

# **GE\_GERICHTE A/4777/2007 vom 6. Dezember 2011**

GE Cour de justice, 2011-12-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4777\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4777_2007)

FR: GE\_GERICHTE A/4777/2007 du 6 décembre 2011

IT: GE\_GERICHTE A/4777/2007 del 6 dicembre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Dans sa déclaration fiscale 2006 portant sur l'exercice du 1<sup>er</sup> juillet 2005 au 30 juin 2006, P\_\_\_\_\_ a déclaré un capital propre imposable de CHF 1'285'032.- pour un bénéfice net imposable à Genève de CHF 2'140.- et en Suisse de CHF 2'553.-. Sous la rubrique « dettes en faveur de tiers », elle a mentionné un montant de CHF 614'043.- en faveur de la Banque cantonale de Genève (ci-après : BCGE) ayant porté un intérêt de CHF 35'905.-, au taux de 5,84 %.

### **E. 3**

Le 17 juillet 2007, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a adressé à P\_\_\_\_\_ un bordereau pour les impôts cantonaux et communaux (ci-après : ICC) 2006 retenant un bénéfice imposable de CHF 10'042.- et un capital imposable de CHF 1'285'032.-. Ce faisant, elle n'avait pas admis la déduction de CHF 9'424.- représentant une partie de l'intérêt sur la dette auprès de la BCGE, considérant qu'il s'agissait de prestations à un prix de faveur faites aux actionnaires, aux associés ou à des personnes proches, sous forme d'intérêts excessifs. Par ailleurs aucun capital propre dissimulé en fin d'exercice n'était retenu, ni aucun intérêt sur un tel capital.

### **E. 4**

Le 23 juillet 2007, l'AFC-GE a adressé à P\_\_\_\_\_ un bordereau pour l'impôt fédéral (ci-après : IFD) 2006, retenant un bénéfice imposable de CHF 11'900.- et un capital propre imposable de CHF 1'285'000.-. Le montant de CHF 9'424.- avait été repris de la même manière et pour les mêmes motifs qu'en matière d'ICC. Aucun capital propre dissimulé, ni intérêt sur un tel capital, n'avait été retenu.

### **E. 5**

En date du 7 août 2007, P\_\_\_\_\_ a élevé une réclamation unique contre les bordereaux ICC et IFD 2006, contestant la reprise de CHF 9'424.-. Cette reprise provenait du fait que la dette bancaire était garantie par l'actionnaire et avait été considérée pour cela comme un prêt de l'actionnaire, alors même que l'endettement admissible selon les exigences fiscales pourrait être d'environ 2,5 fois plus élevé. Dans la pratique, il était assez fréquent qu'une banque appelée à financer une petite société avec un cercle d'actionnaires restreint, recherche des garanties complémentaires auprès de ceux-ci, sans qu'il faille considérer cela comme un prêt direct de l'actionnaire. Les intérêts payés à la BCGE au taux fixé par celle-ci étaient des charges justifiées par l'usage commercial.

### **E. 6**

du 6 juin 1997 (ci-après : circulaire n o 6) de l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH). Les dettes envers les tiers garanties par les actionnaires, les associés et

les personnes proches étaient assimilées à des dettes envers ceux-ci.

#### **E. 7**

Par acte unique du 30 novembre 2007, P\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôt contre la décision sur réclamation susmentionnée relative à l'ICC 2006 et auprès de la commission cantonale de l'impôt fédéral direct contre la décision sur réclamation susmentionnée relative à l'IFD 2006, concluant à leur annulation et à ce que la déduction de la totalité des intérêts payés à la BCGE soit admise pour les taxations ICC et IFD 2006. L'AFC-GE avait fait une interprétation erronée de la circulaire n o 6, qui visait le capital dissimulé. Tel n'était pas le cas en l'espèce, P\_\_\_\_\_ reprenant pour le surplus son argumentation antérieure.

