



**2C\_564/2020**

**Arrêt du 14 avril 2021**

**Ile Cour de droit public**

Composition

MM. et Mmes les Juges fédéraux

Seiler, Président, Aubry Girardin, Donzallaz, Hänni et Beusch.

Greffière : Mme Vuadens.

Participants à la procédure

A.\_\_\_\_\_ SA,

recourante,

*contre*

Conseil d'Etat du canton du Valais,

place de la Planta, Palais du Gouvernement, 1950 Sion.

Objet

Droits de mutation,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public, du 26 mai 2020 (A1 17 201).

**Faits :**

**A.**

Les Chemins de fer fédéraux (CFF) se sont vu octroyer, le 25 août 2008, une concession hydraulique leur donnant le droit d'exploiter, pour une durée de 80 ans dès la mise en service de l'aménagement, les eaux du Nant de Drance, y compris celles des torrents de Finive et de Veudale, de les prélever dans le lac d'Emosson et de les refouler dans le lac du Vieux Emosson, pour qu'elles y soient ensuite turbinées. Selon les termes de l'art. 7 de l'acte de concession, les CFF devaient, dans un délai de six mois dès l'octroi de la concession, transférer celle-ci à la future société anonyme A.\_\_\_\_\_ SA en vue de la réalisation du projet, la commune de Finhaut (VS) se réservant le droit de faire valoir son droit de retour conformément à la législation cantonale valaisanne. Le 15 juin 2012, A.\_\_\_\_\_ SA, dont les CFF détiennent 36% du capital-actions, a attesté prendre la pleine responsabilité de l'exploitation de l'aménagement hydroélectrique du Vieux Emosson à compter du 1er janvier 2012.

Par acte du 22 mai 2014, les CFF ont vendu à A.\_\_\_\_\_ SA la parcelle n° \*\* de la commune de Finhaut, qui supporte le barrage du Vieux Emosson. Etait également cédée à A.\_\_\_\_\_ SA dans cet acte la servitude personnelle de passage à pied et pour tous

véhicules grevant les parcelles n° \*\*, \*\*, \*\* et \*\* de la commune de Finhaut, permettant le maintien de l'installation et de tous les aménagements utiles à l'exploitation électrique (câbles et tubes notamment). Les adductions d'eau de la Veudale et de la Finive jusqu'au barrage, ainsi que tous les ouvrages faisant partie de la concession, étaient aussi transférés à A. \_\_\_\_\_ SA, qui se voyait également confier l'ensemble des aménagements et matériaux d'exploitation décrits dans l'inventaire annexé. Le prix convenu de 34'750'000 fr. correspondait, selon le texte de l'acte, au montant dû par B. \_\_\_\_\_ aux communes concédantes en compensation de la renonciation par ces dernières à l'exercice de leur droit de retour.

#### **B.**

Par décision du 2 juin 2014, le Service des registres fonciers et de la géomatique du Département de l'économie, de l'énergie et du territoire du canton du Valais (ci-après: le Service cantonal) a refusé d'exonérer la cession de la parcelle n° \*\* des droits de mutation et, le 11 juin 2014 a notifié à A. \_\_\_\_\_ SA un bordereau de droits de mutation d'un montant de 524'295 francs. La Société a recouru contre cette décision auprès du Conseil d'État du canton du Valais, qui a rejeté le recours par décision du 30 août 2017.

Par arrêt du 26 mai 2020, le Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public (ci-après: le Tribunal cantonal) a rejeté dans la mesure de sa recevabilité le recours formé par A. \_\_\_\_\_ SA contre la décision du 30 août 2017 du Conseil d'État. En substance, le Tribunal cantonal a estimé que le transfert du 22 mai 2014 ne représentait pas une restructuration et que, partant, la vente de la parcelle n° \*\* ne pouvait pas être exonérée des droits de mutation.

#### **C.**

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A. \_\_\_\_\_ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de dépens, principalement, de réformer l'arrêt attaqué en ce sens que la décision de taxation du 11 juin 2014 est annulée; subsidiairement, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause au Service cantonal pour nouvelle décision dans le sens des considérants; plus subsidiairement, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause au Tribunal cantonal.

Le Tribunal cantonal a renoncé à se déterminer. Le Conseil d'État se rallie à l'arrêt attaqué et conclut au rejet du recours. Le Service cantonal conclut au rejet du recours. La recourante a déposé des observations.

