

GE_GERICHTE ATA/1105/2021 vom 19. Oktober 2021

GE Cour de justice, 2021-10-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1105_2021

FR: GE_GERICHTE ATA/1105/2021 du 19 octobre 2021

IT: GE_GERICHTE ATA/1105/2021 del 19 ottobre 2021

Regeste

Résumé: Recours de l'administration fiscale cantonale contre un jugement du Tribunal administratif de première instance ramenant à CHF 2'000.- une reprise fiscale initiale de CHF 24'000.- sur le bénéfice d'une société immobilière. Commission de nantissement fixée à 0,5 % jugée trop faible par rapport à l'avantage accordé par la société à l'actionnaire de par la mise à sa disposition de cédules hypothécaires lui permettant d'obtenir un prêt bancaire par nantissement desdites cédules. Selon la jurisprudence, la mise à disposition de cédules hypothécaires par une société immobilière à ses actionnaires pour garantir un prêt bancaire constitue une prestation appréciable en argent, dès lors que la rémunération que la société reçoit en échange de cette mise à disposition n'est pas conforme au marché. Cette rémunération doit correspondre à la différence de taux d'intérêt entre un prêt en blanc et le prêt avec nantissement des cédules. Par souci de simplification de ce calcul, l'information n° 5/92 édictée par l'administration fiscale cantonale fixe à 1,5 % le taux d'intérêt de la commission de nantissement que doit payer l'actionnaire à la société. Cette information est encore d'actualité et applicable au cas d'espèce. Les lettres-circulaires édictées par l'administration fédérale des contributions – portant sur les taux d'intérêt admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses – ne peuvent en revanche pas s'appliquer au cas particulier, comme en l'espèce, des engagements hors bilan des sociétés immobilières. La société aurait ainsi dû toucher une commission égale à 1,5 % – et non 0,5 % – du montant du prêt obtenu par son actionnaire, avec pour conséquence que la reprise est ramenée à CHF 24'000.-. Recours admis, jugement du TAPI annulé et rétablissement des décisions sur réclamation de l'administration fiscale cantonale.

Erwägungen

E. 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.

- 9/15 - A/4157/2019

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 cédulas 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

- 10/15 - A/4157/2019 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.

- 11/15 - A/4157/2019 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

- 12/15 - A/4157/2019 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

- 13/15 - A/4157/2019 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

- 14/15 - A/4157/2019 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).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.