

## **GE\_GERICHTE A/3064/2017 vom 21. Januar 2020**

GE Cour de justice, 2020-01-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3064\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3064_2017)

FR: GE\_GERICHTE A/3064/2017 du 21 janvier 2020

IT: GE\_GERICHTE A/3064/2017 del 21 gennaio 2020

### **Regeste**

TAUX D'INTÉRÊT;DISTRIBUTION DISSIMULÉE DE BÉNÉFICES;PERSONNE PROCHE;PRESTATION APPRÉCIABLE EN ARGENT;PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE | Admission du recours et confirmation des reprises effectuées par l'autorité fiscale à titre d'intérêts excessifs sur un prêt conclu entre la société contribuable et son unique actionnaire (une holding) en raison du taux d'intérêt convenu, considéré à raison trop élevé. Le taux d'intérêt litigieux se détermine sur la base de la lettre-circulaire de l'administration fiscale fédérale, de manière conforme au principe de pleine concurrence. En l'espèce, il est hautement probable que si le contrat de prêt avait été conclu avec une personne tierce n'ayant aucun lien avec la contribuable, cette dernière aurait cherché à obtenir un taux d'intérêt plus bas que celui pratiqué, notamment par le biais d'une garantie hypothécaire, dans la mesure où ledit prêt a pour but de financer la construction d'un immeuble. En l'absence d'explication à ce sujet et de motif économique justifiant l'absence de ce type de démarche destinée à réduire les frais de financement de cette construction, il ne peut in casu pas être reproché à l'autorité fiscale d'avoir déterminé le taux d'intérêt litigieux en se fondant sur la séquence de ladite lettre-circulaire qui prévoit d'appliquer d'abord le taux d'intérêt prévu pour les crédits immobiliers dans les limites qui y sont définies, puis, pour le solde, le taux d'intérêt prévu pour les crédits d'exploitation. | LIFD.58.al1.letb; LIPM.12

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre administrative 21.01.2020  
A/3064/2017

TAUX D'INTÉRÊT;DISTRIBUTION DISSIMULÉE DE BÉNÉFICES;PERSONNE PROCHE;PRESTATION APPRÉCIABLE EN ARGENT;PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE | Admission du recours et confirmation des reprises effectuées par l'autorité fiscale à titre d'intérêts excessifs sur un prêt conclu entre la société contribuable et son unique actionnaire (une holding) en raison du taux d'intérêt convenu, considéré à raison trop élevé. Le taux d'intérêt litigieux se détermine sur la base de la lettre-circulaire de l'administration fiscale fédérale, de manière conforme au principe de pleine concurrence. En l'espèce, il est hautement probable que si le contrat de prêt avait été conclu avec une personne tierce n'ayant aucun lien avec la contribuable, cette dernière aurait cherché à obtenir un taux d'intérêt plus bas que celui pratiqué, notamment par le biais d'une garantie hypothécaire, dans la mesure où ledit prêt a pour but de financer la construction d'un immeuble. En l'absence d'explication à ce sujet et de motif économique justifiant l'absence de ce type de démarche destinée à réduire les frais de financement de cette construction, il ne peut in casu pas être reproché à l'autorité fiscale d'avoir déterminé le taux d'intérêt litigieux en se fondant sur la séquence de ladite lettre-circulaire qui prévoit d'appliquer

d'abord le taux d'intérêt prévu pour les crédits immobiliers dans les limites qui y sont définies, puis, pour le solde, le taux d'intérêt prévu pour les crédits d'exploitation. | LIFD.58.al1.letb; LIPM.12

A/3064/2017 ATA/64/2020 du 21.01.2020 sur JTAPI/705/2018 ( ICCIFD ) , ADMIS  
Recours TF déposé le 20.02.2020, rendu le 10.08.2020, REJETE, 2C\_181/2020  
Descripteurs : TAUX D'INTÉRÊT;DISTRIBUTION DISSIMULÉE DE BÉNÉFICES;PERSONNE PROCHE;PRESTATION APPRÉCIABLE EN ARGENT;PRINCIPE DE PLEINE CONCURRENCE Normes : LIFD.58.al1.letb; LIPM.12  
Résumé : Admission du recours et confirmation des reprises effectuées par l'autorité fiscale à titre d'intérêts excessifs sur un prêt conclu entre la société contribuable et son unique actionnaire (une holding) en raison du taux d'intérêt convenu, considéré à raison trop élevé. Le taux d'intérêt litigieux se détermine sur la base de la lettre-circulaire de l'administration fiscale fédérale, de manière conforme au principe de pleine concurrence. En l'espèce, il est hautement probable que si le contrat de prêt avait été conclu avec une personne tierce n'ayant aucun lien avec la contribuable, cette dernière aurait cherché à obtenir un taux d'intérêt plus bas que celui pratiqué, notamment par le biais d'une garantie hypothécaire, dans la mesure où ledit prêt a pour but de financer la construction d'un immeuble. En l'absence d'explication à ce sujet et de motif économique justifiant l'absence de ce type de démarche destinée à réduire les frais de financement de cette construction, il ne peut in casu pas être reproché à l'autorité fiscale d'avoir déterminé le taux d'intérêt litigieux en se fondant sur la séquence de ladite lettre-circulaire qui prévoit d'appliquer d'abord le taux d'intérêt prévu pour les crédits immobiliers dans les limites qui y sont définies, puis, pour le solde, le taux d'intérêt prévu pour les crédits d'exploitation. En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/3064/2017 - ICCIFD  
ATA/64/2020 COUR DE JUSTICE Chambre administrative Arrêt du 21 janvier 2020 4<sup>ème</sup> section dans la cause ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE contre A\_\_\_\_\_ SA représentée par Me Pierre-Marie Glauser et Me Geneviève Page, avocats et ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS \_\_\_\_\_ Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 juillet 2018 ( JTAPI/705/2018 ) EN FAIT 1) A\_\_\_\_\_ SA est une société anonyme inscrite depuis 1982 au registre du commerce du canton de Genève, où se trouve son siège. En 2013, son but était la fabrication et le commerce de boîtes de montres et de tous objets de bijouterie et de joaillerie. Elle est intégralement détenue par B\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la holding), ayant pour but la participation, la gestion et le financement d'entreprises de toute nature, en particulier dans le domaine de l'horlogerie, ainsi que l'acquisition de marques. Le siège de celle-ci se situe dans le canton de Vaud. 2) Le 15 juin 2012, la holding et A\_\_\_\_\_ SA ont conclu un contrat de prêt pour un montant de CHF 4'400'000.- que la première devait payer à la seconde à cette date. Ledit prêt était soumis à un intérêt au taux établi par l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH), soit pour l'année 2012 à 3,75 %. En cas de remboursement l'année suivante, un nouveau taux serait fixé dès le 1<sup>er</sup> janvier de l'année suivante au taux établi par l'AFC-CH pour l'année concernée. Ledit montant devait être remboursé par A\_\_\_\_\_ SA à la holding au plus tard le 31 décembre 2012, « sauf si [cette dernière] accept[ait], selon son bon vouloir, de prolonger le délai du remboursement ». Par un avenant du 30 août 2012, la holding a accepté d'augmenter le montant du prêt précité de CHF 400'000.-, de sorte que la somme totale prêtée à A\_\_\_\_\_ SA s'élevait à CHF 4'800'000.-. Dans un second avenant du 31 octobre 2012, la holding a accordé à A\_\_\_\_\_ SA une nouvelle augmentation du montant dudit prêt, qui se montait à CHF 1'700'000.-. La

somme totale prêtée était ainsi portée à CHF 6'500'000.-. Ces avenants n'ont pas modifié les autres conditions du contrat de prêt susmentionné. Aucun de ces trois documents n'indiquait le but de ce prêt. 3) Le 22 novembre 2012, ces deux sociétés ont conclu un nouveau contrat qui annulait et remplaçait le contrat de prêt du 15 juin 2012 et les deux avenants y relatifs. Le préambule du nouveau contrat indiquait que la somme totale prêtée de CHF 6'500'000.-, due par A\_\_\_\_\_ SA à la holding, était « reprise en intégralité et régi[e] par le [nouveau] contrat dès sa signature ». Selon ce nouveau contrat, la holding accordait à A\_\_\_\_\_ SA « la facilité de crédit suivante, régie selon les termes et conditions [précisées dans ledit contrat] ». Le but de ce contrat était le « financement du nouveau bâtiment de l'usine de [A\_\_\_\_\_ SA], à Meyrin (GE) ». Dans le cadre de ce but, la limite du crédit accordé par la holding à A\_\_\_\_\_ SA était de CHF 20'000'000.-. La durée du contrat était indéterminée. La holding s'engageait à verser les sommes demandées par A\_\_\_\_\_ SA afin de financer son nouveau bâtiment à concurrence d'un montant cumulé maximum n'excédant pas la limite précitée. La somme totale de CHF 6'500'000.- était due par A\_\_\_\_\_ SA à la holding au jour de la signature du nouveau contrat. Le taux d'intérêt annuel applicable au nouveau contrat était le taux déterminé par l'AFC-CH une fois par année, sans aucune précision de chiffre au sujet dudit taux. Le taux d'intérêt était actualisé chaque année. L'intérêt était payable à la fin de chaque mois. Contrairement au premier, ce nouveau contrat ne contenait pas une rubrique réglant le remboursement du prêt. 4) Dans sa déclaration fiscale 2013, A\_\_\_\_\_ SA a mentionné un bénéfice net total de CHF 2'466'405.-. Celui-ci résultait essentiellement de l'addition du bénéfice net selon le compte de pertes et profits de l'exercice et de la somme d'intérêts non admis de CHF 5'083.- indiquée dans l'annexe G relative à ce poste. Elle a déclaré un prêt envers la holding de CHF 15'870'000.-, pour lequel les intérêts s'élevaient à CHF 461'909.-. Le taux d'intérêt était de 3,75 %. Selon une note annexée à ladite déclaration, ce prêt ne pouvait être qualifié de crédit immobilier, de sorte que les taux indiqués dans l'annexe G étaient ceux acceptés par l'AFC-CH pour les crédits d'exploitation dans sa lettre-circulaire du 25 février 2013, soit 3,75 %. Ladite déclaration ne mentionnait pas d'endettement hypothécaire. 5) En janvier 2016, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a notifié à A\_\_\_\_\_ SA les bordereaux et avis de taxation relatifs aux impôts cantonaux et communaux (ci-après : ICC) et à l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) pour l'année 2013. Le bénéfice net total retenu était de CHF 2'542'903.-. À titre d'intérêts non admis, l'AFC-GE retenait la somme de CHF 81'581.-, et non celle de CHF 5'083.- déclarée par la contribuable. La différence entre ces deux sommes (soit CHF 76'498.-) avait augmenté le montant du bénéfice net total annoncé par cette dernière. Concernant la rubrique n° 2 de l'annexe G de la déclaration fiscale, portant sur la détermination des intérêts admis sur les dettes moyennes totales, l'AFC-GE a retenu les taux de 2 % respectivement 2,75 % - au lieu du taux de 3,75 % appliqué par la contribuable dans sa déclaration 2013 - pour le calcul des intérêts admis relatifs aux crédits immobiliers mentionnés dans la sous-rubrique 2.2 intitulée « Dettes moyennes envers les actionnaires, les associés, les personnes proches (physiques ou morales) et les filiales ». La valeur moyenne des immeubles, prise en compte pour ledit calcul, était de CHF 11'284'297.- selon l'AFC-GE, tandis que celle indiquée par la contribuable dans l'annexe G de sa déclaration 2013 était de CHF 11'722'992.-. Ces éléments figuraient dans l'avis de taxation définitive ICC et IFD 2013 afférent au capital propre dissimulé, aux intérêts non admis et aux intérêts insuffisants, également notifié en janvier 2016. 6) Par décisions du 22 juin 2017, l'AFC-GE a rejeté la réclamation formée par la contribuable et maintenu les taxations ICC et IFD 2013. Selon l'approche stricte de l'AFC-CH, la nature du prêt accordé servait à déterminer à