### **Considérant en droit :**

#### **1.**

Le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF), rendue dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) par une autorité cantonale supérieure de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), sans qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 83 LTF ne soit réalisée, de sorte que la voie du recours en matière de droit public est ouverte. La recourante, qui a qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF) a agi en temps utile et dans les formes requises (cf. art. 42 al. 1 et 2 et art. 100 al. 1 LTF). Son recours est par conséquent recevable.

#### **2.**

**2.1.** Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Selon l'art. 106 al. 2 LTF toutefois, il n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (**ATF 142 III 364** consid. 2.4; **141 I 36** consid. 1.3).

**2.2.** Le Tribunal fédéral examine en principe librement la conformité du droit cantonal harmonisé et de sa mise en pratique par les instances cantonales aux dispositions de la

LHID, à moins que les dispositions de cette loi fédérale ne laissent une marge de manoeuvre aux cantons, auquel cas le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral se limite aux griefs constitutionnels, en particulier à l'arbitraire, pour autant qu'ils aient été invoqués et motivés de manière conforme aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (**ATF 144 II 313** consid. 5.3; **134 II 207** consid. 2).

### 3.

Pour statuer, le Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (cf. art. 105 al. 1 LTF). Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (**ATF 142 II 355** consid. 6; **139 II 373** consid. 1.6).

### 4.

Le litige porte sur le point de savoir si la cession de la parcelle n° \*\* par les CFF à la recourante est exonérée des droits de mutation en vertu de l'art. 103 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301). Selon cette disposition, la perception de droits de mutation cantonaux ou communaux est exclue en cas de restructuration au sens des art. 8 al. 3 et 24 al. 3 et 3quater LHID.

**4.1.** Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal a rappelé que, selon la jurisprudence, le renvoi de l'art. 103 LFus aux art. 24 al. 3 et 24 al. 3quater LHID implique que seule la notion de restructuration doit être retenue en matière de droits de mutation, à l'exclusion des autres conditions prévues par la LHID, à savoir le maintien de l'assujettissement en Suisse et la reprise des éléments commerciaux à leur dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu. Il a par ailleurs relevé que les restructurations expressément prévues par la LFus, à savoir la fusion (art. 3 ss LFus), la scission (art. 29 ss LFus) et la transformation (art. 53 ss LFus), pouvaient être effectuées en neutralité fiscale, en application de l'art. 24 al. 3 LHID, mais que d'autres restructurations, non prévues par LFus, pouvaient aussi être opérées en neutralité fiscale en vertu de la LHID. Il a notamment mentionné à cet égard la scission horizontale (démembrement) et reproduit la teneur de l'art. 24 al. 3 let. d LHID. Examinant l'opération litigieuse du 22 mai 2014, le Tribunal cantonal a exclu qu'elle puisse être assimilée à une fusion, une transformation ou une scission. Il en a conclu que l'opération ne remplissait pas les conditions d'une restructuration au sens de l'art. 24 al. 3 LHID et que, dans ces circonstances, le transfert de la parcelle n° \*\* ne pouvait pas être exonéré des droits de mutation.

La recourante soutient que les juges précédents ont violé l'art. 103 LFus en omettant d'appréhender l'opération litigieuse comme une scission horizontale (démembrement) au sens de l'art. 24 al. 3 let. d LHID, pourtant mentionnée dans l'arrêt attaqué, et en refusant par conséquent d'exonérer le transfert de la parcelle n° \*\* des droits de mutation sur cette base.

**4.2.** L'art. 103 LFus est une norme fédérale d'application directe, qui ne nécessite aucune concrétisation par le droit cantonal. Les cantons restent cependant libres de prévoir un allègement supplémentaire, dès lors que les droits de mutation reposent en principe sur le droit cantonal (**ATF 138 II 557** consid. 4.2). En revanche, l'art. 103 LFus fait obstacle à l'application de règles cantonales plus restrictives (arrêts 2C\_674/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3.1; 2C\_503/2017 du 8 octobre 2018, in RF 73/2018 p. 950).

