

GE_GERICHTE A/2005/2015 vom 30. Oktober 2018

GE Cour de justice, 2018-10-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2005_2015

FR: GE_GERICHTE A/2005/2015 du 30 octobre 2018

IT: GE_GERICHTE A/2005/2015 del 30 ottobre 2018

Regeste

OBJET DU LITIGE ; DROIT D'ÊTRE ENTENDU ; AUDITION OU INTERROGATOIRE ; CONSULTATION DU DOSSIER ; PRESCRIPTION ; IMPÔT ; TAXATION CONSÉCUTIVE À UNE PROCÉDURE ; OUVERTURE DE LA PROCÉDURE ; DÉCLARATION D'IMPÔT ; DISTRIBUTION DISSIMULÉE DE BÉNÉFICES ; PRESTATION APPRÉCIABLE EN ARGENT ; GROUPE DE SOCIÉTÉS ; PRIX DE TRANSFERT ; FARDEAU DE LA PREUVE ; SOUSTRACTION D'IMPÔT ; AMENDE ; GARANTIE DE PROCÉDURE ; FRAIS DE LA PROCÉDURE ; CALCUL | Reprises portant sur les services rendus par la société recourante à sa société fille constituée dans les îles Anglo-Normandes sans contreparties adéquates, en violation du principe de libre concurrence. Rejet du recours de la société recourante et admission partielle du recours de l'AFC-GE. | Cst.29.al2; LIFD.152; LPFisc.61; LHID.53; LIFD.151; LHID.53; LPFisc.59; LIFD.57; LIFD.58; LHID.24; LIPM.12; LIFD.175; LHID.56; LPFisc.69; LPFisc.176; LPFisc.70; LIFD.183; LPFisc.76; LPA.87; RFPA.6; RFPA.7

Erwägungen

E. 4

ème section dans la cause A_____ SA représentée par Mes Daniel Schafer et Arnaud Martin, avocats contre ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE et ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS et ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE contre A_____ SA représentée par Mes Daniel Schafer et Arnaud Martin, avocats et ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS _____ Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 octobre 2017 (JTAPI/1062/2017) EN FAIT 1) A_____ SA (ci-après : A_____ ou la banque) est une banque spécialisée dans la gestion de fortune, inscrite au registre du commerce de Genève (ci-après : RC) depuis de nombreuses années. Sa raison sociale a changé par deux fois depuis, dont l'une au cours des années 2000. 2) Jusque dans les années 1990, A_____ était la filiale genevoise du groupe bancaire E_____, fondé à l'étranger et ayant fait faillite. Suite à cette faillite, le groupe et sa filiale genevoise ont été vendus à F_____ en 1995. 3) En 1996, Monsieur G_____, directeur général d'A_____, a acquis 30 % du capital-actions de la banque, puis, en 2005, le solde de celui-ci. A_____ est actuellement détenue par la société H_____ SA, elle-même détenue à 15 % par les cadres de la banque et à 85 % par I_____ SA, dont M. G_____ est l'actionnaire unique. 4) En 1999, A_____ a constitué dans les îles Anglo-Normandes, une filiale, J_____ Ltd, devenue en 2005 K_____ Ltd, en 2006 L_____ Ltd, puis, en 2008, M_____ Ltd (ci-après : M_____ ou la filiale), dont elle détient 100 % du capital, afin de fournir des véhicules de placements collectifs de capitaux à un cercle d'investisseurs plus large que celui de la banque. 5) a. Dans ce cadre, M_____ agissait en tant que direction de fonds

d'investissement. Il lui incombait de définir la stratégie d'investissement, de commercialiser les parts de fonds, de gérer la fortune des fonds pour le compte des investisseurs tout en respectant la politique d'investissement, de décider de l'émission des parts et du choix des placements, de fixer les prix d'émission et de rachat, de sélectionner les éventuels prestataires de service auxquels elle entendait déléguer son activité et de répondre de la bonne exécution de toutes les tâches nécessaires à cette activité. b. L'activité de M_____ portait sur les structures d'investissement de « classe B » dans les îles Anglo-Normandes pour plusieurs fonds de placement, à savoir des fonds simples, soit NA_____ Ltd (de 1999 à 2003), NB_____ Ltd (dès 2001), NC_____ Ltd (de 2001 à 2002), ND_____ Ltd (de 2008 à 2010), NE_____ Ltd (dès 2008) et NF_____ Ltd (dès 2009), ainsi que des fonds ombrelles, soit NG_____ Ltd composé des fonds de fonds alternatifs NG_____ (de 2002 à 2009) et NH_____ (de 2003 à 2004), et NI_____ Ltd, composé des fonds NJ_____ (fonds de fonds alternatif, dès 2006), NK_____ (fonds de fonds, dès 2006), NL_____ (sous-fonds de 2006 à 2009, puis fonds indépendant dès 2009), NM_____ (fonds de fonds, de 2006 à 2009) et NN_____ (fonds de fonds alternatif, de 2006 à 2010). Elle agissait de la même manière pour les sous-fonds de NO_____ Plc. qui avaient un statut « NP_____ » en Irlande, en particulier le NQ_____ (dès 2009). c. Pour son activité, M_____ percevait des différents fonds d'investissement, d'une part, une commission de gestion, généralement de 1,5 % de la valeur nette d'inventaire des actifs sous gestion, et, d'autre part, une commission de performance, généralement de 10 à 20 % de la performance du fonds. 6) Entre 2001 et 2010, M_____ a délégué l'activité de conseil en investissement à des tiers, sauf pour les deux sous-fonds du fonds ombrelle NG_____ Ltd (NG_____, dès le 1 er mai 2004, et NH_____, dès le 1 er avril 2004), pour quatre des sous-fonds du fonds ombrelle NI_____ Ltd (NJ_____, NK_____, NM_____ et NN_____), ainsi que pour le fonds simple ND_____ (jusqu'en août 2010), qu'elle a confiée à A_____. Pour cette activité, A_____ pouvait utiliser les fonds à sa discrétion pour effectuer les placements conformément au prospectus, effectuer des revues ponctuelles des investissements à la demande de la direction de fonds, préparer le matériel pour l'établissement des rapports et fournir les informations nécessaires au calcul de la valeur nette d'inventaire. En plus de ces activités, A_____ pouvait, dans certains cas, choisir et placer les ordres avec les membres de la bourse, les courtiers ou les banques et négocier les commissions y relatives. 7) a. Les états financiers de M_____ pour les exercices 2001 à 2010 et les documents produits par A_____ mettent en évidence les éléments suivants :

	USD*	2001	2002	2003	2004	2005
Bénéfice	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Dividendes versés	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Commission de gestion perçue	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Commission de performance - Perçue	-	-	xxx	xxx	xxx	-
Rétrocédée	-	-	xxx	xxx	xxx	xxx
Nombre d'employés	0	0	0	0	1	1

	CHF	2006	2007	2008	2009	2010
Bénéfice	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Dividendes versés	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Commission de gestion perçue	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Commission de performance - Perçue	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Rétrocédée	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Nombre d'employés	3	3				

E. 11

*Comptes en USD jusqu'en 2006 puis en CHF b. Entre 2001 et 2010, M_____ avait perçu des commissions de gestion pour CHF xxx et, entre 2003 et 2010, des commissions de performance pour CHF xxx, étant précisé qu'elle n'avait ni reçu ni payé de telles commissions de 2001 à 2002. Lors de son premier exercice, entre 1999 et 2000, M_____ avait toutefois perçu des commissions de performance de USD xxx, qu'elle avait rétrocédées à hauteur de USD xxx. Les états financiers 2001 indiquent qu'elle pouvait percevoir des commissions des fonds NA_____ Ltd, NB_____ Ltd et NC_____ Ltd.

M_____ avait en particulier perçu des commissions de performance du fonds ombrelle NG_____ Ltd (de 2004 à 2007), ainsi que du fonds ombrelle NI_____ Ltd (de 2006 à 2010). Elle n'en avait pas perçu du fonds ND_____ Ltd entre 2008 et 2010. Entre 2003 et 2010, M_____ avait également perçu des commissions de performance des fonds pour lesquels elle avait délégué le conseil en investissement à O_____, P_____ et Q_____. c. Pour les exercices 2001 à 2010, M_____ avait droit à des commissions de performance qu'elle devait partiellement rétrocéder aux conseillers en investissement concernés (« The Company is required to pay a portion of these performance fees on to the respective investment advisors of the funds »). d. Le conseil d'administration de M_____, qui se réunissait tous les trois mois, était composé, de 2001 à 2005, de deux représentants d'A_____ qui ne percevaient pas de rémunération par la filiale, soit Messieurs R_____ (membre de la direction générale d'A_____) et S_____ (membre de la direction d'A_____), ainsi que d'une troisième personne, sans lien avec A_____ et M_____, à savoir Monsieur T_____, rémunéré par M_____ à raison de GBP xxx par an. De 2006 à 2010, il était composé de quatre administrateurs, à savoir deux représentants d'A_____ (Messieurs R_____ et U_____, respectivement membre de la direction générale et du conseil d'administration d'A_____), du directeur de M_____ (M. S_____, rémunéré au moyen d'un salaire annuel versé par M_____ et d'un bonus) et de M. T_____, lequel était rémunéré à raison de GBP xxx par an. 8) Selon les rapports relatifs à la révision des comptes annuels et d'audit prudentiel de l'organe de révision d'A_____, pour l'exercice 2005, la banque avait liquidé quatre portefeuilles collectifs d'investissement (ci-après : PCI), dont les actifs avaient été transférés dans un fonds géré par M_____. Pour l'exercice 2006, quatre segments du NI_____ Ltd avaient repris les PCI d'A_____, liquidés en début d'année. Pour l'exercice 2008, le dernier PCI de la banque avait été transformé en placement collectif domicilié dans les îles Anglo-Normandes. 9) A_____ a régulièrement remis à l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) ses déclarations d'impôt, y annexant, pour les exercices 2001 à 2010, ses comptes annuels. 10) Le 5 décembre 2001, l'AFC-GE a informé A_____ de l'ouverture d'une procédure de vérification de ses déclarations d'impôt des années 1997 à 2000. 11) Le 25 juin 2002, l'AFC-GE a établi un rapport interne concernant ce contrôle. Il en résultait que le bénéfice de M_____, qui n'employait pas de personnel et n'avait pas de locaux, était fonction de la performance du fonds qu'elle détenait, laquelle avait été mauvaise en 2001. Durant la même année, un deuxième fonds avait été créé, dont elle assurait la direction. Il ne résultait de la lecture succincte des nombreux documents remis aucune anomalie particulière ni aucune refacturation, en l'absence de travail fourni par A_____, laquelle ne faisait pas non plus de publicité ou de marketing pour le fonds de M_____, même si ses gestionnaires les proposaient à leurs clients. Au niveau des prix de transfert, rien ne justifiait ainsi un approfondissement de la question ou une reprise fiscale, les représentants d'A_____ ayant insisté sur l'autonomie des différentes entités du groupe. 12) Le 1^{er} juillet 2002, l'AFC-GE a informé A_____ de la clôture des procédures en rappel et soustraction d'impôt pour les années 1997 à 2000, sans reprise. 13) Entre novembre 2002 et novembre 2007, l'AFC-GE a régulièrement notifié à A_____ ses bordereaux de taxation pour l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) et l'impôt fédéral direct (ci-après : IFD) 2001 à 2006, lesquels sont entrés en force, n'ayant pas été contestés. 14) À la demande de l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH), suite au contrôle des acomptes annuels relatifs à l'impôt anticipé d'A_____ du 26 février 2008 pour les périodes fiscales 2003 à 2007, la banque lui a remis plusieurs documents ainsi que des explications s'agissant de l'activité de

M_____ et des liens qu'elle entretenait avec cette dernière. 15) Le 28 août 2008, dans le cadre de ce contrôle, la division de l'impôt anticipé de l'AFC-CH a informé l'AFC-GE des « excellentes performances » réalisées par M_____, dont le résultat net avait augmenté de manière significative lors des exercices 2005 à 2007 alors qu'elle n'employait que quatre personnes et envisageait d'en engager une cinquième. Malgré les pièces fournies et les explications apportées par A_____, la question de l'importance ainsi que « l'origine (offshore) » des dividendes 2006 et 2007 se posait. En conclusion, cette problématique devait « faire l'objet d'une discussion avec l'autorité de taxation genevoise ». 16) Le 13 octobre 2008, l'AFC-GE a notifié à A_____ ses bordereaux de taxation ICC et IFD 2007, lesquels sont entrés en force. 17) En septembre 2009, A_____ a transmis à l'AFC-GE sa déclaration fiscale pour l'année 2008. 18) Les 26 novembre 2009 et 8 mars 2010, l'AFC-GE a demandé à A_____ des renseignements complémentaires au sujet de sa déclaration fiscale pour l'année 2008, ainsi que de produire un certain nombre de documents en lien avec celle-ci, dont le bail à loyer de M_____ « depuis sa constitution ». 19) a. Les 21 décembre 2009 et 6 avril 2010, A_____ a répondu à l'AFC-GE que M_____, en tant que direction de fonds, externalisait localement une partie de ses tâches administratives à des tiers, notamment au groupe V_____, qui avait au demeurant mis à sa disposition des bureaux dans ses locaux avant la conclusion d'un contrat de bail, ainsi que certaines activités d'exécution et de contrôle à Genève par le biais de contrats de services. M_____ gardait toutefois la responsabilité ultime de toutes les activités externalisées et en vérifiait régulièrement la bonne organisation et exécution par le biais de rapports mensuels et de rapports de révision internes. Les membres de son conseil d'administration, qui recevaient des rapports chaque trimestre, avaient été rémunérés à concurrence de GBP xxx, le directeur de M_____ ayant reçu un montant plus important sous forme de bonus du fait des bons résultats obtenus par le groupe. b. Elle a annexé à son courrier notamment : - un contrat de sous-location conclu entre V_____ et M_____ le 17 juillet 2007 portant sur des locaux sis dans les îles Anglo-Normandes pour un loyer annuel de GBP xxx ; - un tableau comportant les noms de ses employés, leur taux d'activité et leur salaire, mentionnant que deux de ceux-ci avaient été actifs, dès le 1^{er} août 2008, à 100 % pour des activités liées à M_____, pour un salaire, sur cinq mois, de respectivement CHF xxx et CHF xxx. c. Elle a également produit différents documents contractuels et des organigrammes pour plusieurs fonds, à savoir : - les contrats de conseil en investissement conclus entre M_____ et A_____ pour les fonds ombrelle NG_____ Ltd le 25 novembre 2005 et NI_____ Ltd le 23 janvier 2006, indiquent une commission de gestion en faveur d'A_____ de 0,75 % de la valeur nette d'inventaire pour cette activité ainsi que celle de passation des ordres ; - les contrats de service pour la passation des ordres conclus entre M_____ et A_____ : pour le fonds NR_____ Ltd, pour lequel elle percevait 0,2 % de la valeur nette d'inventaire ; pour le fonds NS_____ Ltd, pour lequel elle percevait 0,125 % de la valeur nette d'inventaire (puis 0,10 % si celle-ci dépassait USD 50'000'000.-) ; pour le fonds NL_____ pour lesquels elle percevait 0,09 % de la valeur nette d'inventaire (puis 0,05 % si celle-ci dépassait USD 5'000'000.-) ; - les contrats de conseil en investissement pour les fonds NS_____ Ltd et NS_____ conclus entre M_____ et O_____ (ci-après : O_____) indiquant une rétrocession en faveur de cette dernière de 0,75 % de la commission de gestion et de 70 % de la commission de performance, ainsi que pour le fonds NL_____ conclu entre M_____ et P_____ SA (ci-après : P_____) indiquant une rétrocession en faveur de cette dernière de 50 % de la commission de gestion et de 50 % de la commission de performance. Selon ces contrats, le conseiller en investissement utilisait

