



Cour I
A-4265/2019

Arrêt du 15 décembre 2021

Composition

Annie Rochat Pauchard (présidente du collège),
Jürg Steiger, Keita Mutombo, juges,
Rafi Feller, greffier.

Parties

A. _____ GmbH,
représentée par
Maître Laurent Kyd et Alfred Girod,
recourante,

contre

Administration fédérale des contributions AFC,
Division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt
anticipé, des droits de timbre,
autorité inférieure.

Objet

Impôt anticipé; distribution dissimulée de dividendes.

Faits:**A.**

A.a La société A. _____ GmbH (ci-après: la Société) est une société à responsabilité limitée au sens du droit suisse, dont le siège se situait initialement à (...) et qui se trouve à (...) depuis le (...) 2017. Le capital social est constitué d'une seule part d'un montant de CHF 20'000.00 entièrement libérée. Parmi les buts figurant dans l'extrait du registre du commerce, la Société peut notamment acquérir, grever, aliéner et administrer des biens immobiliers en Suisse et à l'étranger ([...] *Die Gesellschaft kann im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten.* [...]).

A.b La Société était détenue par B. _____ S.à.r.l., elle-même détenue par C. _____ S.à.r.l. (toutes les deux aujourd'hui radiées selon le registre du commerce [...]). Cette dernière était détenue par D. _____ (ci-après: la Holding). Enfin, la Holding était elle-même détenue par le fonds [...] Fund (ci-après: E. _____ ou le Fonds).

A.c E. _____ est un fonds de placement revêtant la forme juridique d'une société de capital selon le droit (...). Il investit principalement dans des immeubles commerciaux. L'ayant droit économique et porteur de parts unique étant la caisse de pension de F. _____. Le Fonds est dirigé (*investment manager*) par la société G. _____ Limited (ci-après: G. _____) qui offre également des conseils en matière de placement immobilier.

B.

Le 1^{er} mars 2016, la Division du Contrôle Externe de l'Administration fédérale des contributions (ci-après: l'AFC) a procédé au contrôle des comptes de la Société en lien avec les exercices des années 2011 à 2015. Au cours de ce contrôle, l'AFC a constaté que la Société avait notamment comptabilisé les montants suivants en francs suisses dans le compte pertes et profits:

| Exercices commerciaux (au 30.06.) | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|-----------------------------------|-------|-------|-------|-------|-------|
| <i>Gross rental income</i> CHF | (...) | (...) | (...) | (...) | (...) |
| <i>Management fees</i> CHF | (...) | (...) | (...) | (...) | (...) |

C.

C.a Le même jour et suite à ce contrôle, l'AFC a fait part à la Société, alors représentée par son mandataire (...), que les *management fees* payés à G._____ par E._____, puis refacturés à la Société, représentaient 20% des revenus locatifs, ce qui ne respectait pas le principe de pleine concurrence (*dealing at arm's length*).

C.b L'AFC a requis des précisions et des informations complémentaires. Pour donner suite aux demandes de l'AFC, KPMG SA a exposé deux approches par courriel du 11 mai 2016 pour déterminer le montant de la distribution dissimulée de bénéfice. Elles ont été refusées par l'AFC.

C.c Le 22 juillet 2016, H._____ SA (ci-après: H._____) s'est annoncée auprès de l'AFC comme nouveau mandataire fiscal de la Société. H._____ a soumis par courrier du 20 septembre 2016, une nouvelle approche refusée par l'AFC s'agissant des *management fees* déductibles en se fondant notamment sur l'activité de G._____.

C.d Lors d'un entretien dans les locaux de l'AFC le 27 septembre 2016 avec les représentant de H._____, l'autorité fiscale a indiqué qu'elle n'acceptait que la déduction des *management fees* à hauteur de CHF 200'000.- par année fiscale, soit un montant total de CHF 1'000'000.- pour les années 2011 à 2015, arrivant ainsi à la somme de CHF 3'973'425.- au titre de distribution dissimulée de bénéfice soumise à l'impôt anticipé.

C.e Le 1^{er} décembre 2016, un nouveau mandataire fiscal de la Société, s'est annoncé auprès de l'AFC.

C.f Le 4 avril 2017, la Société, qui a contesté par entretien téléphonique du 16 janvier 2017 le montant de CHF 200'000.- retenu par l'AFC, a effectué un versement anticipé de CHF 1'655'000.- correspondant au montant de l'impôt anticipé ainsi que l'intérêt moratoire de 5%.

D.

Par décision formelle datée du 15 octobre 2018, l'AFC a arrêté le montant de l'impôt anticipé à CHF 1'390'698.05, soit 35% de CHF 3'973'423.- en admettant la déduction des *management fees* à hauteur de CHF 200'000.- par année pour les exercices 2011 à 2015. Le 15 novembre 2018, la Société a déposé une réclamation à l'encontre de la décision formelle précitée.

E.

Par décision sur réclamation du 20 juin 2019, l'AFC a confirmé sa décision du 15 octobre 2018. Dans cette décision figurait notamment le tableau suivant:

| Exercices commerciaux | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|-------------------------------|----------------------------|-------|-------|-------|-------|
| Rendement bruts locatifs | (...) | (...) | (...) | (...) | (...) |
| Management fees comptabilisés | (...) | (...) | (...) | (...) | (...) |
| En % des rendements | 21.67 [recte: 17.82] | 19.40 | 19.58 | 19.73 | 19.74 |

F.

Par mémoire du 22 août 2019, la Société (ci-après: la recourante), par l'intermédiaire de son mandataire, a déposé un recours par-devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après: TAF, Tribunal ou Cour de céans) à l'encontre de la décision sur réclamation du 20 juin 2019 rendue par l'AFC (ci-après: l'autorité inférieure). La recourante conclut principalement à l'annulation de la décision sur réclamation précitée et à la reconnaissance des charges litigieuses ressortant du bilan pour la période de 2011 à 2015 comme étant

justifiées commercialement, sous suite de frais et dépens. Subsidiairement, elle conclut à l'admission desdites charges à hauteur de 1.5% de la « Net Asset Value » (NAV) de la recourante. Plus subsidiairement, elle a encore conclu à renvoyer la cause à l'autorité inférieure.

G.

Par réponse du 19 novembre 2019, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours du 22 août 2019.

Les autres faits et arguments des parties seront repris, pour autant que nécessaire, dans la partie en droit.

Droit:

1.

1.1 En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de cette loi, celui-ci connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions sur réclamation rendues par l'AFC en matière d'impôt anticipé peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral en sa qualité de tribunal administratif ordinaire de la Confédération (cf. art. 1 al. 1 LTAF; art. 41 s. de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé [LIA, RS 642.21]), conformément à l'art. 33 let. d LTAF. La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.2 La recourante est spécialement touchée par la décision attaquée dont elle est la destinataire et elle dispose d'un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Elle a donc qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Muni de conclusions valables et motivées, le recours répond aux exigences de contenu de la procédure administrative (art. 52 al. 1 PA) et s'avère au surplus avoir été déposé dans le délai prescrit par l'art. 50 al. 1 PA. Il convient ainsi d'entrer sur ses mérites.

1.3 La recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et/ou l'inopportunité (art. 49 PA; cf. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., 2016, n. marg. 1146 ss; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ

KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd., 2013, n. marg. 2.149). Le tribunal de céans applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., 2011, ch. 2.2.6.5).

2.

Dans son recours, la recourante se plaint de la qualification retenue par l'autorité inférieure. Elle reproche à cette dernière de ne pas la considérer comme un véhicule d'investissement mais comme une société immobilière (Sàrl). Elle soutient qu'en étant détenue au travers de trois sociétés de conduit sans personnel ni substance, elle fait partie intégrante, avec ces sociétés, des actifs de E._____. En ignorant cela, l'AFC aurait donc procédé à une constatation inexacte des faits. En outre, l'autorité inférieure aurait également fait une mauvaise application des art. 4 al. 1 let. b LIA et 20 al. 1 de l'ordonnance d'exécution du 19 décembre 1966 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (OIA, RS 642.211) en considérant que toutes les conditions d'une prestation appréciable en argent étaient réunies dans son cas d'espèce.

La Cour de céans commencera par rappeler les principes applicables en matière d'établissement des faits dans les procédures fiscales (cf. consid. 3 *infra*) avant d'exposer les conditions applicables en matière de prestation appréciables au sens de la LIA (cf. consid. 4 *infra*) et enfin traiter les griefs de la recourante (cf. consid. 5 et 6 *infra*).

3.

3.1 Les procédures fiscales sont régies par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits d'office et librement. L'autorité doit déterminer les faits juridiquement pertinents de son propre chef et apprécier les preuves avec soin et conscience pour y parvenir (cf. ATF 144 II 359 consid. 4.5.1; arrêts du TF 2C_544/2018 du 21 décembre 2018 consid. 3.2; 2C_1201/2012 du 16 mai 2013 consid. 4.5; arrêts du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 1.4.1; A-416/2017 du 2 juillet 2018 consid. 2.3).

La maxime inquisitoire doit être toutefois relativisée par son corollaire, à savoir le devoir des parties, respectivement des contribuables en matière fiscale, de collaborer à l'établissement des faits (art. 52 PA; pour l'impôt anticipé, l'art. 39 LIA; cf. ATF 144 II 427 consid. 8.3.1; arrêts du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 1.4.1; A-2479/2019 du 14 juillet 2021 consid. 2.2.1). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe

aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1; ATAF 2014/24 consid. 2.2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., 2013, ch. 1135 s.).

3.2 En référence au fardeau de la preuve (art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]), il doit être relevé que l'autorité fiscale doit apporter la preuve des éléments imposables, alors que le contribuable doit établir les faits permettant de diminuer ou de supprimer sa dette fiscale (cf. ATF 144 II 427 consid. 8.3.1; 142 II 488 consid. 3.8.2; 140 II 248 consid. 3.5, traduit in: *Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2014 II 537*; arrêts du TF 2C_885/2019 du 5 mars 2020 consid. 7.1; 2C_784/2017 du 8 mars 2018 consid. 8.3; arrêts du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 1.4.2; A-6214/2018 du 20 avril 2020 consid. 1.6.2).

3.3 En droit fiscal, les documents écrits revêtent une importance considérable, dès lors qu'ils sont les plus à même d'apporter une preuve précise et immédiate (cf. arrêts du TF 2C_709/2017 du 25 octobre 2018 consid. 3.3; 2C_947/2014 du 2 novembre 2015 consid. 7.2.4; arrêt du TAF A-2286/2017 du 8 mai 2020 consid. 2.2.2). On mentionnera toutefois que les preuves établies après coup, soit après la naissance du litige, ont une valeur probante fortement réduite en droit fiscal. En effet, afin d'éviter tout abus, la jurisprudence considère qu'il ne saurait être généralement tenu compte de documents non contemporains aux opérations sur lesquelles porte le litige (cf. ATF 133 II 153 consid. 7.2; arrêt du TF 2C_614/2007 du 17 mars 2008 consid. 3.4; arrêts du TAF A-2479/2019 du 14 juillet 2021 consid. 2.2.2; A-2286/2017 du 8 mai 2020 consid. 2.2.2; A-1679/2015 du 24 mai 2016 consid. 2.3).

4.

4.1

4.1.1 Conformément à l'art. 1 al. 1 LIA, la Confédération perçoit un impôt anticipé sur, entre autres, les revenus de capitaux mobiliers (art. 4 al. 1 LIA; art. 132 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]). L'obligation fiscale incombe au débiteur de la prestation imposable (art. 10 al. 1 LIA) qui est à la fois sujet fiscal et contribuable. Pour les revenus de capitaux mobiliers et les gains faits dans les loteries, l'impôt s'élève à 35 % de la prestation imposable (art. 13 al. 1 let. a LIA).

4.1.2 Aux termes de l'art. 4 al. 1 LIA, l'impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers a notamment pour objet les participations aux bénéfices et tous autres rendements notamment des actions émises par une société anonyme suisse (let. b).

Selon l'art. 20 al. 1 OIA, est un rendement imposable d'actions, parts de sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives, toute prestation appréciable en argent faite par la société aux possesseurs de droits de participation, ou à des tiers les touchant de près, qui ne se présente pas comme le remboursement des parts au capital social versé existant au moment où la prestation est effectuée (dividendes, bonis, actions gratuites, bons de participation gratuits, excédents de liquidation, etc.). Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'exprimer que pour faire application de cette disposition, les autorités fiscales n'étaient pas strictement liées par la qualification de droit privé de l'opération juridique, mais devaient plutôt apprécier l'état de fait conformément à la réalité économique (cf. ATF 138 II 57 consid. 2.1; arrêt du TF 2C_177/2016 et 2C_178/2016 du 30 janvier 2017 consid. 4.2; arrêts du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 2.1.3.1; A-2286/2017 du 8 mai 2020 consid. 3.1; A-5433/2015 du 2 mars 2017 consid. 3.2 [confirmé par l'arrêt du TF 2C_382/2017 du 13 décembre 2018]).

La notion de prestation appréciable en argent au sens de l'art. 20 al. 1 OIA se recoupe en principe avec celle de l'art. 20 al. 1 let. c de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct ([LIFD, RS 642.11]; cf. ATF 143 IV 228 consid. 4.1; arrêt du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 2.1.3.2). Constituent notamment de telles prestations appréciables en argent, les distributions dissimulées de bénéfice (art. 58 LIFD; cf. ATF 143 IV 228 consid. 4.1; 140 II 88 consid. 4.1; arrêt du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 2.1.3.2; PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, I. Teil, 2019, ad. art. 20 n. 83 ss).

4.2 Selon la jurisprudence constante, il y a une prestation appréciable en argent sous forme de distribution dissimulée de bénéfice lorsque quatre conditions sont cumulativement remplies (cf. ATF 144 II 427 consid. 6.1; 143 IV 228 consid. 4.1; 140 II 88 consid. 4.1; 138 II 57 consid. 2.2; arrêts du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 2.1.3.2; A-2286/2017 du 8 mai 2020 consid. 3.2.1; A-6360/2017 du 15 mai 2019 consid. 2.4.2):

(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 (proche);
- (3) elle n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers (prestation insolite);
- (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.

4.3 Dans le domaine des prestations appréciables en argent, le fardeau de la preuve se répartit comme suit: les autorités fiscales doivent apporter la preuve que la société a fourni une prestation et qu'elle n'a pas obtenu de contre-prestation ou une contre-prestation insuffisante; si les preuves recueillies par l'autorité fiscale fournissent suffisamment d'indices révélant l'existence d'une telle disproportion, il appartient alors au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations contraires (cf. arrêts du TF 2C_11/2018 du 10 décembre 2018 consid. 6.2; 2C_1157/2016 du 2 novembre 2017 consid. 4.2.3; 2C_674/2015 du 26 octobre 2017 consid. 7.4; arrêt du TAF A-479/2021 du 8 septembre 2021 consid. 2.1.5).

La société assujettie doit apporter la preuve du caractère de charge commerciale des versements qu'elle a opérés, si elle s'en prévaut. Certes, il n'est pas du ressort des autorités fiscales de décider, à la place des organes dirigeants de la société, de la justification commerciale de dépenses et de leur ampleur. Cela étant, l'autorité fiscale doit s'assurer que ce sont des motifs exclusivement commerciaux, et non pas les relations personnelles ou économiques étroites entre la société et le bénéficiaire de la prestation, qui ont déterminé les versements en question (cf. ATF 119 Ib 431 consid. 2c; arrêts du TF 2C_106/2018 du 28 mai 2018 consid. 5.2; 2C_557/2010 du 4 novembre 2010 consid. 2.3; 2C_377/2009 du 9 septembre 2009 consid. 2.3; ATAF 2011/45 consid. 4.3.2.1; arrêt du TAF A-2286/2017 du 8 mai 2020 consid. 3.2.4).

4.4 Dans les relations commerciales et juridiques internationales, des exigences particulièrement strictes en matière de preuve s'appliquent en lien avec un devoir de collaboration accru de la part du contribuable. Dans ce cas en effet, les liens avec le bénéficiaire étranger de la prestation échappent au contrôle des autorités locales (cf. ATF 144 II 427 consid. 2.3.2; arrêts du TF 2C_775/2019 du 28 avril 2020 consid. 7.1; 2C_32/2018 du 11 novembre 2019 consid. 3.2.2; 2C_1113/2018 du 8 janvier 2019 consid. 2.2.3 et les nombreuses références citées).

5.

Le présent litige porte sur l'admission ou non des *management fees* facturés entre 2011 et 2015 par le Fonds à la recourante dont le monte correspond en moyenne à 20% (17.82% pour 2011, cf. Faits D) des revenus locatifs bruts, soit une somme totale de CHF 4'973'423.-. Le Tribunal rappelle que les preuves établies après coup, soit après la naissance du litige, ont une valeur probante fortement réduite en droit fiscal (cf. consid. 3.3 *supra*). Bien que la recourante n'ait pas expressément produit de nouvelles preuves, elle a exposé successivement plusieurs versions, à chaque fois différentes, pour justifier la déduction de l'entier des *management fees* (cf. Faits C.b, C.c et les nouvelles explications du présent recours). A cet égard, elle n'apparaît pas comme crédible lorsque dans un premier temps elle soutient que seule une partie est justifiée commercialement et qu'en définitive, elle affirme que toutes les charges sont à déduire.

Il s'agit ci-après de passer en revue les quatre conditions posées par la jurisprudence qui doivent être cumulativement réunies pour que l'existence d'une prestation appréciable en argent puisse être admise (cf. consid. 4.2 *supra*).

5.1 La société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante:

5.1.1 L'autorité inférieure soutient qu'en tant que société immobilière, la recourante ne devrait supporter et payer des *management fees* annuels qu'à hauteur de 5% des revenus locatifs bruts (annuels), ce taux correspondant à la pratique. Par ailleurs, les frais facturés globalement par G. _____ concerneraient à la fois les services de gestion du Fonds et les services de supervision et de gestion courante des huit immeubles indirectement détenus par le Fonds à travers diverses entités dans différents pays. Ces coûts devraient être ventilés selon le travail fourni pour chaque immeuble. Enfin, la part du travail consistant en la gestion du fonds et qui constitue un service envers le Fonds lui-même ne saurait être pris en charge par la société suisse.

5.1.2 La recourante est d'avis que les frais de gestion de 20% du revenu locatif brut, incluant les frais des prestataires locaux en Suisse, sont certes supérieurs au taux de 6% des revenus locatifs bruts applicable en pratique mais que cette circonstance n'est pas pertinente en l'espèce pour plusieurs raisons: la recourante ne serait pas uniquement une société immobilière mais également un véhicule d'investissement faisant partie intégrante du Fonds; les frais considérés reposeraient sur une Convention (Investment

Management Agreement, cf. Recours, pièce 8) engageant directement la recourante vis-à-vis de G. _____; cette dernière société n'agirait pas au même titre que les prestataires locaux, étant donné qu'elle interviendrait également comme organe de direction du Fonds; il ne serait donc pas possible de faire un amalgame entre les *management fees* et les frais des prestataires de services locaux et comparer le montant retenu (20%) au pourcentage généralement supporté par les sociétés immobilières; en définitive, les *management fees* seraient en relation avec les produits générés en Suisse par la détention et l'exploitation de l'immeuble sis en Suisse; d'un point de vue économique, il serait logique que ces *management fees* doivent à l'évidence être supportés par la recourante, en tant que véhicule d'investissement; par ailleurs, une allocation spécifique par immeuble n'était pas prévue et n'avait pas été mise en place étant donné que les contrats précités rémunéreraient ces services sur la base d'un pourcentage de la valeur de l'immeuble, ce qui constituerait en soit une allocation des coûts.

5.1.3

5.1.3.1 En premier lieu, s'agissant de la qualification de la recourante, le droit fiscal suisse ne connaît pas la notion de groupe économique, de sorte que les sociétés appartenant à un même groupe doivent être traitées fiscalement comme des entités tierces (cf. ATF 140 II 88 consid. 4.1; 119 Ib 116 consid. 2; arrêts du TF 2C_895/2008 du 9 juin 2009 consid. 4.2; 2A.355/2004 consid. 2.2; arrêt du TAF A-2286/2017 du 8 mai 2020 consid. 3.2.2). 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*). Cela vaut tant pour le choix des formes juridiques que pour la fixation des montants (cf. ATF 140 II 88 consid. 4.1; 138 II 545 consid. 3.2; 138 II 57 consid. 2.2, traduit in: RDAF 2012 II 299; arrêt du TF 2C_644/2013 du 21 octobre 2013 consid. 3.1; arrêt du TAF A-2286/2017 du 8 mai 2020 consid. 3.2.2). En conséquence, il n'est pas pertinent que la disproportion d'une prestation soit justifiée par l'intérêt du groupe (cf. ATF 140 II 88 consid. 4.1; 110 Ib 127 consid. 3 a/aa; arrêts du TF 2C_834/2011 du 6 juillet 2012 consid. 2.3; 2A.588/2006 du 19 avril 2007 consid. 4.2).

5.1.3.2 Au vu de la jurisprudence, l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits de manière inexacte en retenant que la recourante était une société immobilière disposant de la personnalité juridique et distincte du Fonds et non un véhicule d'investissement (cf. consid. 5.1.3.1). C'est donc à juste titre que l'AFC a comparé la situation de la recourante avec les frais supportés habituellement par une société immobilière et admis pour celle-ci.

Aucune règle ne permet d'appliquer une forme de *Durchgriff* et de qualifier la recourante de simple véhicule d'investissement.

En outre, il est contradictoire d'indiquer qu'il n'y a pas d'importance à qualifier la recourante d'institution de placement au sens de la loi fédérale du 23 juin 2016 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC, RS 951.31) et, en même temps, de vouloir que s'appliquent à elle les Circulaires n° 24 et n° 25 de l'AFC concernant les placements collectifs de capitaux, ce qui permettrait ainsi de reconnaître à tout le moins 1.5% de la « Net Asset Value » (NAV) à titre de charge justifiée par l'usage commercial (voir le ch. 2.9.2. de la Circulaire n° 24; cf. également à ce sujet le consid. 6 *infra*).

5.1.3.3 En second lieu, l'indépendance juridique de la recourante signifie que les frais facturés au Fonds pour les services de direction, et pour tous les immeubles détenus par le Fonds à travers le monde, sont liés à ce dernier. Il n'est donc pas justifié de les mettre entièrement à la charge de la recourante. La Cour de Céans ne peut suivre le raisonnement de la recourante qui consiste à considérer la structure du Fonds dans son ensemble et ainsi de faire abstraction de l'existence propre de la recourante.

Il sied de rappeler que la prestation doit être justifiée entre les deux entités, à savoir le Fonds et la recourante, et non pas entre le Fonds et G._____. Il revient par ailleurs à la recourante de le prouver (cf. consid. 4.3 *supra*). A cet égard, il convient encore de préciser que la Convention a été conclue entre G._____ et le Fonds et non pas entre le Fonds et la recourante, quand bien même cette dernière y est mentionnée en qualité de « tiers » (*Investment subsidiary*). Cette dernière n'étant pas une partie signataire, les prestations convenues liaient donc avant tout G._____ au Fonds et ce, quand bien même une clause prévoyait l'éventualité d'une facturation des prestations à un tiers comme la recourante (« all fees [...] are payable by the Fund and an Investment Subsidiary may be invoiced directly for all or part of the same »). Dans tous le cas, cette clause ne permet pas de prouver l'existence d'une contre-prestation équivalente. Ainsi, le versement de la recourante en faveur du Fonds ne repose sur aucune base contractuelle mais uniquement sur un lien d'actionnariat indirect entre les deux entités (*causa societatis*).

5.1.3.4 Troisièmement, il ressort des différents éléments au dossier que la société G._____ fournit principalement des services de conseils en investissement immobilier. Or il sied de relever, comme l'a fait à juste titre l'autorité inférieure, que la recourante ne dispose que d'un seul immeuble

en Suisse, dont les revenus sont principalement assurés par un seul locataire (Office des Nations Unies à Genève). Les frais ainsi payés par la recourante sont en réalité imputables au Fonds (cf. ATF 135 II 86 consid. 3.1; arrêt du TF 2C_433 et 434/2016 du 30 mai 2016 consid. 7.2).

5.1.3.5 Quatrièmement, comme l'a justement indiqué l'autorité inférieure, les frais de gérance admis dans la pratique s'élèvent au maximum à 5% du revenu locatif (6% selon la recourante), de sorte que les quelques 20% annuels pour la période de 2011 à 2015 que fait valoir la recourante sont largement supérieurs à ce qui est usuellement appliqué (BEAT ROHRER, in: Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4^e éd., 2018, [SVIT-Kommentar] ad art. 269 n. 35 s.; DAVID LACHAT, Le bail à loyer, 2008, p. 443 note de bas de page 113, l'auteur faisant référence à 5% du loyer net).

5.1.4 Au vu de ces éléments, la recourante a bien fourni une prestation sans contre-prestation équivalente.

5.2 Cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le ou la touchant de près (proche):

5.2.1 La recourante estime qu'en tant que véhicule d'investissement et qu'en raison de la structure même du groupe, elle ne peut pas être qualifiée de proche. Elle ajoute qu'elle est détenue à travers trois sociétés de conduit sans substance ni personnel pour le compte des investisseurs qui ne sont en aucun cas les bénéficiaires des *managements fees*. Enfin, l'absence de contrat ou d'une convention entre la recourante et G._____ se justifierait pour des raisons de simplification.

5.2.2 Sont considérées comme personnes proches les personnes physiques ou morales avec lesquelles l'actionnaire, le détenteur de participations ou les organes de la société entretiennent des rapports économiques ou personnels (p.ex. des liens de parentés ou amicaux) qui sont le véritable motif de la prestation imposable, selon l'ensemble des circonstances. Selon la jurisprudence, lorsque la comparaison « at arm's length » (*Drittvergleich*), entre un cas d'espèce et des opérations usuelles semblables, démontre que la prestation est à ce point inhabituelle – disproportionnée – qu'elle n'aurait pas été fournie de cette manière si le bénéficiaire n'avait pas été un proche du détenteur de parts, cela constitue un indice dans ce sens (cf. ATF 138 II 57 consid. 4.2; 131 II 593 consid. 5; 119 Ib 431 consid. 2; arrêts du TF 2A.72/2006 du 9 juin 2006 consid. 2.1; 2A.457/2002 du 19 mars 2003 consid. 3.1; 2A.223/2000 du 23 août 2000 consid. 4b; arrêts du TAF A-2286/2017 précité consid. 3.2.1; A-5433/2015 du 2 mars 2017

consid. 3.3.2; A-6523/2007 consid. 2.2; Xavier Oberson, Droit fiscal suisse, 5e éd., 2021, § 14 n. 27). L'autorité fiscale est cependant en droit de présumer que la prestation a été faite à un actionnaire ou à une personne le touchant de près, lorsque cette conclusion s'impose impérativement et qu'aucune autre explication du déroulement de l'opération insolite ne peut être trouvée (cf. ATF 119 Ib 431 consid. 3b; arrêt du TF 2C_16/2015 du 6 août 2015 consid. 2.5.3).

5.2.3 Comme déjà relevé précédemment par la Cour de céans, la recourante dispose de la personnalité juridique, de sorte qu'elle constitue une entité indépendante et non un simple véhicule d'investissement. En outre, elle est détenue par le Fonds et ce, quand bien même d'autres sociétés sont intercalées entre ce dernier et la recourante. Le fait que ces sociétés sont de simples conduits sans substance ni personnel n'y change rien. Le Fonds est en effet le titulaire indirect des parts de sociétés de la recourante et donc un proche. Contrairement à ce que prétend la recourante, l'inexistence d'une relation contractuelle directe entre elle-même et G. _____ est plutôt un élément tendant en faveur d'une prestation effectuée entre proches du fait qu'elle ne se justifie que par la proximité des intervenants et non pas pour des raisons commerciales, respectivement contractuelles directes (cf. consid. 3.3 et 4.3 s. *supra*).

5.3 La prestation n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers (prestation insolite):

5.3.1 La recourante conteste que cette condition soit remplie en s'appuyant à nouveau sur la structure du fonds de placement ainsi que sa propre fonction de véhicule d'investissement mise en place. En outre, l'inexistence d'un contrat la liant directement à G. _____ ne s'expliquerait que pour des raisons pratiques. Cette approche serait corroborée par les travaux de l'OCDE concernant l'imposition des bénéficiaires à l'endroit où ils sont générés. En outre, elle estime qu'il n'est pas possible de considérer que seuls les frais de gérance doivent être pris en compte. Enfin, les services fournis par G. _____ n'auraient probablement pas pu l'être par des prestataires locaux notamment en lien avec le financement des immeubles.

5.3.2

5.3.2.1 La Cour de céans l'a déjà expressément développé plus haut: la recourante est une société juridiquement indépendante et elle ne peut pas être considérée comme un simple véhicule d'investissement (cf. consid. 5.1.3.2 *supra*). Ainsi le lien établi avec les travaux de l'OCDE n'est pas pertinent.

A toutes fins utiles, les travaux de l'OCDE concernent l'imposition des bénéfices au lieu où ils sont générés et donc les frais sont également déductibles au même endroit. Or, le Tribunal retient que les frais facturés par G._____ ne concernent pas exclusivement l'immeuble situé à Genève mais bien l'ensemble du parc immobilier détenu par le Fonds. D'ailleurs, l'autorité inférieure l'a relevé à juste titre lorsqu'elle affirme que la recourante ne devait pas supporter des frais que ne lui étaient en réalité pas imputables.

5.3.2.2 Contrairement à ce qui est avancé, des *management fees* d'environ 20% des revenus locatifs bruts (annuels) ne sont pas dans leur totalité des frais liés à une activité tellement spécifique et que seule G._____ aurait pu fournir en faveur de la recourante. Bien plus, il s'agit de conseils apparaissant comme utiles à l'entier des immeubles mondiaux détenus par le Fonds et donc de tous les investissements mondiaux (cf. pièce 9 et pièce 10, annexes au recours). Quand la recourante utilise la formulation « il est peu probable qu'un prestataire local puisse négocier avec [...] » (cf. recours p. 18), elle est d'autant moins convaincante sur le caractère nécessaire et exclusif des conseils fournis par G._____. La Cours de céans est en effet d'avis qu'il est douteux qu'un immeuble, dont les revenus locatifs sont générés à 80% par un seul et même locataire, nécessite encore des conseils spécifiques d'une telle ampleur par une entité se situant à l'étranger, rendant de ce fait les services des prestataires locaux superflus voire inutiles.

A titre superfétatoire, rien ne permet d'écarter ou d'affirmer qu'un prestataire local soit mieux à même ou non de fournir des conseils en lien avec l'investissement ou la rénovation à faire pour un immeuble du lieu de situation plutôt qu'une société (G._____) œuvrant depuis l'étranger et ce, même si elle est spécialisée en matière d'investissement. Le lien de proximité géographique entre le Fonds et G._____ est un élément supplémentaire tendant à justifier que les conseils prodigués servent avant tout le Fonds.

5.3.2.3 En cas d'absence de contrats et de relevés détaillés des prestations fournies, il existe des indices qui plaident en faveur d'une inexactitude matérielle de la comptabilité. Dans ce cas, il incombe à la recourante d'apporter la preuve que les prestations en cause ont effectivement été fournies. A cet égard, l'établissement d'une liste des services rendus et apparemment facturés n'est pas suffisant pour prouver une charge justifiée par

l'usage commercial (cf. arrêt du TF 2C_497/2018 du 4 juillet 2019 consid. 4.2). En l'espèce, les services fournis et facturés par G._____ ne sont pas remis en cause. Toutefois, il ne se justifiait ni contractuellement ni commercialement que lesdits frais soient refacturés entièrement à la recourante en l'absence de documents et ainsi de preuves concrètes. En effet, le caractère insolite est renforcé du fait que la recourante, en tant que personne morale, aurait pu conclure un contrat avec G._____, ce qu'elle n'a pas fait. Enfin, la refacturation viole le principe de pleine concurrence (cf. consid. 5.1.3.1 *supra*).

5.3.3 Dans une même situation, entre deux entités non liées, de telles prestations, soit des *management fees* d'un montant correspondant à environ 20% des revenus bruts locatifs, n'auraient jamais été acceptées voire payées en plus des services de gestion courante par un tiers, d'autant plus envers un tiers sans aucune proximité géographique.

5.4 Le caractère insolite était reconnaissable pour les organes de la société:

5.4.1 La recourante conteste qu'elle aurait dû se rendre compte de la disproportion entre les prestations, en s'appuyant à nouveau sur la structure du Fonds, sur le fait que G._____ est un prestataire de service tiers, que les honoraires ont été établis sur la base de la valeur brute des actifs immobilisés, qu'ils ont été facturés régulièrement et de la même manière, qu'ils correspondent au contrat signé entre G._____ et le Fonds et que le prix est conforme à la Circulaire n° 24. En outre, elle s'appuie encore sur le fait que *les management fees* n'ont jamais été remis en cause par l'Administration cantonale du canton de Genève.

5.4.2 Il convient de se placer du point de vue de la recourante qui en tant que propriétaire d'un seul immeuble, dont 80% des revenus locatifs proviennent d'une seule et même personne, ne pouvait pas ignorer que les prestations de G._____ étaient disproportionnées, notamment au vu de celles effectuées par les prestataires locaux. En effet, si un prestataire local avait facturé des frais d'administration respectivement de gestion pour un montant équivalent à celui facturé par G._____, alors elle n'aurait jamais conclu de contrat ou accepté de payer de tels frais, ni le Fonds par ailleurs. Enfin, l'admission par l'Administration fiscale du canton de Genève des *management fees* ainsi que par les autorités fiscales allemandes ou étrangères de frais plus élevés n'ont aucune influence sur la présente procédure. En effet, le caractère insolite doit être reconnaissable en vertu du droit suisse, ni l'autorité inférieure ni la Cour de céans n'étant liées par des

décisions ou des considérations (en matière fiscale) émanant de l'étranger. En outre, ces mêmes autorités ne sont pas plus liées par la position adoptée par une administration cantonale au niveau de l'impôt sur le bénéfice.

Ainsi, le caractère insolite de la prestation était reconnaissable pour la recourante.

5.5 En conclusion, les conditions d'existence d'une prestation appréciable en argent sont données et la recourante a échoué à apporter la preuve que les *management fees* étaient justifiés commercialement comme il lui incombait (cf. consid. 4.3 *supra*).

6.

6.1 La recourante se fonde encore sur les Circulaires n° 24 et 25 de l'AFC concernant l'imposition des fonds de placement collectifs au sens de la LPCC en tant que « justification subsidiaire » des charges commerciales.

6.2 La Cour de céans déclare le grief de la recourante infondé, celle-ci n'étant pas un fonds de placement collectif au sens de la LPCC mais une Sàrl et donc personne morale, comme l'a exposé à juste titre l'autorité inférieure dans sa décision sur réclamation du 20 juin 2019. Dans tous les cas, la recourante se contredit lorsqu'elle affirme à la fois que la qualification qu'il convient de lui donner n'est pas pertinente mais en même temps qu'il sied de lui appliquer les circulaires relatives aux placements collectifs. En outre, tenter de justifier commercialement des charges par plusieurs arguments contradictoires amène le Tribunal à penser que cela démontre l'absence de justification.

7.

7.1 Au vu de ce qui précède, les *management fees* d'un montant total de CHF 4'973'423.- pour les années 2011 à 2015 ne sont pas justifiés commercialement, à tout le moins pour leur totalité, et sont ainsi considérés comme une distribution dissimulée de bénéfice. Cependant, ils sont admis à hauteur d'un montant forfaitaire de CHF 200'000.- par année, soit un total de CHF 1'000'000.- pour la période concernée. Ce montant forfaitaire annuel retenu par l'autorité inférieure ne prête pas le flanc à la critique et rien ne permet de le considérer comme étant arbitraire. Au contraire, l'absence de contrat entre G._____ et la recourante tendrait plutôt à ne pas admettre une quelconque déduction (cf. consid. 5.3.2.3 *supra*). Le montant forfaitaire ainsi retenu de CHF 200'000.- est clairement en faveur de la recourante. Au surplus, les autres frais des prestataires locaux étant égale-

ment portés en déduction, les frais d'administration totaux déductibles admis, incluant les *managements fees*, sont finalement supérieurs à la référence de 5% du revenu locatif usuellement retenue (cf. consid. 5.1.3.5 *supra*).

7.2 Le montant des prestations appréciables en argent se monte donc à un total de CHF 3'973'423.- pour les exercices 2011 à 2015 et l'impôt anticipé de 35% à CHF 1'390'698.05. Ces sommes se décomposent comme suit:

| Années | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|--|------------|---------|------------|---------|---------|
| Management fees comptabilisés CHF | (...) | (...) | (...) | (...) | (...) |
| Management fees admis CHF | 200'000 | 200'000 | 200'000 | 200'000 | 200'000 |
| Prestations appréciables en argent CHF | 879'337 | 758'660 | 775'426 | 780'000 | 780'000 |
| Impôt anticipé CHF | 307'767.95 | 265'531 | 271'399.10 | 273'000 | 273'000 |

7.3 En vertu de l'art. 16 al. 2 LIA, un intérêt moratoire de 5% est dû sur les montants annuels de l'impôt anticipé pour un total de CHF 224'069.80 qui s'additionne à la somme de CHF 1'390'698.05 pour un montant total dû de CHF 1'614'767.85. La recourante s'étant acquittée d'un montant de CHF 1'655'000.-, la différence de CHF 40'232.15 (1'655'000 - 1'614'767.85) devra lui être restituée par l'autorité inférieure, plus un intérêt rémunérateur à fixer par l'AFC (cf. arrêt du TAF A-2483/2013 du 17 mars 2014 consid. 2.3.5 et 3.).

8.

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal de céans à rejeter le recours déposé le 22 août 2019 contre la décision sur réclamation de l'autorité inférieure du 20 juin 2019. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, d'un montant total de CHF 23'500.-, sont mis à la charge de la recourante, en application de l'art. 63 al. 1 PA et des art. 1 ss du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) et ils sont prélevés sur l'avance sur les frais déjà versée. Une indemnité à titre de dépens n'est allouée ni à la recourante (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF [a contrario]), ni à l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF).

(Le dispositif est porté à la page suivante).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté.

2.

Le montant de CHF 40'232.15 sera restitué à la recourante avec un intérêt rémunérateur à fixer par l'autorité inférieure.

3.

Les frais de procédure de 23'500 francs (vingt-trois mille cinq cents francs) sont mis à la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur l'avance de frais du même montant déjà versé.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé:

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...]; Acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

La présidente du collège:

Le greffier:

Annie Rochat Pauchard

Rafi Feller

Indication des voies de droit:

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition: