

du 13 mars 2001

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE GENEVOISE

_____ contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE D'IMPÔTS

et

SI M_____

représentée par la Société Fiduciaire Suisse

EN FAIT

1. La SI M_____, dont le siège social est à Genève (ci-après: la SI) est propriétaire d'un immeuble locatif situé _____ à Genève (ci-après: l'immeuble).
2. Le fonds de placement immobilier F_____ Série ancienne (ci-après: F_____) détient le 100% du capital-actions de la SI.
3. Le 22 décembre 1992, l'administration fiscale cantonale (ci-après: l'AFC) a édicté une information no 5/92 concernant les engagements hors bilan des sociétés immobilières. La directive jointe à l'information prévoit le prélèvement d'une commission de garantie auprès des sociétés immobilières qui permettent à leurs actionnaires d'obtenir des crédits en leur faveur auprès des banques en nantissant des cédules hypothécaires grevant les immeubles desdites sociétés immobilières.

Le taux applicable aux engagements hors bilan pour calculer la commission de garantie a été fixé comme suit:

1992 (ICC 1993 - IFD 1993-1994)	0,75%
1993 (ICC 1994 - IFD 1995-1996)	1,00%
1994 (ICC 1995 - IFD 1995-1996)	1,25%
1995 (ICC 1996 - IFD 1997-1998)	1,50%
4. Dans son bilan au 31 décembre 1995, la SI a mentionné sous "engagement hors bilan" une somme de CHF 1'000'000.- correspondant à une cédule hypothécaire grevant l'immeuble.
5. Dans sa déclaration fiscale pour la période fiscale 1995, la SI a indiqué sous "dettes provenant de prêts", une dette de CHF 3'153'315.- au 1er janvier 1996, en faveur de F_____. Les intérêts courus en 1995 étaient de CHF 166'340.-
6. Le 27 mars 1997, l'AFC a notifié à la SI un bordereau relatif à l'exercice fiscal 1995. L'impôt s'élevait selon le décompte période transitoire à 96'211,30.-. Selon le nouveau droit, il s'élevait à 75'841,50.- non compris l'impôt immobilier complémentaire de CHF 20'349,80.-

L'impôt était calculé sur la base d'un bénéfice imposable de CHF 291'749.- et d'un capital imposable de CHF 7'720'619.- au taux de 7'352'169.-.

7. Le 21 avril 1997, la SI a réclamé contre le décompte période transitoire au motif que l'AFC n'avait pas pris en considération, dans la détermination du capital propre de la SI, la provision pour réparations futures de CHF 800'000.-.

8. Le 28 août 1998, l'AFC a admis la réclamation de la SI et rectifié le bordereau de taxation.

9. L'impôt s'est élevé à 94'751,40.-, calculé sur la base d'un bénéfice imposable de CHF 306'749.- et d'un capital imposable de CHF 6'920'919.- au taux de CHF 6'952'319.-.

Pour fixer le bénéfice imposable, l'AFC a procédé à une reprise de CHF 15'000.- (1'000'000.- au taux de 1,50%), et correspondant à une commission de garantie sur les engagements hors bilan au 31 décembre 1995.

10. Par acte du 18 septembre 1998, la SI, représentée par Interfonds, Division fonds Immobiliers, à Bâle, a interjeté recours auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôts (ci-après: la commission) en contestant la reprise de CHF 15'000.- sur le bénéfice imposable et a conclu à ce que l'impôt soit ramené à un montant de CHF 92'646,30.-.

11. Le 28 janvier 1999, l'AFC a sollicité de la SI des informations concernant le financement de F_____ "auprès d'une banque ou d'une institution financière, à concurrence de CHF 1'000'000.-, en mettant en nantissement la cédule hypothécaire de la société immobilière".

12. Par courrier du 16 février 1999, la SI, par l'entremise de UBS Fund Management (Switzerland) S.A. a répondu "Notre fonds de placement immobilier F_____ série ancienne est en possession de la SI et de 55 autres sociétés immobilières. Pour faciliter les choses nous avons cédé toutes les cédules hypothécaires des différentes sociétés immobilières à l'UBS à Bâle afin de recevoir une limite pour un crédit hypothécaire global. Ce crédit hypothécaire figure ainsi globalement au passif du Fonds de placement. Suivant l'article 663b du CO nous sommes tenus de mentionner les cédules hypothécaires en annexe du bilan".

13. Le 21 avril 1999, l'AFC a conclu au rejet du recours interjeté par la SI auprès de la commission. En substance elle a invoqué l'application de l'information no 5/92 du 22 décembre 1992 à la SI, dans la mesure où F_____ avait bénéficié de la cédule hypothécaire grevant l'immeuble, qu'il était actionnaire de la SI, et qu'il avait pu obtenir un prêt auprès de l'UBS en nantissant ladite cédule.
14. Par courrier du 12 mai 1999, la SI, sous la plume de son nouveau mandataire, la Société Fiduciaire Suisse, à Genève, a écrit à la commission après avoir pris connaissance de la réponse de l'AFC. Elle a précisé que F_____ avait reçu une cédule hypothécaire de CHF 1'000'000.- grevant l'immeuble, en garantie partielle d'un prêt accordé à la SI de CHF 3'135'315.20.-. L'information no 5/22 du 22 décembre 1992 n'était pas applicable à la SI car d'une part le prêt octroyé par l'actionnaire F_____ à la SI était supérieur à la garantie de CHF 1'000'000.- remise par la SI et d'autre part, la dette de la SI de CHF 3'135'315.20.- n'était pas une dette étrangère à la SI mais au contraire une dette propre à la SI. Enfin, F_____ agissait comme n'importe quel créancier hypothécaire.
15. Le 22 juin 2000, la commission a admis le recours formé par la SI contre la décision de l'AFC du 28 août 1998. La SI_ avait mis à disposition de son actionnaire F_____ une cédule hypothécaire de CHF 1'000'000.- grevant l'immeuble. Ladite cédule avait été remise en nantissement pour en garantir un prêt accordé par l'actionnaire F_____ à la SI. La dette s'élevait à CHF 3'135'315.30.-. Ainsi, l'information no 5/22 du 22 décembre 1992 ne s'appliquait pas car le prêt octroyé était directement en faveur de la SI et non de son actionnaire. Il ne s'agissait pas d'une prestation fournie gratuitement à un actionnaire selon l'art. 12 lit. h de la loi sur l'imposition des personnes morales (LIPM - D 3 1,3).
16. Par acte du 21 juillet 2000, l'AFC a recouru auprès du Tribunal de céans contre la décision de la commission. En substance, l'AFC a fait valoir d'une part que F_____ avait obtenu un avantage réel en cédant la cédule hypothécaire de CHF 1'000'000.- grevant l'immeuble à l'UBS dans la mesure où il avait pu obtenir des conditions de crédits hypothécaires plus favorables. D'autre part, la SI encourait un risque vis-à-vis de la

banque prêteuse en cas d'insolvabilité de F_____. L'avantage accordé par la SI à son actionnaire devait être par conséquent considéré comme une prestation appréciable en argent devant faire l'objet d'une contre-prestation sous la forme d'une commission. A ce titre, le taux de 1,50% n'était pas trop élevé. L'AFC a conclu à l'annulation de la décision de la commission et à la confirmation de sa décision du 28 août 1998.

17. Le 31 juillet 2000, La commission a persisté dans les considérants et le dispositif de sa décision.
18. Dans sa réponse du 21 août 2000, la SI a conclu au rejet du recours. Elle a notamment invoqué le fait que la remise en garantie de la cédule hypothécaire par la SI à F_____ ne représentait pas un avantage réel pour le créancier hypothécaire mais seulement une garantie partielle de son prêt. La manière dont le créancier hypothécaire se refinançait pour les prêts accordés ne concernait pas l'autorité de taxation du bénéficiaire du prêt. Les intérêts versés par la SI à F_____, admis par l'AFC, étaient calculés en fonction des taux des crédits immobiliers, taux inférieurs aux taux des crédits dits "d'exploitation". A ce titre il était normal que F_____ puisse se refinancer auprès de l'UBS en obtenant des conditions de prêts aux taux des crédits hypothécaires. Il n'y avait pas de risque pour la SI en cas d'insolvabilité de F_____, car il y aurait seulement changement de créanciers, la banque se substituant à F_____ pour un montant de CHF 1'000'000.- et devenant ainsi créancière de la SI pour ledit montant.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente par un mandataire professionnellement qualifié (ATA B. du 14 décembre 1999), le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 9 et 63 al. 1 lit. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La question à trancher dans le présent litige est de savoir si la reprise de 15'000 que l'AFC a opérée sur le bénéfice de la SI est une prestation gratuite fournie à l'actionnaire de la SI, F_____, au sens de l'art.

12 lit.h LIPM et de l'information de l'AFC no 5/92 du 22 décembre 1992.

3. L'art. 12 lit.h LIPM prévoit que sont considérés comme bénéfice imposable net les allocations volontaires à des tiers et les prestations de toute nature fournies gratuitement à des tiers ou à des actionnaires de la société.
4. Cet article comprend notamment les prestations appréciables en argent faites par la société, sans contre-prestation, à ses actionnaires et qu'elle n'aurait pas faites aux mêmes conditions, dans les mêmes circonstances, à des tiers non participants. Entrent en particulier en considération les prestations faites par une société à une personne morale qui lui est proche. L'avantage consenti peut prendre la forme d'une renonciation de la société, au profit de son actionnaire ou d'une personne la touchant de près, à des prestations auxquelles elle aurait droit selon la loi ou l'usage commercial (RDAF 1997 I p. 483, arrêt du Tribunal fédéral du 16 juillet 1996 non publié, Société immobilière P. SA c. Office de l'impôt fédéral direct du Service des contributions du canton de Neuchâtel).
5. L'information no 5/92 du 22 décembre 1992 édictée par l'AFC 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. L'AFC précise "qu'il apparaît dans le contexte économique actuel que les créances fiscales latentes des sociétés qui cautionnent leurs actionnaires ou qui mettent en gage leur patrimoine pour garantir des dettes qui leur sont étrangères, sont souvent mises en péril."
6. Dans l'arrêt précité du Tribunal fédéral du 16 juillet 1996, la SI P. SA avait mis à disposition de son actionnaire des cédules hypothécaires grevant ses immeubles et permis à son actionnaire d'obtenir des crédits plus favorables que cela eût été le cas si une banque les lui avait accordés sous garantie ou contre nantissement des actions de la SI a admis avoir fourni ainsi une prestation en faveur de son actionnaire. Le seul point contesté était le taux applicable pour calculer la commission de garantie.
7. Plus récemment, le tribunal de céans (ATA SI D-C du 7 janvier 1997) a jugé qu'une SI ayant permis la

constitution d'une cédule hypothécaire au porteur grevant son immeuble et autorisé ses actionnaires à la remettre à une banque en garantie d'un crédit de même montant consenti à leur profit devait être considéré comme prestation fournie à titre gratuit. Malgré l'argumentation des actionnaires tendant à prouver qu'ils avaient en contrepartie fourni des prestations à titre onéreux, telles que l'administration de la société et la gestion partielle de l'immeuble, aucun lien ne pouvait être établi entre la mise à disposition de la cédule et les services rendus par les actionnaires.

8. Dans le cas d'espèce, la situation n'est pas comparable au cas de figure visé par l'information no 5/92 ni aux exemples précités. En effet, la mise à disposition de la cédule hypothécaire par la SI en faveur de F_____ l'a été en garantie d'un crédit consenti par F_____ à la SI. Le prêt octroyé était par conséquent directement en faveur de la SI et non de l'actionnaire. Étant donné le prêt de CHF 3'135'315.20.- octroyé par F_____ à la SI, cette dernière a mis en gage son patrimoine pour garantir une dette qui lui est propre; il ne s'agit pas d'une dette étrangère visée par l'information no 5/92. En conséquence, le cas d'espèce ne concerne pas une prestation fournie gratuitement à un actionnaire, de sorte que l'art. 12 lit. h LIPM ne s'applique pas.
9. Mal fondé, le recours sera rejeté.
10. Au vu de l'issue du litige, une indemnité de procédure, en CHF 2'500.-, sera allouée à la SI, à la charge de l'AFC (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 juillet 2000 par l'administration fiscale cantonale genevoise contre la décision de la commission cantonale de recours en matière d'impôts du 22 juin 2000;

au fond :

le rejette ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à la SI, à la charge de l'Etat de Genève;

communique le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale genevoise ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière d'impôts et à la Société Fiduciaire Suisse, mandataire de la SI.

Siégeants : M. Thélin, président, M. Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, M. Paychère, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj.: le vice-président :

C. Goette

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

M. Oranci