

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2424/2016-ICC

ATA/460/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2018

4^{ème} section

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

Messieurs A_____ et B_____

représentés par Me Antoine Berthoud, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
20 février 2017 (JTAPI/185/2017)**

EN FAIT

- 1) C_____ SA (ci-après : la société) est une société anonyme inscrite au registre du commerce depuis le 18 avril 2013. Monsieur B_____ en est l'un des deux administrateurs, avec la fonction de président.

La société dispose d'un capital-actions de CHF 150'000.-, libéré par CHF 60'000.-, composé de trente actions nominatives liées, d'une valeur de CHF 5'000.- chacune. Elle n'est pas cotée en bourse.

Durant son premier exercice, ayant couru du 1^{er} avril 2013 au 31 décembre 2014, la société a réalisé un bénéfice de CHF 386'007.22.

- 2) Le 1^{er} juillet 2014, M. B_____ est revenu s'installer en Suisse, après plusieurs années passées à Hong Kong, et est devenu salarié de la société.
- 3) Le 2 septembre 2014, M. B_____ s'est lié à Monsieur A_____ par un partenariat enregistré.
- 4) En avril 2015, MM. A_____ et B_____ ont transmis à l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) leur déclaration fiscale pour l'année 2014.
- 5) Par bordereau du 23 novembre 2015, l'AFC-GE a établi la taxation 2014 de MM. A_____ et B_____ pour les impôts cantonaux et communaux (ci-après : ICC).
- 6) S'en est ensuivie une procédure de réclamation ouverte par MM. A_____ et B_____ contre ce bordereau sur divers points qui ne sont plus contestés.
- 7) Le 17 mars 2016, MM. A_____ et B_____ ont informé l'AFC-GE qu'ils avaient omis de déclarer, pour l'année 2014, les quinze actions de la société, correspondant à la moitié de son capital-actions, souscrites par M. B_____. La société ayant bouclé ses comptes le 31 décembre 2014, seule la valeur substantielle était déterminante pour la taxation, qui s'élevait à CHF 223'004.- pour la part dévolue à M. B_____.
- 8) Le 25 avril 2016, l'AFC-GE a établi un nouveau bordereau pour l'ICC 2014 de MM. A_____ et B_____, intégrant dans leur fortune les titres de la société, valorisés à concurrence de CHF 752'608.-.
- 9) Le 3 mai 2016, MM. A_____ et B_____ ont requis la « correction » de ce bordereau s'agissant de la valeur des actions retenue, qui devait être de CHF 223'004.- correspondant à leur valeur substantielle, dès lors que la société, nouvellement créée, avait clos son premier exercice le 31 décembre 2014 et

commencé son activité au moment de sa constitution, sans reprendre une entreprise préexistante. Par ailleurs, la durée de l'assujettissement de M. B_____, qui était revenu en Suisse le 1^{er} juillet 2014, devait également être corrigée.

- 10) Par décision du 16 juin 2016, l'AFC-GE, a rejeté la demande de MM. A_____ et B_____, traitée comme une réclamation, et maintenu leur taxation. Les résultats commerciaux de la société ayant été réalisés sur une période de près de deux ans, ils pouvaient être considérés comme représentatifs, conformément au ch. 32.1 des instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune, circulaire n° 28, du 28 août 2008 (ci-après : la circulaire) établies par la Conférence suisse des impôts (ci-après : CSI).
- 11) Par acte du 15 juillet 2016, MM. A_____ et B_____ ont recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à ce que la valeur des actions de la société détenues par M. B_____ soit ramenée à CHF 223'004.- et à la réduction de moitié de l'impôt sur la fortune en lien avec son assujettissement.

Pour la période de fondation, la société devait être estimée d'après sa valeur substantielle. Ainsi, la moitié des actions de la société souscrites par M. B_____, d'une valeur nominale de CHF 75'000.-, avait été libérée à hauteur de CHF 30'000.-. La société était une nouvelle entreprise, puisqu'avant sa constitution, ses deux fondateurs exerçaient une activité tierce. Le bénéfice de CHF 386'007.22 réalisé, tel que ressortant de ses comptes au 31 décembre 2014, avait un caractère extraordinaire et n'était pas représentatif, dès lors que le résultat de l'exercice suivant, au 31 décembre 2015, ne s'élevait qu'à CHF 115'586.35. Le fait que le premier exercice ait duré plus de douze mois ne permettait en outre pas de déroger à la prise en compte de la valeur substantielle, qui correspondait à la valeur des fonds propres de la société et s'appliquait à l'année de fondation et à la période de lancement. Compte tenu de la part non libérée du capital-actions, la moitié de la valeur substantielle s'élevait à CHF 223'004.-.

