

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2982/2013-ICC

ATA/779/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 juillet 2015

4^{ème} section

dans la cause

Madame A_____ C_____ et Monsieur B_____ C_____
représentés par Me Laurent Kyd, avocat

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
27 octobre 2014 (JTAPI/1182/2014)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____ C_____ et Monsieur B_____ C_____ sont mariés et étaient domiciliés à Genève en 2009, canton duquel ils étaient contribuables.
- 2) M. B_____ C_____ était administrateur, avec la fonction de vice-président, et ce jusqu'au 3 décembre 2008, date de sa radiation, de la société D_____ SA (ci-après : D_____ ou la société), inscrite le 23 novembre 2005 au registre du commerce, qui avait pour but statutaire l'achat, la vente, la négociation, l'affrètement, l'entreposage, l'assemblage et le traitement de tous produits dans le domaine de l'énergie ainsi que tous services s'y rattachant, pour son compte et le compte de tiers, et était dotée d'un capital-actions de CHF 150'000.- composé de cent cinquante actions de CHF 1'000.-. M. B_____ C_____ détenait la moitié du capital-actions, l'autre moitié étant en mains de Monsieur E_____, administrateur et président de la société. En outre, la société disposait d'un organe de révision.

Selon l'art. 26 des statuts de la société du 17 novembre 2005, l'année sociale commençait le 1^{er} décembre et finissait le 30 novembre.
- 3) Par courrier du 21 juillet 2009, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a informé la société que, sur la base de ses comptes annuels clos en 2007, la valeur fiscale de ses actions avait été fixée au cours fiscal brut de CHF 113'205.- et net de CHF 79'243.-.
- 4) Dans leur déclaration fiscale pour l'année 2009 datée du 24 mars 2010, les époux C_____ ont indiqué, pour l'ICC, un revenu brut de CHF 486'441.- et net de CHF 181'636.-. La fortune nette totale se montait à CHF 12'233'263.- et incluait les septante-cinq actions de la société, déclarée pour une valeur imposable de CHF 79'243.-.
- 5) Le 14 avril 2010, l'AFC-GE a informé la société que, sur la base de ses comptes annuels clos en 2008, la valeur fiscale de ses actions pour l'année 2009 avait été fixée au cours fiscal brut de CHF 525'196.- et net de CHF 367'637.-.
- 6) Par courrier du 5 mai 2010, M. B_____ C_____ a prié l'AFC-GE de bien vouloir rectifier la valeur des actions de la société, en prenant en compte une valeur de CHF 183'819.-, correspondant à la moitié de CHF 367'637.-, en lieu et place de CHF 79'243.-, valeur dont il avait connaissance au moment de l'envoi de sa déclaration d'impôt.
- 7) Le 14 décembre 2010, la société a écrit à l'AFC-GE au sujet de l'estimation de ses titres, la méthode utilisée, à savoir celle dite « des praticiens », qui découlait des instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de

l'impôt sur la fortune du 28 août 2008 (ci-après : circulaire n° 28) établie par la Conférence suisse des impôts (ci-après : CSI), ne se justifiait pas, dès lors qu'elle ne tenait pas compte des spécificités de la société, dont les résultats dépendaient exclusivement de ses deux administrateurs, et de son activité, à savoir le « trading » pétrolier en Russie, qui présentait des risques accrus nécessitant l'apport de capitaux importants en garantie et ne permettait qu'une distribution partielle des bénéficiaires aux actionnaires. Il en découlait que la société ne pouvait être évaluée au-delà de sa valeur substantielle, de sorte que le cours fiscal de l'action devait être réexaminé et fixé à CHF 36'724.- pour 2008 et CHF 220'603.- pour 2009.

8) Le 15 décembre 2010, les époux C_____ ont annoncé leur départ du canton de Genève auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) pour s'établir à Wollerau, dans le canton de Schwyz.

9) Par bordereau du 21 mars 2011, l'AFC-GE a établi l'imposition des époux C_____ pour l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) 2009 à CHF 444'864.60, sur la base d'un revenu et d'une fortune imposables de respectivement CHF 205'589.- et CHF 40'260'594.-.

L'avis de taxation joint à ce bordereau indiquait que « la valeur des actions [de la société] a été estimée à CHF 367'637.- par action ».

10) Le 19 avril 2011, les époux C_____ ont formé réclamation contre ce bordereau. Parmi d'autres griefs, ils faisaient état de leur surprise, étant donné que le montant des impôts réclamés était supérieur de plus de 200 % à leur revenu imposable, étant précisé que la valorisation des actions de D_____ était en cours.

11) Le 22 juin 2011, l'AFC-GE a informé la société que, sur la base de ses comptes annuels clos en 2009, la valeur fiscale de ses actions pour l'année fiscale 2010 avait été fixée au cours fiscal brut de CHF 1'109'100.- et net de CHF 776'370.-, la méthode d'estimation utilisée étant la même que celle appliquée les années précédentes.

12) Le 16 juillet 2012, la société a écrit à l'AFC, l'informant d'une interpellation urgente déposée par un député au Conseil d'État et de la réponse de celui-ci au sujet de la circulaire n° 28, dont l'application stricte pouvait entraîner une augmentation de l'impôt pour les personnes physiques détenant des titres non cotés dans leur fortune privée, de sorte qu'il convenait de s'en écarter. Au surplus, les deux administrateurs s'étant retirés, la société n'avait pratiquement plus d'activité et ne pouvait ainsi être évaluée au-delà de sa valeur substantielle.

13) Le 5 avril 2013, l'AFC-GE a répondu à D_____ que ses titres, non cotés en bourse, avaient été estimés conformément à la circulaire n° 28, dont l'application avait été confirmée par la jurisprudence, tant fédérale que cantonale, dans des cas

similaires, et dont il n'y avait pas lieu de s'écarter. Au surplus, la société n'apparaissait pas totalement dépendante de ses administrateurs, au regard de ses employés, dont certains percevaient des salaires supérieurs à ceux réalisés par MM. C_____ et E_____. Il ne pouvait ainsi être exclu que la réputation et la valeur de D_____ perdure même en leur absence.

- 14) Le 10 mai 2013, l'AFC-GE a informé la société que, sur la base de ses comptes annuels clos en 2010, la valeur fiscale de ses actions pour l'année fiscale 2011 avait été arrêtée au cours fiscal brut de CHF 1'152'365.- et net de CHF 806'655.-, la méthode d'estimation utilisée étant la même que celle appliquée les années précédentes.
- 15) Par décision du 22 juillet 2013, l'AFC-GE a partiellement admis la réclamation des époux C_____ du 19 avril 2011, la rejetant pour le surplus. La valeur des actions de D_____ avait été établie conformément à la circulaire n° 28, à la législation fiscale et à la jurisprudence en vigueur.
- 16) Le même jour, l'AFC-GE a notifié aux époux C_____ un nouveau bordereau pour l'ICC 2009, l'impôt étant fixé à CHF 439'869.80 sur la base d'un revenu et d'une fortune imposables de respectivement CHF 204'307.- et CHF 39'803'827.-. L'estimation de la valeur des actions de D_____ demeurait en tous points identique selon l'avis de taxation annexé à ce bordereau.
- 17) a. Par acte du 16 septembre 2013, les époux C_____ ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant, avec suite de frais et indemnité, à son annulation, à ce que la taxation au titre de l'ICC 2009 soit déclarée confiscatoire et réduite à CHF 196'416.56, soit à concurrence de 60 % du revenu net, subsidiairement à ce que la méthode d'évaluation dite « des praticiens » soit déclarée inapplicable, que l'estimation des titres de la société soit admise à leur valeur substantielle et à la rectification en conséquence de la taxation.

La décision violait la garantie de la propriété ainsi que les dispositions légales prévoyant l'estimation de la fortune à sa valeur vénale.

L'impôt était confiscatoire, puisqu'il taxait de plus de 218 % le revenu réalisé, ce qui entamait leur fortune, cette situation devant au demeurant perdurer, voire se péjorer, au vu de la valeur des titres arrêtée par l'AFC-GE pour les périodes fiscales suivantes. Par ailleurs, bien que M. B_____ C_____ eût souhaité le versement d'un dividende, son coactionnaire s'y était refusé, en raison des exigences de fonds propres posées par les banques pour financer les opérations de la société. Même s'il n'existait que depuis 2011, le bouclier fiscal devait néanmoins trouver application, de sorte que la charge fiscale devait être fixée, pour l'ICC 2009, à CHF 196'416.56, montant qui représentait néanmoins 96.14 % du revenu imposable.

La loi prévoyait l'estimation de la fortune à sa valeur vénale, la valeur de rendement ne pouvant être prise en compte que dans des situations particulières, non réalisées dans leur cas. Suite au départ de M. B_____ C_____, au milieu de l'exercice 2009, la société n'avait plus déployé d'activité, ce qu'attestaient les états financiers de 2010, qui montraient une division du bénéfice net « par 23 » et de la marge brute « par 22 » par rapport à l'exercice 2009. D_____ avait ainsi drastiquement réduit ses activités depuis le début de l'exercice 2010, soit dès le 1^{er} décembre 2009, de même que le nombre de ses collaborateurs, la société n'employant alors plus que deux salariés, dont M. E_____, sur les onze qu'elle comptait précédemment. Elle devait par conséquent être considérée comme dormante dès cette date, étant précisé que le deuxième administrateur s'était également retiré dans le courant de l'année 2011. À cela s'ajoutait qu'au regard de ses spécificités, la société, active dans le négoce de pétrole, soit un marché fermé et difficilement accessible, et très exigeante en fonds propres, était quasiment impossible à aliéner, ses deux actionnaires n'ayant au demeurant pas été en mesure de céder leurs parts à une valeur approchant celle des fonds propres, ce qui démontrait également que sans eux, la société ne valait pas plus que sa valeur substantielle, correspondant à celle de ses fonds propres, qui se montaient à CHF 58'585'830.- fin novembre 2009. En établissant la valeur de la société à CHF 78'779'510.15, l'AFC-GE avait effectué une surestimation de plus de CHF 20'000'000.-, soit CHF 94'000.- par action.

L'utilisation quasi-systématique de la méthode dite « des praticiens » par l'AFC-GE aboutissait ainsi à une estimation sans lien avec la valeur économique de la société et s'écarterait manifestement de la valeur de marché voulue par la loi, alors même que la circulaire n° 28 n'était qu'une recommandation établie par une institution semi-publique, dont l'AFC-GE pouvait s'écarter. Celle-ci avait également méconnu, par simple convenance, le principe de base d'estimation de la fortune au 31 décembre de l'année pour laquelle l'impôt était dû, en se fondant sur les comptes clos en 2008 pour évaluer la valeur de la société, ce d'autant que les états financiers de 2009 étaient disponibles en 2011. Une estimation à la valeur intrinsèque de 2009 devait ainsi avoir lieu. La prise en compte de cette valeur substantielle n'était toutefois invoquée qu'à titre subsidiaire, dès lors qu'elle entraînait une charge d'impôt pour 2009 représentant toujours 183.59 % du revenu net taxable, ce qui constituait de toute évidence un impôt confiscatoire.

b. Ils ont notamment joint à leurs écritures :

- le rapport de l'organe de révision à l'assemblée générale des actionnaires de D_____ sur les comptes annuels au 30 novembre 2007 mentionnant au bilan, pour l'exercice 2007, des fonds propres de CHF 3'934'049.- (CHF 1'623'477.- en 2006). Le compte de résultat du même exercice mentionnait un bénéfice de CHF 2'310'572.- (CHF 1'473'477.- en 2006) ;

- le rapport de l'organe de révision à l'assemblée générale des actionnaires de D_____ sur les comptes annuels au 30 novembre 2008 mentionnant au bilan des fonds propres de CHF 32'331'744.-. Le compte de profits et pertes indiquait la vente de marchandises pour CHF 8'492'640'623.-, ainsi qu'un bénéfice de l'exercice de CHF 28'397'695.-. À la rubrique « proposition relative à l'emploi du bénéfice au bilan », il était mentionné que le conseil d'administration de la société préconisait de le « reporter à nouveau » ;
- les comptes intermédiaires de D_____ pour la période du 1^{er} décembre 2008 au 31 juillet 2009 faisant état d'un bénéfice net avant impôts de CHF 30'656'482.80 ;
- le rapport de l'organe de révision à l'assemblée générale des actionnaires de D_____ sur les comptes annuels au 30 novembre 2010 indiquant, en préambule, que l'assemblée générale des actionnaire approuvant les comptes annuels de l'exercice arrêté au 30 novembre 2009 n'avait pas été tenue dans les six mois de la date de clôture, ce qui était « contraire aux dispositions de l'art. 699 al. 2 CO ». Pour l'exercice 2010, le bilan mentionnait des fonds propres de CHF 59'720'818.- (CHF 58'585'830.- en 2009). Le compte de résultat de l'exercice 2010 indiquait des ventes de marchandises pour CHF 360'435'909.- (CHF 3'388'993'915.- en 2009) et un bénéfice de l'exercice de CHF 1'134'988.- (CHF 26'254'086.- en 2009). À la rubrique « proposition relative à l'emploi du bénéfice au bilan », il était mentionné que le conseil d'administration de la société préconisait de le « reporter à nouveau » ;
- le rapport de l'organe de révision à l'assemblée générale des actionnaires de D_____ sur les comptes annuels au 30 novembre 2012 attestant, en préambule, que la proposition relative à l'emploi du bénéfice au bilan et le paiement du dividende, décidée lors de l'assemblée générale des actionnaires du 29 mai 2012, était conforme à la loi et aux statuts. Pour l'exercice 2012, le bilan mentionnait des fonds propres de CHF 61'741'485.- (CHF 57'918'013 en 2011). Le compte de profits et pertes de l'exercice 2012 indiquait des ventes de marchandises pour CHF 141'360'537.- (CHF 291'859'909.- en 2011) et un bénéfice de l'exercice de CHF 5'516'485.- (CHF 1'802'805.- en 2011). Selon l'annexe au rapport, lors de l'assemblée générale des actionnaires tenue le 29 mai 2012, le paiement d'un dividende d'un montant de CHF 1'693'013.- avait été décidé ;
- une « attestation de l'organe de révision pour la proposition relative à l'emploi du bénéfice au bilan » du 23 avril 2013, aux termes de laquelle l'organe de révision certifiait avoir examiné la proposition du conseil d'administration de D_____ relative à l'emploi du bénéfice au bilan

pour l'exercice arrêté au 30 novembre 2012, qui remplaçait la précédente proposition incluse dans son rapport de révision pour l'exercice 2012 et était conforme à la loi et aux statuts. À ce document était annexé une « proposition relative à l'emploi du bénéfice au bilan », selon laquelle le conseil d'administration de D_____ préconisait de répartir le bénéfice au bilan au 30 novembre 2012 s'élevant à CHF 61'516'485.- à concurrence de CHF 5'516'485.- pour le paiement d'un dividende et de CHF 56'000'000.- pour un « report à nouveau ».

- 18) Le 28 novembre 2013, D_____ a été dissoute par décision de l'assemblée générale.
- 19) Le 16 décembre 2013, l'AFC-GE a sollicité la suspension de l'instruction du recours afin de procéder à l'examen du grief tiré de l'imposition confiscatoire, soulevé par les époux C_____ devant le TAPI.
- 20) Par courrier du 15 janvier 2014, les époux C_____ se sont opposés à cette proposition, dans la mesure où le grief tiré de l'impôt confiscatoire avait été soulevé à l'appui de leur réclamation du 19 avril 2011 et que la prolongation de la procédure ne se justifiait pas.
- 21) Dans sa réponse du 24 mars 2014, l'AFC-GE a conclu au rejet du recours.

La société ayant compté onze employés en 2008 et dix en 2009, elle n'était pas totalement dépendante de ses actionnaires, son activité étant au surplus déployée depuis la Suisse et les risques liée à celle-ci pris en compte dans la détermination du taux de capitalisation de la valeur de rendement. La comparaison des comptes des exercices 2008 et 2009 ne laissait pas apparaître une réduction significative de son activité, la société ayant respectivement réalisé un bénéfice de CHF 28'397'695.- et de CHF 26'254'086.-. Aucun élément du dossier ne permettait de s'écarter du mode usuel de détermination de la valeur des titres non cotés tel que figurant dans la circulaire n° 28, dont la méthode était conforme aux pratiques en vigueur. Celle-ci autorisait au demeurant l'utilisation des comptes de la période fiscale précédente, en l'occurrence ceux de 2008.

Dès lors que l'année fiscale en cause était antérieure à l'introduction du bouclier fiscal, le grief de l'impôt confiscatoire ne pouvait être examiné qu'à l'aune de la garantie de la propriété, à laquelle l'imposition litigieuse ne contrevenait pas, au vu de l'absence d'atteinte durable, les époux C_____ ayant quitté le canton de Genève en 2010. L'absence de distribution de dividendes durant l'exercice litigieux résultait du choix délibéré des actionnaires, dès lors que la société disposait de suffisamment de liquidés et de réserves à cette fin, l'affirmation selon laquelle M. E_____ s'y serait opposé étant infondée et non prouvée. Il en résultait que l'absence totale de rendement net de la société était le résultat d'une stratégie de placement librement adoptée, le versement de

dividendes appropriés ayant permis d'éviter que la question de l'impôt confiscatoire ne se pose.

- 22) a. Le 9 mai 2014, les époux C_____ ont répliqué, persistant dans les conclusions et termes de leurs précédentes écritures.

Dans le courant de l'année 2009, la société avait subi une baisse de ses activités, ce qui avait engendré une diminution du personnel, de l'ordre de 80 %, étant précisé que M. E_____ s'était retiré en 2011. Cette situation s'était répercutée sur ses états financiers, dès lors que le bénéfice, qui s'élevait à CHF 32'495'871.- au 31 juillet 2009, n'était plus que de CHF 30'462'121.- à la clôture des comptes, le 30 novembre 2009, ce qui représentait une perte de plus de CHF 2'000'000.-. Dès le 1^{er} décembre 2009, la société était dormante, n'ayant jamais repris d'activité depuis lors, hormis la gestion de sa trésorerie. La valeur vénale de la société correspondait ainsi à sa valeur substantielle, l'estimation de l'AFC-GE étant sans rapport avec la réalité économique.

M. B_____ C_____ n'avait pas été en mesure d'imposer le versement de dividendes à l'occasion des assemblées générales successives de la société, M. E_____, usant de sa voix prépondérante de président, s'y étant opposé, étant précisé qu'il n'entretenait avec lui aucune relation de dépendance, du point de vue familial ou personnel. En tout état, la pérennité des lignes de crédit bancaires, essentielles aux activités de D_____, ne permettait pas le versement de tels dividendes, ce d'autant que la société s'était engagée envers plusieurs établissements bancaires à maintenir un certain niveau de fonds propres. La charge fiscale résultant de la décision litigieuse portait durablement atteinte à leur patrimoine, puisqu'elle devait s'échelonner sur plusieurs périodes fiscales, à compter de 2009, à des taux bien supérieurs, l'introduction du bouclier fiscal en 2011 n'y changeant rien.

- b. Ils ont versé à la procédure :

- un courrier de la banque F_____ adressé le 10 décembre 2008 à M. E_____ l'informant que l'évaluation du risque financier lié à l'octroi de lignes de crédit dépendait du niveau des fonds propres de D_____, qui incluait non seulement le capital-actions, mais également les réserves et le bénéfice reporté. En vue d'assurer le maintien de la ligne de crédit, d'EUR 30'000'000.-, il devait lui confirmer que la société disposait de fonds propres d'un montant correspondant ;
- une déclaration des actionnaires de D_____ adressée le 23 février 2009 à la banque G_____ (Suisse) SA (ci-après : G_____) aux termes de laquelle elle s'engageait à ne pas percevoir de dividende et à conserver des fonds propres « réajustés » à concurrence de CHF 40'000'000.- ;

- un contrat daté du 19 janvier 2011 entre la société et H_____ aux termes duquel ce dernier s'engageait à octroyer à la société une ligne de crédit d'USD 200'000'000.-, les fonds propres ne devant pas être inférieurs à USD 60'000'000.- ;
- une formule, pour l'année 2009, « déclaration des salaires versés par l'employeur à son personnel » adressée par D_____ à la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes (ci-après : FER-CIAM) du 11 janvier 2010, comportant les noms de dix collaborateurs durant l'année 2009, dont sept jusqu'au « 31/07 », pour des salaires « AVS/AI/APG » oscillant entre CHF 101'200.- et CHF 4'597'320.-, dont CHF 1'020'000.- pour M. E_____. Il était en outre indiqué un salaire de « 0.00 » pour M. B_____ C_____, celui-ci n'ayant pas eu d'activité pour la société durant l'année 2009 ;
- la même formule, pour l'année 2011, adressée par D_____ à la FER-CIAM du 17 janvier 2012, comportant les noms de trois collaborateurs, dont M. E_____ jusqu'au « 31/03 ».

23) Le 25 juin 2014, l'AFC-GE a dupliqué, persistant dans les conclusions et termes de ses précédentes écritures.

Indépendamment de l'existence de liens familiaux entre les actionnaires, une volonté commune de ceux-ci pouvait aboutir à une thésaurisation des bénéfiques, notamment afin d'augmenter la valeur des actions et permettre la réalisation de gains en capital importants. L'atteinte au patrimoine des époux C_____ ne pouvait être qualifiée de durable, puisque les bordereaux postérieurs les concernant portaient, en 2010 et 2012, respectivement sur un impôt de CHF 110'315.- pour un revenu imposable de CHF 276'328.- et de CHF 86'356.- pour un revenu imposable de CHF 230'573.-, M. B_____ C_____ n'ayant pas réalisé de revenu en 2011 mais ayant été imposé à concurrence de CHF 32'562.40 durant cette période fiscale, cas au demeurant exceptionnel.

Il ressortait du reste des exigences posées par les banques que celles-ci n'étaient pas impératives, dès lors que le montant d'EUR 30'000'000.- requis par F_____ n'était pas atteint, la contre-valeur des fonds propres de la société, de CHF 32'331'744.-, étant d'EUR 22'070'000.- en tenant compte du cours de cette devise en 2008. Les comptes comparatifs pour l'année 2009 montraient au demeurant que les fonds propres de la société s'élevaient à CHF 58'585'830.-, de sorte que si l'assemblée générale avait été organisée conformément aux prescriptions légales, la société aurait pu disposer d'une « réserve » de CHF 18'000'000.- par rapport à aux exigences de G_____, ce qui lui aurait permis de procéder à la distribution d'un dividende.

En tout état, les époux C_____ n'avaient pas produit les rapports de révision de 2009 et 2011, s'étant limités à le faire pour les exercices 2007, 2008, 2010 et 2012. Il en ressortait néanmoins que la société avait réalisé un bénéfice de CHF 26'254'086.- durant l'exercice 2009, selon les comptes comparatifs, de sorte que l'activité de la société ne se limitait pas au recouvrement de prétentions juridiques ou de liquidation des immobilisations corporelles justifiant une estimation à sa valeur substantielle.

- 24) Respectivement les 16 et 24 juillet 2014, les époux C_____ et l'AFC-GE ont procédé à un ultime échange d'écritures, persistant chacun dans leurs conclusions.
- 25) Par jugement du 27 octobre 2014, le TAPI a rejeté le recours des époux C_____.

C'était à juste titre que l'AFC-GE s'était fondée sur les comptes de l'exercice 2008, l'assemblée générale des actionnaires n'ayant pas eu lieu dans les six mois suivant la date de clôture de l'exercice, soit le 30 novembre 2009, en contradiction avec les dispositions du droit des obligations. Celle-ci n'avait ainsi pas approuvé les comptes de cet exercice lorsque l'autorité intimée avait procédé à l'estimation des titres de D_____. Dès lors que la seule année fiscale 2009 était en cause, il ne pouvait être retenu rétrospectivement que la société avait réduit son activité depuis deux ans, ni d'ailleurs que son rendement reposait exclusivement sur la performance de M. B_____ C_____. Le départ de ce dernier, en fin d'année 2008, n'avait ainsi pas engendré une baisse significative des résultats de D_____ en 2009. L'AFC-GE pouvait par conséquent se référer à la méthode d'estimation pour les sociétés commerciales, industrielles et de service, son calcul n'étant au demeurant pas contesté.

Même si l'ICC 2009 représentait 218.46 % du revenu net imposable des époux C_____, il ne pouvait être considéré comme confiscatoire, puisqu'il s'était concentré sur une seule année, les intéressés ayant quitté le canton de Genève en 2010. Malgré les excellents résultats réalisés par la société en 2008 et 2009, la distribution de dividendes n'avait été décidée qu'à une reprise, lors de l'assemblée générale du 29 mai 2012, la constitution de fonds propres en garantie pour les banques ne suffisant pas à expliquer cette situation. Ainsi, au 30 novembre 2009, alors qu'elle disposait de fonds propres à hauteur de CHF 58'585'830.-, elle semblait être en mesure de distribuer des dividendes, ce montant dépassant largement la garantie de CHF 40'000'000.- requise par G_____. Contrairement à ce qu'il avait laissé entendre, M. B_____ C_____ disposait, avec son coactionnaire, d'une grande latitude s'agissant des stratégies de distribution des dividendes, de manière à choisir la solution la plus favorable à leurs intérêts.

- 26) a. Par acte du 28 novembre 2014, les époux C_____ ont 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 indemnité, à son annulation, de même qu'à celle de la décision sur réclamation de l'AFC, à ce que la taxation pour l'ICC 2009 soit déclarée confiscatoire et à sa réduction à CHF 196'416.56, soit à concurrence de 60 % de leur revenu net, subsidiairement à ce que la méthode d'évaluation dite « des praticiens » soit déclarée inapplicable et que l'estimation des titres de la société à la valeur substantielle soit appliquée et à la rectification de la taxation en conséquence.

Le jugement entrepris consacrait une violation de la garantie de la propriété ainsi que des dispositions légales instituant l'imposition de la fortune à sa valeur vénale.

La charge fiscale pour l'ICC 2009 se révélait gravement confiscatoire et était supérieure aux cas précédemment jugés, leur fortune étant directement entamée. Cette situation aurait d'ailleurs perduré et se serait même aggravée, au vu de l'évaluation des titres de la société par l'AFC-GE pour les années 2010 et 2011, s'ils n'avaient pas changé de domicile, cet élément n'étant pas de nature à interrompre l'atteinte durable à leur patrimoine, sauf à vouloir introduire un « exit tax intercantonal ». Des dividendes n'avaient pu être versés durant les exercices considérés afin d'assurer le maintien des lignes de crédit nécessaires à la société, exigences ayant augmenté, au point que H_____ avait requis, le 19 janvier 2011, des fonds propres d'un montant d'au moins CHF 60'000'000.-. Les actionnaires de D_____ ne disposaient ainsi d'aucune marge de manœuvre, ce d'autant qu'ils étaient indépendants l'un de l'autre, M. E_____ bénéficiant d'une voix prépondérante en qualité de président de l'assemblée générale. Du reste, il n'était pas arbitraire de s'inspirer du bouclier fiscal, entré en vigueur en 2011, de sorte que leur imposition pour l'ICC 2009 ne devait pas excéder 60 % du revenu net imposable, pour aboutir à une charge fiscale de CHF 196'416.56, qui représentait tout de même 96.14 % du revenu net imposable, taux déjà confiscatoire.

La loi prévoyait une estimation à la valeur vénale de l'entreprise, dont il n'y avait pas lieu de s'écarter, la valeur de rendement n'étant prise en compte que de manière facultative et exceptionnelle. La valeur vénale de D_____ devait ainsi correspondre à sa valeur substantielle, à savoir économique. Depuis le milieu de l'exercice 2009, suite au départ de M. B_____ C_____, la société, qui ne comptait plus que trois employés, n'avait ainsi plus déployé d'activité conforme à son but statutaire, son bénéfice net et sa marge brute ayant chuté. La société était par conséquent dormante depuis 2009, le délai de deux ans exigé pour en juger, interprété de manière erronée par le TAPI, devant conduire à l'application d'une méthode économiquement juste. La valeur vénale de la société à fin décembre 2009 ne pouvait ainsi excéder ses fonds propres à la date de clôture du 20 novembre 2009, de sorte que l'AFC-GE avait effectué une surestimation de l'ordre de CHF 20'193'680.16, correspondant à CHF 94'237.17 par action. Au regard des modifications substantielles intervenues durant l'exercice 2009, même

si les comptes correspondants avaient fait défaut, l'AFC-GE ne pouvait pas non plus se baser sur les comptes clos en 2008 pour évaluer la valeur de la société, alors même que ceux de l'année en cause lui avaient été transmis une quinzaine de jours après son estimation. De plus, la méthode dite « des praticiens » avait été validée à tort par le TAPI, puisqu'elle aboutissait à une surévaluation manifeste de la société, sans lien avec sa réalité économique, alors même que la circulaire n° 28 ne constituait qu'une recommandation, que l'AFC-GE était d'autant moins tenue de suivre lorsqu'elle conduisait, comme en l'espèce, à un résultat économiquement inadéquat. Il convenait dès lors de retenir une valeur équivalente à celle des fonds propres de l'entreprise, soit la valeur substantielle de l'année « n » au 30 novembre 2009, de CHF 58'585'830.-.

b. Ils ont notamment annexé à leur recours une attestation établie le 27 novembre 2014 par M. E_____ à l'en-tête de D_____ SA (en liquidation), selon laquelle il confirmait qu'à l'issue des exercices successifs depuis 2008, plusieurs discussions avaient eu lieu avec M. B_____ C_____ concernant la distribution des dividendes de la société, à laquelle il s'était régulièrement opposé en raison des exigences en fonds propres imposées par divers établissements bancaires, l'organe de révision ayant émis des recommandations identiques.

27) Le 4 décembre 2014, le TAPI a transmis son dossier, sans formuler d'observations.

28) Le 16 janvier 2015, l'AFC-GE a répondu au recours, concluant à son rejet.

L'impôt n'était pas confiscatoire, dès lors que le noyau essentiel de la propriété privée n'était pas touché. Même si les époux C_____ admettaient que l'atteinte à cette garantie ne concernait que l'année 2009, ils perdaient de vue que l'existence d'une imposition confiscatoire virtuelle ne remplissait pas l'exigence de durabilité exigée par la jurisprudence, étant précisé qu'ils n'avaient pas contesté leurs taxations 2010, 2011 et 2012. Il était tout aussi indifférent que H_____ ait requis une augmentation de la garantie bancaire en 2011, puisque, outre le fait que cette situation n'avait pas influencé les comptes bouclés au 30 novembre 2009, la limite des fonds propres avait été atteinte de justesse, ce qui n'avait pas dissuadé les deux actionnaires de décider du versement d'un dividende en 2012 et témoignait de la grande latitude dont ils disposaient en ce domaine. M. B_____ C_____ ne pouvait ainsi à présent se prévaloir d'une imposition confiscatoire.

La méthode d'évaluation de la société avait été validée par le Tribunal fédéral. Dès lors que les comptes de l'année 2009 n'étaient pas disponibles, il était légitime de se fonder sur ceux de l'exercice 2008. D'ailleurs, la valeur de rendement prise en compte résultait non seulement de l'exercice 2008, mais également de ceux des années 2007 et 2006, qui étaient nettement inférieurs et

tempéraient dès lors le résultat, plus avantageux pour la société que les seuls comptes de l'année 2009. Les événements postérieurs à cet exercice ne pouvaient être pris en compte pour considérer que D_____ était dormante depuis 2009, allégué n'étant au demeurant fondé sur aucun élément probant, puisque le bénéfice réalisé à la fin de l'exercice s'était élevé à CHF 26'254'086.-, en légère baisse seulement par rapport à celui de l'année précédente.

- 29) a Le 19 février 2015, les époux C_____ ont répliqué, persistant dans les conclusions et termes de leur recours.

Ils avaient élu domicile dans un autre canton dans la perspective d'une planification et d'une optimisation fiscale, compréhensible au vu de l'impôt confiscatoire prélevé à Genève. Le fait qu'ils n'aient pas contesté les bordereaux postérieurs à celui qui était litigieux n'était pas déterminant, dès lors que s'ils étaient restés à Genève, leur situation se serait largement aggravée, nonobstant l'application du bouclier fiscal, étant précisé qu'en tout état, la gravité de l'atteinte subie en 2009 atténuait l'importance de la condition de la durabilité. En 2012, le dividende versé, de CHF 1'693'013.-, avait permis le maintien des fonds propres à un niveau supérieur aux exigences de la banque. Il en allait de même l'année suivante, le dividende versé ayant atteint CHF 5'516'485.- suite à une renégociation et une réduction des lignes de crédit.

La société ayant connu des modifications substantielles au cours de l'exercice 2009, ce dernier était déterminant. L'AFC-GE s'était néanmoins fondé sur celui de 2008 par pure convenance, son système informatique ne dérogeant jamais à la méthode dite « des praticiens », qu'elle appliquait de manière schématique, sans prendre en compte les circonstances concrètes.

- b. Ils ont notamment versé à la procédure :

- un courriel du 2 février 2015 d'un gestionnaire du H_____ adressé à M. B_____ C_____ concernant l'« amendement au contrat de crédit du 19/01/20011, daté du 8/02/2013 (signé par vous le 25/02/2013) », qui « avait pour but de documenter une réduction de la ligne de crédit de USD 200 mio à USD 20 mio », lequel réduisait les exigences en matière de fonds-propres de « USD 60 mio à USD 30 mio » ;
- le bilan intermédiaire de liquidation au 30 novembre 2014 et le rapport de l'organe de révision de D_____, comportant notamment l'indication selon laquelle « depuis l'exercice 2009-2010, le but principal de la société [était] de gérer, au moyen d'instruments financiers et/ou placements en bourse, ses fonds propres accumulés durant les années antérieures ».

- 30) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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).
- 2) Les recourants contestent leur taxation pour l'année 2009, qu'ils qualifient de confiscatoire, l'estimation de la valeur des actions de la société en vue de l'imposition sur la fortune étant contraire à la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14) et au droit cantonal applicable durant la période fiscale en cause, à savoir 2009, de même qu'à la circulaire n° 28.

Les questions de droit matériel sont résolues par le droit en vigueur au cours des périodes fiscales litigieuses (arrêts du Tribunal fédéral 2C_835/2012 du 1^{er} avril 2013 consid. 8 ; 2A.568/1998 du 31 janvier 2000 ; ATA/594/2015 du 9 juin 2015 consid. 2 ; ATA/780/2013 du 26 novembre 2013 consid. 2 et les références citées).

S'agissant de droit cantonal, la cause est ainsi régie par l'ancienne loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques du 22 septembre 2000 (aLIPP), divisé en quatre parties (aLIPP-I, aLIPP-II, aLIPP-III et aLIPP-IV), conformément à l'art. 72 al. 1 de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08), laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 (arrêt du Tribunal fédéral 2C_954/2010 du 8 décembre 2011 consid. 2). Trouve en particulier application l'ancienne loi sur l'imposition des personnes physiques, impôt sur la fortune du 22 septembre 2000 (aLIPP-III - D 3 13), de même que l'ancien règlement d'application de la loi sur l'imposition des personnes physiques, impôt sur la fortune du 19 décembre 2001 (aRIPP-III - D 3 13.01).

- 3) a. L'impôt sur la fortune des personnes physiques a pour objet l'ensemble de la fortune nette (art. 13 al. 2 LHID). L'art. 14 al. 1 LHID prévoit que la fortune est estimée à la valeur vénale, la valeur de rendement pouvant néanmoins être prise en considération de façon appropriée. De plus, aux termes de l'art. 15 al. 1 LHID, la période fiscale correspond à l'année civile (al. 1), les impôts sur le revenu et sur la fortune étant fixés et prélevés pour chaque période fiscale (al. 2).

Selon l'art. 4 aLIPP-III, l'état de la fortune mobilière et immobilière est établi au 31 décembre de l'année pour laquelle l'impôt est dû (al. 1), la fortune étant estimée, en général, à la valeur vénale (al. 2). L'art. 5 aLIPP-III concerne l'évaluation de la fortune mobilière et précise que les titres cotés en bourse sont évalués au cours moyen de décembre de l'année pour laquelle l'impôt est dû

(al. 1). Les actions, parts sociales des sociétés coopératives et autres droits de participation non cotés en bourse sont évalués en fonction de la valeur de rendement de l'entreprise et de sa valeur intrinsèque (al. 2). Les titres des sociétés immobilières sont évalués uniquement d'après la valeur intrinsèque des sociétés en prenant en considération l'estimation fiscale des biens-fonds (al. 3). L'art. 1 aRIPP-III précise que la circulaire n° 28 de la CSI est applicable si elle ne déroge notamment pas à l'art. 5 aLIPP-III.

b. Édifiée par la CSI, qui regroupe les administrations fiscales cantonales et l'administration fédérale des contributions, la circulaire n° 28 a fait l'objet de plusieurs éditions depuis les années 1940, dont la dernière date du 28 août 2008, laquelle est ainsi applicable à la période fiscale 2009 faisant l'objet du présent litige. Elle a pour objectif l'estimation uniforme en Suisse, pour l'impôt sur la fortune, des titres nationaux et étrangers qui ne sont négociés dans aucune bourse et sert à l'harmonisation fiscale intercantonale (ch. 1 par. 1 de la circulaire n° 28). Les principes d'estimation doivent être choisis de telle manière que le résultat se rapproche au mieux de la réalité économique, la circulaire n° 28 contenant des instructions à cet égard, auxquelles il peut être dérogé, pour des motifs d'égalité de traitement, lorsque leur application se révélerait contraire au droit ou si la valeur vénale d'un titre peut être mieux évaluée (commentaire 2014 à la circulaire n° 28, ad ch. 1 p. 2).

La fortune est estimée en principe à la valeur vénale, soit le prix que l'on peut obtenir d'un bien dans des circonstances normales (ch. 1 par. 3. de la circulaire n° 28), cette valeur au 31 décembre « n » étant en principe déterminante (ch. 1 par. 4 de la circulaire n° 28). Pour les titres non cotés pour lesquels on ne connaît aucun cours, la valeur vénale correspond à la valeur intrinsèque et se détermine en règle générale selon le principe de continuation de l'exploitation (ch. 2 par. 4 de la circulaire n° 28).

L'activité effective d'une société détermine son mode d'estimation (ch. 6 de la circulaire n° 28). Pour les sociétés commerciales, industrielles et de services, la valeur de l'entreprise résulte de la moyenne pondérée entre la valeur de rendement qui est doublée d'une part et la valeur substantielle déterminée selon le principe de continuation de l'exploitation d'autre part (ch. 34 de la circulaire n° 28), étant précisé que, même si elles se révèlent importantes, des fluctuations de rendement ne justifient pas de déroger à ce principe, dès lors que des oscillations conjoncturelles sont à considérer comme immanentes au système économique (commentaire 2014 à la circulaire n° 28, ad ch. 34 p. 42). Cette méthode est généralement appelée « méthode des praticiens » (arrêts du Tribunal fédéral 2C_583/2013 du 23 décembre 2013 consid. 3.1.2 ; 2C_309/2013 du 18 septembre 2013 consid. 3.6). Font exception l'année de fondation et la période de constitution, où les titres sont estimés selon leur valeur intrinsèque (ch. 32 par. 1 de la circulaire n° 28), ou la liquidation de la société, à savoir quand elle ne

poursuit plus son but statutaire mais réalise ses actifs et exécute ses engagements, indépendamment de cette inscription au registre du commerce (ch. 47 de la circulaire n° 28), auquel cas la valeur est déterminée par l'excédent de liquidation présumé (ch. 48 de la circulaire n° 28). Si une société d'exploitation, selon ses statuts, se limite depuis deux ans à une activité de recouvrement de ses prétentions juridiques, de liquidation des immobilisations corporelles meubles ainsi que d'administration et de possession de biens immobiliers et que la reprise de son activité statutaire n'est pas prévisible, l'entreprise doit être évaluée selon la méthode employée respectivement pour les sociétés de gérance de fortune et les sociétés immobilières, c'est-à-dire à la valeur substantielle (commentaire de la circulaire n° 28, ad ch. 6 p. 10). La valeur des sociétés holdings pures, de gérance de fortune et de financement, ainsi que des sociétés immobilières correspond, quant à elle, à leur valeur substantielle (ch. 38 et 42 de la circulaire n° 28).

Les instructions ne sont applicables que si l'ensemble des éléments nécessaires à l'établissement de l'estimation est connu (ch. 5 de la circulaire n° 28). Selon le commentaire 2014 relatif à cette disposition, dans des cas exceptionnels, il peut arriver qu'une entreprise ne puisse être aliénée ou difficilement aliénable à la valeur de rendement, en particulier si son rendement repose exclusivement ou presque sur la performance d'une personne unique détenant la totalité ou la majorité des droits de participation de celle-ci. Si la création de valeur de l'entreprise est obtenue uniquement par le détenteur d'une participation majoritaire et si l'entreprise n'emploie pas d'autres personnes que celles occupées à des tâches d'administration et de logistique, l'autorité d'estimation peut, sur demande de l'entreprise, prendre en considération cette situation par une pondération simple de la valeur de rendement, c'est-à-dire non doublée, et de la valeur substantielle (commentaire 2014 à la circulaire n° 28, ad ch. 5 p. 9).

Le calcul de la valeur vénale des titres non cotés à la fin de la période fiscale « n » requiert, en principe, que les comptes annuels « n » de la société à évaluer soient disponibles. Au moment de la taxation de la personne physique, les comptes annuels nécessaires à l'évaluation de la société faisant fréquemment défaut, la valeur vénale de la période fiscale précédente « n-1 » peut être retenue afin de ne pas retarder la procédure de taxation, pour autant que la société n'ait pas connu de modifications substantielles au cours de l'exercice commercial déterminant « n » (ch. 4 de la circulaire n° 28), par exemple en cas de changement de la méthode d'estimation, après la cessation de l'activité commerciale, en cas de transfert substantiel, de modification du capital ou de restructurations (commentaire 2014 de la circulaire n° 28, ad ch. 4 p. 8). La décision de savoir si un canton procède de manière ordinaire à la taxation des personnes physiques sur la base de la valeur fiscale précédente relève exclusivement de sa compétence (commentaire 2014 de la circulaire n° 28, ad ch. 4 p. 8).

c. La méthode générale d'estimation contenue dans la circulaire n° 28 a rencontré l'aval du Tribunal fédéral. Dans sa jurisprudence concernant des affaires antérieures à l'entrée en vigueur de la LHID, il a constaté que cette méthode prenait en compte les éléments pertinents pour estimer la valeur vénale des titres non cotés et non régulièrement négociés (arrêt du Tribunal fédéral 2A.213/1994 du 8 octobre 1996 consid. 4). Après l'entrée en vigueur de la LHID, il a souligné qu'en prévoyant des règles unifiées d'estimation des titres non cotés en vue de leur imposition sur la fortune dans un domaine où les cantons jouissent d'un large pouvoir d'appréciation, la circulaire n° 28 poursuivait un but d'harmonisation fiscale horizontale et concrétisait ainsi l'art. 14 al. 1 LHID (arrêts du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 du 14 janvier 2015 consid. 5.3.1 ; 2C_583/2013 précité consid. 3.1.3 ; 2C_800/2008 du 12 juin 2009 consid. 5.2 ; 2C_952/2010 du 29 mars 2011 consid. 2.1). Sur le fond, il a considéré que la circulaire n° 28 prenait en compte les éléments déterminants pour l'évaluation des titres non cotés et qu'elle était appropriée et fiable pour l'estimation des sociétés en vue de l'imposition sur la fortune des actionnaires (arrêts du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 précité consid. 5.3.1 ; 2C_583/2013 précité consid. 3.1.3 ; 2C_504/2009 du 15 avril 2010 consid. 3.3), sans pour autant exclure que d'autres méthodes d'évaluation reconnues puissent, isolément, s'avérer appropriées (arrêts du Tribunal fédéral 2C_1168/2013 du 30 juin 2014 consid. 3.6 ; 2C_309/2013 précité consid. 3.6), notamment dans le cas où une partie des titres non cotés en question auraient fait l'objet d'une transaction récente (ATA/595/2015 du 9 juin 2015).

En effet, en tant que directive, la circulaire n° 28 ne constitue pas du droit et ne lie pas le juge (arrêts du Tribunal fédéral 2C_1082/2013 précité consid. 5.3.1 ; 2C_1168/2013 précité consid. 3.6 ; 2C_504/2009 précité consid. 3.3), à l'instar des ordonnances administratives, qui s'adressent aux administrations fiscales cantonales afin d'unifier et de rationaliser la pratique, d'assurer l'égalité de traitement, le bon fonctionnement de l'administration et la sécurité juridique ; celles-ci ne s'en écartent que dans la mesure où elles contreviennent au sens et au but de la loi (ATF 136 I 129 consid. 6.4 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_95/2011 du 11 octobre 2011 consid. 2.3 ; 2C_103/2009 du 10 juillet 2009 consid. 2.2 ; ATA/764/2014 du 30 septembre 2014 ; ATA/603/2014 du 29 juillet 2014).

d. Les comptes établis conformément aux règles du droit comptable lient les autorités fiscales et sont déterminants à cet égard, à moins que le droit fiscal ne prévoie des règles correctrices particulières (principe de déterminance ; ATF 137 II 353 consid. 6.2 ; 136 II 88 consid. 3.1 ; 133 I 19 consid. 6.3 ; 132 I 175 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_499/2011 du 9 juillet 2012 consid. 4.4 ; ATA/420/2015 du 5 mai 2015 ; ATA/84/2014 du 12 février 2014).

L'art. 958 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO - RS 220) prévoit que les comptes doivent présenter la situation économique

de l'entreprise, de façon qu'un tiers puisse s'en faire une opinion fondée (al. 1). Les comptes sont présentés dans le rapport de gestion ; ce dernier contient les comptes annuels individuels qui se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe (al. 2). Le rapport de gestion est établi et soumis dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice à l'organe ou aux personnes qui ont la compétence de l'approuver (al. 3). Dans une société anonyme, l'assemblée générale des actionnaires a notamment le droit intransmissible d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer les dividendes et les tantièmes (art. 698 al. 2 ch. 4 CO). Elle a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice (art. 699 al. 2 CO). L'organe de révision, aux contrôles duquel les sociétés sont soumises selon l'art. 727 al. 1 ch. 2 et al. 3 CO, vérifie notamment si les comptes annuels et le cas échéant les comptes de groupe sont conformes aux dispositions légales, aux statuts et au cadre de référence choisi et si la proposition du conseil d'administration à l'assemblée générale concernant l'emploi du bénéfice est conforme aux dispositions légales et aux statuts (art. 728a al. 1 CO).

e. En matière fiscale, il appartient à l'autorité fiscale de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, tandis que le contribuable doit supporter le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation fiscale. S'agissant de ces derniers, il appartient au contribuable non seulement de les alléguer, mais encore d'en apporter la preuve et de supporter les conséquences de l'échec de cette preuve (ATF 133 II 153 consid. 4.3 ; 121 II 257 consid. 4c/aa ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_89/2014 du 26 novembre 2014 consid. 7.2 ; 2C_319/2014 du 9 septembre 2014 consid. 2.2 ; 2C_111/2012 du 25 juillet 2012 consid. 4.4 ; 2C_574/2009 du 21 avril 2010 consid. 4.2 ; ATA/420/2015 précité ; ATA/234/2015 du 3 mars 2015 ; ATA/112/2015 du 27 janvier 2015 ; ATA/8/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/483/2012 du 31 juillet 2012 ; ATA/283/2011 du 10 mai 2011). Ces règles s'appliquent également à la procédure devant les autorités de recours en matière fiscale (arrêt du Tribunal fédéral 2C_47/2009 du 26 mai 2009 consid. 5.4 ; ATA/234/2015 précité ; ATA/112/2015 précité ; ATA/8/2013 précité).

Le principe de la libre appréciation des preuves s'applique également en droit fiscal. L'autorité forme librement sa conviction, en analysant la force probante des preuves administrées, en choisissant entre les preuves contradictoires ou les indices contraires qu'elle a recueillis. Cette liberté d'appréciation, qui doit s'exercer dans le cadre de la loi, n'est limitée que par l'interdiction de l'arbitraire (Ernst BLUMENSTEIN/Peter LOCHER, *System des schweizerischen Steuerrechts*, 6^{ème} éd., 2002, p. 403 s ; Jean-Marc RIVIER, *Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune*, 2^{ème} éd., 1998, p. 139). Il n'est pas indispensable que la conviction de l'autorité de taxation confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité ; il suffit qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des motifs objectifs

(arrêts du Tribunal fédéral 2C_89/2014 précité consid. 7.2 ; 2C_1201/2012 du 16 mai 2013 consid. 4.5 ; 2C_574/2009 du 21 avril 2010 consid. 4.2 ; ATA/420/2015 précité ; ATA/558/2014 du 17 juillet 2014 ; ATA/226/2012 du 17 avril 2012 ; ATA/95/2012 du 21 février 2012).

- 4) a. En l'espèce, les recourants contestent l'application de la circulaire n° 28 pour l'estimation des titres de la société durant la période fiscale 2009, sans pour autant soulever des griefs concrets à son égard. Ils perdent toutefois de vue que celle-ci a été considérée, comme le rappelle la jurisprudence constante susmentionnée, comme une méthode adéquate pour l'estimation des titres non cotés, dans un but d'harmonisation fiscale horizontale. Elle concrétise et met ainsi en œuvre l'art. 14 al. 1 LHID, qui prévoit certes une estimation à la valeur vénale, mais n'exclut pas la prise en compte de la valeur de rendement de manière appropriée, étant au surplus précisé que l'art. 1 aRIPP-III renvoie expressément à l'application de la circulaire n° 28.

Encore convient-il de déterminer si les principes qu'elle contient ont été correctement appliqués à la société, ce que les recourants contestent, basant leur argumentation d'une part sur la méthode de calcul employée, les titres de la société ne devant pas être évalués selon la méthode dite « des praticiens ». Ils ne remettent toutefois pas en cause, en tant que tels, le calcul effectué par l'AFC, et, d'autre part, sur une prise en compte erronée de l'exercice.

b. La société poursuit une activité de service, consistant dans le négoce de produits pétroliers. À ce titre, selon la méthode susmentionnée, sa valeur résulte de la moyenne pondérée entre la valeur de rendement qui est doublée d'une part et la valeur substantielle déterminée selon le principe de continuation de l'exploitation d'autre part (ch. 34 de la circulaire n° 28). En recourant à cette méthode, l'AFC-GE a correctement appliqué la circulaire n° 28. Les recourants se prévalent toutefois d'exceptions, conduisant à la prise en compte de la seule valeur substantielle de la société, tout au plus d'une pondération simple de la valeur de rendement et de la valeur substantielle.

Les recourants affirment ainsi que la société était dormante depuis fin 2009, soit l'année fiscale en cause, après avoir subi divers changements s'étant répercutés dans ses activités, qui n'étaient plus celles en lien avec son but statutaire. S'il ressort certes du dossier que la société a été dissoute en 2013, qu'elle a subi une baisse significative de son bénéfice dès l'exercice 2010 et qu'elle s'est séparée de plusieurs de ses employés au deuxième semestre de l'année 2009, ces éléments ne sauraient suffire à étayer leurs allégués. En effet, outre le fait qu'en 2009, elle n'avait pas « limité depuis deux ans » déjà ses activités statutaires, il ne résulte pas non plus de ses données comptables qu'elle aurait procédé de la sorte, puisqu'elle a, en 2009, en comparaison avec 2008, réalisé un bénéfice substantiel durant cet exercice, selon le rapport de l'organe de révision concernant les comptes de l'année 2010, et procédé à des ventes de

marchandises pour des montants conséquents. Les indications figurant dans le bilan intermédiaire de liquidation au 30 novembre 2014 et le rapport de l'organe de révision établi par celui-ci n'y changent rien, ce d'autant qu'elles apparaissent en contradiction avec ces chiffres pour l'exercice considéré et restent évasives quant à celui-ci, se limitant à mentionner « depuis l'exercice 2009-2010 », sans autre précision. À cela s'ajoute que, selon le contrat entre H_____ et la société daté du 19 janvier 2011, cet établissement s'engageait à lui octroyer une ligne de crédit, de l'ordre de CHF 200'000'000.-. Bien que cet élément n'apparaisse pas déterminant pour juger de l'activité de la société durant l'exercice considéré, il n'en démontre pas moins que celle-ci ne pouvait être considérée comme dormante dès 2009, dès lors qu'elle poursuivait ses activités statutaires, ne se limitant pas à la gestion de ses biens ou à sa liquidation, laquelle n'a d'ailleurs été décidée qu'en 2013 par l'assemblée générale.

Les recourants ne sauraient davantage affirmer que le rendement de la société ne reposait que sur la performance de M. B_____ C_____ s'agissant de la période fiscale litigieuse. Si celui-ci a certes quitté la société en fin d'année 2008, D_____ n'en a pas moins continué son activité, réalisant un bénéfice significatif en 2009 par rapport à l'exercice précédent et procédant à la vente de marchandises pour un montant important, conformément à son but statutaire. La société a également continué à employer le même nombre de salariés, à tout le moins durant le premier semestre 2009, à des postes élevés, au regard du salaire conséquent perçu par certains employés par rapport à celui de M. E_____, même si elle a réduit ses effectifs en fin d'année 2009.

c. Les recourants allèguent que l'autorité intimée ne pouvait se fonder sur les comptes de l'année « n-1 » pour estimer la valeur de la société, mais devaient prendre en compte ceux, « n », de l'année correspondant à celle de la taxation, à savoir 2009.

Si une telle solution est effectivement prévue par la circulaire n° 28, celle-ci n'en réserve pas moins le cas dans lequel ces comptes ne seraient pas disponibles, permettant le recours à l'année « n-1 » pour l'estimation de la valeur des titres non cotés, comme en l'espèce. En effet, il ressort du dossier que les comptes de l'année 2009 n'ont pas été approuvés par l'assemblée générale dans les six mois suivant leur clôture, comme en atteste le rapport établi par l'organe de révision pour l'année 2010. Celui-ci n'a au demeurant pas non plus rendu de rapport à leur égard, en contradiction avec les dispositions du droit des obligations. Les comptes 2009 ne figurent ainsi au dossier que de manière partielle et à titre de comparatif pour l'année 2010 et ne comportent aucune indication sur l'utilisation du bénéfice.

Dans ces circonstances, pour ne pas retarder la taxation, l'autorité intimée pouvait prendre en considération l'année « n-1 » pour établir celle-ci, conformément à la circulaire n° 28, étant précisé qu'aucune circonstance exceptionnelle intervenue dans la société, comme précédemment évoqué, n'était

de nature à l'en empêcher et que, par la suite, elle a procédé de la même manière, pour les exercices subséquents.

d. Il en résulte que la circulaire n° 28 a été correctement appliquée par l'AFC, ce qu'a confirmé à juste titre le TAPI, aux fins de l'estimation de la valeur des actions de la société pour l'impôt sur la fortune des recourants.

5) Encore convient-il d'examiner si cet impôt se révèle confiscatoire, au regard de la taxation des recourants pour la période fiscale 2009, ce dont précisément ils se plaignent.

a. Aux termes de l'art. 26 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), la propriété est garantie. En matière fiscale, cette disposition ne va pas au-delà de l'interdiction d'une imposition confiscatoire, laquelle porte atteinte à l'institution même et au noyau essentiel de la propriété privée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_579/2009 du 25 juin 2010 consid. 6.2 ; 2C_277/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1). Pour juger si l'impôt a un effet confiscatoire, il faut examiner la charge que représente l'imposition sur une assez longue période, en faisant abstraction des circonstances extraordinaires. À cette fin, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances concrètes, la durée et la gravité de l'atteinte, ainsi que le cumul avec d'autres taxes ou contributions, de même que la possibilité de reporter l'impôt sur d'autres personnes (ATF 128 II 112 consid. 10b/bb ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_579/2009 précité consid. 6.2 ; 2C_277/2008 précité consid. 4.1) ou encore le fait que l'impôt sur la fortune devait en principe pouvoir être couvert par les rendements de celle-ci (ATF 106 Ia 342 consid. 6b). Le noyau essentiel de la propriété privée n'est pas touché si, pendant une courte période, le revenu à disposition ne suffit pas au contribuable à s'acquitter de la charge fiscale sans entamer la fortune (ATF 106 Ia 342 consid. 6c ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_277/2008 précité consid. 4.1 ; 2P.139/2004 du 30 novembre 2004 consid. 4.1). En particulier, dans les cas dans lesquels la fortune ne produit que peu ou pas de rendement, l'imposition ne saurait être jugée confiscatoire si le contribuable renonce volontairement à un rendement suffisant en raison de relations familiales ou dans l'attente d'une réalisation future bien supérieure au revenu de la fortune (ATF 106 Ia 342 consid. 6c).

b. Le Tribunal fédéral fait montre d'une grande retenue dans l'admission du caractère confiscatoire d'une imposition, qu'il n'a constaté qu'à une reprise, dans le cadre d'une rente viagère constituée par disposition pour cause de mort, relativement à laquelle l'impôt sur les successions et l'impôt sur le revenu, combinés, représentaient 55 % du montant des rentes d'une personne ayant une capacité contributive réduite (Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, 4^{ème} éd., 2012, p. 44 n. 44).

Au plan cantonal, la chambre de céans a jugé confiscatoire une imposition totale sur le revenu et la fortune représentant 98.5 % du revenu imposable des recourants, dont la situation sur ce point était durable (ATA/771/2011 du 20 décembre 2011). Elle est arrivée à la même conclusion s'agissant d'une imposition totale, tant sur le revenu que sur la fortune, équivalant à 92.36 % du revenu imposable ICC de la contribuable, ce qui épuisait la substance de l'objet imposable et empêchait sa reconstitution, l'atteinte s'inscrivant au demeurant dans la durée (ATA/818/2012 du 4 décembre 2012). Dans ces deux cas, rien ne permettait par ailleurs de conclure que les contribuables avaient réduit à dessein leur revenu pour se prévaloir de la garantie de la propriété.

La chambre de céans en a toutefois jugé différemment s'agissant d'un contribuable dont l'impôt constituait, pour l'année en cause, 100.26 % du revenu imposable et s'élevait respectivement à 74.08 % et 63.18 % pour les années précédentes. Elle a en particulier considéré que, même si la fortune de l'intéressé avait un rendement négatif, celui-ci était toutefois lié à l'absence de dividendes versés par les sociétés dont il était actionnaire à hauteur de 50 % avec son frère. Il avait en outre des dettes envers ces sociétés qui l'obligeaient à verser des intérêts, diminuant d'autant ses propres revenus. Cette situation lui était imputable, dès lors qu'il avait librement choisi cette organisation et avait volontairement, en raison de l'attente d'un gain futur supérieur au revenu de la fortune, renoncé au versement de dividendes distribuables, dont l'ICC pour l'année en cause ne représentait qu'un minime pourcentage (ATA/973/2014 du 9 décembre 2014 ; ATA/584/2013 du 3 septembre 2013, étant précisé que ce dernier arrêt a été annulé par le Tribunal fédéral pour violation du droit d'être entendu du recourant, l'autorité cantonale ne s'étant pas prononcée sur la violation alléguée du principe d'égalité de traitement soulevée par l'intéressé en relation avec la situation de son frère, dont l'imposition avait été jugée confiscatoire, grief toutefois rejeté par la chambre de céans dans le premier des arrêts susmentionnés).

c. Dans le but de lutter contre l'effet confiscatoire potentiel d'un cumul de l'impôt sur la fortune et de l'imposition globale du revenu, certains cantons, dont celui de Genève, ont introduit un mécanisme particulier, sous la forme d'un bouclier fiscal, dans l'idée d'assurer que l'addition du taux effectif d'impôt sur la fortune et le revenu ne dépasse pas un certain seuil maximum de l'imposition du revenu (Xavier OBERSON, op. cit., p. 45 n. 47). Ainsi, selon l'art. 60 al. 1 LIPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, pour les contribuables domiciliés en Suisse, les impôts sur la fortune et sur le revenu, centimes additionnels cantonaux et communaux compris, ne peuvent excéder au total 60 % du revenu net imposable. Toutefois, pour ce calcul, le rendement net de la fortune est fixé au moins à 1 % de la fortune nette.

Eu égard au principe constitutionnel de non-rétroactivité des lois, consacré notamment à l'art. 1 du titre final du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC -

RS 210) et par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 119 Ia 254 consid. 3b), l'application rétroactive d'une loi n'est admissible que si elle est expressément prévue, limitée dans le temps, ne conduit pas à des inégalités choquantes et se justifie par de justes motifs. La chambre administrative a déjà eu l'occasion de préciser que, s'agissant de la détermination du pourcentage de la charge fiscale admissible, il n'apparaissait pas arbitraire de s'inspirer du nouvel art. 60 LIPP pour les périodes antérieures à son entrée en vigueur. Elle a ainsi estimé que le contenu de cette disposition pouvait être appliqué dans la mesure où une telle solution permettait de respecter le principe de proportionnalité, tout en restant en-deçà du seuil, élevé, posé par la jurisprudence fédérale pour reconnaître le caractère confiscatoire de l'impôt (ATA/973/2014 précité ; ATA/584/2013 précité ; ATA/818/2012 précité ; ATA/771/2011 précité).

d. En l'espèce, le bordereau litigieux laisse apparaître une taxation élevée, dépassant de 200 % le revenu imposable des recourants, ce que les parties ne contestent pas.

Il ne saurait toutefois, pour ce seul motif, être qualifié de confiscatoire, comme l'allèguent les époux C_____. En effet, cette taxation ne s'inscrit pas dans la durée, puisqu'elle concerne la seule période fiscale 2009, les recourants ayant changé de lieu de domicile en fin d'année 2010 pour s'établir dans le canton de Schwyz, rendant leur assujettissement dans le canton de Genève limité. Les recourants ne peuvent d'ailleurs pas tirer argument de ce déménagement pour affirmer que s'ils étaient restés à Genève, le critère de durabilité exigé par la jurisprudence aurait été réalisé, dès lors que tel n'a pas été le cas, étant au demeurant précisé que le bordereau de taxation pour l'impôt 2009 leur a été notifié postérieurement à leur départ, M. B_____ C_____ ayant même prié l'AFC-GE de rectifier la valeur des actions de la société, en prenant en compte celle arrêtée par l'autorité intimée le 14 avril 2010. Les recourants n'ont d'ailleurs, par la suite, pas contesté les taxations postérieures à celle de 2009, ce qui montre également qu'ils ne les considéraient pas comme confiscatoires, ni ne s'inscrivaient dans le prolongement de celle qui est litigieuse.

À cela s'ajoute que les recourants ne sauraient se prévaloir de l'absence de versement de dividendes pour l'année fiscale 2009 de la part de la société dont M. B_____ C_____ était actionnaire à hauteur de 50 %. Dans ce cadre, il importe peu que son coactionnaire, qui détenait l'autre moitié des actions de D_____, ne soit pas un membre de sa famille, dès lors qu'un rapport de dépendance peut se matérialiser par les intérêts respectifs des actionnaires, en particulier lorsqu'ils se trouvent en nombre restreint comme en l'espèce. Le courrier produit par le recourant, au demeurant seulement devant la chambre de céans, n'y change rien et n'est à prendre en compte qu'avec circonspection, étant donné les intérêts des deux actionnaires. Les autres pièces versées au dossier n'emportent pas davantage conviction, en particulier les deux courriers concernant

les établissements bancaires, l'un adressé par F_____ à la société, l'autre envoyé par celle-ci à G_____, dont les montants, pris dans leur globalité, apparaissent au demeurant peu cohérents par rapport aux fonds propres de D_____, en l'espace de quelques mois. En particulier, alors que la condition requise par F_____ n'était pas réalisée par la société en 2008, dès lors que ses fonds propres n'atteignaient pas, en contrevaletur, le montant exigé par cette banque, elle l'était s'agissant de l'attestation faite en faveur de G_____, la société ayant disposé à la fin de l'exercice 2009 de fonds propres à hauteur de plus de CHF 58'000'000.-, de sorte qu'elle aurait pu, à ce moment déjà, verser un dividende à ses actionnaires, dont l'ICC 2009 de l'intéressé n'aurait représenté qu'un pourcentage infime. Le fait que H_____ ait requis la constitution de fonds propres pour un montant supérieur en 2011 n'y change rien, dès lors qu'il ne concerne pas l'exercice litigieux, mais montre au contraire que, malgré cette exigence, le versement d'un dividende était possible, qui a eu lieu durant l'exercice 2012.

Il en résulte que l'imposition litigieuse ne remplit pas les conditions pour être qualifiée de confiscatoire, de sorte que les recourants ne sauraient pas non plus se prévaloir de l'application du bouclier fiscal prévue par la législation genevoise.

- 6) Vu ce qui précède, le recours sera rejeté.
- 7) Un émoulement de CHF 2'000.- sera mis à la charge des recourants, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 novembre 2014 par Madame A_____ C_____ et Monsieur B_____ C_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 27 octobre 2014 ;

au fond :

le rejette ;

met un émoulement de CHF 2'000.- à la charge de Madame A_____ C_____ et Monsieur B_____ C_____, pris conjointement et solidairement ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Laurent Kyd, avocat des recourants, à l'administration fiscale cantonale, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :