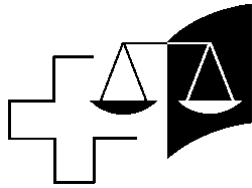


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



2C 877/2021

Arrêt du 16 janvier 2023

Ile Cour de droit public

Composition

Mme et MM. les Juges fédéraux

Aubry Girardin, Présidente, Donzallaz et Beusch.

Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure

A. _____ SA,

représentée par Mes Nicolas Merlino et Nicolas Moreno, avocats,
recourante,

contre

Administration fiscale cantonale du canton de Genève,
rue du Stand 26, 1204 Genève,
intimée,

Administration fédérale des contributions, Eigerstrasse 65, 3003 Berne.

Objet

Impôts cantonal et communal et impôt fédéral
direct pour la période fiscale 2016,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de
la République et canton de Genève, Chambre administrative, 4ème section, du 21
septembre 2021 (ATA/979/2021).

Faits :

A.

La société A. _____ SA, inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 16 juillet 1993, a pour but l'achat, la vente, la construction et la gérance d'immeubles, ainsi que les conseils en investissements immobiliers. B. _____ SA en est la société mère et l'actionnaire.

En octobre 2003, elle a conclu une convention de prêt avec sa société-mère et actionnaire

B. _____ SA (ci-après : B. _____ SA), sise à U. _____.

A. _____ SA gère un immeuble locatif sis rue V. _____ qui, en 2016, faisait l'objet d'un financement en premier rang avec un taux fixe auprès de la compagnie d'assurance C. _____ d'un montant de 15'940'000 fr., jusqu'au 31 décembre 2020. En fin d'année 2016, le contrat de prêt hypothécaire conclu avec C. _____ sur l'immeuble précité a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2031.

Par bordereau du 2 juin 2016, l'Administration fiscale cantonale du canton de Genève a taxé la contribuable pour l'année 2015, admettant en déduction la totalité des intérêts payés à son actionnaire (391'500 fr.).

Un nouveau contrat de prêt a été passé par écrit le 15 décembre 2016 entre A. _____ SA et B. _____ SA. Par ce contrat, cette dernière accordait à la contribuable un prêt de 9'000'000 fr. pour une période de dix ans, du 1er janvier 2017 au 31 décembre 2026. Le prêt était renouvelable, le taux d'intérêt applicable de 4,35 % était fixe et les intérêts étaient payables trimestriellement à terme échu. Il n'y avait pas de garantie prévue

Le 26 juillet 2017, la contribuable a déposé sa déclaration fiscale 2016. Elle y a mentionné une dette envers son actionnaire pour un montant de 9'000'000 fr. et des intérêts s'élevant à 392'632 fr., soit pour un taux d'intérêt de 4,35 %. La valeur de l'immeuble sis rue V. _____, selon les comptes 2016 transmis en annexe, s'élevait à 24'500'000 fr. Une note au taxateur au sujet du taux d'intérêt de 4,35 % appliqué au prêt à long terme accordé par B. _____ SA précisait que ce taux s'appuyait sur le taux du marché, conformément à une « offre » par courriel faite par D. _____ le 2 février 2016 dans le cadre de discussions avec cet organisme dont elle a joint une copie à la déclaration fiscale. Par lettre du 8 novembre 2017, l'Administration fiscale cantonale a requis un complément d'information auprès de la contribuable, lui demandant de lui transmettre l'identité du bénéficiaire des intérêts de 392'632 fr., toutes les explications utiles et justifications permettant d'expliquer la fixation du taux d'intérêt ainsi qu'une copie du contrat de prêt conclu entre B. _____ SA et la contribuable. Le 15 novembre 2017, la contribuable a transmis les documents requis et précisé que le taux d'intérêt fixé correspondait au taux déterminé par D. _____ dans son offre formulée en lien avec la demande de prêt de A. _____ SA en février 2016.

B.

Par bordereaux de taxation datés du 11 janvier 2018, l'Administration fiscale cantonale a procédé à une reprise fiscale de 301'132 fr. d'intérêts non admis sur le prêt de l'actionnaire, tant en matière d'impôt cantonal et communal 2016 qu'en matière d'impôt fédéral direct 2016. Elle a considéré que les conditions du prêt n'étaient pas identiques aux conditions mentionnées dans le courriel de D. _____.

Le 8 février 2018, la contribuable a déposé une réclamation à l'encontre des bordereaux de taxation d'impôt fédéral direct, cantonal et communal pour la période fiscale 2016 du 11 janvier 2018. Le 28 mars 2018, l'Administration fiscale cantonale a requis de la contribuable qu'elle lui remette l'attestation d'un institut financier démontrant qu'avec les actifs et passifs 2016 de la société, un montant de 9'000'000 fr. aurait été prêté à un taux d'intérêt de 4,35%. Dans son courriel du 26 juin 2018, la contribuable a répondu qu'un tel document était matériellement impossible à obtenir, aucun établissement bancaire n'étant habilité à établir une offre ou une attestation de taux d'intérêt de manière rétrospective. Néanmoins, dans un souci de collaboration, elle a produit une attestation de E. _____ qui confirmait l'authenticité de l'offre formulée par D. _____ en 2016.

Par décisions du 26 février 2020, l'Administration fiscale cantonale a rejeté les réclamations de A. _____ SA.

Le 28 avril 2020, A. _____ SA a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance du canton de Genève contre les décisions du 26 février 2020, concluant à leur annulation. Dans sa réponse du 18 juin 2020, l'Administration fiscale cantonale a conclu à ce que la cause lui soit renvoyée pour rectification des bordereaux de taxation du 11 janvier 2018 pour qu'elle applique un taux d'intérêt de 1,5 % et non plus de 1,017 % et au rejet du recours pour le surplus. Le redressement fiscal était ainsi ramené de 301'132 fr. à 255'382 fr.

Par jugement du 12 octobre 2020, le Tribunal administratif de première instance a admis partiellement le recours et renvoyé le dossier à l'Administration fiscale cantonale pour nouvelles décisions de taxation en matière d'impôt fédéral direct, cantonal et communal 2016, le taux d'intérêt appliqué devant être fixé à 1,5 % et la reprise ramenée de 301'132 fr. à 255'583 fr.

Le 13 novembre 2020, A. _____ SA a interjeté recours auprès de la Cour de justice du canton de Genève contre le jugement rendu le 12 octobre 2020 par le Tribunal administratif de première instance concluant à son annulation des intérêts passifs pour un montant de 392'632 fr.

Par arrêt du 21 septembre 2021, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours. Les preuves fournies par la contribuable ne démontraient pas que le taux du marché était équivalent à celui qui avait été fixé entre elle et son actionnaire.

C.

Le 3 novembre 2021, A. _____ SA a déposé auprès du Tribunal fédéral un recours en matière de droit public contre l'arrêt du 21 septembre 2021 par la Cour de justice du canton de Genève. Elle

conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que l'arrêt attaqué soit réformé en ce sens qu'une déduction de 392'632 fr. de son bénéfice imposable pour la période 2016 soit admise, subsidiairement à une déduction de 369'000 fr. Elle se plaint de l'établissement inexact des faits et de la violation du droit fédéral.

La Cour de justice persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt. L'Administration fiscale cantonale et l'Administration fédérale des contributions concluent au rejet du recours. A. _____ SA a répliqué.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 139 V 42 consid. 1 p. 44)

1.1. La Cour de justice a rendu une seule décision valant tant pour l'impôt fédéral direct que pour l'impôt cantonal et communal, ce qui est admissible, dès lors que la question juridique à trancher est réglée de la même façon en droit fédéral et dans le droit cantonal harmonisé (cf. ATF 135 II 260 consid. 1.3.1 p. 262 s.; arrêt 2C_60/2013 et 2C_61/2013 du 14 août 2013 consid. 1). Dans ces circonstances, on ne peut reprocher à la recourante d'avoir, dans son recours au Tribunal fédéral, formé les mêmes griefs et pris des conclusions valant pour les deux catégories d'impôt (ATF 135 II 260 consid. 1.3.2).

1.2. L'arrêt attaqué concerne la détermination du bénéfice imposable de la recourante pour la période fiscale 2016, tant en matière d'impôt fédéral direct qu'en matière d'impôt cantonal et communal sur le bénéfice. Comme ce domaine relève du droit public et qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 83 LTF n'est réalisée, la voie du recours en matière de droit public est ouverte en application de l'art. 82 let. a LTF. L'art. 146 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) confirme l'existence de cette voie de droit pour l'impôt fédéral direct; s'agissant des impôts cantonal et communal, l'imposition du bénéfice étant une matière harmonisée aux art. 24 ss de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID; RS 642.14), la voie du recours en matière de droit public est aussi réservée à l'art. 73 al. 1 LHID. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

2.

La recourante formule une conclusion subsidiaire dans laquelle elle réduit le montant des intérêts déductibles de 392'632 fr. à 369'000 fr. L'autorité intimée est d'avis que cette conclusion est irrecevable parce qu'elle n'a été formulée pour la première fois que devant le Tribunal fédéral.

2.1. Aux termes de l'art. 99 al. 2 LTF, toute conclusion nouvelle est irrecevable. L'art. 99 al. 2 LTF doit être lu en relation avec l'art. 107 al. 1 LTF qui prévoit que le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (G. Bovey, Commentaire de la LTF, 3e éd. Berne 2022, n°48 ad art. 99 LTF). Selon la jurisprudence, l'objet de la contestation portée devant le Tribunal fédéral est déterminé par l'arrêt attaqué. L'objet du litige, délimité par les conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), ne saurait s'étendre au-delà de l'objet de la contestation. Par conséquent, devant le Tribunal fédéral, le litige peut être réduit, mais ne saurait être ni élargi, ni transformé par rapport à ce qu'il était devant l'autorité précédente, qui l'a fixé dans le dispositif de l'arrêt entrepris et qui est devenu l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2). La partie recourante ne peut par conséquent pas prendre des conclusions ni formuler de griefs allant au-delà de l'objet du litige. En revanche, elle peut librement réduire ses prétentions dans ce cadre.

2.2. En l'espèce, la conclusion principale de la recourante tend à faire admettre la déduction d'un montant d'intérêt de 392'632 fr. qui correspond au montant qu'elle avait inscrit sur sa déclaration fiscale, ainsi qu'au montant dont elle a demandé la déduction dans ses conclusions devant le Tribunal administratif de première instance et devant la Cour de justice. Il apparaît dès lors que la conclusion subsidiaire, qui se borne à réduire la prétention de la recourante, est recevable.

3.

Le Tribunal fédéral examine d'office le droit fédéral (art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF) et le droit cantonal harmonisé (ATF 134 II 207 consid. 2 p. 210; arrêt 2C_386/2012 et 2C_387/2012 du 16 novembre

2012 consid. 3.5). Il n'est pas lié par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties. Il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 146 IV 88 consid. 1.3.2; 141 V 234 consid. 1; 139 II 404 consid. 3).

4.

Le litige porte sur le point de savoir si la recourante a procédé à une distribution dissimulée de bénéfice en octroyant un prêt à son actionnaire à un taux d'intérêt de 4,35% en 2016.

4.1. L'instance précédente confirme l'existence d'une distribution dissimulée de bénéfice (ou prestation appréciable en argent) en application de la lettre-circulaire du 23 février 2016 de l'Administration fédérale des contributions concernant les taux d'intérêt 2016 déterminants pour le calcul des prestations appréciables en argent (ci-après: la lettre-circulaire 2016, consultable sur <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/accueil/impot-federal-direct/informations-specialisees-ifd/lettres-circulaires.html>). Cette lettre-circulaire classe les prêts accordés en francs suisses aux actionnaires ou aux associés de la manière suivante:

Taux d'intérêt :

| Prêts des actionnaires ou 2. associés (en francs suisses) | | au maximum | |
|--|--|---|-------------------------------|
| | | Construction de logement et agriculture | Industrie, arts et métiers |
| <u>Crédits immobiliers:</u> | | | |
| <u>- sur un crédit immobilier égal à la</u> | | | |
| <u>première hypothèque, soit sur une</u> | | | |
| 2.1 | <u>première tranche correspondant aux</u> | 1 % | 1,5 % |
| | <u>2/3 de la valeur vénale de l'immeuble</u> | 1,75 % | 2,25 % |
| <u>- sur le solde,</u> | | | |

en tenant compte des limites
maximales suivantes sur le
financement de tiers:

- jusqu'à concurrence de
maximum 70 % de la valeur
vénale

des terrains à bâtir, des villas,
des propriétés par étage,

des maisons de vacances et des
immeubles industriels

- jusqu'à concurrence de maximum 80 % de la valeur vénale des autres

immeubles

2.2 Crédits d'exploitation

:

a) jusqu'à CHF 1 million

- commerce et industrie 3 %

- holdings et sociétés de
gérance de fortune 2,5 %

b) à partir de CHF 1 million

- commerce et industrie 1 %

- holdings et sociétés de
gérance de fortune 0,75 %

La Cour de justice a retenu, sur la base de la jurisprudence, une présomption de prestation appréciable en argent dès lors que le contrat de prêt prévoyait un taux de 4,35% qui s'écartait de manière trop importante des taux de références de la lettre-circulaire 2016; elle a appliqué à la recourante, conformément à la pratique de l'autorité intimée, un taux de 1,5%, qui correspondait à un taux d'intérêt de crédit immobilier de 1er rang et non pas à celui des crédits d'exploitation de 1,22%. Ce taux est donc plus favorable à la recourante que si on lui avait appliqué le taux prévu par le lettre-circulaire 2016 pour un prêt sans garantie. Ensuite, la Cour de justice a examiné si la recourante pouvait lever la présomption sur la base des pièces produites et démontrer que le taux de 4,35% stipulé correspondait au taux du marché. Elle a d'abord constaté à cet égard, en se référant aux courriers de C._____ et de D._____, que la recourante ne pouvait pas contracter de prêt hypothécaire de premier rang ni de deuxième rang (arrêt attaqué consid. 10 c). La recourante devait par conséquent démontrer qu'elle avait conclu avec son actionnaire un contrat dont le taux correspondait au taux du marché. Sur ce point, elle a jugé que l'offre proposée par D._____ divergeait d'une façon trop importante du contrat de prêt conclu par la recourante, de sorte que cette dernière n'avait pas démontré que le taux stipulé correspondait au taux du marché. Par conséquent, la recourante avait accordé, sous la forme d'un taux d'intérêt trop élevé, une prestation appréciable en argent à son actionnaire.

4.2. La recourante objecte que l'instance précédente adopte un comportement contradictoire en constatant, d'une part, qu'il était impossible d'obtenir un crédit immobilier en 2016 et, d'autre part, en qualifiant néanmoins le contrat passé avec son actionnaire de prêt immobilier. Une telle qualification serait d'autant plus contradictoire que l'instance précédente a considéré, pour précisément écarter comme preuve de prix du marché l'offre de D._____, que le contrat conclu avec l'actionnaire ne présentait aucune caractéristique d'un contrat de prêt immobilier en ce qu'il ne prévoyait pas de reprise de crédit en premier rang, ne portait pas sur un crédit hypothécaire de deuxième rang et ne comprenait aucune garantie. Selon la recourante, il s'agissait bien plutôt d'un contrat de prêt chirographaire, qui pouvait à tout le moins arrêter un taux d'intérêt hypothécaire de deuxième rang comme celui figurant dans l'offre de D._____ à titre de taux d'intérêt chirographaire, puisque, selon la jurisprudence, par rapport à une dette chirographaire, le taux d'intérêt appliqué à une dette garantie par gage est plus bas.

5.

Invoquant l'art. 97 al. 1 LTF, la recourante se plaint en premier lieu de l'établissement inexact des faits s'agissant de la qualification du contrat conclu entre elle et son actionnaire et de la mauvaise appréciation du contenu de l'offre de D._____ par l'instance précédente.

5.1. Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (ATF 142 II 355 consid. 6; 139 II 373 consid. 1.6). La partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (cf. art. 106 al. 2 LTF). A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué (ATF 137 II 353 consid. 5.1).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle tire des conclusions insoutenables (ATF 148 IV 39 consid. 2.3.5; 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les arrêts cités).

5.2. La recourante soutient que le contrat qu'elle a passé avec son actionnaire est un contrat de prêt chirographaire et non pas immobilier, ce qui revêt, selon elle, une grande importance, puisque les taux édictés par l'AFC dans la lettre circulaire du 23 février 2016 reposent précisément sur cette distinction. Elle perd toutefois de vue que la qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3; 129 III 664 consid. 3.1; arrêt 4A_367/2021 du 28 janvier 2022 consid. 4.1.1 et les références citées). En revanche, les éléments sur lesquels l'autorité se fonde pour qualifier le contrat relèvent du fait.

En l'occurrence, la recourante est d'avis qu'" *en qualifiant le contrat de prêt chirographaire de crédit immobilier, la Cour de justice a opéré à une déduction insoutenable sur la base des éléments recueillis* ". Ce faisant, elle ne formule pas de grief d'établissement arbitraire des éléments recueillis, mais s'en prend à leur qualification juridique. Cette question sera par conséquent examinée ultérieurement si besoin est.

5.3. La recourante reproche à la Cour de justice d'avoir retenu de manière arbitraire que " *l'offre de D._____, qui n'aurait pu au demeurant être mise en oeuvre que dès le 1 er janvier 2018, fixait le taux d'intérêt à la « valeur spot » - et non à un taux fixe -...* " (arrêt attaqué p. 17 in fine et 18). Il s'agit, selon elle, d'une mauvaise appréciation de l'offre de D._____. L'instance précédente a mal compris les termes « valeur spot » en opposant valeur spot et taux d'intérêt fixe. Elle aurait dû retenir que le taux d'intérêt communiqué par D._____ correspondait à un taux d'intérêt fixe, pour une durée de dix ans. En effet, selon elle, la valeur spot est la valeur qui prévalait pour la période fiscale 2016, même si D._____ n'était disposé à procéder au financement qu'en 2018. De l'avis de la recourante encore, la correction de ce vice a une influence sur le sort de la cause, en ceci qu'elle aurait bien démontré, avec l'offre de D._____, que le taux d'intérêt hypothécaire en 2016 s'élevait à 4,35%.

Le grief est rejeté. L'instance précédente a bien compris que le taux offert par D._____ s'élevait à 4,35% pour 2016 et ne serait applicable qu'en 2018. C'est du reste bien ce qu'il ressort de l'offre de D._____ qui contient la phrase suivante (art. 105 al. 2 LTF) : « [...], voici les taux indicatifs que nous pourrions vous proposer (taux valeur spot et non taux fixe à effet différé). 7 ans, 3,84%; 10 ans, 4,35%; 15 ans 4,92% ».

5.4. Critiquant le constat de l'instance précédente selon lequel la recourante ne pouvait pas contracter de prêt hypothécaire en 2016, ni en premier rang ni en deuxième rang, l'autorité intimée est d'avis que la question de savoir si l'emprunteur est encore en mesure de conclure un prêt hypothécaire doit principalement être analysée à l'aune de son endettement hypothécaire par rapport à la valeur vénale du bien considéré. Il n'y a pas lieu d'approfondir cette question, puisque l'examen de l'endettement de la recourante nécessite de connaître des valeurs qui ne résultent pas de l'arrêt attaqué. Il n'y a en outre aucune démonstration que les conditions de l'art. 97 al. 1 LTF seraient réunies pour compléter l'état de fait de l'arrêt attaqué.

I. Impôt fédéral direct

6.

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 5e tiret).

6.1. Selon la jurisprudence, il y a distribution dissimulée de bénéfice lorsque quatre conditions cumulatives 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 (cf. [ATF 144 II 427](#) consid. 6.1; [140 II 88](#) consid. 4.1 et les arrêts cités).

6.2. La question de savoir s'il existe une disproportion entre la prestation fournie par la société et la contre-prestation qu'elle en retire se détermine au moyen d'une comparaison avec ce qui aurait été convenu entre personnes indépendantes (" *Drittvergleich* ") : il s'agit d'examiner si la prestation aurait été accordée, dans la même mesure, à un tiers étranger à la société, soit de vérifier si le principe de pleine concurrence (" *Dealing at arm's length* ") a été respecté ([ATF 140 II 88](#) consid. 4.1). La mise en oeuvre du principe de pleine concurrence suppose l'identification de la valeur vénale du bien transféré ou du service rendu. Lorsqu'il existe un marché libre, les prix de celui-ci sont déterminants et permettent une comparaison effective avec les prix appliqués dans la transaction examinée. S'il n'existe pas de marché libre permettant une comparaison effective, il convient alors de procéder selon la méthode de la comparaison avec une transaction comparable (ou méthode du prix comparable), qui 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; arrêt [2C_1082/2013](#) du 14 janvier 2015 consid. 5.2 et autres références citées, in Archives 83 p. 611 et RF 70/2015 p. 432). Enfin, faute de transaction comparable, l'examen du respect du principe de pleine concurrence se fonde alors sur une valeur hypothétique déterminée selon d'autres méthodes, telles que la méthode du coût majoré (" *cost plus* ") ou, dans le contexte d'opérations commerciales telles que la distribution de biens, celle du prix de revente ([ATF 140 II 88](#) consid. 4.2).

6.3. Lorsqu'une société anonyme obtient un prêt de son actionnaire, ce prêt ne respecte pas le principe de pleine concurrence si le taux d'intérêt appliqué est supérieur au taux du marché. La prestation appréciable en argent se mesure alors par la différence entre le taux d'intérêt conforme au principe de pleine concurrence et le taux effectivement appliqué (arrêt [2C_181/2020](#) du 10 août 2020 consid. 5.3 et, *mutatis mutandis*, [ATF 140 II 88](#) consid. 5).

6.4. L'AFC édicte chaque année des directives sur les taux d'intérêt déterminants pour le calcul des prestations appréciables en argent, publiées sous la forme de lettres circulaires (cf. consid. 4.1 ci-dessus), destinées à simplifier la mise en oeuvre du principe de pleine concurrence en relation avec les taux d'intérêt de prêts conclus en francs suisses entre des sociétés et leurs actionnaires ou associés (ou leurs proches). Le Tribunal fédéral n'est pas lié par les lettres circulaires susmentionnées, qui ne font pas partie du droit fédéral, mais il ne s'en écarte pas lorsqu'elles permettent une application correcte des normes légales dans un cas concret (cf. [ATF 140 II 88](#) consid. 5.1.2 p. 95; arrêt [2C_443/2017](#) du 15 janvier 2018 consid. 4.4).

6.5. Les taux d'intérêt fixés par l'AFC ne constituent que des " *safe harbour rules* " (également appelées " *safe haven* " ou " *règles ou valeurs refuge* " ; cf. la lettre-circulaire du 23 février 2016 elle-même, p. 2 in fine) : si le contribuable respecte ces valeurs, il n'y a en principe pas de prestation appréciable en argent. En revanche, l'existence d'une telle prestation est présumée lorsque le contribuable s'en écarte. La présomption, réfragable, a donc pour effet de renverser le fardeau de la preuve au détriment du contribuable, qui doit prouver que la prestation aurait été accordée, dans la même mesure, à un tiers étranger à la société (cf. [2C_578/2019](#) du 31 mars 2020 consid. 4.3; [ATF 140 II 88](#) consid. 7 et les références).

6.6. En l'espèce, le taux d'intérêt stipulé dans le contrat de prêt entre la recourante et son actionnaire, arrêté à 4,35%, est largement supérieur aux valeurs refuge (cf. consid. 6.5) de la lettre-circulaire 2016 (cf. consid. 4.1). C'est par conséquent à bon droit que l'instance précédente a présumé qu'il existait une prestation appréciable en argent de la recourante en faveur de son actionnaire (arrêt attaqué consid. 10). C'est également à juste titre qu'elle a considéré qu'il appartenait à la recourante de démontrer que le taux d'intérêt stipulé était conforme au principe de libre concurrence et qu'elle a examiné si l'offre de D. _____ produite par cette dernière permettait d'établir le taux d'intérêt du marché en 2016.

6.7. Dans l'arrêt attaqué, l'instance précédente a jugé sur ce point que l'offre proposée par D. _____ divergeait d'une façon trop importante du contrat de prêt conclu entre la recourante et son actionnaire, de sorte qu'elle ne pouvait pas considérer que la recourante avait démontré que le taux d'intérêt prévu par le contrat de prêt correspondait à un taux reflétant et respectant le prix du marché en 2016.

Il n'y a rien à objecter à cela. Il ressort du dossier (art. 105 al. 2 LTF) que l'offre de D. _____ portait sur un prêt de 9'500'000 fr. en deuxième rang qui ne pouvait pas être accordé sans la reprise du premier rang. Elle précisait que, comme le premier rang arrivait à échéance le 31 décembre 2020, D. _____ avait la capacité de financer un deuxième rang 3 ans au maximum avant la reprise du premier rang. Cette situation pouvait par conséquent être envisagée dès le 1er janvier 2018, avec un amortissement annuel d'environ 500'000 fr. L'offre formulait les taux indicatifs (taux valeur spot et non pas taux fixe à effet différé) suivants : sur 7 ans, 3,84%, sur 10 ans, 4,35% et sur 15 ans, 4,92%, une réduction commerciale de l'ordre de 0,25% étant envisageable.

C'est par conséquent à juste titre que l'instance précédente a constaté que le contrat conclu entre la recourante et son actionnaire ne prévoyait pas de reprise du crédit de premier rang, ne portait pas sur un crédit hypothécaire de deuxième rang ni ne visait la même période - l'offre de D. _____ n'aurait pu être mise en oeuvre que dès le 1er janvier 2018 - ne comprenait aucune garantie et prévoyait un amortissement annuel de 500'000 fr. A cela s'ajoute que le taux ne constituait qu'un taux indicatif, qui aurait en outre pu être négocié à la baisse (de l'ordre de 0,25 %). C'est par conséquent à bon droit que l'instance précédente a jugé que la recourante n'avait pas démontré que le taux de 4,35% correspondait au taux du marché en 2016, l'offre de D. _____ ne prouvant aucunement que les taux proposés constituaient bien les taux du marché. L'arrêt attaqué est confirmé sur ce point.

7.

La recourante objecte que le contrat qu'elle a passé est un contrat de prêt chirographaire et que, comme un taux hypothécaire est en principe fixé plus bas qu'un taux chirographaire, elle pouvait a *fortiori* choisir le taux hypothécaire offert par D. _____.

7.1. Il est vrai que la jurisprudence a exposé que la raison pour laquelle les lettres-circulaires de l'Administration fédérale des contributions prévoient des taux d'intérêt maximums plus bas pour les crédits immobiliers que pour les crédits d'exploitation réside dans le fait qu'en règle générale, par rapport à une dette chirographaire, le taux d'intérêt appliqué à une dette garantie par gage est plus bas. Ainsi, lorsqu'elle en a la possibilité, une société qui emprunte de l'argent garantit normalement sa dette par le biais d'un gage, afin de profiter d'un taux d'intérêt plus favorable, sauf si elle a des raisons pour ne pas le faire (arrêt [2C_181/2020](#) du 10 août 2020, consid. 5.6.3 et références).

7.2. En l'occurrence toutefois, le raisonnement de la recourante ne peut être suivi pour deux raisons.

La première réside dans le fait que la société qui a consenti le prêt de 9 mio fr. à la recourante se trouve, parce qu'elle en est l'actionnaire et société-mère, sous l'angle du risque encouru en raison du prêt, dans la même situation qu'une société tierce qui aurait obtenu une garantie hypothécaire grevant l'immeuble de la recourante pour un même prêt. A ce titre en effet, la société-mère détient les actions de la recourante dont la valeur équivaut au moins à la valeur vénale de l'immeuble de cette dernière, déduction faite du prêt hypothécaire garanti en premier rang sur ce dernier. Cela signifie qu'en cas de résiliation du contrat de prêt et de défaut de remboursement du prêt "chirographaire", elle peut librement aliéner tout ou partie des actions de la recourante aux fins de recouvrer le montant prêté, à l'instar d'un créancier hypothécaire qui peut obtenir la réalisation de l'immeuble en cas de défaut de son débiteur. L'instance précédente a correctement appréhendé ce fait en jugeant que la recourante a bien obtenu un crédit immobilier (cf. arrêt attaqué, consid. 12c p. 18), à noter qu'elle n'a pas affirmé, comme l'allègue à tort la recourante, qu'il s'agissait d'un "contrat" de prêt hypothécaire, mais bien d'un crédit immobilier (cf. consid. 5.2 ci-dessus). Il s'ensuit que l'instance précédente n'a pas adopté un

comportement contradictoire lorsqu'elle a retenu que la recourante se trouvait dans l'impossibilité de contracter un prêt immobilier hypothécaire en 2016, mais qu'elle avait bien obtenu, sous l'angle économique, un crédit immobilier. Elle en a du reste dûment tenu compte dans l'application de la lettre-circulaire 2016 en se servant du taux réservé aux prêts hypothécaires.

La deuxième réside dans le fait, déjà mis en exergue ci-dessus, que l'offre de D. _____ ne pouvait pas être mise en oeuvre avant le 1er janvier 2018 et ne fixait qu'approximativement des taux ("indicatifs"), encore sujets à négociation. Il s'ensuit que les taux proposés, dont le taux de 4,35%, ne sauraient en aucun cas faire figure de taux d'intérêt correspondant à ceux du marché libre ni partant être "choisi *a fortiori*", selon les termes de la recourante, pour rémunérer un prêt chirographaire.

7.3. Par conséquent, c'est sans violer le droit fédéral que l'instance précédente a confirmé que la recourante accordait une prestation appréciable en argent à son actionnaire pour la différence entre le taux stipulé de 4,35% et le taux retenu par l'autorité intimée de 1,5%.

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté en matière d'impôt fédéral direct.

II. Impôt cantonal et communal

8. L'art. 24 al. 1 let. a LHID prévoit que 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 résultat. 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; RSGE D 3 15), qui correspond à l'art. 58 al. 1 let. a et b LIFD. Il s'ensuit que la jurisprudence rendue en matière d'impôt fédéral direct est également valable pour l'application des dispositions cantonales harmonisées correspondantes (ATF 140 II 88 consid. 10). Il peut ainsi être renvoyé, s'agissant de l'impôt cantonal et communal, à la motivation développée en matière d'impôt fédéral direct.

Le recours doit par conséquent aussi être rejeté s'agissant de l'impôt cantonal et communal.

9.

Succombant, la recourante doit supporter les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté en ce qui concerne l'impôt fédéral direct.

2.

Le recours est rejeté en ce qui concerne l'impôt cantonal et communal.

3.

Les frais de justice, arrêtés à 4'000 fr, sont mis à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires de la recourante, à l'Administration fiscale cantonale du canton de Genève et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, 4ème section, ainsi qu'à l'Administration fédérale des contributions.

Lausanne, le 16 janvier 2023

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : F. Aubry Girardin

Le Greffier : Dubey