- 12) Le 18 novembre 2016, l'AFC-GE a répondu au recours, concluant à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle acceptait de rectifier la taxation de la fortune de M. B_____ selon un calcul *pro rata temporis* et à son rejet pour le surplus.

Le raisonnement de MM. A_____ et B_____ ne pouvait être suivi, en présence de résultats représentatifs, comme l'absence d'écart significatif, entre 2014 et 2015, des bénéfices et des chiffres d'affaires réalisés ainsi que l'augmentation des charges de la société, notamment salariales, en 2015, ce qui signifiait que les affaires de la société démarraient de manière positive et n'étaient pas moins importantes qu'en 2014.

- 13) Le 12 décembre 2016, MM. A_____ et B_____ ont répliqué, persistant dans les conclusions et termes de leur recours.

L'AFC-GE n'avancait aucun argument sérieux pour déroger à l'application de la circulaire et à sa pratique constante, ce qui créait une inégalité de traitement. La référence au caractère représentatif des résultats ne figurait dans la circulaire que pour les exercices postérieurs à la constitution d'une société, en principe les troisièmes et quatrièmes bouclements annuels. L'augmentation des charges salariales alléguée par l'AFC-GE s'expliquait par le fait que M. B_____, dès son retour en Suisse le 1^{er} juillet 2014, était devenu salarié de la société. Les comparaisons effectuées par l'AFC-GE manquaient ainsi non seulement de pertinence mais en plus étaient erronées.

- 14) Le 15 décembre 2016, l'AFC-GE a persisté dans ses conclusions.
- 15) Par jugement du 20 février 2017, le TAPI a admis le recours de MM. A_____ et B_____ et renvoyé le dossier à l'AFC-GE pour nouvelle décision de taxation au sens des considérants.

Le premier exercice de la société, qui avait couru du 18 avril 2013 au 31 décembre 2014, constituait l'année de fondation ou en tout cas la période de lancement de son activité. Les comptes de ce premier exercice ne pouvaient être considérés comme représentatifs, contrairement à ce que soutenait l'AFC-GE en se fondant sur le bénéfice et le chiffre d'affaires dégagés par la société en 2015 ainsi que sur l'accroissement de ses charges salariales, en contradiction avec la circulaire, qu'elle interprétait en outre de manière absurde, puisqu'à suivre son raisonnement, la taxation d'une entreprise nouvellement fondée ne pouvait intervenir que lorsqu'elle était en possession des comptes de ses exercices subséquents. Une telle interprétation contrevenait en outre au principe de la taxation sur la base des résultats de la période fiscale en cours, la circulaire ne faisant pas non plus mention des comptes des années ultérieures. De plus, les règles d'estimation prévue par celle-ci n'étaient que difficilement applicables au premier exercice, dans la mesure où la détermination de la valeur de rendement impliquait de tenir compte des résultats de l'année, voire des deux années qui précédaient la période fiscale litigieuse, données faisant précisément défaut. Il en résultait que les titres de la société devaient être évalués exclusivement sur la base de sa valeur substantielle, soit CHF 223'004.- s'agissant de M. B_____.

- 16) a. Par acte du 20 mars 2017, l'AFC-GE a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant à son annulation en tant qu'il lui ordonnait de procéder à une nouvelle estimation des titres non cotés de la société et à la confirmation de sa décision du 16 juin 2016 sur ce point.

Le TAPI avait procédé à une interprétation erronée de la circulaire, qui n'excluait pas le caractère représentatif des résultats commerciaux durant la période de lancement d'une société. L'estimation à la valeur substantielle ne s'appliquait en outre pas à toutes les situations, mais seulement lorsque les

résultats commerciaux d'une société n'étaient pas représentatifs ; cette pratique était du reste suivie par d'autres cantons.