#### **E. 8**

Le 24 octobre 2008, l'AFC-GE a répondu tant pour l'ICC que pour l'IFD, concluant au rejet des recours, avec une motivation identique. Les redressements en bénéfice opérés au titre d'intérêts excessifs avaient pour but d'empêcher la contribuable de réaliser une économie d'impôt manifeste assimilable à de l'évasion fiscale. Cela se fondait sur la circulaire n o 6 et la lettre-circulaire du 26 janvier 2006 fixant les taux d'intérêts annuels applicables (ci-après : la lettre-circulaire 2006). La première rappelait que lorsqu'un actionnaire accordait un prêt à sa société, les intérêts qui lui étaient versés constituaient pour lui, tout comme les dividendes, un revenu imposable. Pour la société, les intérêts étaient en principe des charges justifiées par l'usage commercial, alors que les dividendes constituaient une affectation du bénéfice, non déductible. Les charges non justifiées par l'usage commercial devaient être ajoutées aux résultats de la société. Un prêt de tiers garanti par les actionnaires était assimilé à un prêt garanti par ces derniers. En outre, si les prêts de détenteurs de participation étaient rémunérés à un taux inférieur aux taux usuels du marché, la déduction était admise aux taux maximaux publiés dans la lettre-circulaire. Cette dernière renvoyait à la circulaire n o 6 en précisant que lors du calcul des intérêts maximaux fiscalement admis, il fallait tenir compte de l'existence éventuelle de capital propre dissimulé. Par ailleurs, la contribuable n'aurait vraisemblablement pas pu obtenir le prêt consenti par la BCGE sans la garantie octroyée par les actionnaires, ou alors à un taux nettement plus élevé que celui qui avait été pratiqué. Le prêt était ainsi insolite, opéré dans le but de réaliser une économie d'impôt, ce qui aurait été le cas sans la reprise non négligeable de CHF 9'424.-. Les trois conditions de l'évasion fiscale posées par la jurisprudence étaient réalisées.

#### **E. 9**

Le 12 avril 2010, la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), qui a remplacé depuis le 1 er janvier 2009 les deux commissions de recours susmentionnées, a joint les recours en matière d'ICC et d'IFD et les a admis, renvoyant le dossier à l'AFC-GE pour nouvelle taxation. Il n'était pas contesté qu'il n'y avait pas de capital propre dissimulé et aucune reprise d'intérêt excessif ne pouvait avoir lieu de ce chef. Le prêteur n'étant pas actionnaire, le versement des intérêts qui lui étaient dû ne pouvait être considéré comme une prestation appréciable en argent pouvant faire l'objet d'une reprise. Le taux du prêt litigieux était certes supérieur à celui autorisé par la lettre-circulaire, mais cela avait été convenu entre tiers indépendants et ne saurait être remis en cause par l'autorité fiscale.

#### **E. 10**

L'AFC-GE a recouru le 20 mai 2010 auprès du Tribunal administratif, devenu la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 1<sup>er</sup> janvier 2011, contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et à la confirmation de ses propres décisions du 5 novembre 2007. Elle s'opposait à l'interprétation de la commission selon laquelle l'absence de capital propre dissimulé interdisait toute reprise d'intérêts excessifs. Ceux-ci devaient être distingués des intérêts de sous-capitalisation, rattachés au capital propre dissimulé. Ils étaient déterminés sur la part admise des fonds étrangers. Il fallait considérer que le prêt octroyé par un tiers à la société mais garanti par l'actionnaire devait être appréhendé fiscalement comme si le prêt avait été octroyé à l'actionnaire, suivi d'un prêt similaire de l'actionnaire à la société, soit un prêt-relais. En l'espèce, il apparaissait évident que la politique de financement de la banque à l'égard de P\_\_\_\_\_ était liée à celle de l'actionnaire.

#### **E. 11**

Le 24 juin 2010, P\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions. Il n'y avait pas eu de versement d'intérêts excessifs, s'agissant d'une transaction entre une entreprise qui n'était pas sous-capitalisée et une banque qui avait fixé un taux d'intérêt plus élevé que celui-ci retenu dans la lettre-circulaire tout en exigeant une garantie personnelle de l'actionnaire. Cela ne suffisait pas à qualifier les intérêts d'excessif.

#### **E. 12**

Le 16 novembre 2010, P\_\_\_\_\_ a produit un courrier du 11 novembre 2010 de la BCGE confirmant que le taux d'intérêt convenu pour le prêt litigieux avait été défini de manière objective, au terme d'une analyse approfondie, entre autres, du risque économique présenté par l'activité de cette société et des garanties qui avaient été fournies.

#### **E. 13**

Le 23 novembre 2010, le juge délégué a transmis le courrier de la BCGE à l'AFC-GE et lui a imparti un délai au 13 décembre 2010 pour se déterminer.

#### **E. 14**

Le 14 décembre 2010, l'AFC-GE a persisté dans son recours. L'attestation de la banque n'était pas relevante puisque, sur le plan fiscal, il fallait considérer que le prêt était octroyé par l'actionnaire directement. La justification des taux d'intérêts devrait donc être le fait de l'actionnaire et non pas de la banque.

#### **E. 15**

L'AFC-CH a renoncé à présenter des observations.

#### **E. 16**

Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 LOJ). Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer. 2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 -aLOJ ; 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure

administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, dans sa teneur au 31 décembre 2010).

3. a. Selon l'art. 57 LIFD, l'impôt fédéral sur le bénéfice a pour objet le bénéfice net, qui comprend le solde du compte de résultats, compte tenu du solde reporté de l'exercice précédent (art. 58 al. 1 let. a LIFD) et tous les prélèvements opérés sur le résultat commercial avant le calcul du solde du compte de résultat, qui ne servent pas à couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial (art. 58 al. 1 let. b LIFD), en particulier les distributions ouvertes ou dissimulées de bénéfice et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial. L'art. 65 LIFD prévoit par ailleurs que les intérêts passifs imputables à la part de capital étranger économiquement assimilable au capital propre font partie du bénéfice imposable des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives. b. Le pendant de l'art. 57 LIFD en droit cantonal est l'art. 11 LIPM. Font notamment partie du bénéfice imposable les intérêts passifs dus sur la part du capital étranger qui doit être ajoutée au capital propre défini selon l'art. 30 LIPM (art. 12 let. f LIPM), et les allocations volontaires à des tiers ainsi que les prestations de toute nature fournies gratuitement à des tiers ou à des actionnaires de la société (art. 12 let. h LIPM). Selon l'art. 30 LIPM, le capital propre imposable de sociétés de capitaux et des sociétés coopératives est augmenté de la part de leurs fonds étrangers qui est économiquement assimilable au capital propre. c. La circulaire n° 6, qui expose la pratique en matière de sous-capitalisation des sociétés de capitaux et sociétés coopératives, est applicable en droit cantonal selon l'information n° 6/97 aux associations professionnelles du 9 octobre 1997 de l'AFC-GE. Cette circulaire n'a pas valeur de loi. Cependant, elle a pour but d'assurer une pratique uniforme. A l'instar du Tribunal fédéral, la chambre administrative ne saurait s'en écarter sans justes motifs (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.338/2004 du 26 avril 2006, consid. 4.1 ; ATA/866/2010 du 7 décembre 2010 ; ATA/435/2008 du 27 août 2008). Selon son intitulé, elle vise le capital propre dissimulé. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'on ne se trouve pas dans un cas de dissimulation de capital. Ni l'art. 65 LIFD, ni l'art 30 LIPM, ni la circulaire susmentionnée ne trouvent donc application. 4. Se fondant sur la lettre circulaire 2006, l'AFC-GE a estimé que le taux d'intérêt de la dette bancaire de la recourante était excessif du seul fait que le prêt était garanti par l'actionnaire. Cette lettre circulaire vise les prêts directs des actionnaires ou associés et non les prêts de tiers garantis par lesdits actionnaires ou associés. L'AFC-GE en étend la portée parce que ce document mentionne que lors du calcul des intérêts maximaux fiscalement admis, il faut tenir compte de l'existence éventuelle de capital propre dissimulé. Or, cette éventualité est précisément écartée dans le cas particulier. Quant à la théorie du prêt-relais soutenue par l'AFC, elle ne peut être retenue en l'absence de tout autre élément permettant d'envisager qu'un tel montage résulterait de la volonté de la société et/ou de l'actionnaire. Or la recourante - à qui incombe le fardeau de la preuve de l'élément imposable ( ATA/716/2011 du 22 novembre 2011 et les références citées) - ne fournit aucune démonstration probante que l'on se trouverait dans un cas permettant de retenir que tout ou partie des intérêts fixés par la banque devrait être repris car non conforme à l'usage commercial. 5. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Nonobstant l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de l'AFC-GE (art. 11 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Aucune indemnité ne sera allouée, P\_\_\_\_\_ n'ayant pas conclu en ce sens. \* \* \* \* \*