quelle catégorie de crédit il appartenait. Un prêt accordé dans le but de construire un bien immobilier serait traité comme un crédit immobilier. Dans le cas d'espèce, les conditions d'octroi du prêt à la société contribuable ne correspondaient certes pas à ce qui était habituellement fait en pratique pour le financement d'une nouvelle construction. Il était toutefois incorrect de qualifier ce prêt de crédit d'exploitation même si les conditions en étaient plus proches. En pratique, la construction d'un immeuble était généralement financée par un crédit de construction et non par un crédit d'exploitation. Le crédit d'exploitation était ordinairement accordé pour des besoins de financement à court terme, ponctuels et variables. La construction d'un immeuble de plus de CHF 15'000'000.- ne correspondait vraisemblablement pas à ce type de financement. De plus, il serait relativement aisé pour un contribuable de contourner les taux mis en place dans la lettre-circulaire s'il suffisait de modifier les modalités d'un contrat de prêt sans tenir compte de la pratique selon le principe de pleine concurrence. Vu la position de l'AFC-CH et comme le prêt a servi, depuis 2012 et pendant toute l'année 2013, à financer exclusivement la construction d'un nouvel immeuble, il devait être considéré comme un crédit immobilier. Le prêt accordé à la contribuable n'aurait pas été octroyé par un établissement bancaire sous les mêmes conditions. Il paraissait hautement improbable qu'une banque fût disposée à accorder un crédit aussi important (CHF 15'870'000.- en 2013) afin de construire un nouvel immeuble sans qu'aucune garantie ne fut exigée en contrepartie. La présence ou non d'autres caractéristiques n'avait que peu d'importance au regard de l'absence de cet élément fondamental.

7) Par jugement du 23 juillet 2018, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a admis le recours interjeté par A\_\_\_\_\_ SA contre les décisions sur réclamation précitées et annulé la reprise de CHF 76'498.- effectuée par l'AFC-GE à titre d'intérêts excessifs sur le prêt accordé par la holding. Le chiffre 2 de la lettre-circulaire du 25 février 2013 intitulée « Taux d'intérêts 2013 admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses » (ci-après : la lettre-circulaire 2013) distinguait, s'agissant des prêts des actionnaires ou des associés, les taux d'intérêts maximums suivant qu'ils concernaient des crédits immobiliers ou des crédits d'exploitation. L'AFC-GE semblait partir du présumé selon lequel dès l'instant où le contribuable détenait des immeubles, il devait nécessairement se financer prioritairement au moyen d'emprunts hypothécaires. Or, la circulaire 2013 n'instituait pas une telle règle. Elle prévoyait uniquement des taux d'intérêt et des tranches s'agissant des crédits immobiliers dont les taux maximums admissibles étaient plus faibles que ceux relatifs aux crédits d'exploitation. Une telle différence se justifiait car, s'agissant des prêts chirographaires, le créancier (ici la holding) ne disposait d'aucune garantie réelle, de sorte qu'en cas de défaut de paiement de son débiteur, les probabilités de recouvrement de sa créance se révélaient plus faibles. En d'autres termes, le créancier prenait davantage de risques en accordant un prêt chirographaire, ce qui justifiait un taux d'intérêt plus élevé. En l'espèce, le taux convenu sur le prêt accordé par la holding à la contribuable apparaissait conforme à la circulaire 2013. Cette dernière n'avait dès lors pas accordé à son actionnaire une prestation appréciable en argent sous forme d'intérêts de dettes.

8) Par acte déposé au guichet le 24 août 2018, l'AFC-GE a recouru contre ce jugement, notifié le 25 juillet 2018, auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation et à la confirmation de ses décisions du 22 juin 2017. Elle reprochait au TAPI d'avoir suivi une approche strictement formaliste, à savoir que la simple présence d'une créance chirographaire justifiait à elle seule l'application unique du taux défini par la lettre-circulaire de l'AFC-CH concernant les crédits d'exploitation. Le TAPI n'avait pas

réellement examiné tous ses arguments, en particulier la réalité économique de l'opération et le fait que, malgré l'absence formelle de garantie hypothécaire dans le prêt en question, le risque réel pour le créancier (ici la holding) était en l'espèce inexistant, ou en tous les cas pas plus élevé que si l'immeuble avait été formellement financé par un gage immobilier. Dans son jugement, le TAPI n'avait pas examiné le respect du principe de pleine concurrence dans le cadre du prêt octroyé par la holding à sa filiale. Il n'avait d'ailleurs pas jugé utile d'examiner la validité des comparables externes produits par la contribuable dans le cadre de son recours, dans le but de justifier que le taux appliqué correspondait bien à celui du marché dans une situation comparable. Le jugement querellé apparaissait en outre en totale contradiction avec deux autres jugements rendus précédemment par le TAPI (à savoir JTAPI/31/2018 et JTAPI/728/2017). Dans ces derniers, cette juridiction avait considéré que les taux applicables ne devaient pas se déterminer en fonction de l'activité de la société, mais selon l'objet du financement (financement prioritaire), à savoir en fonction de la partie desdits prêts qui pouvait être économiquement assimilée au financement des immeubles détenus par l'intéressée. Tel était le cas si la société 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 ( JTAPI/728/2017 consid. 14 et JTAPI/31/2018 consid. 13). Ces deux jugements avaient été portés devant la chambre de céans (cause n° A/3981/2016 et cause n° A/112/2017). L'existence de jurisprudences contradictoires du TAPI sur cette question créait une insécurité juridique. Il revenait à la chambre de céans d'établir une jurisprudence claire et cohérente en définissant une seule méthode applicable (soit l'application de la séquence de la lettre-circulaire de l'AFC-CH, la nature formelle ou le financement prioritaire). La pratique de l'AFC-GE découlant de l'application de la séquence de la lettre-circulaire de l'AFC-CH permettait d'assurer le respect du principe de pleine concurrence et devait être maintenue. L'application de cette séquence n'était au surplus pas contraire au principe général posé par une jurisprudence du Tribunal fédéral, selon lequel il n'y avait en principe pas de financement prioritaire en droit suisse (l'entier des dettes finançant l'entier des actifs, c'est-à-dire qu'en principe les dettes ne finançaient pas prioritairement certains actifs et qu'il convenait dans cette hypothèse de procéder à une répartition proportionnelle). Ce principe général avait été confirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt récent portant sur une situation de répartition internationale et intercantonale pour une personne physique ; cet arrêt ne pouvait toutefois pas être transposé sans autre à la présente cause concernant une autre problématique (à savoir la détermination des taux d'intérêts maximum admissibles dans le cadre de prêts d'actionnaires à la société, dans le but de respecter le principe de pleine concurrence). Le fait - retenu par le Tribunal fédéral en matière de répartition internationale et intercantonale - que le contribuable serait enclin à grever son patrimoine immobilier pour obtenir un taux d'intérêts bas, devrait, selon l'AFC-GE, aussi justifier, pour déterminer le taux d'intérêt maximum de pleine concurrence, l'application de la lettre-circulaire et la séquence y relative (financement prioritaire des immeubles). Sa pratique - ressortant de l'annexe G de la déclaration fiscale des personnes morales - consistait à partir de la prémisse selon laquelle, en présence d'immeubles détenus par la société, les prêts des actionnaires finançaient prioritairement les immeubles. Cela ne posait en principe pas de problème majeur, car il s'agissait généralement de prêts hypothécaires (avec gage immobilier). La particularité de la présente affaire portait sur le fait qu'en présence d'une unique créance chirographaire, la société contribuable

revendiquait de ce fait, expressément et uniquement, le taux de 3,75 % applicable aux crédits d'exploitation en 2013 selon la lettre-circulaire, alors que ledit prêt chirographaire ne finançait que l'immeuble de la société contribuable. Vu le caractère insolite du prêt, ce dernier devait être considéré comme un prêt immobilier « gagé dans les faits », de sorte que les taux ressortant de la séquence définie dans la lettre-circulaire de l'AFC-CH devaient être appliqués. En pratique, du point de vue de la société emprunteuse, rien ne justifiait de payer des intérêts plus onéreux sur une créance chirographaire, alors qu'elle pouvait gager le bien immobilier et alors supporter des intérêts « hypothécaires » moins onéreux. En procédant de la sorte, l'emprunteur n'agissait pas dans son propre intérêt, mais dans celui de son actionnaire. Cela l'amenait à considérer que l'opération ne respectait pas le principe de pleine concurrence, sauf à estimer qu'il existait un motif économique valable justifiant de ne pas gager l'immeuble, ce qui n'avait en l'espèce jamais été démontré par la société contribuable. Il était au contraire manifeste qu'aucun établissement bancaire indépendant n'aurait accordé un tel prêt à une société à ces conditions (à savoir, sans exigence de remboursement et sans aucune limite temporelle). Ces dernières auraient été différentes si l'on n'avait pas été dans le cadre d'un prêt intragroupe. Les conditions du prêt accordé par la holding étant à ce point différentes de celles qui auraient été présentes dans le cas d'un prêt accordé par une banque, il était présumé que le principe de la pleine concurrence n'avait in casu pas été respecté. La contribuable n'avait pas apporté la preuve du contraire, ce qui lui incombait. Vu les circonstances particulières, il convenait d'appliquer en l'espèce les taux relatifs aux crédits immobiliers de la lettre-circulaire, même en l'absence d'un gage immobilier formel. La pratique de l'AFC-GE était conforme à la séquence définie par la lettre-circulaire, qui se lisait schématiquement de haut en bas et qui correspondait à une logique économique visant à se conformer au respect du principe de pleine concurrence. En effet, du point de vue de la société qui empruntait, l'application du principe de pleine concurrence reposait sur l'idée qu'elle chercherait à obtenir sur le marché la solution la plus avantageuse, à savoir le taux d'intérêt le plus bas possible. Cela revenait, dans le cadre d'un financement à la fois d'immeubles et d'autres actifs, à obtenir d'abord un crédit immobilier (taux d'intérêt plus bas) et ensuite, si nécessaire, un financement chirographaire. Seule l'application de la séquence était économiquement justifiée afin de vérifier le respect du principe de pleine concurrence dans un cas concret, contrairement à la position du TAPI dans le jugement querellé. 9) A\_\_\_\_\_ SA a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours - déposé, selon elle, tardivement vu qu'elle avait reçu le jugement du TAPI le 24 juillet 2018 - et subsidiairement à son rejet. Le taux d'intérêts de 3,75 % en 2013 était justifié, malgré l'objet financé, vu qu'aucune garantie n'avait été remise en échange du prêt et que le risque de recouvrement était ainsi plus élevé. En outre, elle avait produit deux propositions de financement émanant de deux banques suisses, qui démontraient que le taux d'intérêt litigieux était conforme au prix du marché. Le fait que ces propositions soient limitées dans le temps et soumises à remboursement les rendait moins avantageuses que le prêt obtenu auprès de sa société-mère. Les deux offres bancaires proposaient des conditions financières moins favorables que celles pratiquées par sa société-mère, de sorte que l'AFC-GE errait en considérant qu'elle aurait pu se financer à des conditions plus avantageuses auprès de tiers. Les arrêts du TAPI invoqués par la recourante n'étaient pas pertinents vu qu'elle ne pouvait, en l'espèce, pas obtenir un prêt hypothécaire à des conditions plus favorables auprès d'un tiers. Les intérêts n'étaient donc pas excessifs, de sorte qu'il n'existait aucune prestation appréciable en argent envers son actionnaire. Par ailleurs, l'AFC-GE avait, s'agissant de la période fiscale 2012, qualifié le prêt litigieux de

crédit d'exploitation et admis les intérêts y relatifs, sans les considérer excessifs. Le même prêt, octroyé en 2012, avait été maintenu en 2013, de sorte que le changement de position de l'AFC-GE quant à la qualification des intérêts litigieux n'était pas compréhensible et contrevenait aux principes de la confiance et de la sécurité du droit. Ce changement la mettait dans une position délicate, les parties au contrat de prêt ayant continué à appliquer les taux d'intérêts valables pour les crédits d'exploitation pendant les périodes fiscales de 2014 à 2016. 10) La recourante a rejeté l'argument sur la tardiveté du recours soulevé par l'intimée. Le fait que cette dernière ait reçu le jugement querellé le 24 juillet 2018 ne signifiait pas qu'il soit parvenu à cette même date auprès des autres parties, notamment de l'AFC-GE. En effet, le TAPI avait envoyé son jugement à l'intimée par courrier recommandé, alors que sa pratique constante et incontestée jusqu'alors était de notifier ses jugements à l'AFC-GE par voie de courrier interne. La preuve de la date de notification du jugement du TAPI à cette dernière était toujours apportée par le tampon attestant de la réception par le secrétariat de la direction des affaires juridiques de l'AFC-GE, qui le retransmettait ensuite au TAPI. En l'espèce, la date tamponnée par ledit secrétariat sur l'avis de notification annexé au jugement querellé était le 25 juillet 2018, de sorte que le délai de recours était venu à échéance le 24 août 2018, date du dépôt du recours par porteur auprès de la chambre administrative. Aucune pièce ne permettait de remettre en cause l'accusé de réception envoyé au TAPI. Cette pratique avait été admise par la chambre de céans dans deux arrêts du 21 février 2017 ( ATA/226/2017 et ATA/227/2017 ). 11) L'intimée a persisté dans ses conclusions. 12) Par décision du 20 novembre 2018, la chambre administrative a prononcé la suspension de la présente procédure jusqu'à droit jugé par le Tribunal fédéral dans une autre cause sur laquelle elle avait statué le 21 août 2018 ( ATA/857/2018 ) et qui portait sur une problématique semblable, à savoir la qualification de la nature d'un crédit, ce qui avait une influence sur le taux d'intérêt applicable. 13) Sur demande de l'AFC-GE, la juge déléguée a prononcé la reprise de la présente procédure le 14 octobre 2019. 14) L'AFC-GE a maintenu son recours. L' ATA/857/2018 précité confirmait son argumentation. Le prêt litigieux finançait spécifiquement l'immeuble, l'intimée ne disposant pas d'un autre endettement hypothécaire. Le contrat de prêt chirographaire pouvait donc être ignoré au profit d'une approche économique. De plus, ledit contrat tel qu'il était libellé conférait au prêteur un gage similaire à celui d'une hypothèque. Quant aux deux propositions bancaires invoquées par la contribuable, elles dataient de 2017 alors que le litige concernait la période fiscale de 2013. En outre, elles exigeaient un remboursement du nominal à échéance régulière, soit pour l'une un remboursement linéaire et intégral avec une périodicité trimestrielle, et pour l'autre un remboursement trimestriel uniquement pour le financement immobilier et non pour la partie du prêt finançant l'exploitation. Or, le contrat avec la holding ne contenait aucune exigence de remboursement comparable, ce qui était insolite et permettait de conclure que ledit accord n'était pas conforme au principe de pleine concurrence. Des caractéristiques aussi fondamentales que la durée et les conditions du prêt n'étaient pas comparables. Aucune banque n'aurait consenti à un tel prêt sans limite temporelle, ce qui n'était pas le cas dans le cadre d'un prêt intragroupe comme celui conclu dans la présente affaire. Dès lors, la contribuable ne démontrait pas que le taux d'intérêt litigieux serait conforme au principe de pleine concurrence et aux conditions du marché applicables dans un cas réellement comparable. 15) L'intimée a persisté dans ses conclusions et contesté les arguments de la recourante. S'agissant de l'argumentation de cette dernière relative à la date des offres bancaires produites, elle se plaignait des complications pratiques que cela générerait et du fait de ne pouvoir alors jamais démontrer

le respect des conditions du marché d'un accord intragroupe. Concernant la détermination de l'offre la plus avantageuse, il fallait tenir compte non seulement des taux d'intérêts mais également de l'ensemble des conditions du prêt. Ainsi, en obtenant un prêt de son actionnaire d'une durée illimitée, sans amortissement obligatoire et avec un taux d'intérêts de 3,75 %, elle s'était procuré un financement globalement plus avantageux que si elle avait dû recourir à un prêt auprès d'un tiers. En effet, les offres bancaires produites proposaient des taux d'intérêts inférieurs à celui pratiqué par la holding, mais soumettaient les prêts à des conditions additionnelles de garantie sous forme de cautionnement ou de porte-fort ainsi que d'amortissement, ce qui aurait représenté pour elle une charge financière totale supérieure à celle due sur le prêt de son actionnaire. L'absence d'exigence de remboursement dans le contrat conclu avec la holding n'était pas insolite ni ne la désavantageait. De plus, les différents prêts qui lui avait été octroyés avaient fait l'objet de remboursements réguliers depuis 2015, de sorte que le prêt avec la holding était conforme aux conditions du marché. Elle n'avait ainsi accordé aucune prestation appréciable en argent en acceptant de conclure un contrat de prêt à des conditions plus avantageuses pour elle que celles proposées par des tiers. 16) 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 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). En effet, contrairement à l'avis de l'intimée, le recours de l'AFC-GE n'a pas été déposé tardivement. Comme l'atteste le tampon apposé par le secrétariat de la direction des affaires juridiques de l'AFC-GE, le jugement litigieux a été notifié à celle-ci le 25 juillet 2018, de sorte que le délai de recours arrivait à échéance le 24 août 2018, jour du dépôt du recours par l'AFC-GE auprès du guichet de la chambre de céans. Le fait que ledit jugement ait été notifié le 24 juillet 2018 à l'intimée n'y change rien. Cela ne remet pas non plus en cause la date de réception précitée auprès de l'autorité fiscale, dans la mesure où le TAPI a envoyé ce jugement par courrier recommandé à la contribuable et par courrier interne à l'AFC-GE. Le différent mode d'acheminement explique la différence d'un jour invoquée par l'intimée. 2) Le présent litige s'inscrit dans le cadre d'une reprise de CHF 76'498.- effectuée, pour la période fiscale 2013, par l'AFC-GE à titre d'intérêts excessifs sur le prêt accordé par la holding - détenant l'intégralité du capital-actions de la contribuable - à cette dernière. Ladite reprise a pour effet d'augmenter le bénéfice net imposable, conformément aux dispositions correctement mentionnées par le TAPI, à savoir les art. 57 et 58 al. 1 let. a, b et c de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) et l'art. 12 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15), dans sa teneur applicable en 2013. Selon l'AFC-GE, le taux appliqué par la contribuable est trop élevé de sorte que les intérêts que cette dernière a payés à son actionnaire (la holding) constituent, pour la partie excessive, une prestation appréciable en argent (ou distribution dissimulée de bénéfice), ce qui est contesté par l'intimée. Les parties admettent que le taux d'intérêt applicable audit prêt se détermine sur la base de la lettre-circulaire 2013 établie par l'AFC-CH. Pour déterminer le taux applicable au prêt accordé par un actionnaire à sa société, cette directive repose sur une distinction entre crédit immobilier et crédit d'exploitation. Les deux parties reconnaissent qu'en principe, la qualification de crédit immobilier suppose l'existence d'un gage immobilier. Or, dans la présente affaire, le prêt a été accordé par la holding à la contribuable, sans aucune garantie hypothécaire sur l'immeuble dont le prêt en cause sert à financer la construction. L'absence d'un gage

immobilier conduit les parties à une qualification différente dudit prêt. Pour la contribuable, il s'agit d'un crédit d'exploitation rémunéré à 3,75 %. Quant à l'AFC-GE, elle invoque le caractère insolite de ce prêt et le qualifie, eu égard au respect du principe de pleine concurrence, de crédit immobilier - soumis à des taux inférieurs - dans les limites prévues par la lettre-circulaire 2013 et de crédit d'exploitation pour le surplus, conformément à la séquence définie dans cette directive. Enfin, le TAPI se fonde sur deux éléments pour conclure in casu à l'application du taux de 3,75 % relatif au crédit d'exploitation. D'une part, il considère que la lettre-circulaire 2013 n'oblige pas la société qui détient des immeubles à se financer prioritairement au moyen d'emprunts hypothécaires. D'autre part, il estime justifié d'appliquer un taux d'intérêt plus élevé au prêt en cause vu l'absence d'une garantie réelle, ce qui augmente le risque de la holding - créancière dudit prêt - de ne pas recouvrer sa créance en cas de défaut de paiement de la contribuable, débitrice de ce prêt. Dès lors, la question litigieuse consiste à déterminer le taux d'intérêt applicable au prêt conclu en l'espèce entre la contribuable et son actionnaire.

a. 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 2013). 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 est 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. 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 le Tribunal fédéral, 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 oeuvre du principe de pleine concurrence en relation avec les taux d'intérêts de prêts conclus en francs suisse 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).

b. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il y a distribution dissimulée de bénéfice (ou 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 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_49/2018 du 23 avril 2019 consid. 4.2.1). 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"). Le droit fiscal suisse ne connaissant pas, sauf disposition légale expresse, de régime spécial pour les groupes de sociétés, les opérations entre sociétés d'un même groupe doivent également intervenir comme si elles

étaient effectuées avec des tiers dans un environnement de libre concurrence. En conséquence, il n'est pas pertinent que la disproportion d'une prestation soit justifiée par l'intérêt du groupe (ATF 140 II 88 consid. 4.1 et les arrêts cités). c. Le chiffre 2 de la lettre-circulaire 2013 repose sur une distinction qui est au coeur du présent litige. Elle distingue les crédits immobiliers (ch. 2.1) et les crédits d'exploitation (ch. 2.2) et prévoit des taux d'intérêts maximums différents suivant que le prêt concerne les premiers ou les seconds. En matière de crédits immobiliers (ch. 2.1 de la lettre-circulaire 2013), 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 de maximum 70 % de la valeur vénale des terrains à bâtir, des villas, des propriétés par étages, des maisons de vacances et de immeubles industriels et jusqu'à concurrence de maximum 80 % de la valeur vénale des autres immeubles, le taux d'intérêt maximum 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 2013), le taux d'intérêt maximum est de 3,75 % dans le commerce et l'industrie et de 3,25 % pour les holdings et les sociétés de gérance de fortune. 3) Dans le cas présent, la particularité du prêt en cause - liée à l'absence de garantie hypothécaire en dépit de son objet consistant à financer la construction d'un immeuble - ne permet pas une simple application de la lettre-circulaire 2013 pour déterminer le taux d'intérêt fiscalement admis. Certes, comme le relève le TAPI, cette directive n'impose pas expressément l'obligation de recourir à des emprunts hypothécaires pour les contribuables détenant des immeubles. Cependant, il convient de rappeler que le but de la lettre-circulaire de l'AFC-CH est de simplifier la mise en oeuvre du principe de pleine concurrence en ce qui concerne la fixation des taux d'intérêts de prêts conclus entre des sociétés et leurs actionnaires, afin de faciliter l'identification de prestations appréciables en argent (ou distribution dissimulée de bénéfice) sous la forme de versements d'intérêts excessifs. Dès lors, la question du respect du principe de pleine concurrence ne peut être ignorée lors de la fixation du taux d'intérêt à appliquer au prêt convenu entre l'intimée et son actionnaire. Cette question implique, d'après la jurisprudence susmentionnée, de savoir si la « prestation » aurait été accordée dans la même mesure à un tiers étranger à la société. Aucune des parties ne conteste, en l'espèce, le fait que ce taux d'intérêt se situe dans la fourchette découlant des taux prévus dans ladite directive pour les crédits immobiliers - dans les limites y relatives - et pour les crédits d'exploitation, soit entre 2 % respectivement 2,75 % et 3,75 %. Par conséquent, le taux d'intérêt applicable au prêt entre la contribuable et son actionnaire (la holding) doit être déterminé, sur la base de la lettre-circulaire 2013, de manière conforme au principe de pleine concurrence. a. Selon la jurisprudence fédérale, il appartient à l'autorité de taxation d'établir les faits qui fondent la créance d'impôt (ATF 105 Ib 382 ) ou qui l'augmentent, alors que le contribuable doit alléguer et prouver les faits qui suppriment ou réduisent cette créance (ATF 140 II 248 consid. 3.5 ; 133 II 153 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_342/2017 du 12 avril 2018 consid. 4.1). Dans le domaine des prestations appréciables en argent, 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 (ATF 138 II 57 consid. 7.1 ; 133 II 153 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_342/2017 précité consid. 4.1). 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 ; 128 III 22 consid. 2d). 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). b. 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. La situation financière de la société prêteuse et la source du financement du prêt sont également des éléments qui doivent être pris en considération. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral ne s'est toutefois pas intéressé à la question de la situation financière de la société prêteuse ni à celle du financement du prêt pour déterminer le taux d'intérêt conforme au principe de pleine concurrence. Pourtant, ces éléments sont importants, dès lors qu'une société qui est elle-même endettée n'a en principe pas de raison économique de prêter des fonds à son actionnaire ou à son associé plutôt que d'affecter ces fonds au remboursement de sa dette, à moins que cette opération ne s'avère bénéficiaire (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'OCDE lorsque la problématique du prix de transfert concerne un prêt d'argent, au motif qu'elle est aisée à mettre en oeuvre 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). c. Dans l'arrêt ATA/857/2018 précité, porté devant le Tribunal fédéral, la chambre administrative a confirmé le jugement du TAPI ( JTAPI/728/2017 du 30 juin 2017). La contribuable - qui alléguait l'application du taux de 3,75 % -n'avait pas démontré le fait qu'elle s'était vu refuser par sa banque un crédit hypothécaire pour la reprise des prêts et crédits accordés par ses actionnaires. Son argumentation selon laquelle seule la nature des prêts accordés serait déterminante, n'était pas suivie par la chambre de céans dans la mesure où cela ne ressortait pas de la lettre-circulaire de 2014 de l'AFC-CH, dont la contribuable ne contestait ni l'application ni sa conformité au principe de libre concurrence. Selon le jugement précité du TAPI, dans le cadre de l'impôt sur le bénéfice, le taux d'intérêt admis sur les prêts consentis par ses actionnaires à la société contribuable ne se déterminait pas en fonction de l'activité de cette société, mais en fonction de la partie desdits prêts qui pouvait être économiquement assimilée au financement des immeubles détenus par ladite société. Tel était le cas si cette dernière 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. Dans le cadre de la détermination des intérêts admis sur les dettes moyennes totales (annexe G), l'AFC-GE devrait distinguer les crédits immobiliers en prenant en

compte les hypothèques déjà conclues sur les immeubles détenus par la société contribuable 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. Il était ainsi essentiel que l'autorité fiscale s'assure, conformément à la circulaire topique, qu'il n'existait pas de capital propre dissimulé. L'AFC-GE devait instruire le dossier dans ce sens ( JTAPI/728/2017 précité consid. 14). Selon le Tribunal fédéral, l'arrêt de la chambre administrative était un arrêt de renvoi qui n'équivalait pas à une décision ne laissant aucune marge de manoeuvre à l'autorité de taxation, de sorte qu'il ne pouvait pas être immédiatement contesté devant lui. La cause avait été renvoyée à l'AFC-GE pour qu'elle détermine, après instruction, le taux d'intérêt admis fiscalement, s'agissant des prêts octroyés par les actionnaires à la société recourante, conformément à la lettre-circulaire de 2014 concernant les taux d'intérêt admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses, sur la part desdits prêts pouvant être économiquement assimilée au financement des immeubles détenus par la société (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_873/2018 du 11 juillet 2019 consid. 6.4). Ledit recours a été déclaré irrecevable. d. Dans l'autre affaire invoquée par la recourante et pendante devant la chambre de céans, le TAPI a confirmé sa jurisprudence en considérant que, pour connaître le taux d'intérêt applicable au prêt accordé par la holding actionnaire à la société contribuable, il convenait de déterminer dans quelle mesure cette dernière pouvait se financer en empruntant sur ses immeubles. La contribuable ne contestait pas l'application du taux prévu dans la lettre-circulaire de l'AFC-CH pour les crédits immobiliers - contrairement à la présente cause -, mais demandait la majoration d'un demi-point de pourcentage sur ce taux afin de tenir compte du fait que la holding avait dû se financer préalablement auprès d'une société du groupe. Cette demande lui a été déniée. La contribuable n'avait pas démontré que le taux qu'elle avait pratiqué était conforme au principe de pleine concurrence. L'AFC-GE avait, à raison, appliqué les taux prévus par ladite lettre-circulaire pour les crédits immobiliers dans les limites fixées par celle-ci, pour déterminer le taux d'intérêt applicable audit prêt ( JTAPI/31/2018 du 15 janvier 2018 consid. 14 à 16). 4) En l'espèce, la contribuable a rémunéré, à un taux de 3,75 %, le prêt de son actionnaire s'élevant à un montant de CHF 15'870'000.-. Ce prêt visait à financer la construction d'un immeuble dans le canton de Genève, mais n'était pas garanti par un gage immobilier (hypothèque). De plus, contrairement aux deux propositions bancaires produites par l'intimée, ledit prêt n'avait, d'une part, pas de limite temporelle, ce qui ressortait expressément du second contrat y relatif prévoyant une durée indéterminée dudit prêt. D'autre part, ce prêt n'était pas soumis à une obligation de remboursement, comme cela découlait des deux contrats y afférents. Le premier de ceux-ci prévoyait certes un terme pour le remboursement au 31 décembre 2012, mais l'assortissait d'une exception qui était réalisée in casu du fait de la prolongation du prêt par la conclusion du deuxième contrat accordant une limite de crédit de CHF 20'000'000.-. Par ailleurs, l'octroi de ce crédit n'était soumis ni à une obligation de remboursement, ni à l'établissement préalable d'une garantie hypothécaire. Selon le TAPI, l'absence de garantie réelle avec, comme conséquence, le risque élevé pour la holding de ne pouvoir recouvrer sa créance, justifierait le taux de 3,75 %. Or, il n'a pas examiné la question de savoir si la contribuable aurait accepté de payer un tel taux, dans le cadre du financement de la construction de son immeuble, à un tiers indépendant, ce d'autant plus que le montant du prêt est important. Comme l'estime l'AFC-GE et au vu des taux - inférieurs - prévus dans la lettre-circulaire de 2013 pour les crédits immobiliers, il est hautement probable que, si le

prêt avait été conclu avec une personne tierce n'ayant aucun lien avec elle, la contribuable aurait cherché à obtenir un taux d'intérêt plus bas que celui de 3.75 %, notamment en envisageant la conclusion d'un prêt hypothécaire. Si cette démarche n'est pas une obligation découlant de la lettre-circulaire de 2013, elle constitue en revanche un moyen permettant de réduire les frais de financement en cas de construction d'un bien immobilier. Il s'agit du moyen habituellement utilisé en pratique entre des personnes indépendantes afin de financer, de la manière la plus économique possible, la construction ou l'achat d'un bien immobilier. L'intimée n'apporte aucune explication quant à l'absence d'une telle démarche qui lui aurait pourtant permis de payer moins d'intérêts. Elle indique que sa situation financière de 2016 - sur laquelle se basent les offres bancaires produites - est meilleure que celle de 2013 « notamment en termes de cash-flow opérationnel », sans toutefois alléguer, ni démontrer, que sa situation financière de 2013 l'avait empêchée de conclure un prêt hypothécaire pour la construction de son immeuble. Le fait qu'elle allègue en lien avec la proposition bancaire produite en pièce 4 de son chargé de pièces - qui n'exigerait pas de garantie sur l'immeuble -, selon lequel la banque aurait considéré que la mise en gage du bâtiment industriel représenterait une garantie trop faible qui ne serait pas à même d'améliorer la qualité du crédit, ne découle ni de ladite pièce 4, ni n'est démontré par une quelconque autre pièce. En revanche, l'autre offre bancaire produite en pièce 5 du chargé de pièces de l'intimée mentionne, s'agissant du financement immobilier envisagé à hauteur de CHF 8'500'000.-, une garantie sous la forme d'une cédula hypothécaire de premier rang et une hypothèque fixe à cinq ans. Par ailleurs, ces propositions bancaires datent de juillet 2017, soit environ cinq ans après la conclusion du prêt en cause. La contribuable ne produit ainsi aucune pièce démontrant une volonté de conclure un prêt hypothécaire afin de financer la construction de son immeuble, à des frais moindres que le taux de 3,75 % payé à son actionnaire sur une somme importante, alors qu'il est notoire qu'une telle démarche lui aurait permis d'obtenir un taux d'intérêt inférieur et ainsi de réduire ses frais de financement. Elle n'avance en outre aucun motif économique pour justifier l'absence d'une telle démarche et conclure le prêt en cause. Comme la contribuable ne démontre pas que l'option d'un emprunt hypothécaire lui était impossible pour financer la construction de son immeuble, le taux de 3.75 % appliqué au prêt de son actionnaire ne peut être qualifié de conforme au principe de pleine concurrence. Comme exposé plus haut, elle aurait pu, en particulier par le biais d'un prêt hypothécaire, obtenir, sur le marché libre, auprès de tiers indépendants, un taux d'intérêt inférieur à celui qu'elle a payé à la holding. Pour ce même motif, les offres bancaires produites - indépendamment de la date de leur établissement - ne lui permettent pas non plus de démontrer que le taux d'intérêt qu'elle a pratiqué serait conforme au principe de pleine concurrence. Au contraire, la comparaison entre lesdites propositions bancaires et les caractéristiques susévoquées du prêt en cause tend plutôt à prouver que ce prêt n'aurait pas été accordé entre tiers indépendants et que ses modalités sont dues à la proximité des liens économiques entre la holding et la contribuable. Au vu de ces circonstances, en particulier faute pour la contribuable d'avoir démontré le respect du principe de pleine concurrence - que la lettre-circulaire vise à mettre en oeuvre en matière de taux d'intérêts sur des prêts entre des sociétés et ses actionnaires -, c'est à juste titre que l'AFC-GE a appliqué le taux d'intérêt correspondant, d'après la lettre-circulaire de 2013, aux crédits immobiliers conformément à la séquence qui y est définie. Par ailleurs et contrairement à l'avis du TAPI, le risque de non-recouvrement du montant prêté ne peut in casu être examiné, y compris en l'absence de gage immobilier, sans prendre en compte le fait que la créancière dudit montant (la holding) détient l'intégralité du capital-actions de la

débitrice (A\_\_\_\_\_ SA) et, de ce fait, même si de manière indirecte, également l'immeuble dont la construction est financée par le prêt en cause. Cet élément permet en l'espèce de comprendre l'absence de garantie hypothécaire y relative et réduit considérablement, voire entièrement, le risque de non-recouvrement de la holding, avancé par la juridiction précédente pour justifier le taux élevé d'intérêt appliqué audit prêt. Quant à l'argument de l'intimée, selon lequel l'AFC-GE aurait, pour la période fiscale 2012, qualifié ledit prêt de crédit d'exploitation et admis les intérêts y relatifs sans les considérer excessifs, il n'est démontré par aucune pièce du dossier. Cela ne ressort en particulier pas de la pièce 8 du chargé de pièces de l'intimée comportant les bordereaux rectificatifs et les avis de taxation de l'ICC et de l'IFD 2012, ces documents n'indiquant pas les taux d'intérêts admis par l'AFC-GE. Quant à la réclamation relative à cette période fiscale (pièce 7 intimée), elle ne permet pas non plus d'étayer ledit argument. Outre la qualification contestée du prêt en crédit immobilier, cette réclamation mentionne l'application des taux de 1,5 % et de 2,25 % prévus, par la lettre-circulaire de 2012 (dont le contenu est similaire à celle de 2013), pour la construction de logements et l'agriculture, l'AFC-GE ayant alors à tort considéré que l'immeuble financé par le prêt conclu entre la holding et la contribuable visait à abriter des logements, ce qui peut aisément expliquer l'admission de la réclamation de l'intimée par l'AFC-GE en mars 2014. Cet argument ne peut donc qu'être rejeté. Par conséquent, au vu de ce qui précède, le recours de l'AFC-GE sera admis, le jugement du TAPI annulé et les décisions litigieuses de l'AFC-GE rétablies. 5) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimée qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE à la forme : déclare recevable le recours interjeté le 24 août 2018 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 juillet 2018 ; au fond : l'admet ; annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 juillet 2018 ; rétablit les décisions sur réclamation de l'administration fiscale cantonale du 22 juin 2017 ; met à la charge de A\_\_\_\_\_ SA un émolument de CHF 1'000.- ; 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 l'administration fiscale cantonale, à Me Pierre-Marie Glauser et Me Geneviève Page, avocats de A\_\_\_\_\_ SA, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'administration fédérale des contributions. Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Cuendet, juges. Au nom de la chambre administrative : le greffier-juriste : F. Scheffre la présidente siégeant : F. Krauskopf Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties. Genève, le la greffière :

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