La position du TAPI, qui excluait toute utilisation des états financiers postérieurs à l'exercice litigieux, était également problématique au regard du droit fiscal, dont le but était de saisir la réalité économique dans le cadre d'une taxation. En présence d'états financiers postérieurs à l'exercice en cause, il était absurde d'en faire abstraction et d'exclure leur utilisation dans l'estimation de la valeur de rendement de l'entreprise. En outre, à suivre le raisonnement du TAPI, la période de calcul de la valeur de rendement s'étendrait sur presque quatre ans, conduisant à une estimation éloignée de la réelle capacité économique de l'entreprise et de la valeur vénale à laquelle ses titres pourraient être échangés sur le marché.

b. L'AFC-GE a versé au dossier les états financiers de la société pour la période du 1^{er} avril 2013 au 31 décembre 2014 ainsi que ses états financiers pour l'année 2015, indiquant que ces pièces étaient couvertes par le secret fiscal et ne pouvaient être communiquées.

- 17) À la demande de MM. A_____ et B_____, ces pièces leur ont été communiquées par le juge délégué, après avoir produit une attestation de la société, signée par les membres de son conseil d'administration, les autorisant à prendre connaissance et à lever copie de toutes les pièces du dossier la concernant.
- 18) Le 3 avril 2017, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.
- 19) Le 15 mai 2017, MM. A_____ et B_____ ont conclu au rejet du recours et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Les exceptions de la circulaire à la prise en compte de la valeur substantielle ne devaient être réservées qu'à des cas particuliers, sous peine de vider de son sens la règle générale. L'AFC-GE n'avait ainsi pas démontré que la situation de la société serait exceptionnelle au point de justifier une telle dérogation et n'avait pas documenté l'existence de la pratique suivie par d'autres cantons allant dans ce sens. De plus, dans la mesure où la fortune imposable devait être évaluée à la fin de la période fiscale, soit le 31 décembre 2014, cette situation excluait déjà la prise en compte d'événements postérieurs, en particulier ses comptes au 31 décembre 2015. L'effet concret de la circulaire consistait en une taxation fondée sur la valeur intrinsèque pendant au moins les deux premiers exercices comptables, ce qui correspondait à la pratique constante de l'AFC-GE. La durée du premier exercice ne pouvait pas non plus justifier une exception à cette règle, ce d'autant que son résultat était faussé par le fait que M. B_____ était devenu salarié de la société après son retour en Suisse en juillet 2014, alors que son activité avait démarré en avril 2013 déjà. La société ne disposait en outre de ses propres locaux que depuis le 1^{er} juillet 2014.

- 20) Le 8 juin 2017, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 7 juillet 2017, prolongé au 14 juillet 2017 et au 11 septembre 2017 pour MM. A_____ et B_____, pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 21) a. Le 14 juillet 2017, l'AFC-GE a persisté dans les conclusions et termes de son recours, précisant que la position d'autres cantons corroborait le fait que, dans certains cas, il se justifiait d'appliquer la méthode de la valeur moyenne pour les sociétés nouvellement créées, lorsque leur résultat commercial était représentatif, comme en l'espèce. Le premier exercice de la société couvrait presque deux années et elle avait dégagé un bénéfice qui, au vu de ses états financiers ultérieurs, pouvait être considéré comme raisonnable et durable, reflétant sa capacité économique. Son premier exercice ne pouvait ainsi être qualifié d'extraordinaire au regard de son chiffre d'affaires, représentatif de cette situation.
- b. Elle a produit un courriel du 2 décembre 2016 contenant les réponses, traduites en français, de trois administrations fiscales cantonales, faisant suite à sa demande de renseignement, indiquant qu'il était couvert par le secret fiscal. Le contenu essentiel de ce courriel était néanmoins reproduit dans ses écritures :
- selon le canton de Zurich, il fallait partir du principe que les sociétés nouvellement créées réalisaient des pertes durant la phase de lancement et des bénéfices par la suite. Si la société réalisait des bénéfices durant le premier exercice, rien ne s'opposait à l'application de la méthode de la valeur moyenne, pour autant que les bénéfices soient raisonnables et durables, ce qui n'était pas le cas d'une réalisation extraordinaire de bénéfice ;
 - à Nidwald, les sociétés nouvellement créées étaient estimées à la valeur intrinsèque les deux premières années puis, à partir de la troisième, une clôture d'exercice représentative devait exister pour une estimation selon la valeur moyenne. Si au cours de la première année une activité commerciale normale avait débuté et que des bénéfices étaient réalisés, un calcul selon cette dernière méthode pouvait déjà avoir lieu, étant précisé qu'un tel déroulement des affaires n'était pas la règle ;
 - aux Grisons, les trois premières années étaient en principe estimées à la valeur intrinsèque, selon les bilans annuels. Toutefois, dès que deux bilans annuels représentatifs existaient, la valeur moyenne était calculée selon le ch. 34 de la circulaire.
- 22) Le 8 septembre 2017, MM. A_____ et B_____ ont persisté dans les conclusions et termes de leurs précédentes écritures, concluant au surplus à ce qu'ils soient autorisés à consulter les pièces nouvellement versées au dossier par l'AFC-GE, subsidiairement à ce que celles-ci soient écartées de la procédure.

L'interprétation divergente de la circulaire par quelques cantons, malgré son texte clair, ne pouvait être considérée comme une dérogation généralisée à la prise en compte de la valeur substantielle. Au demeurant, la pratique alléguée par l'AFC-GE n'était de loin pas uniforme, dès lors qu'aucun de ces cantons n'appliquait de manière générale la règle selon laquelle l'estimation des actions d'une société nouvellement créée pouvait être calculée en fonction de sa valeur de rendement dès le premier exercice, même si celui-ci était bénéficiaire. Au contraire, une exception n'était prévue que si le premier résultat présentait des caractéristiques exceptionnelles permettant d'en considérer le caractère représentatif, ce qui confirmait le sens de la circulaire. En outre, au regard des critères incertains mentionnés par ces cantons, la sécurité du droit et l'interdiction de l'arbitraire étaient mis à mal. Dans leur cas, le seul fait que l'exercice litigieux ait été bénéficiaire ne suffisait pas à appliquer la valeur de rendement, les comptes 2014 ne pouvant être qualifiés de représentatifs au regard de plusieurs événements extraordinaires, comme la durée de l'exercice, les charges salariales ainsi que les frais de locaux.

- 23) 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) a. Consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu garantit notamment le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses 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 142 I 86 consid. 2.2 et les références citées). Le droit de prendre connaissance du dossier n'est toutefois pas absolu et est notamment limité par l'intérêt prépondérant que peuvent avoir l'État ou des tiers à ce que certaines pièces ou leur contenu restent confidentiels. Par ailleurs, l'autorité peut utiliser une pièce confidentielle, à condition d'en communiquer préalablement le contenu essentiel à l'administré, pour que celui-ci puisse se déterminer (arrêt du Tribunal fédéral 2C_609/2015 du 5 novembre 2015 consid. 4.1).

b. En l'espèce, l'autorité recourante a communiqué à la chambre de céans un courriel reprenant, en français, les réponses des administrations fiscales des cantons de Zurich, de Nidwald et des Grisons, précisant qu'il était couvert par le secret fiscal et devait par conséquent être soustrait à la consultation. Elle a toutefois repris le contenu essentiel de ce courriel dans ses observations du 14 juillet 2017, lesquelles ont été communiquées aux intimés, qui en ont eu connaissance et ont pu se déterminer à leur propos, ce qu'ils ont fait dans leurs écritures du 8 septembre 2017. Ils ne peuvent ainsi pas faire valoir de violation de leur droit d'être entendu, de sorte que ce grief sera écarté.

3) L'autorité recourante se plaint d'une mauvaise application de la circulaire par le TAPI, lequel ne pouvait prendre en compte la valeur substantielle de la société pour procéder à l'imposition de la fortune des intimés pour l'ICC 2014.

4) a. Réglé aux art. 13 et 14 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14), l'impôt sur la fortune des personnes physiques a pour objet l'ensemble de la fortune nette (art. 13 al. 1 LHID), qui se détermine selon les règles d'évaluation prévues à l'art. 14 LHID. Selon l'art. 14 al. 1 LHID, la fortune est estimée à la valeur vénale. Toutefois, la valeur de rendement peut être prise en considération de façon appropriée. La LHID ne prescrit pas au législateur cantonal une méthode d'évaluation précise pour déterminer cette valeur. Les cantons disposent donc en la matière d'une marge de manœuvre importante pour élaborer et appliquer leur réglementation, aussi bien dans le choix de la méthode de calcul applicable que pour déterminer, vu le caractère potestatif de l'art. 14 al. 1, 2^{ème} phr., LHID, dans quelle mesure le rendement doit être pris en considération dans l'estimation (ATF 134 II 207 consid. 3.6; arrêt du Tribunal fédéral 2C_826/2015 du 5 janvier 2017 consid. 4.1 non publié in ATF 143 I 73).

b. À Genève, l'art. 46 de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08) prévoit que l'impôt sur la fortune a pour objet l'ensemble de la fortune nette, après déductions sociales. Sont notamment soumis à l'impôt sur la fortune les actions, les obligations et les valeurs mobilières de toute nature (art. 47 let. b LIPP). Selon l'art. 49 LIPP, 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 est estimée en général à la valeur vénale (al. 2). Par valeur vénale, on entend le prix que l'on peut obtenir d'un bien dans des circonstances normales (ATA/1518/2017 du 21 novembre 2017 et les références citées).

5) a. Édictée par la CSI, qui regroupe les administrations fiscales cantonales et fédérale, la circulaire a fait l'objet de plusieurs éditions, dont la dernière date du 28 août 2008, laquelle est ainsi applicable à la période fiscale 2014 faisant l'objet du présent litige. La CSI édite en outre annuellement un commentaire de la circulaire, la dernière version datant de 2017 (ci-après : le commentaire).

b. Selon la jurisprudence rendue après l'entrée en vigueur de la LHID, 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 poursuit un but d'harmonisation fiscale horizontale et concrétise ainsi l'art. 14 al. 1 LHID (arrêt du Tribunal fédéral 2C_826/2015 précité consid. 4.3 non publié in ATF 143 I 73 et les références citées).

Sur le fond, la jurisprudence précise que la circulaire prend en compte les éléments déterminants pour l'évaluation des titres non cotés et est appropriée pour l'estimation des sociétés en vue de l'imposition sur la fortune des actionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2C_583/2013 du 23 décembre 2013 consid. 3.1.3), sans pour autant exclure que d'autres méthodes d'évaluation reconnues puissent, isolément, s'avérer appropriées. En effet, en tant que directive, la circulaire ne constitue pas du droit et ne lie pas le juge, faisant partie 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. Ces autorités ne s'en écartent que dans la mesure où elles contreviennent au sens et au but de la loi (ATA/1518/2017 précité et les références citées).

c. La circulaire 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. 1.1 de la circulaire). Les principes d'estimation doivent être choisis de telle manière que le résultat se rapproche au mieux de la réalité économique, la circulaire 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 2017 p. 2 ad ch. 1).

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. 1.3 de la circulaire), cette valeur au 31 décembre (n) étant en principe déterminante (ch. 1.4 de la circulaire). 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. 2.4 de la circulaire).

L'activité effective d'une société détermine son mode d'estimation (ch. 6 de la circulaire). 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), 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

doivent être considérées comme immanentes au système économique (commentaire 2017 p. 46 ad ch. 34).

Font notamment exception à ce principe les sociétés nouvellement constituées. Ainsi, pour l'année de fondation et la période de lancement, les sociétés commerciales, industrielles et de service sont généralement estimées d'après leur valeur substantielle. Dès que les résultats commerciaux deviennent représentatifs, il convient d'appliquer les règles d'estimation prévues aux ch. 34 ss de la circulaire (ch. 32.1 de la circulaire).

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 font fréquemment défaut. Pour ne pas retarder la procédure de taxation, on peut retenir la valeur vénale de la période fiscale précédente (n-1), 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). L'utilisation de la valeur de l'année précédente est certes un moyen pratique d'accélérer la procédure de taxation, mais elle est en principe en désaccord avec les dispositions légales. 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 2017, p. 9 ad ch. 4).

Les comptes annuels servent de base à l'établissement de la valeur de rendement. Pour la déterminer, deux modèles sont à disposition, à savoir le modèle 1 dans lequel les comptes annuels (n) et (n-1) servent de base pour le calcul et le modèle 2, dans lequel les comptes annuels (n), (n-1) et (n-2) servent de base pour le calcul (ch. 7.1 de la circulaire). La valeur de rendement s'obtient par la capitalisation du bénéfice net des exercices déterminants augmenté ou diminué des reprises ou déductions mentionnées sous le ch. 9 (ch. 8.1 de la circulaire). Dans le modèle 1, le bénéfice net du dernier exercice (n) est pris en considération deux fois. Dans le modèle 2, les bénéfices nets de chacun des trois exercices (n, n-1 et n-2) sont pris en considération une fois (ch. 8.2 de la circulaire).