**4.3.** L'art. 103 LFus renvoie notamment à l'art. 24 al. 3 LHID. Cette disposition prévoit en particulier ce qui suit sous sa lettre d:

3 Les réserves latentes d'une personne morale ne sont pas imposées lors de restructurations, notamment lors d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation, pour autant que la personne morale reste assujettie à l'impôt en Suisse et que les éléments commerciaux soient repris à leur dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice:

(...)

d. en cas de transfert à une société fille suisse d'exploitations ou de parties distinctes d'exploitations ainsi que d'éléments qui font partie des biens immobilisés de l'exploitation; on entend par société fille une société de capitaux ou une société coopérative dont la société de capitaux ou la société coopérative qui la transfère possède au moins 20 % du capital-actions ou du capital social.

Par l'opération décrite à l'art. 24 al. 3 let. d LHID, dénommée scission horizontale ou démembrement ("Ausgliederung"), une société de capitaux transfère des valeurs patrimoniales à une société de capitaux ou coopérative reprenante, dans laquelle elle prend, ou détient déjà, des participations à hauteur d'au moins 20% du capital-actions ou du capital social. Cette restructuration, qui n'est pas réglementée par la LFus, peut se dérouler par un transfert à titre singulier, tels une vente ou un apport en nature d'actifs et passifs, ou par le biais d'un transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus (STEFAN OESTERHELT/CÉLINE MARTIN, in Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinde, Kommentar, 3e éd. 2017, n° 653 ad art. 24 StHG; PIERRE-MARIE GLAUSER/XAVIER OBERSON, Impôt fédéral direct, Commentaire romand de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2e éd. 2017, n° 58 ad art. 61 LIFD; NICOLAS MERLINO/DOMINIQUE MORAND, Fusions, acquisitions et restructurations d'entreprises, 2009, p. 10).

L'art. 24 al. 3 let. d LHID, qui a son pendant à l'art. 61 al. 1 let. d LIFD en matière d'impôt fédéral direct, prévoit, en lien avec l'art. 24 al. 3ter LHID, cinq conditions pour qu'un démembrement puisse être effectué en neutralité fiscale au niveau de l'impôt sur le bénéfice: 1) l'assujettissement à l'impôt en Suisse est maintenu; 2) les éléments commerciaux sont repris à leur dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice; 3) les valeurs patrimoniales transférées constituent des exploitations, des parties distinctes d'exploitations ou des éléments qui font partie des biens immobilisés de l'exploitation; 4) la société transférante détient au moins 20% du capital-actions ou du capital social de la société reprenante et 5) un délai de blocage de 5 ans est respecté (OESTERHELT/MARTIN, in op. cit., n° 658 ad art. 24 StHG; Circulaire n° 5 du 1er juin 2004 de l'Administration fédérale des contributions sur les restructurations, ch. 4.4.1.2.1; ci-après: la Circulaire).

**4.4.** Dans l'**ATF 138 II 557**, le Tribunal fédéral a jugé qu'il fallait comprendre le renvoi de l'art. 103 LFus à l'art. 24 al. 3 et 3quater LHID en ce sens que seule la notion de "restructuration" devait être retenue en matière de droits de mutation, à l'exclusion des autres conditions établies par la LHID pour permettre l'exonération des impôts directs, i.e. le maintien de l'assujettissement en Suisse et la reprise des éléments commerciaux à leur dernière valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu (**ATF 138 II 557** consid. 5.2 et les développements y figurant). Il en découle qu'il n'est pas nécessaire que ces deux conditions soient remplies pour qu'une restructuration soit exonérée des droits de mutation en vertu de l'art. 103 LFus, comme l'a du reste dûment rappelé le Tribunal cantonal.

Comme la restructuration en cause dans l'**ATF 138 II 557** (à savoir, celle prévue à l'art. 24 al. 3quater LHID) n'impliquait pas de délai de blocage, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se demander si le délai de blocage qui est prévu dans certaines restructurations, telles que celle décrite à l'art. 24 al. 3 let. d LHID, en lien avec l'art. 24 al. 3ter LHID, doit être respecté pour obtenir l'exonération (définitive) des droits de mutation. Certains auteurs sont d'avis qu'un délai de blocage n'est pas compatible avec l'art. 103 LFus et que l'exonération des droits de mutation est partant d'emblée définitive (STEFAN OESTERHELT, in Fusionsgesetz, Basler Kommentar, 2e éd. 2015, n° 28 ad art. 103 FusG; PETER RIEDWEG/RETO HEUBERGER, in Umstrukturierungen, Basler Kommentar, 2016, § 6 n° 156, cf. aussi apparemment MERLINO/MORAND, op. cit., p. 390). Le point de savoir si cette opinion doit être suivie n'a pas à être tranché en l'espèce, puisque l'arrêt attaqué ne constate pas que la recourante aurait cédé la parcelle n° \*\* durant le délai de blocage, soit dans les cinq ans depuis l'acquisition, et qu'aucun élément constaté ne laisse penser que tel aurait été le cas. Il ressort

au contraire des faits constatés que la recourante poursuit toujours l'exploitation du barrage en vertu de la concession, d'une durée de 80 ans, dont elle bénéficie.

**4.5.** En l'occurrence, les juges précédents ont constaté que l'opération litigieuse du 22 mai 2014 ne représentait ni une fusion, ni une transformation, ni une scission. Ils ont par ailleurs retenu que la recourante ne pouvait pas se prévaloir du ch. 4.4.1.2.1 de la Circulaire (qui se trouve dans le chapitre consacré au démembrement), au motif que cette directive traitait des restructurations sous l'angle de l'impôt fédéral direct sur le bénéficiaire et non pas des droits de mutation, et que l'art. 103 LFus renvoyait à la LHID et non pas à la LIFD.

Par ce raisonnement, les juges précédents ont omis d'examiner si l'opération litigieuse représentait une scission horizontale au sens de l'art. 24 al. 3 let. d LHID, disposition pourtant invoquée par la recourante et mentionnée dans l'arrêt attaqué. Les juges précédents perdent par ailleurs de vue que, même si la Circulaire se réfère uniquement à la LIFD, les restructurations décrites dans la LIFD sont les mêmes que celles de la LHID. S'agissant du démembrement, la teneur de l'art. 24 al. 3 let. d LHID est ainsi exactement celle de l'art. 61 al. 1 let. d LIFD. Cette symétrie a été voulue par le législateur lors de l'élaboration de la LFus (cf. Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000, FF 2000 4020, 4023), de sorte que la doctrine et la jurisprudence développées dans le cadre de la LIFD peuvent également, conformément au principe de l'harmonisation verticale, être appliquées en matière de LHID (cf. **ATF 142 II 182** consid. 3.2.1; **137 II 353** consid. 3.3).

**4.6.** Il faut donc vérifier si la cession du 22 mai 2014 remplit les conditions d'une restructuration au sens de l'art. 24 al. 3 let. d LHID.

**4.6.1.** La première condition, selon laquelle la société transférante détient au moins 20% du capital-actions ou du capital social de la société reprenante, est remplie en l'espèce, puisque les CFF détiennent 36% des actions de la recourante (supra consid. A).

**4.6.2.** La deuxième condition est que les actifs transférés représentent une exploitation, une partie distincte d'exploitation ou un élément qui fait partie des biens immobilisés de l'exploitation. La notion d'exploitation se définit comme un ensemble d'éléments patrimoniaux de nature organisationnelle et technique qui constitue une entité relativement autonome pour la production d'une prestation fournie par l'entreprise, une partie distincte d'exploitation étant la plus petite unité d'une entreprise viable par elle-même (Circulaire, ch. 3.2.2.3; **ATF 142 II 283** consid. 3.2; arrêts 2C\_1/2020 du 4 mars 2020 consid. 2.5; 2C\_34/2018 du 11 mars 2019, in StE 2019 B 72.15.3 Nr. 4, RDAF 2019 II 364; OBERSON/GLAUSER, in op. cit., n° 25 et 26 ad art. 19 LIFD et les références). En cas de restructuration au sens des art. 24 al. 3 let. d LHID et 61 al. 1 let. d LIFD, le législateur admet en outre le transfert en neutralité fiscale d'actifs isolés, à savoir "d'éléments qui font partie des biens immobilisés de l'exploitation". La Circulaire définit ces actifs isolés comme ceux qui servent directement ou indirectement à l'exploitation (Circulaire, ch. 4.4.1.2.6), la doctrine précisant qu'il s'agit de biens corporels ou incorporels qui sont qualifiés d'immobilisations et qui peuvent être rattachés à l'exploitation, en fonction de leur nature et de leur affectation dans l'entreprise (OBERSON/GLAUSER, in op. cit., n° 61 ad art. 61 LIFD et les références).