les fonds à sa discrétion pour effectuer les placements conformément au prospectus, sans pour autant pouvoir effectuer des transactions pour le compte de M_____ ou du fonds (P_____), ou émettait des recommandations sur l'investissement des fonds (O_____), effectuait des revues ponctuelles des investissements à la demande de la direction de fonds, préparait le matériel pour l'établissement des rapports et fournissait des informations pour le calcul de la valeur nette d'inventaire. Il ne pouvait toutefois effectuer des transactions pour M_____ ou le fonds lui-même. 20) Le 14 juillet 2010, l'AFC-GE a entendu Messieurs W_____, directeur général d'A_____, et X_____, directeur des opérations d'A_____, au sujet de sa taxation 2008. 21) Le 27 juillet 2010, l'AFC-GE a informé A_____ de l'ouverture d'une procédure en rappel et soustraction d'impôt pour l'ICC et l'IFD 2001 à 2007, précisant que, conformément aux normes applicables, l'ouverture d'une procédure pour soustraction d'impôt était communiquée par écrit à la personne concernée, qui était invitée à s'exprimer sur les griefs retenus à son encontre et informée de son droit de refuser de déposer et de collaborer. Suite à l'analyse des documents lui ayant été transmis, il apparaissait que M_____ n'avait que peu, voire pas de substance, que les contrats conclus avec les tiers prévoyaient une rétrocession des commissions de gestion et de performance, alors que ceux conclus avec la banque ne prévoyaient pas de rétrocession de ces dernières, qu'elle avait fait l'objet d'une rémunération insuffisante pour l'apport de clients à M_____ et que des frais de marketing n'avaient été facturés à cette dernière qu'en 2008. Elle l'invitait ainsi à produire différents autres documents afin de vérifier son imposition pour les années concernées. 22) a. Les 14 septembre 2010 et 23 février 2011, A_____ a répondu à l'AFC-GE que les conditions pour l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt n'étaient pas réunies, l'existence et le mode de fonctionnement de M_____ étant connus depuis son précédent contrôle, qui avait été clos sans reprise. L'AFC-CH en avait également connaissance au regard de son contrôle. Elle avait au demeurant toujours complété ses déclarations fiscales en toute transparence, indiquant les revenus, au titre de dividendes et de prestations de services, versés par sa filiale. Elle avait fourni à sa filiale diverses prestations de service et un support administratif, notamment pour la passation des ordres de bourse auprès des courtiers ou le conseil en investissement, activités qui n'étaient au demeurant pas comparables à celles effectuées par des conseillers externes, puisqu'elles n'exigeaient qu'une gestion passive, ce qui expliquait l'absence de rétrocession de commissions de performance en sa faveur. Les avoirs détenus par ses clients dans les fonds de M_____ lui procuraient une commission de gestion ainsi que des droits de garde, qui faisaient partie de ses revenus, de sorte qu'il n'était pas question qu'elle perçoive en sus des rétrocessions supplémentaires, qu'elle était en tout état de cause tenue de restituer à ses clients, en application de la jurisprudence. Récemment, elle avait décidé de développer sa clientèle institutionnelle, ce qui incluait la promotion, depuis Genève, des fonds de M_____. Dans cette optique, elle avait engagé deux collaborateurs en 2008, dont les coûts avaient été refacturés forfaitairement à M_____. b. Elle a notamment produit une attestation établie le 18 août 2010 par V_____, selon laquelle M_____ avait occupé, de manière continue, ses locaux depuis le 1^{er} décembre 2005, lui payant un loyer à cette fin. M_____ continuait en outre à occuper des locaux dans ses bureaux. 23) a. Le 5 juin 2013, l'AFC-GE a informé A_____ que les procédures en rappel et soustraction d'impôt des années 2001 à 2007 étaient étendues aux procédures de taxation pour l'ICC et l'IFD 2008 à 2010 pour tentative de soustraction fiscale, l'ensemble de ces procédures étant désormais terminées. b. Elle a annexé à son courrier un tableau. 24) a. Le même jour, l'AFC-GE a notifié à A_____, pour l'ICC et l'IFD, des bordereaux de rappel d'impôt 2001 à 2007 ainsi

que des bordereaux de taxation 2008 à 2010. b. Elle lui a également communiqué les bordereaux d'amende ICC et IFD pour soustraction consommée de 2001 à 2007 et pour tentative de soustraction de 2008 à 2010, fixant l'amende à 75 % de l'impôt soustrait pour l'infraction consommée et à 50 % de l'impôt soustrait pour la tentative de soustraction fiscale. 25) a. Par écriture du 5 juillet 2013, complétée les 3 juillet, 15 août et 8 septembre 2014, A_____ a élevé réclamation contre ces bordereaux, concluant à leur annulation et reprenant en substance les termes de ses précédents courriers. b. Elle a notamment produit le prospectus du fonds NB_____ Ltd du 27 novembre 2007 indiquant, dans le chapitre « glossary », la mention « manager » pour M_____, « a wholly-owned non-banking subsidiary of A_____ ». 26) a. Par décision du 12 mai 2015, l'AFC-GE a rejeté la réclamation d'A_____, maintenant les bordereaux de rappel d'impôt, de taxation et d'amende litigieux. La disproportion entre les prestations d'A_____ et les contre-prestations de M_____ était manifeste, au regard des relations contractuelles similaires avec des tiers, à savoir l'insuffisance de rémunération pour l'activité de conseil en investissement (absence totale de commission de performance), de rémunération pour la passation d'ordres pour certains fonds et pour l'apport de clientèle et la commercialisation. Elle n'était toutefois pas visible à la lecture des seuls comptes de la banque et des déclarations fiscales remises, qui ne permettaient pas d'entrevoir l'existence de transactions intra-groupe ne respectant pas le principe de pleine concurrence. Ce n'était que dans le cadre de la taxation 2008 d'A_____, suite à la communication de l'AFC-CH au service du contrôle, dont le service de la taxation n'avait pas connaissance au moment de la taxation 2007, qu'elle avait découvert des éléments nouveaux, qui l'avaient légitimée à ouvrir une procédure en rappel et soustraction d'impôt pour les années 2001 à 2007. Ces éléments nouveaux n'avaient au demeurant aucun lien avec son précédent contrôle, en présence d'un état de fait différent en 2000. Quant au contrôle effectué par l'AFC-CH, il ne portait que sur l'impôt anticipé, dans le cadre duquel les prestations à une filiale n'étaient pas pertinentes. Afin de déterminer si les éléments imposables déclarés étaient corrects et de vérifier que la déclaration 2008 était complète et conforme à la vérité, elle avait procédé à des demandes de renseignement pour cette seule période fiscale, et il n'avait alors pas encore été question de faire une quelconque accusation en matière pénale. Ce n'était que suite à ses demandes de renseignement qu'elle était parvenue à la conclusion que les éléments de faits prévalant dans son rapport de 2002 avaient changé de manière substantielle. La remise par A_____, année après année, de déclarations d'impôt non conformes à la réalité constituait un comportement illicite, qui avait engendré des pertes fiscales pour la collectivité. L'insuffisance de rémunération pour certaines prestations due à l'absence totale d'honoraires de performance et l'absence de rémunération pour d'autres prestations fournies par A_____ et les redressements effectués faisaient ressortir une disproportion manifeste, reconnaissable par ses organes, entre la prestation et la contre-prestation, en particulier par trois des administrateurs de M_____, qui faisaient également partie de la direction ou du conseil d'administration d'A_____, lesquels disposaient ainsi d'une vision d'ensemble des transactions du groupe et de la substance des deux entités en matière de fonctions exercées, d'infrastructures et d'actifs engagés et avaient agi de manière intentionnelle, à tout le moins par dol éventuel. La quotité de l'amende devait également être maintenue, dès lors qu'elle était proportionnée aux circonstances du cas d'espèce. b. L'annexe « analyse des prix de transfert selon la méthode fondée sur les transactions » reprenait les trois types de transactions entre A_____ et M_____ mentionnés dans la décision sur réclamation. En charge de la direction des fonds, M_____ percevait des commissions de gestion et de

0,84 0,50 59,88 Public/Inst. - Classe HI 0,74 0,40 54,42 Prof./Inst. AA8_____ - Classe A et I 0,84 0,50 59,88 Public/Inst. - Classe HI 0,74 0,40 54,42 Prof./Inst. AA9_____ 0,38 0,20 52,63 Public/Inst. AA10_____ 1,04 0,70 67,63 Public AA11_____ 0,84 0,50 59,88 Public/Inst. AA12_____ 0,84 0,50 59,88 Public/Inst. AA13_____ 0,84 0,50 59,88 Public/Inst. Quartile supérieur 58,87 Médiane 54,95 Quartile inférieur 26,92 Il en résultait que les différentes reprises s'élevaient au total à CHF xxx pour les années 2001 à 2010. 27) Par acte du 11 juin 2015, confirmé par réplique du 15 janvier 2016, A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation. Elle reprenait les termes de ses précédentes écritures, indiquant que les conditions d'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt n'étaient pas réalisées pour les années 2001 à 2007, puisque l'AFC-GE avait connaissance de la structure « offshore » mise en place depuis son précédent contrôle, à l'égard de laquelle elle devait alors faire preuve de la plus grande circonspection et procéder à des investigations supplémentaires, ce d'autant au vu du contrôle effectué par l'AFC-CH. Suite à la communication de cette dernière, l'AFC-GE avait tardé à ouvrir la procédure en rappel d'impôt alors qu'il lui appartenait de s'organiser de façon à ce que ces informations soient transmises aux services compétents. Elle l'avait en outre invitée à lui fournir des renseignements dans le cadre de la taxation 2008, sans l'avertir formellement du risque d'ouverture d'une procédure pour soustraction d'impôt concernant les années 2001 à 2007, en violation de son droit de ne pas s'auto-incriminer. Elle n'avait accordé aucune prestation appréciable en argent à sa filiale et avait toujours respecté les conditions du marché, ce qu'avaient constaté tant l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : FINMA) que les autorités fiscales. Elle n'avait subi aucun appauvrissement, dès lors que les échanges avec M_____ lui avaient permis de percevoir des revenus substantiels tant sous formes d'honoraires que de dividendes. L'analyse des prix de transfert effectuée par l'AFC-GE était d'autant plus contestable qu'elle s'était limitée à de simples allégations, sans apporter de preuve tangible de leur réalité. Bien qu'ayant exercé l'activité de conseil en investissement pour sept fonds entre 2001 et 2010, son activité bancaire, contrairement aux tiers, l'empêchait de se voir rétrocéder les commissions de performance afin de ne pas s'écarter des intérêts de ses clients. De plus, elle n'avait exercé aucune activité justifiant une rémunération, puisqu'elle avait agi de la sorte pour les seuls fonds de fonds, qui ne requéraient qu'une activité réduite. Elle avait au demeurant perçu de substantiels honoraires pour ses prestations, de l'ordre de CHF xxx. Quant aux honoraires pour ses services de support, comme la passation des ordres, ils étaient compris dans sa rémunération globale de conseillère en investissement, laquelle s'élevait à 0,75 % de la valeur nette d'inventaire des fonds concernés. En dehors du mandat de conseil en investissement, elle avait exceptionnellement perçu des honoraires spécifiques pour la passation d'ordres pour des fonds gérés par des conseillers en investissement tiers, correspondant également à un pourcentage de la valeur nette d'inventaire des fonds concernés. Pour l'activité de distribution et de commercialisation, le transfert des PCI à M_____ et leur transformation en placements collectifs étrangers correspondait à un mouvement général du marché et aux contraintes législatives, qui empêchaient leur développement en Suisse, et avait ainsi permis à sa filiale de les commercialiser auprès de nouveaux investisseurs. L'argent n'avait toutefois pas été transféré à l'étranger, mais était resté placé en son sein, ayant été investi dans un produit autre qu'un PCI. Par ailleurs, M_____ avait développé la plus grande partie de la clientèle institutionnelle, par l'entremise de M. S_____ dès 2005, lequel avait été secondé par d'autres employés de M_____ à partir de 2008. Elle n'avait pas non plus

utilisé la marque « E_____ » au profit de sa filiale du fait de l'empreinte laissée par la faillite du groupe dans les années 1990. Quant aux comparables utilisés par l'AFC-GE, ils étaient inadaptes aux fonds de M_____, dont les parts étaient réservées aux seuls investisseurs institutionnels, et non pas au grand public, ce qui engendrait une différence en matière de structure de coûts puisqu'elles ne prévoyaient en général pas de commission. Les fonds sélectionnés par l'AFC-GE n'étaient du reste pas tous destinés à être utilisés ou distribués en Suisse, étant précisé que les prospectus étaient postérieurs à la période fiscale, qu'ils prévoyaient des pourcentages maximums, pouvant être inférieurs, et que les commissions mentionnées n'étaient pas obligatoires, dès lors qu'elles constituaient une double rémunération, contraire à la politique de la banque et à la jurisprudence en matière de rétrocessions. En tout état de cause, les prestations, sous la forme de transferts d'actifs, en faveur de M_____ pouvaient être qualifiées d'apports dissimulés à des filiales, n'ayant pas d'autre effet que d'augmenter le coût d'investissement de sa participation dans celle-ci. Un différé d'imposition devait être admis aussi longtemps que les autorités fiscales suisses conservaient la mainmise sur les réserves latentes au moyen de la participation figurant dans son bilan. 28) Devant le TAPI, A_____ a notamment produit les documents suivants :

- un contrat de conseil en investissement pour le fonds NA_____ Ltd conclu entre M_____ et AB_____ (ci-après : AB_____) le 13 décembre 1999 pour lequel cette dernière percevait des commissions de gestion de 1 %, auxquelles s'ajoutaient des honoraires de 0,25 % de la valeur nette d'inventaire, mais pas de commission de performance ;
- un contrat de conseil en investissement pour le fonds NG_____ conclu entre M_____ et Q_____ (ci-après : Q_____) le 30 septembre 2002 pour lequel cette dernière percevait des commissions de gestion de 0,875 % et de performance de 40 %. Dans le cadre du conseil en investissement, Q_____ était chargée de donner des conseils et de recommander des choix de placements ;
- un contrat de conseil en investissement pour le fonds AC_____ Ltd conclu entre M_____ et A_____ le 23 avril 2008 pour lequel cette dernière percevait une commission de gestion de 0,75 % de la valeur nette d'inventaire du fonds pour cette activité, ainsi que celle de passation d'ordres ;
- un contrat de conseil en investissement pour le fonds ND_____ Ltd, non signé par le fonds, conclu entre M_____ et AD_____ Ltd (ci-après : AD_____) le 31 août 2010 pour lequel cette dernière percevait une commission de gestion de 0,75 % de la valeur nette d'inventaire du fonds pour cette activité, ainsi que celle de passation d'ordres ;
- un extrait du compte de son grand livre, faisant état des honoraires encaissés pour l'activité de passation d'ordres pour le fonds NL_____ entre 2006 et 2008 ;
- des tarifs établis par V_____ Ltd concernant des frais facturés par cette dernière en tant que banque dépositaire aux fonds NB_____ Ltd en 2008 ;
- le détail, par année et dépositaire ou direction de fonds, des avoirs de ses clients auprès de tiers ainsi qu'auprès de M_____ mentionnant les montants de ces placements et des rétrocessions perçues par la banque, dont il ressort que sur un total de cent dix-neuf dépositaires ou directions de fonds tiers, vingt-et-un d'entre eux lui avaient versé des rétrocessions provenant, dès 2007, exclusivement de Z_____, dont les volumes figuraient dans un tableau.
- le détail des prestations pécuniaires relatif à la distribution et au placement en relation avec le questionnaire FINMA sur les rétrocessions des commissions d'état, dont les totaux annuels indiqués correspondaient à ceux figurant dans le détail des positions détenues par les clients d'A_____ dans des fonds de placement tiers pour chacune des années en cause ;
- la directive de la Swiss Funds Association concernant la transparence dans la commission de gestion du 7 juin 2005 définissant la commission d'état comme les paiements en relation avec la commercialisation dans le cadre de la commission

de gestion. 29) Dans sa réponse du 19 octobre 2015 et sa duplique du 31 mars 2016, l'AFC-GE a conclu à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle s'engageait à rectifier les bordereaux en tenant compte de la déduction du supplément d'impôt pour chaque année en cause et à son rejet pour le surplus. Les conditions d'ouverture de la procédure en rappel d'impôt étaient réalisées, son précédent contrôle n'ayant révélé aucun problème au niveau des prix de transfert intra-groupe, en l'absence de services refacturés par A_____ à M_____. Aucune négligence dans le traitement des déclarations fiscales d'A_____ ne pouvait en outre lui être reprochée, dès lors que l'importance des dividendes versés par sa filiale et la réduction pour participation ne l'obligeaient pas encore à procéder à des investigations supplémentaires. Par ailleurs, dans le cadre de la demande de renseignement pour la taxation ordinaire de 2008, elle n'était pas tenue d'informer A_____ de son droit de ne pas s'auto-incriminer, ce qu'elle avait toutefois fait lors de l'ouverture des procédures en rappel et soustraction d'impôt 2001 à 2007. A_____ n'avait pas démontré que M_____ disposait de la substance propre lui permettant de gérer l'ensemble de ses activités, l'externalisation de certaines de ses tâches ne supprimant pas la nécessité de se doter d'une capacité à sélectionner les meilleurs prestataires, à leur déléguer des fonctions, à superviser leur travail et à l'apprécier en fonction des résultats attendus. Tant pour les fonds simples que les fonds de fonds, M_____ n'avait versé à A_____ aucune commission de performance pour son activité de conseil en investissement, alors qu'elle les avait rétrocédées, à concurrence respectivement de 50 % et 70 %, à O_____ et P_____, conseillers externes représentant les deux tiers des fonds gérés par des tiers. Étant donné qu'A_____ disposait de pouvoirs plus étendus que ces deux sociétés et qu'elle supportait un risque supplémentaire, une reprise portant sur une rétrocession de 70 % des commissions de performance en sa faveur se justifiait. L'activité de support, soit la passation et la transmission d'ordres, se distinguait de celle de conseil en investissement et devait dès lors être rémunérée en tant que telle, étant précisé que les contrats conclus par M_____ avec des conseillers en investissement tiers prévoyaient une rémunération séparée de ces prestations. En vue de déterminer la rémunération de pleine concurrence, elle s'était basée sur les contrats conclus par M_____, pour l'activité de passation d'ordres, dans les situations dans lesquelles A_____ n'intervenait pas comme conseillère en investissement et était rémunérée à hauteur de 0,09 % à 0,2 % de la valeur nette d'inventaire des fonds, le premier de ces pourcentages ayant été pris en compte. L'activité d'apport de clientèle et de commercialisation, que M_____ n'avait pas rémunérée jusqu'en 2008 puis de manière insuffisante depuis lors, englobait quatre aspects principaux, soit la transformation des PCI, l'apport des fonds provenant d'A_____, le développement de la clientèle institutionnelle dès 2008 et la réputation. En l'absence de comparables internes, elle s'était basée sur des comparables externes, en identifiant une cinquantaine de fonds couvrant les marchés suisse, américain et européen, dont les documents disponibles permettaient de déterminer les rémunérations prévues sur le marché, et avait abouti, par mesure de prudence, à un pourcentage de 40 % de la commission de gestion perçue par M_____. L'argumentation relative au traitement fiscal propre aux apports dissimulés à une filiale afin de faire admettre un différé d'imposition de la part insuffisamment rémunérée de ses prestations à M_____ devait être écartée, puisqu'elle revenait à transformer de manière abusive un produit imposable en un dividende exonéré et constituait de ce fait un cas d'évasion fiscale. 30) Devant le TAPI, l'AFC-GE a notamment produit : - une capture d'écran du site internet d'A_____ (copyright 2009) indiquant la mention, au sujet des investissements, que M_____, sa filiale, gérait les fonds d'investissement de la banque, renvoyant au site

internet de M_____ ; - un article de presse de 2006 consacré à A_____, selon lequel la banque connaissait une croissance régulière en termes d'actifs et d'ouvertures de comptes, malgré quelques départs de clients (moins de 10 %) après la faillite du groupe dans les années 1990. La banque avait créé ses propres fonds de placement qui, gérés par sa filiale, enregistraient des performances « assez exceptionnelles » ; - une interview d'une personnalité influente dans la presse suisse en 2015. 31) a. Entre le 23 juin et le 16 novembre 2016, le TAPI a procédé à l'audition des parties, à savoir, pour A_____, de MM. W_____ et X_____ ainsi que de ses avocats. b. Selon les représentants d'A_____, pour les fonds de fonds, des commissions de performance avaient été versées à M_____ lorsqu'elle intervenait en tant que conseillère en investissement, notamment s'agissant du fonds NJ_____, ouvert en 2006 suite à la clôture simultanée d'un PCI. Pour les fonds de fonds, elle n'avait fourni aucune activité pouvant justifier la rétrocession de commissions de performance, en particulier à compter du départ de M. S_____ de la banque en 2005 pour sa filiale. M. R_____ était toutefois resté au sein d'A_____ et avait continué à donner des conseils en investissement « subsidiaires ». La rémunération de l'activité de support faisait partie, lorsqu'elle existait, de celle prévue pour le conseil en investissement, A_____ passant alors des ordres directement au courtier. Dans le cas de fonds de fonds, aucune activité de passation d'ordres n'était effectuée par A_____, qui n'était donc pas rémunérée. Lors de la fermeture des PCI, les gestionnaires d'A_____ avaient investi tout ou partie de l'argent de leurs clients dans les nouveaux fonds gérés par M_____, qui avaient été créés pour être proposés à des cercles d'investisseurs plus larges que les seuls clients de la banque. Au moment de la transformation des PCI, elle n'avait pas subi d'appauvrissement. L'accroissement des montants sous gestion de M_____ ne provenait toutefois pas d'une augmentation de la clientèle, mais de la bonne performance des fonds dès 2006, qui était notamment due au travail des conseillers en investissement externes, lesquels avaient attiré des investisseurs directement dans les fonds en question. Elle n'avait en outre jamais accordé de rabais sur les commissions de gestion et de dépôt, l'investissement dans les fonds de M_____ n'ayant pas modifié sa rémunération, et elle avait toujours appliqué une politique de non rétrocession des commissions de distribution, tant pour ses clients que pour les tiers. À partir de 2008, elle avait décidé de développer sa clientèle institutionnelle suisse et avait promu les fonds gérés par M_____, qui l'avait rémunérée pour cette activité. Il se pouvait toutefois que lors de l'arrivée d'un client avec ses fonds, certains de ceux-ci aient été inscrits sur une plateforme de fonds de type « Z_____ » (ci-après : la plateforme), au niveau de laquelle il y avait eu des négociations avec les directions de fonds pour le versement de commissions de distribution. Dans ce cas, la plateforme payait alors à la banque un montant trimestriel, relativement faible et imposé fiscalement. Les comparables fournis par l'AFC-GE n'étaient pas corrects, puisque les rémunérations indiquées dans les prospectus étaient des montants maximaux négociables au cas par cas, ce qui rendait nécessaire de consulter les comptes des fonds pour déterminer leur montant exact. c. Selon les représentants de l'AFC-GE, pour l'activité de distribution et de commercialisation, aucun élément du dossier ne démontrait qu'A_____ n'accordait pas de rabais pour compenser la renonciation aux rétrocessions depuis 2001. Pour la commercialisation des fonds, elle avait cherché des comparables externes au moyen de prospectus de fonds sur internet entre 2013 et 2014, qui détaillaient les honoraires de conseil en investissement, de commercialisation et de direction de fonds. Elle avait appliqué un taux de 40 % afin de tenir compte de l'évolution de la substance de M_____. Pour l'activité de passation d'ordres, lorsque le conseil en investissement était délégué à un tiers, un contrat spécifique entre A_____ et

M_____ prévoyait une rémunération en pourcentage des actifs gérés dans ce fonds. Lorsque cette activité était déléguée à A_____, le contrat de conseil en investissement englobait l'activité de passation d'ordres, mais ne prévoyait pas de rémunération spécifique pour cette seconde activité. M_____ n'avait pas la substance nécessaire pour choisir, déléguer et superviser l'activité déployée par ses sous-traitants, notamment V_____, étant précisé que pendant plusieurs années, son conseil d'administration - qui se réunissait quatre fois par an - était majoritairement composé de collaborateurs d'A_____. 32) Dans ses déterminations des 15 mai et 26 juin 2017, l'AFC-GE a persisté dans ses conclusions et les termes de ses précédentes écritures. La nature des fonds de fonds ne justifiait pas l'absence de rétrocession de commissions de performance en faveur d'A_____, dès lors que M_____ les percevait et les rétrocédait aux conseillers en investissement tiers. L'activité de passation d'ordres concernait non seulement les fonds simples, mais aussi les fonds de fonds et n'était pas rémunérée lorsqu'A_____ agissait également comme conseillère en investissement. La prétendue politique d'A_____ de ne pas percevoir ou verser des commissions de distribution ne correspondait pas à la réalité, dès lors qu'elle avait reconnu l'existence de rétrocessions à des tiers, tout en tentant d'en minimiser la portée. 33) Dans ses observations du 27 juin 2017, A_____ a persisté dans les conclusions et termes de son recours. L'AFC-GE avait admis l'existence de commissions de performance en sa faveur sur la base d'une simple comparaison de contrats, sans procéder à une analyse fonctionnelle en matière de conseil en investissement. M. S_____, qui n'était pas lui-même gestionnaire de fonds, avait développé et structuré son activité de gestion de fortune, de sorte que lorsqu'il avait rejoint M_____ en 2005, son implication en tant que conseiller en investissement était devenue plus faible, si bien que les commissions de gestion perçues étaient largement suffisantes. Dans le cadre de cette activité, elle n'avait au demeurant pas de pouvoir discrétionnaire pour l'utilisation de la fortune des fonds de fonds, puisqu'elle était liée par le prospectus et que ses indications devaient être validées par la direction du fonds, étant précisé que les investissements de fonds de fonds accusaient peu d'opérations d'acquisition et de vente. Les circonstances ayant conduit à l'attribution de commissions de performances à certains conseillers externes n'étaient en outre pas transposables à sa situation, puisqu'ils disposaient de compétences mondialement reconnues, mises au service de M_____. L'AFC-GE n'avait pas démontré qu'elle avait effectivement exercé une activité de passation d'ordres pour les fonds de fonds, qui était très limitée et effectuée par la banque dépositaire. Au moyen d'une multitude de comparables, elle avait démontré avoir appliqué une politique cohérente en matière de rétrocession s'agissant de l'activité de distribution et de commercialisation, ne percevant généralement aucune rémunération à ce titre. L'argumentation de l'AFC-GE au sujet de la clôture des PCI n'avait en outre été étayée par aucun comparable et ceux choisis en matière d'apport de clientèle, qui étaient postérieurs à la période fiscale et ne correspondaient pas aux classes de parts de M_____, à savoir la clientèle institutionnelle ou qualifiée pour laquelle des commissions de distribution n'étaient pas prévues, n'étaient pas pertinents. M_____ avait développé sa propre clientèle institutionnelle grâce au savoir-faire et à la notoriété de conseillers en investissement tiers. De son côté, elle avait engagé deux employés pour la promotion des fonds M_____ auprès de gérants indépendants, majoritairement genevois, dont la rémunération avait été facturée à sa filiale de manière forfaitaire, soit CHF xxx en 2008, CHF xxx en 2009 et CHF xxx en 2010, L'AFC-GE n'ayant pas expliqué en quoi cette rémunération était insuffisante, ni d'ailleurs quantifié l'avantage retiré par M_____ de sa réputation, alors même que le nom « E_____ » restait aujourd'hui encore associé à une faillite. Compte tenu des importants

moyens mis en oeuvre pour la défense de ses intérêts, une indemnité devait lui être octroyée, en application, par analogie, des dispositions régissant la procédure pénale fédérale, étant précisé qu'aucune limitation des « dépens » en matière administrative ne pouvait lui être opposée. 34) Par jugement du 9 octobre 2017, le TAPI a partiellement admis le recours de la banque, donné acte à l'AFC-GE de ce qu'elle s'engageait à procéder aux corrections découlant de la prise en compte de la provision pour impôt, de même qu'aux corrections liées à la diminution des reprises sur l'activité de passation/transmission d'ordres, et renvoyé le dossier à l'AFC-GE pour nouvelles décisions au sens des considérants. Le TAPI a également mis à la charge d'A_____ un émolument de CHF 3'000.- et à la charge de l'AFC-GE un émolument de CHF 7'000.-, octroyant à la banque une indemnité de CHF 8'000.- à titre « de dépens ». L'ouverture de la procédure en rappel d'impôt devait être admise dans son principe. Le précédent contrôle d'A_____ avait permis de constater l'absence de problématique de prix de transfert et ne présageait en rien des taxations ultérieures, en vertu des principes de périodicité de l'impôt et d'étanchéité des exercices. Les déclarations fiscales 2001 à 2007 d'A_____ ne comportaient pas non plus des inexactitudes flagrantes, qui auraient obligé les taxateurs à procéder à des investigations complémentaires, puisqu'elles ne permettaient pas de s'apercevoir des prestations effectuées par la banque en faveur de sa filiale sans contrepartie correspondante, les informations reçues de la banque dans le cadre de sa déclaration fiscale 2008 ayant fait apparaître des éléments de faits nouveaux. Les conditions d'une prestation appréciable en argent étaient réalisées. En conservant l'intégralité des commissions de performance, M_____ avait bénéficié d'un avantage, qui n'aurait pas été accordé à un tiers indépendant en matière de conseil en investissement, la disproportion étant manifeste et reconnaissable pour les organes d'A_____. À défaut de disposer d'autres exemples de contrats permettant de déterminer un taux de rétrocession des commissions de performance conforme au marché, il convenait de partir des taux convenus dans les quatre contrats conclus, à savoir 0 %, 40 %, 50 % et 70 %, tout en excluant les taux extrêmes, ce qui revenait à retenir un taux de 45 %, soit une prestation appréciable en argent totale de CHF xxx. Il ressortait du dossier AD_____, qui avait succédé à A_____ pour la passation des ordres pour le fonds simple AC_____ Ltd, que cette société n'avait pas été spécifiquement rémunérée pour cette activité. En outre, la différence de traitement entre les fonds simples et les fonds de fonds justifiaient une absence de rémunération pour ces derniers, A_____ ayant démontré avec suffisamment de vraisemblance, contrairement à l'AFC-GE, que cette activité, lorsqu'elle intervenait en tant que conseillère en investissement, ne requérait pas de rémunération spécifique. La reprise concernant l'activité de support devait dès lors également être annulée. L'absence de rémunération ou la rémunération insuffisante depuis 2008 pour l'apport de clientèle et la commercialisation des fonds comportait quatre aspects, soit la transformation des PCI, l'apport de fonds provenant de la clientèle d'A_____, le développement de la clientèle institutionnelle dès 2008 et l'utilisation de la réputation et de la marque de la banque. S'agissant des deux premiers aspects, contrairement à l'AFC-GE, A_____ avait démontré, au moyen d'exemples, que dans la grande majorité des cas, elle n'avait pas perçu de commission de distribution de la part de tiers. Dans ces circonstances, l'on ne pouvait considérer qu'A_____ s'était comportée différemment avec sa filiale et qu'elle aurait obligatoirement dû percevoir de cette dernière une commission de distribution. L'AFC-GE n'avait pas non plus expliqué en quoi les forfaits facturés par A_____ à M_____ en lien avec son activité de promotion des fonds de sa filiale auprès de la clientèle institutionnelle à partir de 2008 étaient insuffisants ni en quoi M_____ aurait

bénéficié de la réputation de la banque durant les années fiscales litigieuses. La reprise correspondante devait par conséquent être annulée. En renonçant à percevoir de M_____ des commissions de performance pour son activité de conseil en investissement, A_____ avait augmenté le bénéfice de sa filiale, laquelle bénéficiait d'une fiscalité favorable, recevant en retour des dividendes importants, soumis à une imposition réduite pour participations qualifiées. Il en résultait un déplacement de bénéfice hors de la juridiction suisse et, par conséquent, la concrétisation d'une situation de réduction du substrat fiscal imposable en Suisse. En application du nouveau droit, plus favorable, les amendes pour soustraction consommée ne pouvaient porter que sur les années fiscales 2003 à 2007, les amendes pour tentative de soustraction fiscale relatives aux années 2008 à 2010 n'étant pas prescrites. Contrairement à ce que prétendait A_____, les demandes de renseignement de l'AFC-GE ne portaient pas sur des éléments de fait antérieurs à 2008, l'autorité fiscale ayant correctement informé la banque de son droit de refuser de déposer et de collaborer lorsqu'elle l'avait, ultérieurement, informée de l'ouverture d'une procédure en rappel et soustraction d'impôt pour les années 2001 à 2007. En renonçant à percevoir de sa filiale une rémunération pour l'activité de conseil en investissement, A_____ avait privé la collectivité d'un revenu supplémentaire. Par le biais de ses organes, A_____ avait agi intentionnellement, à tout le moins par dol éventuel, dès lors que, durant les années en cause, de par leur position au sein de la banque et de M_____, MM. U_____, R_____ et S_____ ne pouvaient ignorer la manière dont étaient organisés les rapports commerciaux entre ces deux sociétés, disposant d'une vision d'ensemble et agissant en qualité d'organes. La quotité des amendes était confirmée, A_____ n'invoquant aucun élément supplémentaire devant être pris en compte dans la fixation de celles-ci. Les reprises et les amendes n'étaient au demeurant pas susceptibles de provoquer la mise en liquidation de la banque, laquelle pouvait, nonobstant les sommes qu'elle devait payer au terme de la procédure, disposer d'au moins CHF 40'000.- de fonds propres nécessaires à la poursuite de son activité bancaire. L'indemnité de procédure d'A_____ était exclusivement régie par le droit cantonal, qui limitait son plafond à CHF 10'000.- et ne prévoyait pas d'indemnisation pour le dommage économique subi par la banque au titre de sa participation à la procédure pénale. Il ne pouvait ainsi y avoir de place pour une application par analogie des dispositions régissant la procédure pénale. 35) Par acte expédié le 10 novembre 2017, la banque a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant, avec suite de frais et « dépens », préalablement à son audition, principalement à ce qu'il soit constaté que les conditions d'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt n'étaient pas réalisées, à l'annulation de l'ajustement du bénéfice imposable en relation avec les prestations appréciables en argent portant sur les commissions de performance et des amendes pour soustraction fiscale consommée 2004 à 2007 et tentative de soustraction fiscale 2009 et 2010 ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité pour les dépens de première instance équivalente aux frais effectifs encourus. Subsidiairement, elle concluait à ce que le coût d'investissement de sa participation dans sa filiale soit augmenté à concurrence de la part non suffisamment rémunérée desdites prestations. MM. W_____ et X_____ devaient être auditionnés sur le déroulement de la réunion ayant eu lieu avec l'AFC-GE le 14 juillet 2010, étant précisé que le TAPI n'avait pas correctement repris la chronologie des faits ayant mené à l'ouverture de la procédure en rappel d'impôt. Une simple insuffisance de rémunération en lien avec l'activité de conseil en investissement, pour laquelle elle avait reçu des honoraires de CHF xxx, ne permettait pas à l'AFC-GE d'ouvrir une procédure en rappel d'impôt, en

l'absence de faits nouveaux. Le TAPI s'était également mépris sur la portée du précédent contrôle de l'AFC-GE, lors duquel de nombreux renseignements lui avaient été transmis, qui lui avaient permis de prendre connaissance de la structure mise en place et de son fonctionnement, des éléments postérieurs aux périodes fiscales concernées ayant à cette occasion été discutés. Le TAPI se méprenait également sur les conséquences à donner à la communication de l'AFC-CH, à la réception de laquelle l'AFC-GE devait suspendre immédiatement sa taxation 2007 afin de clarifier ce qu'elle estimait nécessaire, sous peine de forclusion, même si elle ne contenait aucun élément nouveau, puisqu'elle avait toujours fait état des dividendes versés par M_____ dans ses déclarations d'impôt. Son appréciation de la situation était en outre partagée par son organe de révision, qui considérait également que l'AFC-GE n'était pas en droit d'ouvrir une procédure en rappel d'impôt concernant les exercices 2001 à 2007. Le fait pour M_____ de percevoir une commission de performance n'entraînait pas l'obligation d'en verser une partie aux conseillers en investissement. En tant que banque, qui agissait au demeurant dans des fonds de fonds au caractère statique avec un faible taux de rotation, son activité de conseillère en investissement ne méritait pas de rémunération basée sur la performance, à la différence des conseillers externes, qui étaient des spécialistes de premier ordre. Elle avait au surplus déjà été suffisamment rémunérée par des commissions de près de CHF xxx, étant précisé qu'à compter du départ de M. S_____, seule personne en charge de sélectionner et d'entretenir les contacts avec les fonds-cibles dans lesquels les fonds de fonds de M_____ étaient investis, son implication dans le conseil en investissement avait encore diminué, sa filiale méritant alors de conserver la totalité des commissions de performance. Au surplus, une éventuelle acceptation de commissions de performance pouvait être à l'origine de conflits d'intérêts, puisqu'une partie de l'argent de ses clients était investi dans les fonds de M_____. Les deux contrats qui prévoyaient que la direction de fonds pouvait prélever des commissions de performance sans les reverser aux conseillers en investissement tiers n'avaient, à tort, pas été pris en compte par le TAPI, alors qu'ils démontraient qu'une telle pratique n'était pas inusuelle. Quant au taux retenu, il violait les principes applicables et ne reposait sur aucun fondement valable, ce d'autant que le TAPI ne s'était basé que sur deux contrats. En toute hypothèse, les conditions pour admettre l'existence d'une évasion fiscale n'étaient pas réunies, dès lors que le choix de localiser hors de suisse l'activité de M_____ était essentiellement dicté par des motifs juridiques et de facilité d'accès aux marchés dans lesquels se trouvaient les investisseurs. Le développement à l'étranger de M_____ lui avait permis de percevoir des revenus directs, très substantiels et bien supérieurs à ceux qu'elle aurait pu générer avec ses PCI, tout en maintenant sa rentabilité en parfaite ligne avec celle du marché. La manière par laquelle elle avait structuré ses opérations était adaptée à la finalité économique poursuivie et correspondait également à celle observée sur le marché en général. Elle n'avait commis aucune soustraction fiscale ni tenté d'en commettre, l'AFC-GE ayant au demeurant violé les garanties de procédure, en particulier son droit à ne pas s'auto-incriminer. Le raisonnement du TAPI faisait totalement abstraction du déroulement exact de l'instruction par l'AFC-GE, laquelle, lors de la réunion du 14 juillet 2010, avait déjà l'intention d'ouvrir une procédure pénale à son encontre et avait indûment tardé à lui notifier une telle décision. Les déclarations qu'elle avait faites ainsi que les documents transmis ne pouvaient par conséquent être exploités dans ce contexte, ce qui devait entraîner l'annulation des amendes infligées. Sur le fond, les éléments constitutifs des infractions n'étaient pas réalisés, la rémunération perçue pour son activité de conseil en investissement ayant été conforme au principe de pleine concurrence, étant précisé qu'elle avait reçu à ce titre près de CHF xxx.

Dans ces conditions, ses organes ne pouvaient pas s'apercevoir que la rémunération octroyée par M_____ était insuffisante, notamment au regard de ce qui était pratiqué avec des tiers. L'AFC-GE n'avait du reste pas apporté la preuve que ses organes étaient conscients du fait que la rémunération prévue n'était pas conforme au prix de pleine concurrence, s'étant contentée de conjectures. En tout état de cause, en présence d'une faute seulement légère de ses organes, la quotité des amendes devait être réduite. Elle avait droit à une indemnité de procédure pour les frais supportés et le dommage économique subi dans le cadre des procédures initiées à son encontre par l'AFC-GE, qui devait être supérieure à la limite applicable en matière de procédure administrative. Une telle limitation contrevenait au principe d'égalité dans la loi, puisqu'il traitait de la même manière les causes simples et complexes, alors qu'une distinction s'imposait, était disproportionnée et arbitraire. 36) Par acte du 13 novembre 2017, l'AFC-GE a également recouru auprès de la chambre administrative contre ce jugement, concluant à son annulation dans la mesure où, respectivement, il annulait et réduisait une partie des reprises opérées et à la confirmation, dans cette mesure, de la décision sur réclamation du 12 mai 2015 tant s'agissant des amendes que des reprises fiscales. Les comparables utilisés par le TAPI en vue d'arriver au taux de 45 % des commissions de performance en faveur d'A_____ étaient erronés, puisqu'ils ne prenaient pas en compte les clauses contractuelles confiant à la banque des responsabilités plus importantes par rapport à celles prévues pour les conseillers en investissement externes, A_____ devant être rémunérée au moins de la même manière qu'O_____. Le TAPI n'avait pas non plus tenu compte du pouvoir d'attraction d'A_____ au regard de son statut de banque privée suisse. Le jugement entrepris était au demeurant critiquable dans son résultat, puisqu'en fixant à 45 % le montant de la rétrocession, il considérait que 55 % de la commission de performance devait être attribuée à M_____. Pour la passation des ordres, le contrat conclu avec AD_____ ne pouvait être pris en compte, dès lors qu'il n'avait été produit que devant le TAPI et n'était pas signé par le fonds. Pour les fonds de fonds, l'activité en cause avait bien été exercée, puisque A_____ était en charge de revoir et d'appliquer les décisions d'investissement des conseillers en investissement, notamment en exécutant les ordres et instruisant V_____, la banque dépositaire, et du contrôle de l'exécution des décisions et du respect des politiques d'investissement, activités identiques à celles réalisées pour les fonds simples. La banque ne pouvait ainsi qu'être rémunérée à ce titre. La reprise devait être déterminée sur la base d'un taux de rétrocession de 0,09 % de la valeur nette d'inventaire des fonds pour lesquels A_____ s'occupait de la passation des ordres, au vu du volume des actifs sous gestion, inférieur au seuil pour appliquer le taux de 0,05 %. La reprise était ainsi de CHF xxx, dont était déduit le montant en lien avec le compartiment du fonds NT_____ du fonds ombrelle NI_____ Ltd pour les années 2006 à 2008, conformément à l'extrait du grand livre de la banque produit devant le TAPI. La commercialisation et la distribution des fonds, englobant quatre éléments distincts formant un tout, constituait l'une des fonctions capitales ayant permis à M_____ de développer sa clientèle et de commercialiser ses fonds de placement. Le TAPI n'avait pas remis en cause le transfert des PCI, l'apport de clientèle et le développement de la clientèle institutionnelle par A_____, de sorte que l'existence d'une prestation pour ces trois éléments devait être admise. Son raisonnement ne pouvait toutefois être suivi s'agissant de l'utilisation de la réputation d'A_____, qui ne constituait pas un avantage accessoire mais un actif incorporel essentiel pour attirer les investisseurs, en particulier pour M_____, société nouvellement créée. Pour cette prestation, A_____ n'avait reçu de sa filiale aucune rémunération, à l'exception d'une rémunération pour le

développement de la clientèle institutionnelle dès 2008, laquelle, en tant qu'elle était forfaitaire, n'était pas conforme aux conditions du marché. Les documents remis par A_____ ne constituaient pas des comparables adéquats, puisque le TAPI n'avait pas procédé à l'analyse des exemples fournis afin de s'assurer que ceux-ci présentaient les mêmes caractéristiques que la situation du cas d'espèce, alors qu'ils concernaient de simples placements d'avoirs des clients de la banque auprès de tiers, qui ne concernaient ni des transferts de PCI, ni une activité de développement de la clientèle institutionnelle. 37) Le 27 novembre 2017, le TAPI a transmis son dossier, sans formuler d'observations. 38) Le 9 janvier 2018, l'AFC-CH a demandé au juge délégué de lui transmettre l'intégralité des pièces et des écritures produites devant la chambre de céans, qu'elle ne possédait pas en tant qu'autorité de surveillance, afin qu'elle puisse se déterminer. 39) Le 12 janvier 2018, l'AFC-GE a répondu au recours d'A_____, concluant à son rejet. Le TAPI ayant entendu les représentants d'A_____, une nouvelle audition de ceux-ci ne se justifiait pas, ce d'autant qu'elle avait pu exposer par écrit les éléments supplémentaires qu'elle estimait nécessaires en lien avec la réunion du 14 juillet 2010. Les conditions d'ouverture de la procédure en rappel d'impôt étaient réalisées, A_____ tentant d'occulter la présence de faits nouveaux, soit de transactions intra-groupes non rémunérées selon le principe de pleine concurrence, alors inconnus et non identifiables en procédure de taxation. Il ne s'agissait pas d'une simple insuffisance de rémunération perçue par A_____, mais de l'absence totale de commissions de performance perçues pour l'activité de conseil en investissement, contrairement à ce que M_____ pratiquait avec les tiers. A_____ ne pouvait en outre pas inférer de l'absence de reprise liée à une ancienne procédure de contrôle qu'un rappel d'impôt serait exclu pour les années suivantes. Quant à la communication de l'AFC-CH du 28 août 2008, elle avait été directement transmise à son service du contrôle et ne figurait pas dans les dossiers du service de taxation, qui ne pouvait pas suspendre la taxation 2007. Il ne s'agissait au demeurant pas d'une injonction à son adresse, dès lors qu'aucune action à mener à Genève n'était envisagée par l'AFC-CH, qui ne concluait pas non plus à l'illégitimité de l'importance des dividendes versés par M_____. Cette communication avait ainsi initié l'instruction du dossier d'A_____ et entraîné les demandes de renseignement portant sur la taxation 2008 qui avaient conduit à l'identification d'activités intra-groupe non rémunérées. A_____ ne démontrait pas que le prélèvement de commissions de performance par la direction de fonds poursuivait un but différent du versement de celles-ci aux conseillers en investissement, ce d'autant qu'en l'absence de salariés et de substance adéquate de M_____, la rémunération devait bénéficier à la banque, fortement impliquée dans ce contexte. En outre, tous les fonds de fonds prévoyaient le versement de commissions de performance en faveur de M_____, de sorte qu'une rétrocession appropriée se justifiait également de ce point de vue en faveur d'A_____, à l'instar de ce que sa filiale pratiquait avec les conseillers en investissements externes. L'argument d'A_____, selon lequel elle avait été rémunérée par des commissions de près de CHF xxx, était sans pertinence, puisqu'il ne s'agissait que d'une quote-part des commissions de gestion perçues par sa filiale, que celle-ci avait également rétrocédé aux conseillers tiers, en sus de commissions de performance. Le départ de M. S_____ de la banque n'avait pas modifié la situation, puisqu'A_____ était restée en charge de l'activité de conseil en investissement pour M_____, de sorte qu'elle aurait également dû percevoir des commissions de performance dès 2005. L'absence de rétrocession de celles-ci à A_____ ne garantissait pas non plus à M_____ une absence de prise de risques de la part de la banque, puisqu'au final les commissions de performances lui étaient reversées sous

forme de dividendes. A_____ confondait les obligations du contribuable dans une procédure de taxation et dans une procédure en rappel d'impôt. Pour la période fiscale 2008 encore ouverte et clairement circonscrite, elle lui avait adressé, sur la base de la communication de l'AFC-CH, une demande de renseignement et n'était, à ce stade, pas tenue de l'informer de son droit de refuser de collaborer et de déposer. S'agissant des périodes fiscales 2001 à 2007, la procédure en soustraction d'impôt avait été ouverte simultanément à celle en rappel d'impôt, après qu'A_____ eut été informée de son droit de refuser de déposer et de collaborer. Les renseignements fournis par A_____ ne constituaient ainsi pas une violation de l'interdiction de l'auto-incrimination et matière pénale et avaient été exploités conformément à la loi. S'agissant du traitement fiscal des apports dissimulés à des filiales étrangères, la théorie développée par A_____ devait être écartée puisqu'elle allait à l'encontre de tous les principes régissant les prix des transferts. Par ces opérations, A_____ convertissait de manière injustifiée du chiffre d'affaires imposable en dividendes exonérés, en application de la réduction pour participation, de sorte que les conditions de l'évasion fiscale étaient réunies. 40) Le 12 janvier 2018, A_____ a répondu au recours de l'AFC-GE, concluant à son rejet. Elle reprenait les termes de ses précédentes écritures tout en les complétant au sujet des conditions d'ouverture de la procédure en rappel et soustraction d'impôt, qui n'étaient pas réalisées. Le modèle d'affaires mis en place n'avait jamais entraîné son appauvrissement, dès lors qu'elle n'avait pas renoncé à des revenus au profit de sa filiale. Au contraire, l'investissement pour le compte de ses clients gérés dans les fonds dirigés par M_____ lui avait permis de maximiser ses commissions de gestion, de courtage et de change. L'AFC-GE occultait en outre le rôle joué par les prestataires de service tiers de M_____ à laquelle celle-ci avait délégué de nombreuses tâches et qui avaient été largement rémunérés à cette fin. Par ailleurs, les conséquences financières totales liées aux prétentions de l'AFC-GE, étaient de nature à mettre un terme à ses activités, étant donné les exigences imposées en matière de fonds propres pour son activité. L'activité effectuée par les conseillers en investissement tiers n'était pas moins importante que la sienne, laquelle était liée à des fonds de fonds requérant une activité réduite. Elle ne disposait pas non plus d'un large pouvoir, puisque toutes ses propositions ou indications devaient être validées par la direction de fonds. Par ailleurs, la situation de AB_____ s'apparentait à la sienne, puisqu'il s'agissait d'une banque, et donc d'un comparable plus adéquat que les conseillers en investissement tiers constitués sous forme de structures indépendantes plus petites. L'activité de passation d'ordre était liée à celle de conseil en investissement, ce qui justifiait leur rémunération conjointe. Pour les fonds de fonds, cette activité se limitait à souscrire ou demander le remboursement des parts d'autres fonds et était ainsi quasiment inexistante. Les contrats produits démontraient ainsi que les autres banques étaient en charge du travail d'acquisition et de vente des parts de fonds cibles une fois que les instructions adéquates lui étaient communiquées par le conseiller en investissement pour les six fonds de fonds concernés. Les PCI n'avaient pas été transférés dans les fonds de M_____, puisqu'ils avaient été clôturés, certains clients ayant alors souscrit des parts de fonds de placement de M_____. Elle n'avait en outre que marginalement exercé une activité de développement de la clientèle institutionnelle de M_____, à l'intérieur du territoire suisse. L'AFC-GE avait occulté d'autres facteurs, comme le fait que l'essentiel de la clientèle institutionnelle de M_____ avait été développée par cette dernière, le rôle central joué par les conseillers en investissement tiers renommés ainsi que par M. S_____ et son équipe, de même que par les agences de notation, dont le classement avait également contribué à attirer de nouveaux clients.

L'AFC-GE n'avait pas davantage démontré en quoi la substance de M_____ n'était pas adéquate, ni n'avait pris en compte le fait que toutes les commissions de distribution versées par M_____ auraient pu être revendiquées par ses clients, ce dont elle s'était prémunie en appliquant une politique stricte en matière de prévention de conflits d'intérêts. 41) Le 14 février 2018, le juge délégué a transmis à l'AFC-CH une copie du dossier, ainsi que la facture y relative, d'un montant de CHF 5'868.-. 42) Les 15 et 20 février 2018, après en avoir été préalablement informée par le juge délégué par téléphone, l'AFC-CH a pris note du coût de reproduction du dossier, dont une copie digitalisée lui avait dans l'intervalle été remise par l'AFC-GE, le contestant, dès lors qu'elle n'avait jamais consenti à payer une telle somme et que la teneur initiale de son courrier précisait qu'elle requérait la transmission des pièces, et non la copie de ces dernières. 43) Le 9 mars 2018, l'AFC-CH a répondu au recours d'A_____, concluant à son rejet, à l'annulation du jugement entrepris s'agissant des reprises non admises par le TAPI et à la confirmation de la décision de l'AFC-GE concernant les amendes et les reprises fiscales. Dès lors qu'en qualité d'autorité de surveillance veillant à une exécution uniforme de l'IFD par les cantons elle ne disposait pas de l'intégralité du dossier, elle en avait demandé une copie à la chambre administrative. Il en ressortait qu'A_____ était bien ancrée à Genève, avait procédé à d'importants investissements et bénéficiait d'une solide réputation ainsi que d'une importante masse sous gestion. À l'inverse, M_____ ne disposait, à sa création, ni de réputation ni de clientèle et avait ainsi profité gratuitement de la masse sous gestion, du « goodwill » et de la réputation d'A_____, ce qui lui avait permis de commercialiser gratuitement ses fonds de placement. L'évolution du nombre d'employés au sein de M_____ renseignait également sur sa nature, étant précisé qu'en 2006, elle ne rémunérait aucun de ses trois salariés, en l'absence de charges de personnel dans ses comptes. Leur niveau de rémunération était en outre près de trois fois inférieur à ceux d'A_____, ce qui suggérait que les fonctions qu'ils exerçaient avaient une importance moindre. Au vu de ces éléments, la substance économique de M_____ était inférieure à celle d'A_____, alors même que son bénéfice était supérieur à celui réalisé par la banque. Au regard de la faible substance de M_____, l'AFC-GE était ainsi fondée à reprendre et analyser les transactions entre A_____ et sa filiale, ainsi qu'à identifier plusieurs transactions intra-groupe. Concernant les prestations d'A_____ en faveur de M_____ en matière de distribution et de commercialisation, le TAPI ne pouvait pas annuler la reprise de l'AFC-GE en utilisant quelques transactions avec des tiers, puisque celles-ci ne respectaient pas les critères de comparabilité au vu de la prestation globale fournie à ce titre par A_____. 44) Le 14 mars 2018, A_____ a sollicité de l'AFC-CH une copie de son dossier, y compris les notes ou rapports internes la concernant, les pièces et données ayant servi à la formulation de ses observations dans le cadre de la procédure ainsi que tout échange intervenu avec l'AFC-GE, ce que l'AFC-CH a refusé les 26 avril et 12 juin 2018, son droit de consulter le dossier ne s'étendait pas aux documents à vocation purement interne. 45) Dans ses déterminations du 4 mai 2018, A_____ a persisté dans les conclusions de son recours, reprenant les termes de ses précédentes écritures. Une simple impression de disproportion par une juxtaposition de chiffres ne suffisait pas à juger du dossier, les profits de M_____, exclusivement liés à la performance des fonds et de l'activité des conseillers externes, n'étant pas dus à sa substance. Elle n'avait en particulier pas utilisé ses employés au profit de sa filiale, dès lors qu'elle disposait à peine de suffisamment de ressources pour accomplir son activité bancaire. L'AFC-CH méconnaissait le domaine des placements collectifs de capitaux, dans lequel il était usuel de faire appel à des prestataires externes, ainsi que le modèle d'affaires suivi par M_____ consistant à

déléguer à des tiers le plus de tâches possibles, qui avaient été rétribués de manière conséquente, pour plus de CHF xxx. À ces éléments s'ajoutaient la délégation des tâches essentielles confiées à l'administrateur des fonds ainsi qu'à la banque dépositaire, qui avait mis à disposition de M_____ près d'une vingtaine d'employés pour des travaux de comptabilité, de secrétariat et d'intendance. Par ailleurs, l'activité des membres du conseil d'administration de M_____ était également largement dédiée à la surveillance du bon fonctionnement des fonds de placement. Au surplus, dans le cadre de l'exécution de ses missions d'audits, son organe de révision avait continuellement effectué sa propre analyse de l'activité déployée, de ses rapports avec sa filiale et des activités externalisées, ayant chaque année conclu à l'absence de justification des prétentions des autorités fiscales, ce qui rendait l'appréciation antagoniste de l'AFC-CH insoutenable. 46) Le même jour, A_____ a sollicité la tenue d'une audience de plaidoiries, informant également le juge délégué du décès de M. X_____. 47) Le 18 mai 2018, l'AFC-GE a produit des observations complémentaires, persistant dans ses précédentes écritures et concluant au surplus à ce que l'ensemble des éléments mentionnés par A_____ dans la réponse à son recours au sujet du bien-fondé de l'ouverture de la procédure en rappel d'impôt soient déclarés irrecevables et écartés de la procédure. Au vu des très nombreux prestataires externes sollicités, rémunérés pour près de CHF xxx, les activités de direction de M_____ (prise de décisions, choix, définition du cahier des charges négociation et rédaction des contrats des prestataires, surveillance des tâches déléguées, décisions relatives à la politique d'investissement et de distribution et commercialisation des fonds) requéraient la fourniture d'un travail régulier important, qui aurait dû se traduire par une substance propre en personnel, en locaux et en infrastructures. M_____ ne pouvait ainsi déléguer de telles activités de niveau directionnel lui incombant. La présence de prestataires tiers ne justifiait ainsi pas l'absence de substance propre adéquate de M_____, A_____ confondant à dessein les activités qui pouvaient être déléguées (conseil en investissement et back office) de celles de niveau directionnel qui nécessitaient des locaux et des infrastructures et incombait à sa filiale. 48) Le 5 juin 2018, le juge délégué a convoqué les parties à une audience de plaidoirie fixée au 19 juin 2018, laquelle a toutefois été reportée au 29 août 2018 à la demande d'A_____. 49) Les 11 et 26 juin 2018, A_____ a requis la production des pièces du dossier et des échanges d'écritures entre l'AFC-CH et l'AFC-GE, y compris les correspondances, les notes et les rapports internes ayant servi à la formulation des observations de l'autorité fiscale fédérale, laquelle avait apporté des éléments à charges à son encontre et refusé de lui donner accès à son dossier. 50) Les 12 juin et 21 août 2018, l'AFC-CH a écrit au juge délégué, lui indiquant qu'elle serait représentée par l'AFC-GE à l'audience de plaidoirie et qu'elle persistait dans ses conclusions. Par ailleurs, la consultation du dossier ne s'étendait pas aux éléments sollicités par A_____, à savoir des documents internes qui ne lui servaient pas de preuve et se limitaient à un usage interne. 51) Lors de l'audience de plaidoirie du 29 août 2018, A_____, représentée par M. W_____ et ses avocats, et l'AFC-GE ont plaidé et persisté dans leurs conclusions, versant au dossier des notes de plaidoirie qui reprenaient leurs précédentes écritures. À l'issue de l'audience, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger. 52) Le 12 septembre 2018, A_____ a écrit au juge délégué, attirant son attention sur la récente jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de rétrocessions, d'apports dissimulés et de déductibilité des intérêts moratoires. EN DROIT 1) Interjeté 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 de 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) a. L'AFC-GE demande à ce que l'ensemble des éléments mentionnés par la banque dans la réponse à son recours du 12 janvier 2018 au sujet du bien-fondé de l'ouverture de la procédure en rappel d'impôt soient écartés de la procédure. b. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions de la partie recourante et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'elle invoque. En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours (arrêt du Tribunal fédéral 1C_686/2017 du 31 août 2018 consid. 4.3 et les références citées). c. En l'espèce, le litige porte non seulement sur les reprises effectuées par l'autorité fiscale pour les années 2001 à 2010 ainsi que sur les infractions pour soustraction et tentative de soustraction fiscale pour les mêmes années, mais également sur les conditions d'ouverture de la procédure en rappel et soustraction d'impôt, dont A_____ a contesté la réalisation tant devant le TAPI que devant la chambre de céans dans ses actes de recours. Elle pouvait dès lors également se prononcer sur ce point dans sa réponse au recours de l'AFC-GE, même si celle-ci n'a pas contesté le jugement de première instance sous cet angle. Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit à la requête de l'autorité fiscale visant à ôter de la procédure les éléments ayant trait à cet aspect du litige figurant dans les écritures d'A_____ du 12 janvier 2018. 3) a. A_____ conclut à l'audition de ses représentants, soit MM. W_____ et X_____, ainsi qu'à la production, par l'AFC-CH, de son dossier. b. Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprend notamment le droit de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à des offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1). L'art. 29 al. 2 Cst. n'exclut pas une appréciation anticipée des preuves. Le juge peut ainsi refuser une mesure probatoire lorsque celle-ci ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves déjà administrées, qu'il tient pour acquis (arrêt du Tribunal fédéral 1C_686/2017 précité consid. 3.1 et les références citées). c. Le droit de consulter le dossier est un aspect du droit d'être entendu, la possibilité, pour le justiciable, de faire valoir ses arguments dans une procédure supposant la connaissance préalable des éléments dont l'autorité dispose. Le justiciable ne peut toutefois exiger la consultation de documents internes à l'administration, comme les communications entre les fonctionnaires traitant le dossier, à moins que la loi ne le prévoie. Cette restriction du droit de consulter le dossier doit empêcher que la formation interne de l'opinion de l'administration sur les pièces déterminantes et sur les décisions à rendre ne soit finalement totalement ouverte au public. Il n'est en effet pas nécessaire à la défense des droits des administrés que ceux-ci aient accès à toutes les étapes de la réflexion interne de l'administration avant que celle-ci n'ait pris une décision ou manifesté à l'extérieur le résultat de cette réflexion. Encore faut-il ne pas qualifier de notes internes des pièces ou le résultat de preuves déterminantes pour la prise d'une décision (ATA/109/2018 du 6 février 2018 et les références citées). d. En l'espèce, il n'y a pas lieu de procéder à l'audition des représentants de la banque. Outre le fait que l'un de ceux-ci est décédé durant la procédure et que l'autre a pris part à l'audience de plaidoiries devant la chambre de céans, durant laquelle il s'est exprimé, il ressort du dossier que tant

MM. W_____ et X_____ ont été entendus par le TAPI, lors des audiences de comparution personnelle des parties s'étant tenues entre le 23 juin et le 16 novembre 2016, et ont ainsi pu s'exprimer sur la réunion ayant eu lieu avec l'AFC-GE le 14 juillet 2010. A_____ a au demeurant été en mesure de faire valoir de nombreuses fois ses arguments par écrit à ce sujet, tant devant le TAPI que devant la chambre de céans. Il ne se justifie pas non plus d'ordonner la production du dossier de l'AFC-CH, puisque les documents dont elle dispose sont ceux qui lui ont été transmis par l'AFC-GE, comme l'indiquent ses courriers des 9 janvier, 15 et 20 février 2018, et que ses écritures n'apparaissent pas se fonder sur d'autres éléments que ceux en possession de toutes les parties. Les notes ou rapports internes et échanges avec l'autorité fiscale cantonale, pour autant qu'ils existent, n'apparaissent ainsi pas déterminants ni nécessaires à la défense des droits d'A_____, leur production ne se justifiant pas non plus. Il s'ensuit que les requêtes d'A_____ seront écartées.

4) Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. a et b LPA). Les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce.

5) a. Le litige concerne les périodes fiscales 2001 à 2010, tant en matière d'ICC que d'IFD, de sorte qu'il convient au préalable d'examiner le droit matériel applicable. b. De jurisprudence constante, les questions de droit matériel sont résolues en fonction du droit en vigueur lors des périodes fiscales litigieuses. Le rappel d'impôt relevant du droit matériel, le droit applicable obéit aux mêmes règles (ATA/859/2018 du 21 août 2018 et les références citées). c. Le présent litige porte sur la procédure en rappel et en soustraction d'impôt pour les périodes fiscales 2001 à 2007 ainsi qu'en taxation et tentative de soustraction d'impôt pour les périodes fiscales 2008 à 2010. La cause est ainsi régie par le droit en vigueur durant ces périodes, à savoir respectivement les dispositions de la LIFD et celles de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15), sous réserve de l'amende, pour laquelle le principe de la lex mitior s'applique (ATA/1270/2017 du 12 septembre 2017). d. Par ailleurs, 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/379/2018 du 24 avril 2018 et les références citées).

6) a. La prescription ou la péremption sont des questions de droit matériel que la chambre administrative, à l'instar du Tribunal fédéral, examine d'office lorsqu'elles jouent en faveur du contribuable (ATF 138 II 169 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_760/2017 du 15 juin 2018 consid. 4 ; ATA/859/2018 précité). b. L'art. 152 al. 1 LIFD prévoit que le droit d'introduire une procédure de rappel d'impôt s'éteint dix ans après la fin de la période fiscale pour laquelle la taxation n'a pas été effectuée, alors qu'elle aurait dû l'être, ou pour laquelle la taxation entrée en force était incomplète. Le droit de procéder au rappel d'impôt s'éteint quinze ans après la fin de la période fiscale à laquelle il se rapporte (art. 152 al. 3 LIFD). Les art. 61 al. 1 et 3 LPFisc et 53 al. 2 et 3 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14) posent les mêmes principes. c. En l'espèce, il ressort du dossier que l'AFC-GE a ouvert la procédure en rappel d'impôt le 27 juillet 2010 pour les années 2001 à 2007, de sorte que le délai de dix ans prévu aux art. 152 al. 1 LIFD, 61 al. 1 LPFisc et 53 al. 2 LHID a été respecté. Il en va de même pour le délai concernant le droit de procéder au rappel d'impôt, sauf s'agissant des périodes fiscales 2001 et 2002, pour laquelle la péremption est survenue le 1^{er} janvier 2017 pour la première, comme l'a constaté le TAPI, et le 1^{er} janvier 2018 pour la deuxième, ce que la chambre de

céans constatera dans le présent arrêt. 7) a. A_____ conteste la réalisation des conditions permettant l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt à son encontre. b. Les conditions régissant le rappel d'impôt sont réglementées de manière similaire aux plans fédéral et cantonal. Lorsque des moyens de preuve ou des faits jusque-là inconnus de l'autorité fiscale lui permettent d'établir qu'une taxation n'a pas été effectuée, alors qu'elle aurait dû l'être, ou qu'une taxation entrée en force est incomplète ou qu'une taxation non effectuée ou incomplète est due à un crime ou à un délit commis contre l'autorité fiscale, cette dernière procède au rappel de l'impôt qui n'a pas été perçu, y compris les intérêts (art. 151 al. 1 LIFD ; art. 53 al. 1 LHID ; art. 59 al. 1 LPFisc). Lorsque le contribuable a déposé une déclaration complète et précise concernant son revenu, sa fortune et son bénéfice net, qu'il a déterminé son capital propre de façon adéquate et que l'autorité fiscale en a admis l'évaluation, tout rappel d'impôt est exclu, même si l'évaluation était insuffisante (art. 151 al. 2 LIFD ; art. 53 al. 1 in fine LHID ; art. 59 al. 2 LPFisc). c. Le rappel d'impôt est soumis à des conditions objectives et implique qu'une taxation n'a, à tort, pas été établie ou est restée incomplète, de sorte que la collectivité publique a subi une perte fiscale. Il suppose également l'existence d'un motif de rappel, qui peut résider dans la découverte de faits ou de moyens de preuve inconnus jusque-là, soit des faits ou moyens de preuve qui ne ressortaient pas du dossier dont disposait l'autorité fiscale au moment de la taxation (arrêt du Tribunal fédéral 2C_258/2017 du 2 juillet 2018 consid. 4.5.1). d. De son côté, le contribuable doit faire ce qui est nécessaire pour assurer une taxation complète et exacte (art. 126 al. 1 LIFD). Il doit ainsi remplir la formule de déclaration d'impôt de manière conforme à la vérité et complète (art. 124 al. 2 LIFD ; art. 26 al. 2 LPFisc) et fournir, sur demande de l'autorité de taxation, des renseignements oraux ou écrits, présenter ses livres comptables, les pièces justificatives et autres attestations ainsi que les pièces concernant ses relations d'affaires (art. 126 al. 1 et 2 LIFD ; art. 31 al. 1 et 2 LPFisc). e. L'autorité fiscale peut en principe considérer que la déclaration d'impôt est conforme à la vérité et complète et n'a pas l'obligation, en l'absence d'indice particulier, de se mettre à la recherche de renseignements supplémentaires. En vertu de la maxime inquisitoire, elle doit en revanche procéder à des investigations lorsqu'il ressort de manière évidente du dossier que les éléments de faits déterminants sont incomplets ou peu clairs. Il faut en particulier considérer que les faits et les moyens de preuve étaient connus lorsque l'autorité de taxation pouvait éclaircir l'état de fait sur la base d'indices concrets au cours de la procédure de taxation, le rappel d'impôt ne pouvant servir à pallier une instruction déficiente de l'autorité fiscale au cours de cette procédure (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1018/2015 du 2 novembre 2017 consid. 6.1 et les références citées). Lorsque l'autorité fiscale aurait dû se rendre compte d'un état de fait incomplet ou inexact, le rapport de causalité adéquate entre la déclaration lacunaire et la taxation insuffisante est interrompu et les conditions pour procéder ultérieurement à un rappel d'impôt font défaut. La rupture du lien de causalité est soumise à des exigences sévères, à savoir une négligence grave de l'autorité fiscale (arrêts du Tribunal fédéral 2C_676/2016 du 5 décembre 2017 consid. 4.1 ; 2C_1023/2013 du 8 juillet 2014 consid. 3.2 ; 2C_416/2013 du 5 novembre 2013 consid. 8.1 ; 2C_123 /2012 du 8 août 2012 consid. 5.3.4). Il n'y a pas de négligence grave de l'autorité de taxation qui n'a pas connaissance d'informations à disposition d'un autre secteur de l'administration, sauf s'il est établi que ces informations ont effectivement été communiquées, notamment entre les taxateurs du service des personnes physiques et ceux du service des personnes morales. Par ailleurs, la découverte d'une mauvaise appréciation des preuves ou application du droit ne peut donner lieu à un rappel d'impôt (arrêts du Tribunal fédéral 2C_258/2017 précité consid. 4.5.1 ;

2C_1018/2015 précité consid. 6.1 et les références citées). f. En l'espèce, l'AFC-GE a informé A_____ de l'ouverture d'une procédure en rappel et soustraction d'impôt pour l'ICC et l'IFD 2001 à 2007 par courrier du 27 juillet 2010. A_____ prétend toutefois que l'autorité fiscale était au courant de la structure mise en place dans les îles Anglo-Normandes ainsi que de son organisation, au regard du contrôle effectué en 2002 et de ses déclarations fiscales, lesquelles mentionnaient les dividendes versés par sa filiale. S'il n'est pas contesté que le contrôle effectué par l'AFC-GE entre 2001 et 2002 lui a permis de prendre connaissance de la situation de la filiale de la banque, il n'en demeure pas moins que, d'une part, il portait sur les périodes fiscales 1997 à 2000, M_____ n'ayant alors que démarré ses activités, et que, d'autre part, elle n'était pas pour autant au fait de l'existence d'une problématique de prix de transfert, comme en témoigne son rapport interne du 25 juin 2002, selon lequel la banque ne fournissait aucun travail pour sa filiale ni de publicité ou de marketing pour ses fonds. Le fait que ce contrôle se soit soldé sans reprise ne pouvait ainsi préjuger d'une absence de reprise pour les périodes fiscales suivantes. Si les dividendes versés par sa filiale ont effectivement été déclarés par la banque dans ses déclarations fiscales pour les années 2001 à 2007 et qu'elle a remis à l'AFC-GE ses comptes annuels pour les périodes correspondantes, l'autorité de taxation ne pouvait pas pour autant en déduire qu'ils étaient le résultat d'une absence de contre-prestation pour le travail effectué pour le compte de M_____. Ces documents et indications ne permettaient ainsi pas à l'AFC-GE de déterminer la nature des relations entretenues par les deux sociétés et ne remplaçaient pas une déclaration complète du revenu de la banque (ATA/561/2018 du 5 juin 2018 consid. 8b et les références citées). Selon A_____, l'AFC-CH était également au courant de la situation, au regard du contrôle effectué en 2008 par cette autorité. Elle perd toutefois de vue que ce contrôle ne portait pas sur la problématique des prix de transfert, dès lors qu'il concernait l'impôt anticipé. Dans ce cadre, la communication du 28 août 2008 de l'AFC-CH ne constituait pas, comme le soutient A_____, une injonction à l'attention de l'autorité fiscale cantonale nécessitant une réaction immédiate, mais bien une information interne au sujet de l'origine des dividendes perçus par la banque en 2006 et 2007 suite aux « excellentes performances » réalisées par M_____, attirant son attention sur ces points, ce qui requérait une discussion, étant précisé que ces éléments, tels que mentionnés par l'autorité fédérale, ne comprenaient en tant que tel rien de nouveau. A_____ ne peut prétendre que l'AFC-GE aurait, suite à cette communication, tardé à réagir, procédant néanmoins à sa taxation 2007 le 13 octobre 2008. En effet, rien n'indique que le service de la taxation ait été au courant de cette communication au moment de procéder à ladite taxation, ce d'autant qu'elle ne revêtait aucune urgence et que, selon les explications fournies par l'AFC-GE, elle a été adressée à un autre service. L'on ne peut dans ces circonstances parler de négligence grave du fait de l'absence de communication immédiate entre les deux services de l'autorité concernés, comme le requiert la jurisprudence constante du Tribunal fédéral. A_____ ne peut pas non plus reprocher au TAPI une constatation inexacte des faits, étant donné qu'il a repris tous les éléments en lien avec le déroulement de ces événements. Au surplus, contrairement à ce qu'allègue la banque, le rappel d'impôt ne porte pas sur une évaluation insuffisante de son bénéfice, mais bien sur une absence de déclaration des revenus qu'elle aurait dû percevoir de sa filiale en contrepartie des prestations qu'elle lui a fournies. Dans ces circonstances, l'AFC-GE était fondée à ouvrir une procédure en rappel et soustraction d'impôt pour les années 2001 à 2007 le 27 juillet 2010, comme l'a, à juste titre, constaté le TAPI, dont le jugement sera confirmé sur ce point.

8) a. Il convient d'examiner le bien-fondé des diverses reprises effectuées par l'AFC-GE,

comme le requièrent les deux recourantes. b. L'impôt sur le bénéfice a pour objet le bénéfice net (art. 57 LIFD). L'art. 58 al. 1 LIFD précise que 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 ouvertes ou dissimulées de bénéfice et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial (let. b, 5^{ème} tiret). c. Les cantons doivent imposer l'ensemble du bénéfice net dans lequel doivent notamment être inclus les charges non justifiées par l'usage commercial, portées au débit du compte de résultats, ainsi que les produits et les bénéfices en capital, de liquidation et de réévaluation qui n'ont pas été portés au crédit du compte de résultats (art. 24 al. 1 let. a et b LHID). d. Dans le canton de Genève, en matière d'ICC, l'art. 12 LIPM, dans sa teneur au moment des taxations en cause (ATA/859/2018 précité et la référence citée), prévoit que le bénéfice net imposable est celui qui résulte du compte de pertes et profits (art. 12 let. a LIPM), augmenté de certains prélèvements énoncés aux art. 12 let. b à i aLIPM, ainsi que des produits qui n'ont pas été comptabilisés dans le compte de résultat (art. 12 let. j aLIPM). Bien que rédigé différemment, l'art. 12 LIPM est de même portée que l'art. 58 al. 1 LIFD (ATA/1487/2017 du 14 novembre 2017 et les références citées). 9) a. Selon la jurisprudence, il y a distribution dissimulée de bénéfice lorsque quatre conditions cumulatives sont remplies : la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ; cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le ou la touchant de près ; elle n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers ; 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. 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_814/2017 du 17 septembre 2018 consid. 8.1.1 et les références citées). b. Une prestation appréciable en argent peut prendre la forme d'une renonciation à un produit, qui conduit à une diminution correspondante du résultat chez la société. Tel est par exemple le cas lorsqu'une société renonce totalement ou en partie à un revenu qui lui revient en faveur d'un détenteur de part ou d'un proche, ou qu'elle n'obtient pas, pour la prestation qu'elle a effectuée, la contre-prestation qu'elle aurait exigée d'un tiers (ATF 138 II 57 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_377/2014 du 26 mai 2015 consid. 9.4.1). c. L'obligation de déclarer tous les éléments de bénéfice et de capital couvre également les prix de transfert concernant les transactions effectuées entre des entreprises appartenant au même groupe, soit les prix auxquels une entreprise transfère des biens ou rend des services à une entreprise associée. Dans un tel cas, les sociétés en cause peuvent être tentées d'adopter, pour les transactions effectuées à l'intérieur du groupe, des prix de transfert qui s'écartent des prix du marché, dans le but de réduire leur charge fiscale. Ce risque est pallié par l'application du principe de pleine concurrence (ATA/1487/2017 précité et les références citées). En effet, 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_985/2012 du 4 avril 2014 consid. 2.3 et les références citées ; ATA/433/2016 du 24 mai

2016 consid. 8c). 10) a. La mise en oeuvre du principe de pleine concurrence suppose l'identification de la valeur vénale du bien transféré ou du service rendu. Lorsqu'il existe un marché libre, les prix de celui-ci sont déterminants et permettent une comparaison effective avec les prix appliqués entre sociétés associées (ATF 140 II 88 consid. 4.2 et les références citées). b. S'il n'existe pas de marché libre permettant une comparaison effective, il convient alors de procéder selon la méthode de la comparaison avec une transaction comparable (ou méthode du prix comparable), qui consiste à procéder à une comparaison avec le prix appliqué entre tiers dans une transaction présentant les mêmes caractéristiques, soit en tenant compte de l'ensemble des circonstances déterminantes (ATF 140 II 88 consid. 4.2 ; 138 II 57 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_674/2015 du 26 octobre 2017 consid. 7.2). Cette méthode correspond à la méthode du prix comparable sur le marché libre présentée dans les principes de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après : OCDE) applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (édition juillet 2010, n. 2.13 ss ; ci-après : principes OCDE). Pour que cette méthode soit applicable, la transaction intervenue avec un tiers ou entre tiers doit être similaire à la transaction examinée, c'est-à-dire avoir été conclue dans des circonstances comparables à celle-ci. La notion de « transaction comparable » n'est toutefois pas aisée à circonscrire. La pertinence de la comparaison avec des transactions conclues avec des tiers suppose que les circonstances économiques déterminantes de ces transactions soient similaires avec celles de la transaction examinée (principes OCDE, n. 1.33 ss). Le caractère comparable des transactions se détermine selon leur nature et en fonction de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. 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). c. À défaut de transaction comparable, la détermination du prix de pleine concurrence s'effectue alors selon d'autres méthodes, telles que la méthode du coût majoré (« cost plus ») ou celle du prix de revente (ATF 140 II 88 consid. 4.2). d. Une distribution dissimulée de bénéfices suppose également que le caractère insolite de la prestation ait été reconnaissable par les organes de la société. Cette condition est présumée remplie si la disproportion était manifestement reconnaissable. À cet égard, il convient de se référer à la jurisprudence et la doctrine développées en droit privé concernant l'imputation de la connaissance des organes à la personne morale, qui retient que cette imputation ne s'applique pas de manière absolue, mais qu'elle doit intervenir seulement pour ce qui est connu de l'organe qui est au moins saisi de l'affaire, ou alors lorsque les informations acquises par un organe n'ont pas été transmises à un autre organe, en raison d'un défaut d'organisation de la société (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 précité consid. 6.1 et les références citées). 11) Il appartient à l'autorité de taxation d'établir les faits qui fondent la créance d'impôt ou qui l'augmentent, alors que le contribuable doit alléguer et prouver les faits qui suppriment ou réduisent cette

créance, ces règles s'appliquant également à la procédure devant les autorités de recours (ATF 140 II 248 consid. 3.5). Dans le cadre d'une procédure de rappel d'impôt et d'amende, l'autorité fiscale doit prouver que l'imposition est incomplète (arrêt du Tribunal fédéral 2C_342/2017 du 12 avril 2018 consid. 4.1). Dans le domaine des prestations appréciables en argent, les autorités fiscales doivent apporter la preuve que la société a fourni une prestation et qu'elle n'a pas obtenu de contre-prestation ou une contre-prestation insuffisante. Si les preuves recueillies par l'autorité fiscale fournissent suffisamment d'indices révélant l'existence d'une telle disproportion, il appartient alors au contribuable d'établir l'exactitude de ses allégations contraires (ATF 138 II 57 consid. 7.1 p. 66 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_814/2017 précité consid. 8.1.3). 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). 12) a. En l'espèce, les reprises portent sur trois types de prestations appréciables en argent accordées par la banque à sa filiale, que l'autorité fiscale a identifiées, ce qui n'est, en tant que tel, pas contesté. Ces prestations ont trait à l'absence de rétrocession des commissions de performance pour son activité de conseillère en investissement et de rémunération pour son activité de support pour la passation et la transmission d'ordres ainsi que pour son activité d'apport de la clientèle et de commercialisation des fonds. b. Il ressort du dossier que, pour son activité de conseil en investissement des fonds de placement concernés, la banque a perçu, de sa filiale, durant les années en cause, des commissions de gestion mais aucune commission de performance, ce qu'elle ne conteste du reste pas. Pour sa part, M_____ s'est vu verser, dès 2003, tant des commissions de gestion que des commissions de performance en tant que direction de fonds, ce qui ressort de ses états financiers, recevant en particulier des commissions de performance des fonds ombrelle NG_____ Ltd de 2004 à 2007 et NI_____ Ltd de 2006 à 2010. Elle n'en a toutefois pas perçu du fonds ND_____ Ltd entre 2008 et 2010. A_____ soutient que le fait que sa filiale ait perçu des commissions de gestion et de performance des fonds en cause ne l'obligeait pas pour autant à les lui rétrocéder en totalité ou en partie. Si les contrats conclus entre la banque et sa filiale pour l'activité de conseil en investissement ne prévoient certes qu'une rétrocession des commissions de gestion et ne traitent pas des commissions de performance, il n'en demeure pas moins que les états financiers annuels de M_____ de 2001 à 2010 indiquent tous expressément que celle-ci avait droit à des commissions de performance, qu'elle devait partiellement rétrocéder aux conseillers en investissement concernés, y compris à la banque, à défaut d'indication contraire. L'examen des relations entretenues par M_____ avec les conseillers en investissement tiers montre également que celle-ci leur rétrocédait une partie des commissions de performance pour cette activité qu'elle percevait en tant que direction de fonds. Il en va ainsi s'agissant des fonds pour lesquels O_____ se voyait rétrocéder 70 % de la commission de performance, et du fonds NL_____, pour lequel P_____ percevait 50 % de la commission de performance, conformément aux contrats produits. Par ailleurs, lorsque Q_____ était en charge du conseil en investissement des deux sous-fonds du NG_____ Ltd, respectivement jusqu'en 2004 et 2005, cette société se voyait également rétrocéder 40 % de la commission de performance perçue par M_____, comme l'indiquent les contrats versés au dossier ainsi que les états financiers de la filiale. Une exception demeure toutefois pour AD_____, dont le contrat conclu avec M_____ ne prévoit pas de commission de performance en sa faveur. Il ressort toutefois des états financiers de M_____ que celle-ci ne percevait pas, pour son activité de direction de fonds, de commission de performance à ce titre, de sorte qu'elle ne pouvait en rétrocéder une partie à cette société tierce. A_____ ne saurait être suivie

lorsqu'elle allègue que l'activité de conseillère en investissement pour les fonds de fonds ne justifiait pas l'octroi d'une commission de performance, puisque Q_____, avant la reprise de l'activité de conseil en investissement par la banque, se voyait rétrocéder par M_____ un pourcentage de la commission de performance perçue par cette dernière pour les fonds de fonds concernés. À cela s'ajoute que tous les fonds de fonds prévoyaient le versement de commissions de performance en faveur de M_____, comme l'ont d'ailleurs expliqué les représentants de la banque devant le TAPI. A_____ ne peut pas davantage se retrancher derrière son activité bancaire, puisqu'une telle situation ne modifie en rien son rôle de conseillère en investissement, circonscrit par les contrats conclus avec sa filiale, dont il ressort que sa mission n'est pas moins importante que celle des conseillers en investissement tiers ayant la même activité. Il résulte au demeurant du dossier que, s'agissant du fonds NA_____ Ltd pour lequel le conseil en investissement était assuré par AB_____, à savoir une banque, une partie de la commission de performance perçue par M_____ lui était rétrocédée, comme l'indiquent les états financiers de celle-ci, étant précisé qu'il s'agissait, pour la période en cause, du seul fonds dont M_____ assurait la direction. En outre, l'on ne voit pas en quoi la jurisprudence du Tribunal fédéral empêchait la banque de percevoir des rétrocessions, les arrêts cités concernant la relation entre la banque et ses clients, mais non pas entre la banque et sa filiale. Il en va de même de l'allégation d'un éventuel risque de conflit d'intérêts, qui n'a au demeurant pas empêché la banque de tolérer que M_____ reçoive et verse des commissions de performance à des conseillers en investissement tiers gérant les fonds de ses clients, étant précisé que les commissions de performance perçues par M_____ et non rétrocédées à la banque profitaient en tout état de cause à cette dernière sous la forme de dividendes. Quant au rôle joué par M. S_____ dès 2005, lors de son engagement par M_____, il n'apparaît pas non plus déterminant pour justifier une absence d'activité de conseil en investissement à compter de cette date par la banque, laquelle a indiqué, durant la procédure, que son ancien employé n'était pas lui-même gestionnaire de fonds. Au demeurant, la banque n'a pas non plus perçu de M_____ de commission de performance avant le départ de M. S_____ en 2005, de sorte que de ce point de vue également, son raisonnement est infondé. À ces éléments s'ajoute un manque évident de substance de M_____ durant les années en cause, situation qui ne pouvait justifier qu'elle conserve les commissions de performance des fonds pour lesquels la banque assurait le conseil en investissement. En effet, il ressort des éléments figurant au dossier que M_____ ne disposait d'aucun employé entre 2001 et 2004, en avait un en 2005, trois en 2006 et 2007, cinq en 2008, six en 2009 puis onze en 2010. Elle ne disposait pas non plus de locaux propres, A_____ s'étant limitée à alléguer, sans le démontrer, que le groupe V_____ avait mis à sa disposition des bureaux jusqu'à l'accroissement de ses effectifs, étant précisé que le contrat de sous-location avec V_____ du 17 juillet 2007 ne contient aucune indication probante quant à la location de bureaux. A_____ justifie cette situation par le modèle d'affaires choisi, qui exigeait le recours à des prestataires externes, lesquels percevaient pour cette activité une rémunération élevée. Bien qu'une telle externalisation ne soit pas contestée, elle ne pouvait porter sur l'ensemble de l'activité de M_____, en particulier celles de direction, comme l'a, à juste titre, indiqué de manière circonstanciée l'AFC-GE, étant précisé que les membres du conseil d'administration de la filiale de la banque ne pouvaient, à raison d'une séance tous les trois mois, assurer l'entier de ces fonctions, ce d'autant en l'absence de rémunération spécifique pour leur activité, sauf s'agissant de M. T_____, rétribué à raison de GBP xxx par année, et d'une augmentation des affaires de M_____ au fil des ans. Une telle situation ne justifiait

ainsi pas que M_____ conserve l'entier de la commission de performance versée par les fonds de placement, étant donné que ce travail était seul accompli par la banque lorsqu'elle officiait en qualité de conseillère en investissement. C'est également en vain que A_____ soutient avoir été suffisamment rémunérée pour son activité de conseillère en investissement, pour laquelle elle a reçu près de CHF xxx, puisque ce montant n'englobait pas les commissions de performance, qu'elle n'a pas perçues. De plus, les conseillers en investissement tiers ont également perçu des commissions de gestion, ce qui n'a pas empêché M_____ de leur verser en sus des commissions de performance. C'est dès lors à juste titre que le TAPI a considéré que les conditions d'une prestation appréciable en argent étaient réalisées pour l'activité de conseil en investissement concédée par la banque à sa filiale, pour laquelle elle n'a obtenu aucune contre-prestation sous la forme d'une rétrocession des commissions de performance, avantage qui n'aurait pas été accordé à des tiers dans les mêmes circonstances. Une telle disproportion était manifeste et ne pouvait passer inaperçue par les organes de la banque, en particulier MM. U_____, R_____ et S_____ ayant occupé des fonctions dirigeantes au sein de la banque et de sa filiale. c. Encore reste-il à déterminer le montant des reprises, le TAPI ayant appliqué un taux de rémunération de 45 % sur la base des contrats conclus avec Q_____ et P_____ (ceux conclus avec AB_____ et O_____ ayant été exclus), tandis que l'AFC-GE avait admis un taux de 70 % en référence aux contrats conclus avec O_____. S'il est vrai, comme l'indique le TAPI, que les taux peuvent résulter de négociations contractuelles entre les parties concernées et dépendre de divers facteurs difficiles à déterminer, il n'en demeure pas moins que les éléments figurant au dossier constituent des éléments de comparaison probants. Ainsi, les contrats conclus avec O_____ pour les fonds simples concernés font état d'une rétrocession de 70 % de la commission de performance perçue par M_____ pour une activité de conseil en investissement moins importante que celle confiée à la banque pour des fonds de fonds, puisqu'O_____ ne pouvait émettre que des recommandations sur les fonds de fonds. Le contrat conclu avec P_____ prévoit, quant à lui, une rétrocession de 50 % de la commission de performance perçue par M_____ pour le fonds NL_____ pour une activité de conseil en investissement équivalente à celle menée par la banque, sauf s'agissant de la possibilité d'effectuer des transactions pour le compte de M_____ ou du fonds, uniquement offerte à A_____. Le contrat conclu avec Q_____ pour le fonds ombrelle NG_____ Ltd, dont l'activité a par la suite été reprise par A_____, prévoit pour sa part une rétrocession de 40 % de la commission de performance en faveur de cette société, dont la mission était de donner des conseils et de recommander des choix de placements. Le contrat conclu avec AB_____ concernant le fonds NA_____ Ltd, qui ne prévoit formellement le versement d'aucune commission de performance en faveur de cette société, ne saurait servir de comparable, dès lors qu'il ressort des états financiers de M_____ que celle-ci a perçu des commissions de performance en tant que direction de fonds, dont elle a rétrocédé une partie à la société concernée, comme précédemment expliqué. À défaut de connaître le taux de rétrocession appliqué, ce contrat ne saurait être pris en compte. Il en va de même du contrat conclu avec AD_____ pour le fonds ND_____ Ltd, comme précédemment expliqué, en l'absence de commission de performance versée à M_____. Dans ces circonstances, il ne se justifiait pas, comme l'a fait le TAPI, d'écarter le taux de 70 % (O_____) afin d'opérer une moyenne entre 40 % (Q_____) et 50 % (P_____) pour aboutir à un taux de 45 %. Au regard du contenu des différents contrats produits, dont il ressort que l'activité de conseil en investissement de la banque était plus étendue que celle des prestataires tiers, puisqu'elle pouvait agir de manière

autonome dans le choix des investissements, sous réserve de directives de sa filiale, il se justifiait, au contraire, comme l'a fait l'AFC-GE, de retenir à tout le moins un taux de 70 %, à l'instar de ceux prévus pour O_____. Il s'ensuit que, sur ce point, le recours de l'autorité fiscale sera partiellement admis et la prestation appréciable en argent concernant les commissions de performance arrêtée à un taux de 70 %. d. L'activité de support de la banque consistait en la passation et la transmission d'ordres de fonds. Il ressort des documents versés au dossier que lorsque le conseil en investissement était délégué à un tiers, un contrat spécifique conclu entre M_____ et la banque prévoyait l'octroi d'une rémunération distincte en sa faveur, correspondant à un pourcentage des actifs gérés dans ces fonds. Toutefois, lorsque la banque était chargée du conseil en investissement, le contrat en question englobait l'activité de passation d'ordres, sans pour autant octroyer à la banque une rémunération à ce titre. Le TAPI a considéré que, dans la mesure où l'activité de passation d'ordres exercée par la banque, sans conseil en investissement de sa part, portait exclusivement sur des fonds simples et non pas des fonds de fonds pour lesquels elle agissait en tant que conseillère en investissement, la différence de traitement entre ces deux fonds permettait de justifier une absence de rémunération pour les fonds de fonds, ce que l'AFC-GE conteste. L'on ne voit toutefois pas en quoi, pour les fonds de fonds, aucune activité de passation d'ordre n'aurait été exercée par la banque, qui, au lieu d'instruire directement les courtiers, instruisait la banque dépositaire tierce, comme l'a indiqué l'AFC-GE, les tarifs produits devant le TAPI n'apportant au demeurant aucun élément probant, dès lors qu'il s'agit de frais facturés par V_____ aux fonds concernés. À cela s'ajoute que les contrats en cause prévoient expressément une telle activité à la charge de la banque qui, si elle était effectuée hors conseil en investissement, aurait donné lieu à rémunération, étant précisé que dans une telle situation, les conseillers en investissement externes étaient, quant à eux, également rémunérés, non seulement au moyen d'un pourcentage de la commission de gestion perçue par M_____, mais également de la commission de performance, comme précédemment mentionné. Or, en tant que conseillère en investissement chargée en sus d'une activité de support, la banque ne percevait qu'un pourcentage de la commission de gestion encaissée par M_____, ce qui n'apparaît pas conforme au principe de pleine concurrence. Le fait que le contrat concernant le fonds ND_____ Ltd conclu entre M_____ et AD_____, qui a succédé à A_____ pour l'activité de conseillère en investissement et de passation des ordres, ne prévoyait pas non plus de rémunération spécifique pour l'activité de support n'y change rien. Outre le fait qu'il s'agit d'un cas isolé, il ne saurait justifier une absence de rémunération à ce titre, en présence d'activités distinctes, devant être rémunérées en tant que telles, comme lorsque le conseil en investissement est confié à une société tierce. De ce point de vue également, une telle disproportion était manifeste et ne pouvait passer inaperçue par les organes de la banque, en particulier MM. U_____, R_____ et S_____ ayant occupé des fonctions dirigeantes au sein de la banque et de sa filiale. Il s'ensuit que le jugement entrepris sera annulé sur ce point. e. L'AFC-GE a procédé à des reprises pour tenir compte de l'activité de support de la banque, correspondant à 0,09 % de la valeur nette d'inventaire des fonds pour lesquels elle avait fourni un tel service sans obtenir de rémunération spécifique, établies sur la base des comparables internes, au regard du volume des actifs sous gestion. Le procédé suivi par l'autorité fiscale apparaît pertinent, au vu des comparables internes à disposition, et sera dès lors confirmé, de même que le taux appliqué. Sur la base de ces éléments, c'est donc un montant de CHF xxx qui sera repris au titre de l'activité de support de la banque, conformément aux conclusions de l'AFC-GE. f. Pour l'activité de commercialisation et de

distribution des fonds, le TAPI a identifié les prestations ayant trait à la transformation des PCI et l'apport de fonds provenant de la clientèle de la banque, le développement de la clientèle institutionnelle dès 2008 et l'utilisation de la réputation de la banque par sa filiale. Ces éléments formant toutefois un tout et une prestation devant être traitée globalement, comme l'a rappelé l'AFC-GE. Contrairement à ce que soutient A_____ devant la chambre de céans, la clôture des PCI n'a pas entraîné la restitution de tous les avoirs à ses clients. En effet, il ressort non seulement des rapports relatifs à la révision des comptes annuels et d'audit prudentiel de son organe de révision pour les exercices 2005, 2006 et 2008 mais également des déclarations de ses représentants devant le TAPI que, malgré la liquidation des PCI, les actifs des clients de la banque ont été transférés dans divers fonds gérés par M_____, les motifs de fermeture des PCI, économiques et légaux, étant sans pertinence dans ce cadre. Il est également indéniable que M_____ a bénéficié, dans un premier temps du moins, de l'apport de fonds provenant de la clientèle de la banque, au regard de son absence de substance, comme précédemment expliqué, et de son manque de visibilité sur le marché en tant que société nouvellement constituée, ce qui ne lui permettait pas de développer sa propre clientèle. Tel est également le cas de la réputation de la banque, dont sa filiale a pu tirer bénéfice, en tant qu'établissement suisse de renom. A_____ ne saurait être suivie lorsqu'elle explique que le nom « E_____ » avait mauvaise réputation, dès lors qu'il était lié à la faillite du groupe dans les années 1990 et qu'il lui portait ainsi préjudice. Outre le fait qu'elle ne l'a ôtée de sa raison sociale qu'en 2016, la faillite du groupe n'a pas eu d'impact significatif sur sa clientèle, dont moins de 10 % a quitté la banque, A_____ ayant connu une croissance régulière en termes d'actifs et d'ouvertures de comptes. A_____ ne peut pas non plus soutenir qu'elle n'a pas fait usage de son renom au profit de sa filiale, au regard de l'extrait de son site internet renvoyant à celui de M_____, et du prospectus du fonds NB_____ Ltd du 27 novembre 2007 indiquant que M_____ était « a wholly-owned non-banking subsidiary of A_____ ». À cela s'ajoute qu'entre 2005 et 2006, la raison sociale de M_____, à savoir K_____ Ltd, utilisait le même acronyme que la banque. Pour le développement de la clientèle institutionnelle d'A_____ dès 2008 et de la promotion des fonds gérés par M_____, la banque a indiqué avoir engagé deux personnes pour cette activité en août 2008, qu'elle a rémunérées, pour les cinq mois travaillés durant cette année, par un salaire de respectivement CHF xxx et CHF xxx, tout en indiquant avoir refacturé forfaitairement à sa filiale les montants de CHF xxx en 2008, CHF xxx en 2009 et CHF xxx en 2010. Si le TAPI a certes considéré que l'autorité fiscale n'avait pas expliqué en quoi ces forfaits étaient insuffisants, il n'en demeure pas moins que la facturation de forfaits, et non des frais effectifs, pour une telle activité n'apparaît pas conforme à la pratique du marché entre tiers indépendants. Ce point peut néanmoins rester indécis, au regard de ce qui suit. g. Pour fonder la reprise au titre de l'activité de commercialisation et de distribution des fonds, l'AFC-GE s'est fondée sur une cinquantaine de fonds et sous-fonds tiers, soit des comparables externes, pour arriver à un taux de rémunération de 40 % de la commission de gestion perçue par M_____ des différents fonds. Un tel procédé ne démontre toutefois pas encore que des commissions de distribution étaient effectivement dues à A_____, laquelle a indiqué qu'elle appliquait une politique de non-rétrocession de ces commissions, tant pour ses clients que pour les tiers, expliquant qu'au niveau de la plateforme de fonds, il pouvait y avoir des négociations avec des directions de fonds pour le versement d'une commission de distribution, auquel cas cette plateforme payait à la banque un montant trimestriel, imposé fiscalement. À l'appui de ses allégués, A_____ a produit le détail, par année et dépositaire ou direction de fonds, des avoirs de ses clients auprès de tiers ainsi qu'auprès de M_____

mentionnant les montants de ces placements et des rétrocessions perçues par la banque, dont il ressort que sur un total de cent dix-neuf dépositaires ou directions de fonds tiers, vingt et un d'entre eux lui avaient versé des rétrocessions. Bien qu'il puisse paraître étonnant que la banque n'ait produit de tels documents que devant le TAPI, il n'en demeure pas moins qu'ils constituent des comparables internes pertinents, corroborés par les données figurant dans le questionnaire remis à la FINMA en lien avec les rétrocessions d'état, soit de distribution, qui tendent à démontrer que la perception de telles commissions constituait une exception et n'était pas systématique. Contrairement à ce que soutient l'AFC-GE, ces données ne sont pas moins pertinentes que la liste des cinquante comparables externes qu'elle a établie sur la base de divers prospectus de fonds de placement trouvés sur internet entre 2013 et 2014. Outre le fait que ces comparables ne concernent pas les périodes en cause, ils ne sauraient être représentatifs des taux effectivement pratiqués, qui dépendent des négociations entre les parties et d'autres facteurs, ni d'une pratique bancaire généralisée. C'est dès lors à juste titre que le TAPI a considéré que l'AFC-GE n'avait pas démontré que la banque aurait dû être rémunérée par sa filiale pour la commercialisation et la distribution des fonds de placement, de sorte que le jugement entrepris sera confirmé sur ce point. h. A_____ conteste, à titre subsidiaire, que les prestations faites à sa filiale soient qualifiées d'apports dissimulés, de sorte que le coût d'investissement de sa participation dans M_____ serait augmenté à concurrence du montant correspondant à la part non suffisamment rémunérée desdites prestations. Comme précédemment expliqué, tous les éléments caractéristiques d'une prestation appréciable en argent sont réunis s'agissant des activités de conseil en investissement et de passation des ordres effectuées par la banque en faveur de sa filiale. Il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner plus avant s'il s'agit d'une distribution dissimulée de bénéfice ou d'un apport dissimulé, puisque dans l'un et l'autre cas, les montants y relatifs doivent être réintégrés dans le bénéfice imposable de la banque, duquel il a été soustrait. C'est en tout état de cause à juste titre que le TAPI a considéré que la banque, en renonçant à percevoir de M_____ les montants litigieux pour son activité, avait augmenté le bénéfice de sa filiale, laquelle bénéficiait au demeurant d'une exonération fiscale dans les îles Anglo-Normandes, pour recevoir en retour des dividendes accrus soumis à une imposition réduite pour participations qualifiées, de sorte qu'il en résultait un déplacement de bénéfice hors de Suisse et, par conséquent, la concrétisation d'une situation de réduction du substrat fiscal imposable en Suisse. i. Il résulte des développements qui précèdent que la reprise pour l'activité de conseil en investissement effectuée par la banque, calculée au taux de rémunération de 70 % comme retenu par l'AFC-GE, s'élève à CHF xxx, conformément au tableau établi dans sa décision du 5 juin 2013 et repris dans celle du 12 mai 2015. Elle concerne les bordereaux 2004 à 2007, 2009 et 2010. Pour l'activité de support effectuée par la banque au profit de sa filiale, la reprise s'élève, quant à elle, à CHF xxx, conformément au tableau figurant dans l'acte de recours de l'AFC-GE du 13 novembre 2017, et concerne les bordereaux 2004 à 2010. C'est ainsi à juste titre que le TAPI a annulé les bordereaux de taxation 2001 à 2003, mais non celui de 2008. Le dossier sera dès lors renvoyé à l'autorité fiscale pour qu'elle établisse de nouveaux bordereaux de rappel d'impôt 2004 à 2007 et de taxation 2008 à 2010. Dans ce cadre, il appartiendra à l'AFC-GE, conformément à la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/859/2018 précité consid. 12) ainsi que celle du Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 2C_258/2017 précité), de déduire les intérêts moratoires relatifs aux suppléments d'impôts pour chaque année fiscale sur lesquelles porte le rappel d'impôt. 13) a. A_____ conteste le principe des amendes dont elle a fait l'objet. Dans ce cadre, le TAPI a, à juste titre, constaté

la prescription de l'infraction de soustraction d'impôt consommée pour les années 2001 et 2002 en application du nouveau droit, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2017, ce qui n'est du reste pas litigieux, et considéré que la poursuite pénale n'était pas prescrite pour les infractions de tentative de soustraction fiscale, les taxations 2008 à 2010 n'étant pas entrées en force. b. Le contribuable qui, intentionnellement ou par négligence, fait en sorte qu'une taxation ne soit pas effectuée alors qu'elle devrait l'être, ou qu'une taxation entrée en force soit incomplète, est puni d'une amende (art. 175 al. 1 LIFD ; art. 56 al. 1 LHID ; art. 69 al. 1 LPFisc). Celle-ci est en règle générale équivalente au montant soustrait. Elle peut être réduite jusqu'au tiers de ce montant si la faute est légère et au triple de celui-ci en cas de faute grave (art. 175 al. 2 LIFD ; art. 56 al. 1 LHID ; art. 69 al. 2 LPFisc). Pour qu'une soustraction fiscale soit réalisée, trois éléments doivent dès lors être réunis : la soustraction d'un montant d'impôt, la violation d'une obligation légale incombant au contribuable et la faute de ce dernier. Les deux premières conditions sont des éléments constitutifs objectifs de la soustraction fiscale, tandis que la faute en est un élément constitutif subjectif (ATA/859/2018 précité et la référence citée). c. La preuve d'un comportement intentionnel d'une soustraction incombe à l'autorité fiscale et elle est considérée comme apportée lorsqu'il est établi de façon suffisamment sûre que le contribuable était conscient que les informations données étaient incorrectes ou incomplètes. Si tel est le cas, il faut présumer qu'il a volontairement voulu tromper les autorités fiscales, ou du moins qu'il a agi par dol éventuel afin d'obtenir une taxation moins élevée ; cette présomption ne se laisse pas facilement renverser, car l'on peine à imaginer quel autre motif pourrait conduire un contribuable à fournir au fisc des informations qu'il sait incorrectes ou incomplètes. Cela est d'autant plus vrai que le contribuable peut compter avec la possibilité que l'autorité fiscale s'en tienne à sa déclaration sans l'examiner de manière plus approfondie. En revanche, le contribuable agit avec négligence lorsque, par une imprévoyance coupable, il ne se rend pas compte ou ne tient pas compte des conséquences de son acte. L'imprévoyance est coupable quand le contribuable n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle (art. 18 al. 3 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_129/2018 du 24 septembre 2018 consid. 9.1 ; ATA/1416/2017 du 17 octobre 2017 et les références citées). d. Lorsqu'une soustraction fiscale est commise par une personne morale, celle-ci est elle-même punissable d'une amende en matière d'IFD et d'ICC (art. 181 al. 1 LIFD ; art. 74 al. 1 LPFisc) et le comportement de ses organes lui est imputable pour examiner les éléments subjectifs de l'infraction (ATA/859/2018 précité et la référence citée). 14) Selon l'art. 176 al. 1 LIFD, celui qui tente de se soustraire à l'impôt sera puni d'une amende. La tentative de soustraction au sens de cette disposition se situe entre les actes préparatoires d'une soustraction, qui ne sont pas punissables, et la soustraction consommée au sens de l'art. 175 LIFD, qui l'est. Le comportement illicite réprimé correspond, sur le plan objectif, à celui de la soustraction fiscale au sens de l'art. 175 LIFD, nécessitant la réunion des trois mêmes éléments, étant précisé que seul un comportement intentionnel peut être réprimé. Dans la procédure de taxation, il suffit que le contribuable donne à l'autorité fiscale des renseignements inexacts, en particulier en fournissant une déclaration d'impôt incomplète et qui n'est pas conforme à la vérité au sens de l'art. 124 al. 2 LIFD. Pour qu'il y ait tentative, l'autorité de taxation doit découvrir que les renseignements fournis sont inexacts avant que la décision de taxation ne soit entrée en force, car, ensuite, la soustraction est consommée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_722/2017 du 13 décembre 2017 consid. 9.2 s ; ATA/481/2018 du 15 mai 2018 et les références citées). Une législation équivalente prévaut en matière d'ICC (art. 56 al. 2

LHID ; art. 70 al. 1 et 2 LPFisc). 15) a. L'ouverture d'une procédure pénale pour soustraction d'impôt est communiquée par écrit à la personne concernée. Celle-ci est invitée à s'exprimer sur les griefs retenus à son encontre et informée de son droit de refuser de déposer et de collaborer (art. 183 al. 1 LIFD ; art. 76 al. 1 LPFisc). Les moyens de preuve rassemblés dans le cadre de la procédure en rappel d'impôt ne peuvent être utilisés dans la procédure pénale pour soustraction d'impôt que s'ils n'ont été rassemblés ni sous la menace d'une taxation d'office avec inversion du fardeau de la preuve, ni sous la menace d'une amende en cas de violation d'une obligation de procédure (art. 183 al. 1 bis LIFD ; art. 76 al. 2 LPFisc). b. Si, au moment de l'ouverture de la procédure en rappel d'impôt, aucune procédure pénale pour soustraction d'impôt n'est ouverte ni pendant ni ne peut être exclue d'emblée, le contribuable sera avisé qu'une procédure pénale pour soustraction d'impôt pourra ultérieurement être ouverte contre lui (art. 153 al. 1 bis LIFD ; art. 60 al. 2 LPFisc).

16) En règle générale, la quotité de l'amende est fixée au montant de l'impôt soustrait. Si la faute est légère, l'amende peut être réduite jusqu'au tiers de ce montant ; si la faute est grave, elle peut au plus être triplée (art. 175 al. 2 LIFD ; art. 56 al. 2 LHID ; art. 69 al. 2 LPFisc). Il en découle qu'en présence d'une infraction intentionnelle sans circonstances particulières, l'amende équivaut en principe au montant de l'impôt soustrait. Ce dernier constitue donc le premier critère de fixation de l'amende, la faute intervenant seulement, mais de manière limitée, comme facteur de réduction ou d'augmentation de sa quotité. Il convient notamment de réduire le montant de l'amende lorsque le contribuable a agi par négligence, celle-ci devant être considérée comme un cas de faute légère au sens de l'art. 175 LIFD. Dans la mesure où elles respectent le cadre légal, les autorités fiscales cantonales, qui doivent faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi, disposent d'un large pouvoir d'appréciation lors de la fixation de l'amende, l'autorité de recours ne censurant que l'abus du pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 2C_12/2017 du 23 mars 2018 consid. 7.2.1 ; ATA/859/2018 précité et la référence citée).

17) a. En l'espèce, A_____ allègue préalablement une violation de ses droits procéduraux, en particulier le droit de ne pas s'auto-incriminer, en lien avec les demandes de renseignement de l'AFC-GE des 26 novembre 2009 et 8 mars 2010. Il ressort toutefois du dossier que ces demandes de renseignement ont été effectuées dans le cadre de la taxation de la banque pour l'année 2008, laquelle était encore pendante et non entrée en force. Dans ces circonstances, en l'absence d'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt, l'AFC-GE n'avait pas à suivre la procédure mentionnée aux art. 183 LIFD et 76 LPFisc et informer A_____ de son droit de ne pas s'auto-incriminer. A_____ ne peut pas davantage être suivie lorsqu'elle soutient que sous le couvert de cette procédure de taxation, l'AFC-GE aurait sollicité des renseignements sur les périodes fiscales précédentes, sans l'informer de ses droits procéduraux. De telles affirmations ne trouvent aucun fondement au dossier, l'AFC-GE ayant uniquement sollicité des renseignements sur la période fiscale en cause, soit 2008, et le fait qu'elle ait requis le « bail à loyer de M_____ depuis sa constitution » ne saurait être déterminant de ce point de vue. Aucun élément ne permet en outre d'affirmer que les représentants de la banque auraient été interrogés sur les périodes fiscales antérieures lors de la réunion du 14 juillet 2010. A_____ perd en particulier de vue qu'elle a spontanément transmis à l'AFC-GE des documents ayant trouvé leur origine dans les périodes fiscales antérieures, ce qu'elle ne peut a posteriori reprocher à l'autorité fiscale. Lors de l'ouverture de la procédure en rappel d'impôt, A_____ a simultanément été informée de l'ouverture d'une procédure en soustraction d'impôt pour les années 2001 à 2007, le courrier de l'AFC-GE du 27 juillet 2010 l'ayant informée de son droit de refuser de déposer et de collaborer. L'AFC-GE a ainsi

correctement appliqué les dispositions régissant la procédure, ci-dessus énumérées. L'autorité fiscale pouvait au demeurant exploiter les documents rassemblés dans le cadre de la procédure en rappel d'impôt dans la procédure pour soustraction d'impôt, dès lors qu'ils n'apparaissent avoir été rassemblés ni sous la menace d'une taxation d'office, ni d'une amende. Il s'ensuit que le grief d'A_____ sera écarté. b. A_____ soutient que les éléments constitutifs des infractions de soustraction d'impôt consommée et de tentative de soustraction d'impôt ne seraient pas réalisés. Il ressort toutefois des développements ci-dessus qu'A_____ ne s'est pas vu rétrocéder, même en partie, les commissions de performance perçues par sa filiale, alors même qu'elle était chargée du conseil en investissement des fonds dont M_____ assurait la direction, contrairement aux tiers dans la même situation. Elle n'a pas non plus obtenu de rémunération du fait de son activité de support lorsqu'elle était simultanément conseillère en investissement. Le fait que la banque ait perçu un montant de près de CHF xxx n'y change rien, dès lors qu'il s'agit d'une partie des commissions de gestion que lui a rétrocédée sa filiale, sans lien ni avec les commissions de performance, ni avec une rémunération pour son activité de support. En ne percevant pas les montants y relatifs alors qu'ils lui étaient dus, les déclarations fiscales transmises à l'AFC-GE étaient incorrectes, ce qui a engendré un dommage pour la collectivité, équivalant aux montants des impôts soustraits. A_____ ne peut prétendre que, du fait de la perception d'une rémunération de près de CHF xxx, ses organes ne pouvaient pas s'apercevoir de la situation. Elle perd en particulier de vue que, de par leur position au sein de la banque et de sa filiale durant les années en cause, MM. U_____, R_____ et S_____ ne pouvaient ignorer la manière dont étaient organisés les rapports commerciaux entre ces deux entités, ni que les relations contractuelles entretenues avec les tiers différaient sensiblement de celles pratiquées au sein du groupe. Ils disposaient d'une vision d'ensemble leur permettant de s'apercevoir que les contrats conclus par M_____ avec les tiers différaient sensiblement de ceux conclus avec la banque s'agissant de la rémunération de cette dernière et qu'elle fournissait de la sorte des prestations à sa filiale sans contre-prestation équivalente. Il ressort de ce qui précède que les éléments constitutifs des infractions de soustraction fiscale et de tentative de soustraction fiscale sont remplis. Par le biais de ses organes, A_____ a ainsi agi intentionnellement, à tout le moins par dol éventuel, en envisageant le résultat dommageable et s'en accommodant pour le cas où il se produirait. c. En l'absence de faute légère, il n'y a pas non plus lieu de réduire la quotité des amendes, la banque n'apportant au demeurant aucun élément nouveau dans ce cadre. En fixant l'amende à 0,75 % du montant des impôts soustraits pour l'infraction consommée et à 0,5 % du montant de l'impôt soustrait pour la tentative de soustraction fiscale, l'AFC-GE n'a pas excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation, A_____ ayant, par ses organes, agi de manière intentionnelle, à tout le moins par dol éventuel, pendant une longue période et pour des montants importants. L'AFC-GE a toutefois également tenu compte de la bonne collaboration de la banque. La quotité de l'amende sera dès lors également confirmée. Dans la mesure où les prestations appréciables en argent ne portent pas sur les années 2001 à 2003 mais seulement sur les années 2004 à 2007, 2009 et 2010 pour l'activité de conseil en investissement et sur les années 2004 à 2010 pour l'activité de support, les bordereaux d'amende ICC et IFD y relatifs devront être adaptés à ce titre et recalculés en fonction des reprises admises par la chambre de céans. 18) Les montants retenus pour les reprises et les amendes, largement inférieurs aux prétentions initiales de l'AFC-GE, ne sont du reste pas susceptibles de mettre un terme à l'activité bancaire d'A_____, laquelle dispose encore de suffisamment de fonds propres nécessaires à la poursuite de celle-ci. 19) a. A_____

sollicite une pleine indemnisation pour les frais supportés et le dommage économique subi dans le cadre des procédures initiées à son encontre par l'AFC-GE, le montant alloué par le TAPI n'étant à son sens pas suffisant de ce point de vue. b. La juridiction administrative statue sur les frais de procédure, indemnités et émoluments dans les limites établies par règlement du Conseil d'État (art. 87 al. 1 et 3 LPA) et conformément au principe de la proportionnalité (ATA/988/2018 du 25 septembre 2018). Elle peut, sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours (art. 87 al. 2 LPA), qui ne s'étend en principe qu'à l'instance en cours (ATA/1156/2017 du 2 août 2017 consid. 7a). L'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), intitulé « indemnité », prévoit que la juridiction peut allouer à une partie, pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de CHF 200.- à CHF 1'000.-. La juridiction saisie dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant de la quotité de l'indemnité allouée qui ne constitue, de jurisprudence constante, qu'une participation aux honoraires d'avocat (ATA/988/2018 précité et les références citées). Par ailleurs, la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) n'impose nullement une pleine compensation du coût de la défense de la partie victorieuse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_152/2010 du 24 août 2010). L'art. 29 Cst. ne consacre pas davantage un droit à l'allocation de dépens. Quant à l'art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), qui garantit un procès équitable, les parties ne peuvent pas en tirer un droit à l'allocation d'une indemnité pour leurs frais de défense (arrêts du Tribunal fédéral 2C_152/2010 précité consid. 3.3 ; 1P.337/2001 du 9 juillet 2001 consid. 2a). Pour déterminer le montant de l'indemnité, il convient de prendre en compte les différents actes d'instruction, le nombre d'échange d'écritures et d'audiences. Le montant retenu doit également intégrer l'importance et la pertinence des écritures produites et, de manière générale, la complexité de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2016 du 21 avril 2017 consid. 3). c. En l'espèce, c'est à juste titre que le TAPI n'a pas appliqué par analogie les dispositions issues de la procédure pénale fédérale, dès lors que l'indemnité est régie par le droit cantonal. A_____ soutient qu'au vu du travail considérable fourni, de la durée de la procédure et de sa complexité, le TAPI ne pouvait faire application de l'art. 6 RFPA. Elle perd toutefois de vue que l'indemnité de procédure concerne uniquement les frais occasionnés par le recours, et non ceux encourus en procédure non contentieuse, et qu'elle ne constitue qu'une participation aux honoraires d'avocats, et non le remboursement de l'intégralité de ceux-ci. Il ne saurait ainsi être donné suite à la demande d'indemnisation pleine et entière formulée par la banque. À cela s'ajoute que, s'agissant de la quotité de l'indemnité, le pouvoir d'appréciation des juridictions administratives, dont fait partie le TAPI, s'exerce dans la fourchette de CHF 200.- à CHF 10'000.- prévue par le RFPA, qui respecte l'égalité de traitement, le principe de la proportionnalité et l'interdiction de l'arbitraire puisqu'il permet d'adapter le montant de l'indemnité au cas par cas. Au regard de la complexité de l'affaire, des différents actes d'instruction, du nombre d'échanges d'écritures et d'audiences, de l'importance et la pertinence des écritures produites ainsi que des conclusions admises, le TAPI a arrêté le montant de l'indemnité de procédure en faveur d'A_____ à CHF 8'000.-, n'excédant ni n'abusant de son pouvoir d'appréciation en la matière. Le jugement entrepris sera également confirmé sur ce point. 20) Compte tenu de ce qui précède, le recours de la banque sera rejeté, étant précisé que la prescription intervenue pour l'année 2002 n'a aucune incidence sur les reprises retenues. Le recours de l'AFC-GE

sera en revanche partiellement admis au sens des considérants qui précèdent, et le jugement entrepris annulé en conséquence, le dossier étant renvoyé à l'AFC-GE pour l'établissement de nouveaux bordereaux ICC et IFD pour les années en cause, comme indiqué. 21) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 4'000.- sera mis à la charge d'A _____, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), aucun émolument n'étant mis à la charge de l'AFC-GE (art. 87 al. 1, 2^{ème} phrase, LPA). Un émolument de CHF 5'868.- sera toutefois mis à la charge de l'AFC-CH, correspondant aux frais de copie du dossier (art. 7 RFPA), comme elle l'a sollicité dans son courrier du 9 janvier 2018 avant de se rétracter, alors que lesdites copies avaient déjà été effectuées. Aucune indemnité de procédure ne sera en outre allouée (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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