 0,5 % avait été prélevée. La société n'était ainsi pas appauvrie.

La décision de l'AFC-GE se basait sur l'information n° 5/92, qui fixait la commission de garantie qui revenait à une société à un taux minimum de 1,5 % des engagements contractés par celle-ci. Or, les taux d'intérêts avaient fortement diminué depuis l'année de la publication de cette information fiscale (1992). De plus, le prêt contracté par l'actionnaire représentait 37,68 % de la valeur des actions ou encore 27,58 % de la valeur fiscale de l'immeuble. Ainsi, le montant de l'emprunt restait en-dessous d'un prêt à concurrence de 65 à 70 % de la valeur vénale des immeubles que devait pouvoir obtenir un actionnaire. Le taux de 1,5 % apparaissait ainsi disproportionné.

10) L'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

La lette-circulaire 2017 dont se prévalait la contribuable n'avait pas été conçue pour déterminer l'admissibilité des taux des commissions de nantissement et s'avérait ainsi inapplicable au cas d'espèce.

C'était à tort que l'intéressée soutenait que, lorsque le prêt représentait moins de 65 à 70 % de la valeur de l'immeuble, il convenait de prendre en considération un taux d'intérêt différent de celui prévu par l'information n° 5/92. La remise par une société immobilière de son immeuble en garantie d'un prêt accordé à son actionnaire par une banque correspondait à une prestation ressemblant au cautionnement de la dette d'un tiers. Une société immobilière n'accordait pas une telle prestation à un tiers non actionnaire. Le calcul simplifié préconisé par l'information n° 5/92, consistant à fixer la commission de garantie qui revenait à la société à 1,5% des engagements contractés par celle-ci, permettait d'apprécier assez précisément le coût que cette prestation représentait dans le cas d'espèce, selon les conditions du marché entre tiers indépendants.

Lorsqu'une société immobilière fournissait son immeuble en garantie d'un prêt hypothécaire consenti par une banque à son actionnaire, la fourniture de cette garantie ne respectait pas le principe de pleine concurrence si ladite société n'obtenait pas de son actionnaire une rémunération égale à celle qu'un tiers aurait exigé pour la même prestation. En facturant la mise en gage de son immeuble pour garantir la dette de son actionnaire envers E_____ à un taux de 0,5 % de cette dette, la SI prétendait que le coût de la fourniture d'une telle garantie entre tiers indépendants s'élevait à 0,5 % du montant du prêt. Pour démontrer que le calcul simplifié préconisé par l'information n° 5/92 aurait abouti à un résultat non conforme aux prix du marché, elle aurait dû prouver qu'une société de cautionnement, ou un tiers indépendant, aurait accepté de cautionner la dette de son actionnaire en étant rémunérée à concurrence de 0,5 % de cette dette. Or, elle n'avait pas apporté une telle preuve.

La Confédération soutenait quatre sociétés de cautionnement, qui facturaient une prime de risque de 1.25 %, à laquelle s'ajoutait 0,3 % correspondant au coût de souscription d'une assurance collective « risque pur ». Les tarifs d'une société coopérative représentaient donc 1,55 % du montant du crédit garanti, soit davantage que le taux de 1,5 % prévu par l'information n° 5/92.

La mise en gage de son immeuble par la SI avait procuré à son actionnaire un avantage correspondant à la différence entre l'intérêt sur un crédit non garanti et l'intérêt plus bas qu'elle avait obtenu. Or, les taux d'intérêts directeurs fixés par la banque nationale n'avaient que peu d'influence sur cette différence. Ainsi qu'il résultait des lettres-circulaires de l'AFC-CH, entre 1992 et 2017, la différence entre les taux d'intérêt applicables aux crédits immobiliers et ceux relatifs aux crédits d'exploitation n'avait varié en moyenne que de 1.87 %, soit plus que le taux de 1,5 % préconisé par l'information n° 5/92. Cette différence représentait la valeur de la prestation dont avait bénéficié l'actionnaire.

11) Dans sa réplique, la SI a relevé que la comparaison présentée par l'AFC-GE avec les différentes sociétés de cautionnement n'était pas fondée. En effet, dans le cadre de cautionnements, l'office de cautionnement assumait un risque de 100 % dans l'hypothèse où le débiteur ne remboursait pas le prêt. Or, dans le cas présent, le débiteur du prêt était également l'actionnaire de la société. Ainsi, « dans le pire des cas », l'immeuble aurait pu être vendu et le prix de vente aurait permis de verser un dividende suffisant à l'actionnaire pour rembourser le prêt. La société assumait donc un risque moindre, ce qui justifiait une prime de risque moins élevée.

En outre, elle déployait une activité de gestion de fortune immobilière. Sur la base des taux fixés dans la lettre-circulaire 2017, le taux d'intérêt admissible sur un prêt d'exploitation de CHF 2'400'000.- s'élevait, pour les sociétés de gérance de fortune, à 1,48 %. Le taux d'intérêt admissible sur un crédit immobilier égal à la première hypothèque s'élevant à 1 %, la différence entre ces deux taux était de 0,48 %. Ce taux correspondait à celui qui avait été fixé pour la commission facturée.

12) Dans sa duplique, l'AFC-GE a souligné que la valeur de la prestation devait être déterminée en fonction de l'avantage retiré par l'actionnaire et non pas seulement en fonction du risque encouru par la société.

Compte tenu de son but social – soit l'acquisition, la possession, l'exploitation et la vente d'immeubles –, la SI était bien une société immobilière et non de gestion de fortune. Il convenait dès lors de prendre en considération les taux des crédits d'exploitation indiqués par l'AFC-GE et non les taux applicables à une société de gestion de fortune.

La SI ne courrait pas moins de risques qu'une société de cautionnement sous prétexte qu'elle avait garanti un prêt hypothécaire accordé à son actionnaire.

13) Par jugement du 28 septembre 2020, le TAPI a admis partiellement le recours et renvoyé le dossier à l'AFC-GE pour nouvelles décisions de taxation en matière d'ICC et d'IFD 2017, la reprise d'impôts devant être ramenée de CHF 24'000.- à CHF 2'000.-.

La SI avait remis en nantissement à un établissement bancaire deux cédules hypothécaires grevant son immeuble, en garantie d'un emprunt souscrit par son actionnaire. Aucune entreprise commerciale n'aurait octroyé gratuitement une telle garantie. Dès lors, il convenait de déterminer si la commission rémunérait correctement la société pour la prestation fournie à son actionnaire.

En principe, le taux d'intérêt appliqué à une dette garantie par gage était plus bas que celui appliqué à une dette chirographaire. En obtenant une garantie de la part de la société, l'actionnaire avait ainsi économisé des charges d'intérêts. La SI

avait octroyé une prestation appréciable en argent à son actionnaire du fait qu'elle n'avait pas exigé, pour la mise à disposition des cédules, une rémunération suffisante, qui dépendait de la différence de taux d'intérêt entre un prêt obtenu sans garantie et un prêt accordé avec nantissement.

Le montant de la rémunération ne se déterminait pas en fonction du taux d'intérêt admissible pour les prêts accordés aux actionnaires. L'information n° 5/92 n'apparaissait pas suffisamment précise. En revanche, les lettres-circulaires de l'AFC-CH indiquaient les deux catégories de taux susmentionnés. Il convenait dès lors de déterminer l'existence d'une éventuelle prestation appréciable en argent sur la base de ces directives, étant précisé que la SI devait être considérée comme une société immobilière et non comme une société de gestion de fortune. Le prix du marché équivalait à la différence entre le coût d'un crédit immobilier et le coût d'un crédit chirographaire, soit CHF 14'000.- pour un prêt de CHF 2'400'000.- selon un calcul basé sur la lettre-circulaire 2017. La commission de nantissement facturée par la SI à son actionnaire, qui se chiffrait à CHF 12'000.-, aurait ainsi dû s'élever à CHF 14'000.- au minimum. La différence entre ces deux montants, soit CHF 2'000.-, constituait dès lors une prestation appréciable en argent.

14) Par acte posté le 29 octobre 2020, l'AFC-GE a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation ainsi qu'à la confirmation de ses propres décisions sur réclamation ICC et IFD 2017 du 17 septembre 2019.

L'information n° 5/92 était suffisamment précise pour être appliquée au cas d'espèce. En effet, même si le taux de 1,5 % – prévu dans cette information – sur le montant du prêt garanti avait été fixé longtemps auparavant, il représentait encore la différence moyenne entre le taux d'un crédit non garanti et le taux d'un crédit garanti par un immeuble. Dans une affaire identique, l'administration fiscale du canton de Neuchâtel avait également appliqué un taux de 1,5 %. La société immobilière concernée avait ensuite contesté ce taux par-devant le Tribunal fédéral, qui avait confirmé son application. Depuis cet arrêt, la Haute Cour n'avait a priori pas modifié le taux applicable de 1,5 %.

Le TAPI n'avait pas indiqué si la prestation accordée par la SI à son actionnaire pouvait être comparée au cautionnement de la dette d'un tiers. Or, le principe de pleine concurrence impliquait de comparer le coût de la prestation effectuée avec celui d'une prestation comparable effectuée entre tiers indépendants. Aucune comparaison avec le cautionnement n'avait été effectuée dans le jugement entrepris, ce qui contrevenait à la loi ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux prestations appréciables en argent.

Le montant auquel une commission de garantie devait être fixé devait correspondre à la valeur moyenne de l'avantage concédé par une société à son actionnaire. Cette valeur correspondait à la différence moyenne entre le taux applicable à un crédit immobilier et le taux applicable à un crédit personnel non garanti et était donc applicable à toutes les années de validité de la garantie fournie. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'exprimer la différence moyenne entre le taux d'un crédit immobilier et celui d'un crédit personnel non garanti. Les lettres-circulaires de l'AFC-CH concernaient les prêts accordés par une société à ses actionnaires ainsi que les prêts accordés par des actionnaires à leur société. Dès lors, elles ne pouvaient être utilisées pour estimer les taux pratiqués par les banques pour des crédits personnels non garantis que celles-ci accordaient à des personnes physiques.

Si, par impossible, la lettre-circulaire 2017 devait néanmoins trouver application, le TAPI l'avait appliquée de façon incorrecte dans la mesure où il avait confondu la valeur vénale de l'immeuble avec le montant du prêt garanti. En application de cette lettre-circulaire, la différence de coût entre un crédit immobilier et un crédit chirographaire s'élevait en réalité à CHF 20'000.- pour un prêt de CHF 2'400'000.-, ce qui représenterait une commission de 0,83 % du montant du prêt et non de 0,58 % comme l'avait indiqué le TAPI. Néanmoins, même une commission de 0,83 % demeurait insuffisante pour rémunérer correctement la prestation fournie par la SI à son actionnaire, dont la valeur réelle représentait au minimum 1,5 % du montant du prêt.

15) Le 6 novembre 2020, le jugé délégué a invité les parties intimées à lui transmettre leurs observations sur le recours au plus tard le 18 décembre 2020.

16) Aucune des parties intimées ne s'est manifestée.

17) Le 11 février 2021, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 26 février 2021 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

18) Aucune des parties ne s'étant manifestée, celles-ci ont été informées que la cause était 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 ; art. 7 al. 2 de la loi sur la procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17 ; art. 145 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 - LIFD - RS 642.11).

2) a. Le litige concerne l'ICC et l'IFD pour l'année fiscale 2017 de la société intimée.

b. Par ailleurs, la question étant traitée de la même manière en droit fédéral et en droit cantonal harmonisé, le présent arrêt traite simultanément des deux impôts, comme l'admet la jurisprudence (ATF 135 II 260 consid. 1.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_662/2014 du 25 avril 2015 consid. 1 et 2C_394/2013 du 24 octobre 2013 consid. 1.1).

3) Le litige s'inscrit dans le cadre d'une reprise de CHF 24'000.- – ramenée à CHF 2'000.- par le TAPI – effectuée, pour la période fiscale 2017, par l'AFC-GE à titre de commission de nantissement insuffisante sur le prêt accordé par une banque à l'actionnaire de la société intimée et garanti par deux cédules hypothécaires mises à disposition de l'actionnaire de ladite société. La reprise a pour effet d'augmenter le bénéfice net imposable. Selon la recourante, le taux appliqué par la contribuable est trop bas, de sorte que les intérêts supplémentaires que son actionnaire aurait dû lui payer constituent une prestation appréciable en argent (ou distribution dissimulée de bénéfice).

4) a. Aux termes de l'art. 57 LIFD, l'impôt sur le bénéfice a pour objet le bénéfice net. Selon l'art. 58 al. 1 LIFD, le bénéfice net imposable comprend notamment le solde du compte de résultats (let. a), ainsi que tous les prélèvements opérés sur le résultat commercial avant le calcul du solde du compte de résultats, qui ne servent pas à couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial (let. b). Au nombre de ces prélèvements figurent les distributions dissimulées de bénéfice et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial (let. b 5ème tiret).

Selon l'art. 24 al. 1 let. a de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14), l'impôt sur le bénéfice a pour objet l'ensemble du bénéfice net, y compris les charges non justifiées par l'usage commercial, portées au débit du compte de résultats. Cette règle est concrétisée en droit genevois par l'art. 12 let. a et d de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM – D 3 15), qui correspond sur ce point à l'art. 58 al. 1 let. a et b LIFD.

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 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_181/2020 du 10 août 2020 consid. 5.2 ; 2C_674/2015 du 26 octobre 2017 consid. 7.1 ; 2C_124/2016 du 31 janvier 2017 consid. 6.1). 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 précité consid. 4.1 ; 138 II 57 consid. 2.2).

Les formes d'apparition des prestations appréciables en argent sont multiples. Elles peuvent être réalisées par un accroissement injustifié des frais généraux (salaire excessif, paiement d'intérêts disproportionnés pour un prêt de l'actionnaire, rémunération trop importante d'un service rendu par l'actionnaire), ou par une comptabilisation insuffisante d'un produit (la société n'exige pas une contre-prestation appropriée pour un service rendu à l'actionnaire). Elles peuvent également apparaître sous la forme d'une diminution exagérée d'actifs (acquisition d'actifs sans valeur, octroi d'un prêt dont le remboursement n'est pas concevable, renonciation à une créance) ou d'un accroissement de passifs (la société se reconnaît débitrice pour une prestation qu'elle n'a jamais reçue ; ATA/876/2018 du 28 août 2018 et les références citées).

Dans un arrêt non publié daté du 16 juillet 1996, le Tribunal fédéral a considéré que la mise à disposition de cédules hypothécaires par une société immobilière à ses actionnaires pour garantir un prêt bancaire constituait une prestation appréciable en argent, dès lors que la rémunération que la société recevait en échange de cette mise à disposition n'était pas conforme au marché (RDAF 1997 II 483 ; Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 5ème éd., 2021, n. 54 p. 277). Cette rémunération doit correspondre à la différence de taux d'intérêt entre un prêt en blanc et le prêt avec nantissement des cédules (RDAF 1997 II 483 ; Robert DANON, in Yves NOËL/Florence AUBRY GIRARDIN, Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2017, n. 225 ad art. 57, 58 LIFD).

5) 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 ; ATA/1223/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3c).

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/1223/2020 précité consid. 3d et les références citées).

b. 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).

6) a. Les points de vue des parties divergent sur la façon de calculer la différence de taux d'intérêt entre un prêt en blanc et le prêt avec nantissement des cédules.

Alors que la SI et le TAPI soutiennent que ce calcul doit être basé sur les lettres-circulaires de l'AFC-CH, la recourante estime quant à elle que l'information n° 5/92 trouve application.

b. L'AFC-CH édicte chaque année des directives sur les taux d'intérêts 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'intérêts de prêts conclus en francs suisses entre des sociétés et leurs actionnaires ou associés – ou leurs proches – (ATF 140 II 88 consid. 5.1).

La lettre-circulaire de l'AFC-CH porte sur le taux d'intérêt admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses, et vise à faciliter le calcul des prestations appréciables en argent. S'agissant des prêts des actionnaires ou associés, elle fixe des taux d'intérêts maximums (chiffre 2 de la lettre-circulaire de 2017). D'après cette directive, lorsqu'une société accorde des avances ou des prêts sans intérêt ou contre un intérêt insuffisant à ses porteurs de parts ou à des tiers qui leur sont proches, elle leur concède une prestation appréciable en argent. Il en va de même lorsqu'une société paie des intérêts à un taux surfait sur les créances détenues par les porteurs de droits de participation ou par des tiers qui leur sont proches (ATA/64/2020 du 21 janvier 2020 consid. 2a).

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que, même si ladite lettre-circulaire de l'AFC-CH est une directive interne à l'administration ne liant ni le contribuable, ni l'autorité de taxation, ni les tribunaux, elle tend à une application uniforme et égale du droit, de sorte qu'elle n'est écartée que si elle ne traduit pas une concrétisation convaincante des dispositions légales applicables (ATF 140 II 88 consid. 5.1.2 et les arrêts cités). Le but de cette directive est de simplifier la mise en œuvre du principe de pleine concurrence en relation avec les taux d'intérêts de prêts conclus en francs suisses entre des sociétés et leurs actionnaires ou associés ou leurs proches (ATF 140 II 88 consid. 5.1). 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. L'information n° 5/92 concerne le traitement fiscal à appliquer aux sociétés qui engagent leur patrimoine en faveur de leurs actionnaires sans exiger de la part de ces derniers une rémunération adéquate pour leur intervention (ATA/175/2001 du 13 mars 2001 consid. 5). Selon cette information, la commission qui revient à une société du fait de la constitution de garanties réelles ou personnelles pour rémunérer le risque qu'elle encourt doit être portée au montant qu'exigerait un tiers pour couvrir le même risque. À la commission de 1,2 % qui devrait être calculée sur le montant du prêt qu'aurait obtenu l'actionnaire en remettant en nantissement

les seules actions de la société devrait s'ajouter un intérêt sur crédit en blanc pour le montant correspondant à la différence entre le prêt obtenu par l'actionnaire par la constitution de garantie sur l'immeuble et celui qui aurait été obtenu par la mise en gage des actions. Le risque encouru par la société justifie pleinement une rémunération appropriée. Néanmoins, le calcul de cette rémunération selon l'approche économique précitée poserait de nombreux problèmes, tant aux contribuables concernés qu'aux autorités fiscales. Ainsi, par mesure de simplification, l'administration a décidé de renoncer à la reprise de la différence d'intérêt sur le crédit en blanc et de fixer la commission de garantie qui revient à la société à 1,5 % des engagements contractés par celle-ci.

d. Dans une affaire similaire à la présente cause, le Tribunal administratif de Neuchâtel, se référant à l'information n° 5/92, a eu l'occasion de préciser que la fixation du taux de 1,5 % tenait compte de manière adéquate des principaux critères déterminants, à savoir l'avantage retiré par l'actionnaire par l'augmentation de ses possibilités d'obtenir des crédits, le taux pratiqué par les banques dans le cas d'un cautionnement (sans couverture), lequel était de l'ordre de 1.2 %, et les risques particuliers que la société assumait du fait du nantissement, par son actionnaire, de cédules grevant ses propres immeubles (TA.1995.138 du 18 décembre 1995, consid. 2b, confirmé par le Tribunal fédéral le 16 juillet 1996 dans un arrêt non publié = RDAF 1997 II 483).

e. L'information n° 5/92 concerne le cas particulier des engagements hors bilan des sociétés immobilières alors que les lettres-circulaires de l'AFC-CH visent à faciliter le calcul des prestations appréciables et à simplifier la mise en œuvre du principe de pleine concurrence. Or, bien que ces dernières mentionnent les deux catégories de taux qui permettent de déterminer le montant de la rémunération suffisante de l'avantage accordé par une société à son actionnaire du fait de la mise à disposition de ce dernier de cédules hypothécaires en vue de garantir un emprunt, elles ne tiennent pas compte des principaux critères déterminants qui ont amené les autorités fiscales genevoises à fixer le taux de 1,5 % et ne visent pas le cas particulier des engagements hors bilan des sociétés immobilières. Elles ne peuvent dès lors pas être utilisées pour évaluer les taux pratiqués par les banques pour des crédits personnels non garantis que ces dernières accordent à des personnes physiques. En outre, le taux d'intérêt du prêt avec nantissement des cédules, qui est l'une des composantes du calcul permettant de déterminer le montant de la rémunération suffisante de la société, ne saurait être calculé sur la base d'un taux théorique prévu par les lettres-circulaires dans la mesure où il s'agit précisément du taux d'intérêt du prêt qu'obtient l'actionnaire d'une société immobilière en remettant à la banque les cédules hypothécaires. Il est donc connu et précis et doit être intégré au calcul du montant de ladite rémunération. Il convient également de préciser que, dans l'affaire neuchâteloise susmentionnée (TA.1995.138 précité), le Tribunal fédéral a confirmé que les lettres-circulaires de l'AFC-CH ne s'appliquaient pas pour déterminer le montant de la rémunération de

l'avantage accordé par une société à son actionnaire lorsque cette dernière mettait à sa disposition des cédules hypothécaires pour garantir un prêt bancaire qui leur était accordé (RDAF 1997 II 483).

Compte tenu de ce qui précède, la lettre-circulaire 2017 est inapplicable au cas d'espèce.

L'information n° 5/92 trouve quant à elle application dans la mesure où elle règle la situation particulière, comme celle du cas d'espèce, des engagements hors bilan des sociétés immobilières. La SI remet en cause son application car elle considère que cette information ne correspond plus à la réalité économique. Il convient néanmoins de préciser que le calcul de l'administration fiscale est fondé sur le fait que, dans le cas d'un cautionnement par une banque, celle-ci perçoit une commission de 1,2 % l'an (TA.1995.138 précité consid. 2b), à laquelle devrait s'ajouter un intérêt sur crédit en blanc. Pour exclure l'application de cette information, la SI aurait dû prouver que les banques perçoivent désormais une commission à un taux inférieur à 1,2 % l'an, ce qu'elle n'a pas fait. Elle prétend, certes, que les taux d'intérêts ont fortement diminué depuis la publication de l'information n° 5/92 mais n'évoque en rien les taux pratiqués actuellement par les banques dans le cadre d'un cautionnement. Dès lors, il convient de retenir qu'elle n'a pas prouvé que l'information n° 5/92 ne correspondait plus à la réalité économique.

7) Dans le cadre de la fixation de la commission de nantissement, la SI n'a pas respecté le taux d'intérêt de 1,5 % indiqué dans l'information n° 5/92 dans la mesure où elle a fixé un taux nettement inférieur à ce dernier (0,5 %). Cette situation crée une présomption réfragable d'existence de prestation appréciable en argent, qui renverse le fardeau de la preuve en défaveur de la SI.

Dans le domaine des engagements hors bilan des sociétés immobilières, une société immobilière n'accorde pas de prestation appréciable en argent à son actionnaire lorsqu'elle exige, pour la mise à disposition des cédules, une rémunération correspondant à la différence de taux d'intérêt entre un prêt en blanc et le prêt avec nantissement des cédules. Dès lors que la SI connaissait le taux d'intérêt du prêt avec nantissement des cédules accordé par la banque à son actionnaire, taux qu'elle n'a au demeurant pas communiqué, elle avait la possibilité de fixer une rémunération conforme au prix du marché en déterminant le taux d'intérêt qui aurait été fixé sur un prêt sans garantie. Or, elle n'a pas cherché à évaluer ce dernier taux et s'est limitée à soutenir que celui utilisé pour la comptabilisation de la commission de nantissement – 0,5 % – était correct. Faute pour elle d'avoir prouvé que la rémunération correspondait à la différence de taux d'intérêt entre un prêt en blanc et le prêt avec nantissement des cédules, ce qui lui incombait dès lors que le fardeau de la preuve était renversé, elle aurait dû fixer le taux d'intérêt de la commission de nantissement à 1,5 % – soit le taux prévu par l'information n° 5/92 – pour exclure l'existence d'une prestation appréciable en

argent. En fixant le taux d'intérêt de la commission de nantissement à 0,5 %, elle a ainsi octroyé à son actionnaire une prestation appréciable en argent d'un montant de CHF 24'000.-, conformément aux décisions sur réclamation des autorités fiscales du 17 septembre 2019.

Dans ces circonstances, en particulier faute pour la SI d'avoir réussi à démontrer le respect du principe de pleine concurrence et à renverser la présomption réfragable de l'existence d'une prestation appréciable en argent, c'est à juste titre que les autorités fiscales ont décidé d'appliquer le taux d'intérêt de 1,5 % prévu par l'information n° 5/92.

Il s'ensuit que le recours sera admis.

Le jugement entrepris sera par conséquent annulé et les décisions litigieuses de l'AFC-GE rétablies.

8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 700.- sera mis à la charge de la SI, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Malgré cette issue, aucune indemnité de procédure ne sera allouée, l'autorité recourante ayant recouru dans son propre intérêt et disposant d'un service juridique propre (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 octobre 2020 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 28 septembre 2020 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 28 septembre 2020 ;

rétablit les décisions sur réclamation de l'administration fiscale cantonale du 17 septembre 2019 ;

met à la charge de A_____ SA un émolument de CHF 700.- ;

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 A_____ SA, soit pour elle Berney Associés SA, mandataire, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Tombesi, 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 :