En l'espèce, les CFF ont, le 22 mai 2014, transféré à A.\_\_\_\_\_ SA la parcelle n° \*\* qui supporte le barrage du Vieux Emosson, ainsi que la servitude personnelle de passage grevant plusieurs parcelles de la commune de Finhaut et permettant le maintien de l'installation et de tous les aménagements utiles à l'exploitation électrique (câbles et tubes notamment), les adductions d'eau de la Veudale et de la Finive jusqu'au barrage, tous les ouvrages faisant partie de la concession de Nant de Drance et l'ensemble des aménagements et matériaux d'exploitation mentionnés dans l'inventaire annexé à l'acte. Les CFF ont ainsi transféré à la recourante les éléments permettant à cette dernière d'exploiter les eaux publiques du Nant de Drance, de la Veudale et de la Finive, conformément à la concession dont elle bénéficie. Il ne fait pas de doute que la parcelle n° \*\* sert directement à l'exploitation de l'aménagement hydroélectrique du Vieux Emosson par la recourante, puisque cette parcelle supporte le barrage de Vieux Emosson.

**4.6.3.** Quant au délai de blocage, il a en tous les cas été respecté, s'il devait s'appliquer (cf. consid. 4.4).

**4.7.** Il découle de ce qui précède que l'acte du 22 mai 2014 a représenté une restructuration au sens de l'art. 24 al. 3 let. d LHID. Dans ces circonstances, et conformément à l'art. 103 LFus, aucun droit de mutation ne peut être prélevé par le canton du Valais en lien avec le transfert de la parcelle n° \*\* prévu dans cet acte. Dès lors que l'objet du litige porte sur le transfert de dite parcelle, c'est en vain que, dans ses déterminations, le Service du registre foncier du canton du Valais soutient que l'opération litigieuse représenterait une renonciation au droit de retour qui serait soumise aux droits de mutation, indépendamment de son caractère de restructuration.

**5.**

Ce qui précède conduit à l'admission du recours. L'arrêt attaqué est annulé et la recourante est exonérée des droits de mutation sur le transfert immobilier du 22 mai 2014.

**6.**

**6.1.** Succombant, le canton du Valais, dont l'intérêt pécuniaire est en cause, doit supporter les frais judiciaires (cf. art. 66 al. 1 et 4 LTF).

En vertu de l'art. 1 du Règlement du 31 mars 2006 sur les dépens alloués à la partie adverse et sur l'indemnité pour la représentation d'office dans les causes portées devant le Tribunal fédéral (RS 173.110.210.3), les dépens alloués en vertu de l'art. 68 LTF à la partie qui obtient gain de cause comprennent les frais d'avocat (let. a) et les autres frais indispensables occasionnés par le litige (let. b). Une partie qui défend elle-même ses intérêts sans recourir aux services d'un avocat n'a donc pas droit à des dépens en application de l'art. 68 LTF, sous réserve des frais indispensables occasionnés par le litige, qu'il lui incombe toutefois de justifier (arrêt 2C\_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 6.2 et les références). En l'occurrence, la recourante a agi sans être représentée par un avocat et n'a fait valoir aucun autre frais. Partant, aucun dépens ne lui sera accordé.

**6.2.** Le Tribunal fédéral ne fera pas usage de la faculté offerte par les art. 67 et 68 al. 5 LTF et renverra la cause au Tribunal cantonal pour qu'il détermine le sort des frais et des dépens de la procédure menée devant lui et devant le Conseil d'État.

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis et l'arrêt du 26 mai 2020 du Tribunal cantonal du canton du Valais est annulé.

**2.**

La recourante est exonérée des droits de mutation sur le transfert immobilier du 22 mai 2014.

**3.**

La cause est renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il statue à nouveau sur le sort des frais et des dépens de la procédure menée devant lui et devant le Conseil d'État.

**4.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 9'500 fr., sont mis à la charge du canton du Valais.

**5.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**6.**

Le présent arrêt est communiqué à la recourante, au Conseil d'Etat du canton du Valais et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public.

Lausanne, le 14 avril 2021

Au nom de la IIe Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

La Greffière : Vuadens