L'appréciation de la valeur substantielle se base sur les comptes annuels (ch. 11.1 de la circulaire). Si la société estimée ne clôture pas son exercice à la fin de l'année civile et qu'un dividende est distribué entre la clôture des comptes (n) et le 31 décembre (n), ce dividende doit par conséquent être déduit de la valeur substantielle (ch. 11.2 de la circulaire). Les actifs et passifs doivent être pris en considération dans leur intégralité (ch. 12 de la circulaire) et seul le capital social versé est pris en considération pour l'estimation (ch. 13 de la circulaire).

- 6) En l'espèce, il n'est pas contesté que la société a été nouvellement créée le 18 avril 2013, n'ayant repris aucune activité préexistante, et que son premier exercice a été clos le 31 décembre 2014.

L'autorité recourante soutient que le TAPI ne pouvait pas se référer à la valeur substantielle pour l'estimation de la société, en présence de résultats représentatifs durant le premier exercice déjà, en comparaison avec celui de 2015.

Le premier exercice de la société a duré près de vingt et un mois et constitue à tout le moins l'année de fondation au sens du ch. 32.1 de la circulaire, laquelle prévoit alors, en règle générale, une estimation des sociétés d'après leur valeur substantielle, étant donné que durant cette période, ainsi que celle de lancement, les résultats ne sont pas en mesure de refléter l'activité réelle de l'entreprise. L'autorité recourante ne peut toutefois s'écarter de manière systématique de cette règle générale en raison de l'existence d'un résultat bénéficiaire durant cette période, qui, par définition, ne saurait être considérée comme représentative, la circulaire ne faisant du reste pas mention d'une telle situation.

Ce n'est qu'une fois que les résultats commerciaux deviennent représentatifs, à l'issue de l'année de fondation et de la période de lancement, que les règles d'estimation prévues aux ch. 34 ss de la circulaire sont applicables. Dans ce cas, pour le déterminer, les résultats de la période en cours doivent être comparés avec ceux enregistrés durant le ou les exercices précédents. Il ne saurait toutefois être procédé, comme le soutient l'autorité recourante, à la méthode inverse, consistant à comparer le premier exercice à ceux ultérieurement réalisés. Un tel procédé contrevient non seulement aux principes contenus dans la circulaire, qui ne prévoit de référence qu'aux comptes antérieurs à l'exercice en cours (n-1, n-2), et non à ceux des années ultérieures, mais également au fait que l'état de la fortune doit être établi au 31 décembre de l'année pour laquelle l'impôt est dû.

Comme l'a à juste titre relevé le TAPI, une telle interprétation empêcherait l'autorité de taxer une entreprise nouvellement créée à réception de sa comptabilité et l'obligerait à attendre la reddition des comptes des exercices subséquents, ce qui créerait une incertitude quant à sa taxation. L'application des règles d'estimation prévues aux ch. 34 ss de la circulaire paraît également peu réalisable, en l'absence de données, durant à tout le moins l'année de fondation, au sujet des résultats de l'année, voire des deux années qui précèdent la période fiscale litigieuse.

Quant aux allégués de la recourante en lien avec des pratiques similaires ayant cours dans d'autres cantons, elle ne saurait être suivie. Outre le fait que les courriels versés au dossier ne constituent pas des sources directes, leur contenu n'est pas aussi catégorique que ne le laisse entendre l'autorité recourante et ne reflète pas non plus une pratique uniforme.

En tout état de cause, les changements intervenus dans le courant du premier exercice de la société, comme l'arrivée de M. B_____ en tant que salarié, ne permet déjà pas de considérer cette période comme représentative.

C'est dès lors à juste titre que le TAPI a considéré que la valeur de la société devait être déterminée exclusivement sur la base de sa valeur substantielle, aboutissant à un montant de CHF 223'004.- pour M. B_____, qui n'est du reste pas contesté.

Il s'ensuit que le recours sera rejeté.

- 7) Bien que l'autorité recourante succombe, aucun émoulement ne sera mis à sa charge, dès lors qu'elle défendait ses propres décisions (art. 87 al. 1, 2^{ème} phr., LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'État de Genève, sera allouée à MM. A_____ et B_____, pris solidairement, qui y ont conclu et ont eu recours au service d'un avocat (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 mars 2017 par l'administration fiscale cantonale contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 février 2017 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émoulement ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Messieurs A_____ et B_____, pris solidairement, à la charge de l'État de Genève ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à Me Antoine Berthoud, avocat de Messieurs A_____ et B_____, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : M. Verniory, président, Mmes Krauskopf et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

K. De Lucia

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :