RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3976/2019-ICCIFD **ATA/1239/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 novembre 2021

4ème section

dans la cause

A_____ SA
représentée par PriceWaterhouseCoopers SA, mandataire

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

et

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

A_____ SA
représentée par PriceWaterhouseCoopers SA, mandataire

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 novembre 2020 (JTAPI/1040/2020)

EN FAIT

1) A_____ SA (ci-après : A_____) est une société anonyme inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève, et qui a pour but statutaire l'« exploitation de commerces, en particulier dans le domaine hôtelier et activités y relatives, y compris l'acquisition d'immeubles aux fins d'exploitation hôtelière ou commerciale ».

En 2015, soit l'année fiscale concernée par le présent litige, A_____ et une autre société anonyme genevoise, B_____ SA, exploitaient le complexe hôtelier alors appelé « C_____ ».

2) Depuis 2004, l'entier de son capital-actions est détenu par la Société hôtelière D_____ SA (ci-après : D_____), sise au Luxembourg.

3) Par trois contrats datés du 27 décembre 2010, cette dernière a prêté à A_____ les sommes de CHF 96'505'987.-, CHF 9'033'333.- et CHF 24'138'187.- à un taux d'intérêt respectif de 4,75, 3,75 et 3 %. À teneur de ces contrats, les prêts étaient accordés sans garantie et pour une durée de cinq ans, à compter du 1er janvier 2009. Ils étaient « tacitement renouvelables d'une année à l'autre » s'ils n'étaient pas dénoncés dans un délai de nonante jours avant leur échéance.

4) Le 10 juin 2011, A_____ a conclu deux contrats de prêt avec E_____ (ci-après : E_____), portant sur une somme de CHF 200'700'000.-, qu'elle a garantie en partie par ses actifs (immeubles) et, pour le solde, par le nantissement de ses titres. Le prêt était renouvelable tous les trois mois et pouvait être dénoncé par chacune des parties avec effet immédiat. Le taux d'intérêt était calculé sur la base de « CHF Libor », auquel s'ajoutait une marge de 1,3 % pour E_____. La contribuable avait par ailleurs l'obligation de conclure avec cette dernière deux contrats « Swap » (contrat d'échange de taux d'intérêt) aux taux d'intérêt « couverture » de 0,42 % (applicable à la somme de CHF 96'850'000.-) et 0,485 % (applicable à la somme de CHF 100'350'000.-).

5) Le 4 décembre 2015, la contribuable a sollicité de l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) la conclusion d'un ruling « dès la période fiscale 2014 », à teneur du point 2.4 duquel « les taux d'intérêts fiscalement admis relatifs aux prêts accordés par l'actionnaire ser[aient] déterminées sur la base des valeurs vénales mentionnées ci-dessus et respecter[aient] les taux publiés chaque année par l'administration fédérale des contributions » (ci-après : AFC-CH).

La valeur vénale déterminante des immeubles mentionnée au point 2.1 du ruling était de CHF 505'000'000.-.

6) Le 20 avril 2016, l'AFC-GE a donné son accord à ce courrier, ledit accord étant valable pour une durée de cinq ans dès la période fiscale 2014.

7) Dans sa déclaration fiscale pour l'année 2015, qu'elle a déposée en août 2016, A_____ a fait état d'un bénéfice net imposable dans le canton de CHF 3'717'851.-. Elle y a par ailleurs mentionné ses trois dettes envers D_____ (CHF 70'983'164.-, CHF 9'033'333.- et CHF 24'138'187.-) et les intérêts y relatifs (CHF 4'434'569.-), calculés aux taux de, respectivement, 4,75, 3,75 et 3 %. Dans l'annexe « G », elle a indiqué que ces intérêts étaient « excessifs » à concurrence de CHF 2'927'859.- et que le solde de ceux-ci (CHF 1'506'737.-) était fiscalement admis. Ces intérêts « excessifs » de CHF 2'927'859.- faisaient ainsi partie de son bénéfice imposable de CHF 3'717'851.-.

8) Par bordereaux du 13 octobre 2016, l'AFC-GE a taxé la contribuable sur la base des éléments déclarés par cette dernière, dont le bénéfice de CHF 3'717'851.-, indiquant, dans les avis de taxation y relatifs, que les intérêts de CHF 2'927'859.- n'étaient pas admis.

9) Par réclamation du 11 novembre 2016, qu'elle a complétée le 28 mars 2017, sous la plume de sa mandataire, la contribuable s'est opposée à ces bordereaux.

Pour le calcul des intérêts excessifs relatifs au prêt de D_____, l'AFC-GE s'était fondée sur la lettre-circulaire de l'AFC-CH du 3 février 2009 (ci-après : la circulaire). Cet acte réservait toutefois la possibilité de prouver que le taux d'intérêt effectivement appliqué était conforme aux conditions du marché. Une société avait donc le droit « d'utiliser toute méthode d'économie d'entreprise » pour démontrer que les taux d'intérêts étaient conformes au marché, ceux prévus par la circulaire pouvant être appliqués à titre subsidiaire.

Dans le cadre du prêt lui ayant été octroyé par D_____, elle avait effectué une analyse détaillée des conditions d'emprunt du marché – aux fins de quoi elle avait mandaté une société tierce indépendante – dans le but de déterminer si le taux d'intérêt relatif audit prêt correspondait à celui qu'un tiers indépendant aurait exigé « pour les mêmes risques ». Selon une circulaire que l'AFC-CH avait émise le 4 mars 1997, les principes de l'organisation de coopération et de développement économiques (ci-après : OCDE) devaient être appliqués en matière de prix de transfert, ce qui avait été fait dans le cadre de ladite analyse. Elle s'était tout d'abord fondée sur les conditions du prêt que E_____ lui avait consenti, mais comme celles-ci étaient « matériellement différentes » de celles du prêt de D_____, elle les avait ajustées à deux niveaux pour tenir compte, d'une part, des différences « en termes de garanties et de rang de prêt actionnaire » et, d'autre part, d'une « fourchette de taux considérée comme respectant le principe de pleine concurrence ». Pour l'année 2015, cette fourchette allait « d'un quartile inférieur de 2,29 % à un quartile supérieur de 4,66 % avec une médiane de 3,29 % ». En outre, les « frais financiers » liés au prêt d'E_____, qui s'élevaient à environ

0,83 % du montant du prêt, s'ajoutaient au taux d'intérêt de celui de D_____. Pour ces raisons, elle considérait qu'un taux d'intérêt de 4,66 % était approprié et respectait le principe de pleine concurrence, de sorte qu'il devait être appliqué au prêt octroyé par D_____. Sur cette base, des intérêts de CHF 4'956'934.- devaient être considérés comme commercialement justifiés, si bien que le montant des intérêts litigieux de CHF 4'434'569.- devait être entièrement admis.

10) Le 11 décembre 2018, l'AFC-GE a demandé à A_____ de lui indiquer dans quelle mesure le taux d'intérêt qu'elle revendiquait (4,66 %) devait être traité comme étant lié à des « immeubles d'exploitation » ou à un « crédit d'exploitation » et d'expliquer les raisons pour lesquelles elle s'était prévalue d'un taux d'intérêt de 5,625 % dans l'annexe « G » de sa déclaration fiscale. Elle l'a par ailleurs invitée à indiquer si le montant des intérêts relatifs au prêt d'E_____ (CHF 2'958'516.-) incluait uniquement les intérêts « liés » ou également des frais liés aux « contrats SWAP » et à lui remettre « la ventilation de ces éléments et le détail de ce poste ».

11) Le même jour, A_____ a répondu à l'AFC-GE que, dans la mesure où le taux d'intérêt de 4,66 % était conforme au marché, la distinction entre « immeuble d'exploitation et crédit d'exploitation » n'avait plus de raison d'être. Comme le logiciel « GETax » n'était pas « adapté », elle avait dû indiquer ce taux dans les deux sections « immeuble d'exploitation et crédit d'exploitation », afin qu'il soit appliqué à l'entier de la dette « moyenne ».

Le montant de CHF 2'958'516.- dû à E_____ était composé des intérêts liés au prêt (CHF 1'926'616.65), des intérêts liés au contrat Swap (CHF 980'372.82) et des frais bancaires (CHF 51'526.22).

12) Par décisions du 23 septembre 2019, l'AFC-GE a admis partiellement la réclamation d'A_____, sur un point qui n'est plus litigieux, la rejetant pour le surplus.

Cette dernière avait elle-même spontanément indiqué dans sa déclaration fiscale le montant des intérêts excessifs non admis (CHF 2'927'859.-). La taxation contestée avait ainsi été effectuée conformément à cette déclaration. Ce n'était qu'au stade de la réclamation qu'elle avait modifié sa position, contestant le redressement qu'elle avait elle-même effectué. Cela étant, elle n'était pas parvenue à démontrer à satisfaction de droit que le taux d'intérêt dont elle revendiquait l'application (4,66 %) était conforme au marché. Elle prenait comme point de comparaison le prêt d'E_____. Or, celui-ci était diamétralement différent de celui conclu avec D_____ et ne constituait en aucun cas une transaction similaire à celle la liant à cette société. En effet, le prêt de D_____ était renouvelable tous les cinq ans, tandis que celui d'E_____ l'était tous les trois mois. Le premier prêt était effectif depuis le 1er janvier 2009, alors que le second l'était depuis le 10 juin 2011. Le rang des prêts était également différent,

celui de D_____ étant « subordonné » et celui d'E_____ étant « senior ». En outre, le prêt de D_____ n'était pas garanti, tandis que celui d'E_____ l'était par gages immobiliers et nantissement d'actions. Enfin, ces prêts étaient nominalement différents, celui de D_____ s'élevant à CHF 129'677'507.- et celui d'E_____ à CHF 200'700'000.-.

L'étude des prêts « comparables » sur le marché et la méthodologie appliquée par la contribuable étaient lacunaires, approximatives et imprécises. Sur la base de « credit rating », elle revendiquait un taux d'intérêt admissible de 4,66 %, alors que l'étude qu'elle avait effectuée faisait état d'une fourchette de taux se situant entre 2,29 et 4,66 %, la médiane étant de 3,29 %. Elle revendiquait ainsi, sans motifs valables, un taux de 4,66 % dépassant non seulement ce taux médian, mais également le quartile supérieur, ce qui contrevenait aux usages et pratiques reconnus en matière de fixation des prix de transfert. Elle avait ainsi échoué à démontrer – ou, à tout le moins, à rendre vraisemblable – qu'une entité comparable aurait pu obtenir auprès d'un tiers un financement comparable à celui qu'elle avait obtenu de D_____. Le taux prévu par la lettre-circulaire de l'AFC-CH s'appliquait.

13) Par acte du 25 octobre 2019, A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre les décisions précitées, concluant à leur annulation et à celle des bordereaux y relatifs, ainsi qu'à l'admission du taux d'intérêt de 4,66 % sur le prêt de D_____ et de la déduction des intérêts y relatifs de CHF 4'434'596.-.

Elle avait conclu les prêts avec D_____ et E_____ afin de financer ses activités opérationnelles, les taux d'intérêts y relatifs s'élevant respectivement à 4,26 et 1,94 % en 2015, ce dernier taux comprenant également des « frais financiers additionnels ».

Une société avait le droit de recourir à « toute méthode » pour démontrer que les taux appliqués étaient conformes au prix du marché. Le taux sur le prêt d'E_____ était supérieur à celui que l'AFC-GE avait admis pour le prêt de D_____ (environ 1,44 %), lequel n'était manifestement pas conforme au marché. L'étude de prix de transfert qu'elle avait effectuée en février 2017 sur la base de la méthode du prix comparable « non contrôlé », soit la première méthode prévue par l'OCDE (ci-après : méthode CUP), démontrait que le taux d'intérêt appliqué sur le prêt de D_____ respectait le principe de pleine concurrence. Dans le cadre de cette méthode, le prix de transfert était fixé par référence aux opérations comparables réalisées entre des entreprises indépendantes. Aucune société membre du groupe auquel elle appartenait n'avait un credit rating formel d'une agence de notation indépendante, de sorte que le prêt qu'elle avait obtenu d'E_____ avait servi de base pour déterminer son credit rating. En effet, une banque évaluait généralement la qualité de ses emprunteurs à l'aide de sa « propre échelle interne d'évaluation du risque de crédit ». Les conditions de ce prêt

fournissaient ainsi une indication claire du « risque de défaut » la concernant. La comparaison avec ce prêt, selon la méthode CUP, était le moyen le plus « direct » et le plus fiable pour estimer son credit rating, puisque la marge qu'en réalisait E_____ reflétait les « conditions de tiers ». Les résultats qu'elle avait obtenus sur cette base avaient ensuite été ajustés pour tenir compte des différences en termes de garanties et de rang du prêt de l'actionnaire.

Pour déterminer son credit rating, elle avait utilisé la base de données « DealScan », qui répertoriait principalement des prêts garantis, en retenant seulement (i) des prêts dont la maturité était inférieure à trois ans, (ii) des prêts des emprunteurs d'Europe ou d'Amérique du Nord, (iii) des prêts en CHF, GBP, EUR ou USD, (iv) des prêts dont les marges de crédit étaient exprimées au-dessus du taux de base LIBOR et (v) des prêts dont le credit rating se situait entre « A+/A1 et B-/B3 ». Le credit rating de l'emprunteur était le principal facteur qui influait sur le taux d'intérêt. Dès lors, si des prêts de tiers avaient la même marge de crédit que le prêt d'E_____, l'emprunteur avait alors « vraisemblablement le même credit rating que les sociétés emprunteuses tierces ». Il en découlait que les similitudes ou les différences entre le prêt d'E_____ et celui de D_____ n'étaient en aucun cas pertinentes « pour cette première étape d'analyse », l'objectif de cette recherche étant « d'identifier des prêts de tiers comparables au prêt de l'E_____ », et non pas au prêt de D_____.

Les différences de rangs et de garanties entre les deux prêts avaient été prises en compte par un « ajustement du credit rating en le baissant d'un cran ». La différence entre les dates de conclusion de ces prêts n'était quant à elle pas déterminante. Ainsi, son credit rating avait été ajusté pour tenir compte des caractéristiques du prêt de D_____ et se situait entre Ba3 et B3. Contrairement à ce que considérait l'AFC-GE, ce processus n'était ni approximatif, ni imprécis.

Elle avait effectué une analyse supplémentaire afin de prouver que son credit rating, déterminé par « l'étude de prix de transfert », était justifié et que, par conséquent, le taux d'intérêt qu'elle revendiquait était commercialement admissible. Son credit rating avait ainsi également été déterminé sur la base de la méthode « Moody's », qui prévalait en matière immobilière et servait d'outil de référence pour évaluer « le profil de crédit dans le contexte du commerce immobilier ». Selon les facteurs pris en compte dans l'application de cette méthode (tels que « profil commercial, liquidités, etc. »), qui étaient ajustés à son cas conformément aux principes de ladite méthode, son « credit rating Moody's » était B3. Le résultat obtenu en application de cette méthode « alternative » corroborait celui de l'étude de prix de transfert.

S'agissant du taux d'intérêt, les règles de l'OCDE précisaient uniquement que le prix de transfert devait se situer à l'intérieur de la « fourchette de pleine concurrence », sans préciser que le contribuable devait choisir la médiane de cette fourchette. Elle était donc libre de considérer le quartile supérieur de 4,66 %

comme commercialement justifié. De plus, le taux d'intérêt effectif était de 4,26 % en l'occurrence, soit au-dessous de ce quartile, et se situait dans ladite fourchette.

Enfin, afin de disposer d'un « autre moyen de justification », elle avait effectué une autre analyse comparative des taux d'intérêts à l'aide d'une méthode britannique, dite « de Montfort ». Les données de cette étude étaient toutes relatives à des emprunteurs britanniques, mais restaient « comparables » dans le cas d'espèce, étant donné que les marchés immobiliers britannique et suisse étaient des marchés « développés au Nord de l'Europe ». En l'occurrence, les données relatives « aux marges sur taux d'intérêt sur financements relatifs aux hôtels » avaient été recherchées dans la base de données de l'Université de Montfort, puis, « les dettes subordonnées octroyées par des prêteurs non bancaires [avaient] été sélectionnées ». Ces critères avait permis d'identifier « un ensemble de données comparables relatives à des parties tierces ». Toutefois, afin de tenir compte des limites de comparabilité, des ajustements avaient été effectués à l'aide « de la base de données Bloomberg ». Le premier ajustement consistait à retenir une maturité « standard » pour tenir compte des différences de maturité des deux prêts. Le second consistait quant à lui en un ajustement de change, puisque les données comparables étaient libellées en GBP, alors que le prêt de D_____ l'était en CHF. Finalement, le taux Swap en CHF avait été ajouté au taux de change, afin de convertir les taux d'intérêts à taux variable en taux d'intérêt à taux fixe. Selon cette méthode, la fourchette de taux d'intérêt conforme aux prix du marché se situait entre 4,12 % et 5,83 %.

14) Le 4 mars 2020, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

Elle a rappelé la teneur du ruling du 20 avril 2016 et le fait que celui-ci avait été conclu à la demande d'A_____. C'était d'ailleurs pour ce motif que, dans sa déclaration fiscale 2015, cette dernière avait elle-même redressé, conformément à la circulaire et audit ruling, le montant des intérêts non admis fiscalement. C'était seulement au stade de la réclamation qu'A_____ avait changé sa position et contesté ce montant. Elle s'étonnait que cette dernière n'ait pas formulé ses prétentions dans le cadre de la taxation, d'autant plus qu'elle avait déposé une « une demande d'arrangement » portant « sur une problématique très connexe ». Compte tenu des déclarations contradictoires d'A_____, il convenait de s'en tenir à ce que celle-ci avait indiqué en premier lieu.

Cela étant, c'était à bon droit qu'elle s'était fondée sur les taux d'intérêts que la circulaire prévoyait pour la période fiscale 2015, même si les contrats de prêt de D_____ dataient de 2010. Ces prêts étaient subordonnés, sans garanties et avec une maturité de cinq ans. Il s'agissait donc de prêts chirographaires et non hypothécaires. Ainsi, « la séquence » qu'elle avait appliquée en l'espèce était conforme à l'esprit de la circulaire, dès lors que l'emprunteur devait chercher à se

financer au meilleur taux en concluant plutôt un prêt hypothécaire qu'un prêt chirographaire.

S'agissant de l'étude de prix de transfert effectuée par A_____, celle-ci estimait que les conditions de prêt d'E_____ représentaient un comparable interne qui pouvait être valablement mis en œuvre en l'occurrence, excluant ainsi l'application des taux de la circulaire. Or, à nouveau, ce contrat de prêt était diamétralement différent de celui conclu avec D_____ et ne constituait en aucun cas une transaction similaire à celle liant A_____ à cette société. Il ressortait clairement de l'étude effectuée par A_____ que celle-ci n'avait pas opéré l'analyse préliminaire des conditions de la transaction contrôlée, puisqu'elle avait considéré comme point de départ de son analyse le prêt d'E_____, qui n'était pas comparable à celui de D_____, avait exclu de son étude plusieurs facteurs de comparaison et n'avait pas procédé au double examen des cinq facteurs de comparabilité découlant de la jurisprudence. En outre, le nombre et l'importance des ajustements qu'A_____ avait effectués démontraient que les contrats de prêt avec E_____ et D_____ ne pouvaient pas être considérés comme des transactions comparables. La comparaison avec les prêts d'E_____ pouvait d'autant plus être écartée à la lecture des pièces que la recourante avait fournies à cet égard. En effet, on pouvait aisément y constater que ces prêts avaient initialement été conclus avec une marge de 1,3 % en 2011, laquelle avait été ramenée à 1,1 % en 2015. Cette diminution de marge était en ligne avec celle constatée sur le marché des capitaux et le marché hypothécaire et était également reflétée dans la circulaire. Or, il n'était pas possible d'utiliser un comparable interne trouvant sa source dans un financement de tiers conclu à une époque où les taux d'intérêts étaient supérieurs à ceux de l'année litigieuse, de sorte que le prêt d'E_____ ne pouvait aucunement servir de comparaison pour justifier le taux de 4,66 %.

15) Le 15 mai 2020, A_____ a persisté dans ses conclusions.

Elle avait respecté la circulaire, dès lors que, par le biais d'une étude que sa mandataire avait effectuée en février 2017, elle avait apporté la preuve qu'un taux d'intérêt plus élevé que celui prévu par la circulaire était justifié.

C'était par erreur qu'elle avait indiqué dans sa déclaration fiscale 2015 le redressement des intérêts litigieux. Elle s'en était aperçu lors de l'analyse des bordereaux du 13 octobre 2016. Ainsi, elle n'avait jamais fait de déclarations contradictoires, mais avait simplement souhaité corriger un oubli dans le cadre du processus de taxation et avait, à cette occasion, apporté des moyens de preuve additionnels, sans modifier ou contester les faits en tant que tels.

Conformément aux principes de l'OCDE, une étude de prix de transfert pouvait être effectuée tant au moment de la transaction que postérieurement à celle-ci. En l'occurrence, tant lors de l'octroi du prêt de D_____ qu'au début de

chaque période fiscale, une analyse avait été faite « selon des critères économiques et sur la base de la connaissance du marché spécifique. Toutefois, il n'avait pas été jugé utile de documenter les conclusions de cette analyse « dans un document formel, dans la mesure où il apparaissait de manière évidente que le taux utilisé était conforme au marché ». Par ailleurs, les coûts d'une documentation formelle étant relativement élevés, elle n'avait pas souhaité procéder immédiatement à la préparation de cette documentation, ce qui ne pouvait pas lui être reproché.

Le ruling du 20 avril 2016 avait eu pour but de déterminer le niveau de son endettement admissible. Dans ce cadre, une référence « générique » avait été faite au taux d'intérêt applicable, qui ne constituait toutefois pas l'objet du ruling. Peu importait la teneur de cet accord en matière d'endettement admissible, dès lors qu'elle avait toujours la possibilité de prouver qu'un taux d'intérêt supérieur était admissible.

Le taux d'intérêt ne devait pas être ajusté chaque année si « le taux contractuel [était] en ligne avec le marché », une adaptation ne devant être opérée que si l'évolution des taux du marché la justifiait. Elle avait respecté ces principes dans le cadre du prêt d'E_____, le taux d'intérêt y relatif ayant été ramené de 1,3 à 1,1 % en 2017, compte tenu de l'évolution du marché. Elle avait également adapté le taux d'intérêt sur le prêt de D_____ suite à la baisse des taux d'intérêts intervenue « entre fin 2015 et 2016 ». Cela démontrait qu'elle faisait preuve de diligence dans la détermination des taux d'intérêts.

Au vu de la liberté économique dont disposait chaque contribuable quant au mode de financement, elle ne partageait pas la position de l'AFC-GE quant au type de financement qu'elle avait choisi. Lors de l'acquisition d'un immeuble ayant nécessité un financement par des fonds étrangers, elle avait conduit des discussions avec des banques et il avait été « conclu qu'un financement provenant partiellement d'une partie tierce et partiellement de l'actionnaire était le plus approprié pour un certain nombre de raisons économiques ». Le taux d'intérêt, plus bas pour un prêt hypothécaire que pour un prêt chirographaire, était certes un facteur à prendre en considération lors du choix du type de financement, mais n'était pas seul déterminant.

Le prêt d'E_____ n'était utilisé comme « comparable » que pour déterminer son credit rating. Pour déterminer le taux d'intérêt de pleine concurrence pour le prêt de D_____, elle avait recouru à la base de données « DealScan ». Contrairement à ce que soutenait l'AFC-GE, elle avait procédé à un double examen des critères de comparabilité établis par la jurisprudence. Ceux-ci avaient en effet été tous analysés à la lumière des prêts de D_____ et des transactions entre tiers indépendants ressortant de la base de données « DealScan » et « Montfort ». Lorsque ces critères n'étaient pas pleinement comparables, des ajustements avaient été opérés selon les règles de l'OCDE.

Contrairement à ce qu'affirmait l'AFC-GE, ces ajustements n'étaient pas trop nombreux ou importants, mais étaient « usuels » dans le cadre d'une étude de prix de transfert fondée sur la « méthode CUP ».

Finalement, d'un point de vue « purement économique », même si le prêt d'E_____ et celui de D_____ n'étaient pas « directement » comparables et si elle devait payer à E_____ un intérêt au taux de 1,9 %, pour un prêt garanti et de premier rang, il était évident qu'elle devait verser un intérêt supérieur pour un prêt non garanti et subordonné, comme celui de D_____. Dès lors, le taux d'intérêt de 1,44 % que l'AFC-GE avait admis pour ce dernier prêt n'était manifestement pas conforme au prix du marché.

16) Le 16 juin 2020, l'AFC-GE a persisté dans ses conclusions, relevant qu'A_____ n'avait présenté aucun argument nouveau susceptible d'influer sur le sort du litige, et que celle-ci échouait toujours à démontrer que le prêt que lui avait consenti sa société-mère était conforme au principe de pleine concurrence.

17) Par jugement du 25 novembre 2020, le TAPI a partiellement admis le recours et a renvoyé la cause à l'AFC-GE pour nouvelles décisions de taxation ICC et IFD 2015 dans le sens des considérants.

L'étude de marché qu'A_____ avait effectuée en février 2017 ne permettait pas de déterminer le taux d'emprunt concrétisant le principe de pleine concurrence, en dérogation aux taux prévus par la circulaire, en particulier dans la mesure où elle se fondait sur la base de données « DealScan » au titre de « comparables externes ». Outre le fait que cette étude ne permettait pas de vérifier les données ayant servi à la détermination d'un taux conforme au principe de pleine concurrence, elle portait sur des comparables externes non garantis par gage. De plus, les prêts y relatifs étant conclus en monnaies étrangères, les taux ne pouvaient pas être comparés à ceux de la circulaire, prévus exclusivement pour les prêts en francs suisses.

Cela étant, on devait admettre que la recourante a apporté une justification valable quant à l'application d'un taux d'intérêt plus élevé que ceux prévus par la circulaire. En effet, elle avait contracté auprès d'E_____ un prêt garanti par un gage immobilier, dont le taux devait pouvoir se substituer à celui découlant de la circulaire, dès lors que rien n'indiquait qu'il ne serait pas conforme au marché. Il ressortait du dossier que si la recourante avait opté pour un emprunt hypothécaire auprès de cette banque, au lieu de celui qu'elle avait contracté auprès de D_____, elle aurait été redevable, en 2015, d'un taux d'intérêt de 1,94 %, y compris les « frais financiers additionnels ». Par conséquent, seule la différence entre ce taux et celui comptabilisé en faveur de D_____ constituait une prestation appréciable en argent devant être réintégrée dans le bénéfice d'A_____.

Compte tenu de ce qui précédait, le recours devait être partiellement admis. Les décisions contestées et les bordereaux y relatifs étaient annulés et le dossier renvoyé à l'AFC-GE pour nouvelles décisions de taxation, tant en ICC qu'en IFD, tenant compte d'un intérêt fiscalement admissible de 1,94 % sur les prêts de D_____.

18) Par acte déposé le 15 décembre 2020, l'AFC-GE a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et à la confirmation de sa propre décision du 23 septembre 2019.

L'étude de prix de transfert de février 2017 était basée sur deux prêts hypothécaires totalisant CHF 200'700'000.-, accordés par E_____ à A_____ et garantis par les immeubles dont cette dernière était propriétaire, au taux de 1,94 % pour 2015. Ces deux prêts hypothécaires ne pouvaient pas servir de comparables internes pour déterminer le taux de pleine concurrence applicable aux trois prêts chirographaires accordés par son actionnaire unique D_____. Le TAPI avait écarté à juste titre l'étude de prix de transfert basée sur les prêts d'E_____, mais avait retenu que les taux de ces derniers étaient néanmoins applicables.

Un arrêt de 2020 de la chambre administrative, confirmé par le Tribunal fédéral, devait au contraire être appliqué par analogie, ce qui conduisait à retenir comme applicables les taux prévus par la lettre-circulaire. La contribuable avait du reste indiqué elle-même, dans sa déclaration 2015, que les taux d'intérêt pour les prêts de D_____ étaient excessifs, ce en conformité avec le ruling du 4 décembre 2015. Elle avait donc appliqué les taux de la lettre-circulaire 2015 dans sa déclaration fiscale, mais avait ensuite changé d'avis en formant réclamation contre la taxation pourtant effectuée selon sa propre déclaration.

19) Par acte posté le 18 décembre 2020, A_____ a également interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement du TAPI, concluant à l'annulation des bordereaux de taxation du 13 octobre 2016, à la constatation qu'un taux d'intérêt de 4,66 % sur le prêt de D_____ était commercialement justifié et à l'admission des intérêts de CHF 4'434'569.- (soit 4,26 %) comptabilisés en 2015, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Elle avait documenté de manière appropriée le taux d'intérêt effectif sur le prêt D_____ au moyen d'études à caractère économique reconnues et dont les développements étaient précis et étayés.

Les prêts D_____ étaient des prêts subordonnés, sans garantie, en CHF, et dont la maturité était de cinq ans renouvelable. Le prêt E_____ était un prêt garanti de rang senior, en CHF, renouvelable tous les trois mois, et avec conclusion d'un contrat Swap à titre de couverture. Le prêt E_____ ne pouvait être considéré comme un comparable interne fiable. Par conséquent, en

conformité avec les principes directeurs de l'OCDE, elle s'était appuyée sur des bases de données externes afin de trouver des comparables (externes) appropriés. La base de données « DealScan » était la source d'informations la plus importante et la plus fiable s'agissant du marché mondial des prêts commerciaux.

Même à considérer le prêt E_____ comme point de départ pour la détermination du prêt D_____, le taux de pleine concurrence correspondant serait plus élevé que 1,94 %, dès lors qu'il faudrait l'ajuster pour sa maturité, sa séniorité et les garanties qui lui étaient attachées, tous ajustements qui auraient pour effet d'ajouter des primes de risque au taux du prêt et augmenteraient ledit taux. Économiquement, l'application d'un taux plus élevé sur le prêt D_____ subordonné, sans garantie et avec une maturité plus élevée par rapport au prêt E_____ de rang senior garanti semblait évidente. Il fallait aussi relever que lors de l'acquisition de l'immeuble par A_____, ayant nécessité le financement par des fonds étrangers, des discussions avaient été conduites par les banques, et il avait été retenu qu'un financement provenant partiellement d'une tierce partie et partiellement de l'actionnaire était approprié pour un certain nombre de raisons économiques.

20) Le 5 février 2021, A_____ a conclu au rejet du recours de l'AFC-GE.

En 2015, une offre de financement hypothécaire complémentaire avait également été demandée auprès du F_____. L'offre obtenue en octobre 2015 conférait un montant de crédit identique à celui proposé par E_____, mais avec des conditions moins favorables. Tant E_____ que F_____ avaient du reste souhaité maintenir une clause d'amortissement, laquelle avait pu être différée à 2023 par avenant au contrat avec E_____. A_____ avait donc tout fait pour maximiser son financement hypothécaire auprès d'une banque tierce avec un taux d'intérêt le plus bas possible.

21) Le même jour, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours d'A_____.

A_____ avait d'abord obtenu les prêts chirographaires auprès de son actionnaire D_____, et seulement ensuite le prêt hypothécaire auprès d'une banque, alors qu'elle devait chercher à se financer en priorité au moyen d'un prêt hypothécaire selon la jurisprudence.

Le taux du prêt E_____ ne pouvait être retenu comme déterminant, dès lors qu'il avait été accordé après qu'A_____ se fut endettée auprès de son actionnaire à hauteur de plus de CHF 129'000'000.-. Si elle avait d'abord conclu le contrat avec E_____, le taux eût donc nécessairement été plus bas, une banque examinant le rapport entre les passifs et les actifs avant d'octroyer un éventuel prêt.

22) Invitées à formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, les parties y ont renoncé, si bien que la cause a été gardée à juger le 26 mars 2021.

EN DROIT

1) Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (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 sur la procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17 ; art. 145 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 - LIFD - RS 642.11).

2) Le présent litige porte sur le point de savoir si la recourante, en obtenant de la holding (son actionnaire unique) trois prêts à un taux d'intérêt moyen de 4,25 % en 2015, a procédé à une distribution dissimulée de bénéfice sous la forme d'intérêts excessifs.

La question étant traitée de la même manière en droit fédéral et en droit cantonal harmonisé, le présent arrêt traite simultanément des deux impôts, comme l'admet la jurisprudence (ATA/463/2020 du 7 mai 2020 consid. 6b).

3) a. Aux termes de l'art. 57 LIFD, l'impôt sur le bénéfice a pour objet le bénéfice net. Selon l'art. 58 al. 1 LIFD, le bénéfice net imposable comprend notamment le solde du compte de résultats (let. a), ainsi que tous les prélèvements opérés sur le résultat commercial avant le calcul du solde du compte de résultats, qui ne servent pas à couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial (let. b). Au nombre de ces prélèvements figurent les distributions dissimulées de bénéfice et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial (let. b 5ème tiret).

b. Selon la jurisprudence, il y a distribution dissimulée de bénéfice constitutive de prestation appréciable en argent lorsque les quatre conditions cumulatives suivantes sont remplies : 1) la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ; 2) cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le ou la touchant de près ; 3) elle n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers ; 4) la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient (ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_674/2015 du 26 octobre 2017 consid. 7.1 ; 2C_124/2016 du 31 janvier 2017 consid. 6.1 ; 2C_798/2015 du 26 septembre 2016 consid. 2.1 ; 2C_863/2015 du 24 juillet 2016 consid. 6.1). Il convient ainsi d'examiner si la prestation aurait été accordée dans la même mesure à un tiers

étranger à la société, soit si la transaction a respecté le principe de pleine concurrence (« dealing at arm's length » ; ATF 140 II 88 consid. 4.1 ; 138 II 57 consid. 2.2). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_834/2011 du 6 juillet 2012 consid. 2.3).

c. 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 du Tribunal fédéral 2C_181/2020 du 10 août 2020 consid. 5.3).

d. Par ailleurs, 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. La société qui ne procède pas ainsi doit ainsi démontrer que la mise en gage d'immeubles dont elle est propriétaire ne représente pas une garantie suffisante pour obtenir un crédit immobilier à un taux d'intérêt plus avantageux que celui appliqué au prêt de sa holding (arrêt du Tribunal fédéral 2C_181/2020 précité consid. 5.6 ; ATA/979/2021 du 21 septembre 2021 consid. 10a).

4) a. L'AFC-CH édicte chaque année des directives sur les taux d'intérêts déterminants pour le calcul des prestations appréciables en argent, publiées sous la forme de lettres-circulaires, destinées à simplifier la mise en œuvre du principe de pleine concurrence en relation avec les taux d'intérêts de prêts conclus en CHF entre des sociétés et leurs actionnaires ou associés – ou leurs proches – (ATF 140 II 88 précité consid. 5.1).

La lettre-circulaire de l'AFC-CH porte sur le taux d'intérêt admis fiscalement sur les avances ou les prêts en francs suisses, et vise à faciliter le calcul des prestations appréciables en argent. S'agissant des prêts des actionnaires ou associés, elle fixe des taux d'intérêts maximums (chiffre 2 de la lettre-circulaire de 2016). D'après cette directive, lorsqu'une société accorde des avances ou des prêts sans intérêt ou contre un intérêt insuffisant à ses porteurs de parts ou à des tiers qui leur sont proches, elle leur concède une prestation appréciable en argent. Il en va de même lorsqu'une société paie des intérêts à un taux surfait sur les créances détenues par les porteurs de droits de participation ou par des tiers qui leur sont proches.

b. 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 précité consid. 5.1.2 et les arrêts cités). Le but de cette directive est de simplifier la mise en œuvre du principe de pleine concurrence en relation avec les taux d'intérêts de prêts conclus en CHF entre des sociétés et leurs actionnaires ou associés ou leurs proches (ATF 140 II 88 précité consid. 5.1). Sauf preuve du contraire ou circonstance particulière, les taux d'intérêt minimaux et maximaux y figurant sont ainsi réputés refléter ceux pratiqués en situation de pleine concurrence pour l'année en cause. S'agissant de la reprise d'intérêts, sont déterminants les taux pratiqués lors de la période fiscale considérée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_443/2017 du 15 janvier 2018 consid. 6.2).

c. Le chiffre 2 de la lettre-circulaire de 2015 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, sur un crédit immobilier égal à la première hypothèque, soit sur une première tranche correspondant aux 2/3 de la valeur vénale de l'immeuble, le taux d'intérêt maximum est de 1 % pour la construction de logements et l'agriculture et de 1,5 % 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 d'immeubles industriels et jusqu'à concurrence de maximum 80 % de la valeur vénale des autres immeubles, le taux d'intérêt maximum est de 1,75 % pour la construction de logements et l'agriculture et de 2,25 % pour l'industrie, les arts et métiers.

En matière de crédits d'exploitation, le taux d'intérêt maximum, jusqu'à CHF 1'000'000.-, est de 3 % dans le commerce et l'industrie et de 2,5 % pour les holdings et les sociétés de gérance de fortune. À partir de CHF 1'000'000.-, le taux d'intérêt maximum est de 1 % dans le commerce et l'industrie et de 0,75 % pour les holdings et les sociétés de gérance de fortune.

5) a. Selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en particulier en droit public, l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés ; cette maxime oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il incombe à celles-ci d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux

à même de connaître (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_649/2020 du 10 novembre 2020 consid. 6.4).

En matière fiscale, il appartient à l'autorité de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, tandis que le contribuable doit supporter le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation d'impôts. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve, ces règles s'appliquant également à la procédure devant les autorités de recours (ATF 146 II 6 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_32/2020 du 8 juin 2020 consid. 3.5 ; ATA/1223/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3c).

b. Par ailleurs, en droit fiscal, le principe de la libre appréciation de la preuve s'applique. L'autorité forme librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées, en choisissant entre les preuves contradictoires ou les indices contraires qu'elle a recueillis. Cette liberté d'appréciation, qui doit s'exercer dans le cadre de la loi, n'est limitée que par l'interdiction de l'arbitraire. Il n'est pas indispensable que la conviction de l'autorité de taxation confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité ; il suffit qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des motifs objectifs (ATA/1223/2020 précité consid. 3d et les références citées).

c. Dans le domaine des prestations appréciables en argent, telles que des distributions dissimulées de bénéfice, le fardeau de la preuve se répartit comme suit : les autorités fiscales doivent apporter la preuve que la société a fourni une prestation et qu'elle n'a pas obtenu de contre-prestation ou une contre-prestation insuffisante ; si les preuves recueillies par l'autorité fiscale fournissent suffisamment d'indices révélant l'existence d'une telle disproportion, il appartient alors au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations contraires (arrêts du Tribunal fédéral 2C_207/2019 du 16 juillet 2019 consid. 4.2 ; 2C_1157/2016 du 2 novembre 2017 consid. 4.2.3). Par ailleurs, une fois qu'un fait est tenu pour établi, la question du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 137 III 226 consid. 4.3). Les autorités doivent en effet pouvoir s'assurer que seules des raisons commerciales, et non les rapports personnels et économiques étroits entre la société et le bénéficiaire de la prestation, étaient déterminantes pour le choix de la prestation présentant un caractère insolite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_18/2011 du 31 mai 2011 consid. 5.2 et les références citées ; ATA/222/2019 du 5 mars 2019 consid. 7).

d. 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 précité consid. 7).

e. 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 (ATF 140 II 88 précité 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 œuvre 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). Si les conditions économiques pertinentes diffèrent de celles de la transaction examinée, des ajustements doivent être effectués, afin de gommer les effets de ces différences (principes OCDE, n. 1.33 ss). On ne peut toutefois totalement exclure qu'une transaction comparable n'ait pas été conclue au prix du marché, dès lors que la formation du prix peut être influencée par plusieurs éléments, tels que les conditions du marché, les conditions contractuelles (par exemple, l'existence de prestations secondaires, la quantité de biens vendus, les conditions de paiement), la stratégie commerciale poursuivie par ce tiers acquéreur ou les fonctions économiques des parties. Il n'en demeure pas moins que le prix pratiqué dans une transaction comparable est présumé correspondre au prix du marché ; en cas de contestation, la preuve du contraire incombe à la société (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 du 14 janvier 2015 consid. 5.2 et les références citées).

6) a. Un accord ou un arrangement fiscal est une convention entre l'autorité fiscale et le contribuable, qui porte sur l'existence, l'étendue ou les modalités d'une obligation fiscale par rapport à un état de fait concret, unique ou se répétant. Elle peut s'écarter des dispositions légales. Une telle convention constitue un contrat de droit administratif (arrêt du Tribunal fédéral 2C_603/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.1). La loi sur l'IFD ne contient pas de base légale autorisant des arrangements entre le contribuable et le fisc, de sorte que de tels accords sont en principe interdits (arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2009 du 26 février 2010 consid. 3.1).

b. Ces accords doivent être distingués de la consultation préalable du fisc par le contribuable quant à un état de fait donné. Dans la pratique, on parle de ruling (terme qui sera repris ci-après afin de le distinguer de l'accord mentionné ci-dessus). Le ruling peut concerner une personne morale ou une personne physique et porter sur un état de fait unique, comme une acquisition ou une vente, ou sur un état de fait appelé à durer, telle par exemple, pour une personne physique, la délimitation entre activité privée et activité lucrative indépendante ou, pour une personne morale, une restructuration. Le fisc renseigne alors le contribuable sur cette issue ou, plus généralement, confirme que l'opération envisagée sera imposée de la façon décrite dans la demande de ruling, d'où la définition reprise par le Tribunal fédéral selon laquelle un ruling est une approbation anticipée par l'autorité fiscale compétente d'un traitement proposé par le contribuable en référence à une opération envisagée à l'avenir (arrêts du Tribunal fédéral 2C_137/2016 du 13 janvier 2017 consid. 6.2 ; 2C_664/2013 du 26 avril 2014 consid. 4.2 ; 2C_842/2013 du 18 février 2014 consid. 7.1). Cette procédure a pour but de garantir la sécurité juridique pour le contribuable en rapport avec la mise en œuvre d'un état de fait. Elle a le plus souvent pour objet les impôts directs. Comme il s'agit d'une procédure informelle qui n'a pas de base légale en matière d'impôts directs, elle peut prendre différentes formes ; dans la majorité des cas, le contribuable soumet à l'autorité concernée un document décrivant l'opération prévue de façon circonstanciée et les conséquences fiscales devant en découler ; le fisc signe ce document « pour accord », s'il estime que le traitement fiscal exposé correspond au droit applicable. Il est donc primordial que le contribuable y mentionne tous les faits pertinents, y compris ceux qui lui sont défavorables.

c. En matière d'impôts directs, les rulings ne constituent pas des décisions ; ils ne sont donc pas attaquables et n'ouvrent pas les voies de droit ordinaires. Ils peuvent néanmoins avoir des conséquences juridiques en vertu du principe de la bonne foi (ATF 126 II 514 consid. 3e ; sur le principe de la bonne foi, ATF 137 II 182 consid. 3.6.2). L'état de fait décrit dans la demande revêt à cet égard une importance particulière puisque le fisc ne sera tenu par un ruling, lors de la taxation, que si l'état de fait anticipé correspond à ce qui est effectivement réalisé par la suite (arrêts du Tribunal fédéral 2C_664/2013 précité consid. 4.2 ; 2A.454/2002 du 20 mars 2003 consid. 2.2 en matière d'impôt anticipé).

d. Dans la mesure où le ruling ne repose sur aucune base légale, il n'existe dans la loi aucune disposition définissant explicitement l'autorité compétente pour son octroi. Puisque le renseignement porte sur une taxation future, il est cependant clair que l'autorité compétente pour octroyer le ruling est également celle compétente pour effectuer la taxation, soit pour l'IFD l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct (art. 128 al. 4 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ; art. 2 en lien avec l'art. 104 al. 1 et 2 LIFD ; ATF 141 I 161 consid. 3.2 à 3.4 et les références citées).

7) a. Selon l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Selon l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Le principe de la bonne foi comprend notamment l'interdiction des comportements contradictoires (ATF 143 IV 117 consid. 3.2 ; 136 I 254 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_342/2018 du 6 février 2019 consid. 4.1 ; ATA/240/2017 du 28 février 2017 consid. 6b ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., Zurich 2018, p. 207, § 580 ; Giorgio MALINVERNI et al., Droit constitutionnel suisse, vol. II – Les droits fondamentaux, 4ème éd., 2021, n. 1295).

b. L'interdiction de l'abus de droit représente un correctif qui intervient dans l'exercice des droits (Giorgio MALINVERNI et al., op. cit., n. 1307). L'abus de droit consiste à utiliser une institution juridique à des fins étrangères au but même de la disposition légale qui la consacre, de telle sorte que l'écart entre le droit exercé et l'intérêt qu'il est censé protéger s'avère manifeste (Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3ème éd., 2012, n. 6.4.4 p. 933 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 583 p. 208). L'interdiction de l'abus de droit vaut, tout comme la notion de fraude à la loi qui en constitue une composante, en droit administratif (ATF 142 II 206 consid. 2.3), et ce tant pour les administrés que pour l'administration (ATA/1470/2017 du 14 novembre 2017 consid. 6b ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 584 p. 208).

c. Les rulings constituent un cas d'application du principe général de la protection de la confiance. Bien qu'ils ne soient pas des décisions, les rulings sont des renseignements préalables délivrés par l'autorité fiscale qui peuvent avoir des conséquences juridiques en vertu du principe de protection de la bonne foi (art. 9 Cst. ; ATF 141 I 161 = RDAF 2016 II 127 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_708/2011 du 5 octobre 2012 consid. 4.3.2, non publié, in : ATF 139 II 78 ; ATF 126 II 514 consid. 3e ; 121 II 473 consid. 2c ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_664/2013 précité consid. 4.2, in : ASA 82 p. 737 ; 2A.46/2000 du 1er novembre 2000 consid. 3). L'administration ne sera tenue par un ruling que si (a) elle est intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; (b) elle était compétente pour délivrer le renseignement ou du moins l'administré avait des raisons suffisantes de croire qu'elle l'était ; (c) l'administré ne pouvait se rendre compte de l'inexactitude du renseignement ; (d) l'administré a pris des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice ; et (e) la réglementation n'a pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; 121 II 473 consid. 2c).

Pour autant que l'approbation d'un ruling accordé par une administration fiscale cantonale repose sur un état de fait clair et complet, ledit ruling fonde pour

le contribuable un droit à la protection de sa bonne foi (ATF 141 I 161 consid. 3.6).

8) En l'espèce, on ne saurait suivre A_____ lorsqu'elle prétend que c'était par erreur qu'elle avait indiqué dans sa déclaration fiscale 2015 le redressement des intérêts litigieux, et qu'en élevant réclamation elle avait simplement souhaité corriger un oubli dans le cadre du processus de taxation. En effet, un ruling a été proposé par A_____ en décembre 2015 et accepté par l'AFC-CH – seule compétente pour ce faire à teneur de la jurisprudence – en avril 2016, soit avant le dépôt de sa déclaration 2015. Ledit ruling, qui devait s'appliquer pendant au moins cinq ans à partir de l'exercice fiscal 2014, prévoyait que les taux d'intérêts fiscalement admis relatifs aux prêts accordés par l'actionnaire respecteraient les taux publiés chaque année par l'AFC-CH. C'est donc conformément à sa propre proposition, validée par l'AFC-GE, qu'A_____ a établi sa déclaration fiscale 2015.

Si la jurisprudence s'est penchée jusqu'ici exclusivement sur le caractère contraignant des rulings pour le fisc, il découle du principe de la bonne foi, et notamment de l'interdiction des comportements contradictoires, que le contribuable se doit également de respecter la proposition qu'il a lui-même émise. Dès lors, en formant opposition puis en recourant contre la taxation effectuée conformément à sa propre déclaration et, surtout, au ruling de décembre 2015, A_____ a commis un abus de droit.

Au surplus, même à considérer que tel ne serait pas le cas, son recours devrait néanmoins être rejeté, et celui de l'AFC-GE admis. En effet, les prêts qu'elle a contractés auprès de son actionnaire étaient non garantis, et les études qu'elle a soumises à l'AFC-GE en vue de justifier les taux pratiqués portent sur des prêts non garantis, alors que selon la jurisprudence citée plus haut, elle devait d'abord gager ses immeubles avant de souscrire un crédit hypothécaire de préférence à un prêt chirographaire – on peut rappeler à cet égard que selon le ruling la valeur vénale du complexe immobilier est de CHF 505'000'000.-. Or, A_____ n'a nullement démontré que la mise en gage de ses immeubles ne représentait pas une garantie suffisante pour obtenir un crédit immobilier à un taux d'intérêt plus avantageux que celui appliqué au prêt de sa holding. Les faits du dossier tendent plutôt à démontrer l'inverse, dès lors que moins d'une année plus tard A_____ a obtenu un prêt hypothécaire d'E_____ portant sur des montants plus importants que ceux empruntés à son actionnaire. Il n'est ainsi pas possible de retenir un taux de 4,25 % comme admissible.

Quant à retenir un taux de 1,94 % correspondant audit prêt E_____ plutôt qu'un taux global de 1,45 % correspondant au taux « safe harbour » de la lettre-circulaire 2015, comme l'a fait le TAPI, outre qu'A_____ elle-même invoque qu'il ne s'agit pas d'un comparable interne utilisable, force est de constater que lors de l'octroi de ce prêt, A_____ avait déjà contracté les prêts

chirographaires à taux plus élevé auprès de son actionnaire à hauteur de CHF 125'000'000.-, si bien que les conditions que lui a faites E_____ étaient nécessairement moins favorables que si tel n'avait pas été le cas, la surface financière d'A_____ étant de ce fait inférieure et donc le prêt plus risqué. On ne peut dès lors retenir le taux du prêt E_____ comme comparable interne fiable et, en l'absence de tout comparable fiable, on doit en l'espèce s'en tenir aux taux prévus par la lettre-circulaire 2015.

Il découle de ce qui précède que le recours d'A_____ doit être rejeté, et celui de l'AFC-GE admis, les décisions sur réclamation du 23 septembre 2019 étant rétablies.

9) Au vu de l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge d'A_____, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 15 décembre 2020 par l'administration fiscale cantonale et le 18 décembre 2020 par A_____ SA contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 novembre 2020 ;

au fond :

admet le recours interjeté le 15 décembre 2020 par l'administration fiscale cantonale ;

rejette le recours interjeté le 18 décembre 2020 par A_____ SA ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 novembre 2020 ;

rétablit les décisions sur réclamation du 23 septembre 2019 ;

met à la charge d'A_____ SA un émolument de CHF 2'500.- ;

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 PriceWaterhouseCoopers SA, mandataire d'A_____ SA, à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance .

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, Mme Pedrazzini Rizzi, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
D. Werffeli Bastianelli	F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :