

# **GE\_GERICHTE ATA/1530/2019 vom 15. Oktober 2019**

GE Cour de justice, 2019-10-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1530\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1530_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1530/2019 du 15 octobre 2019

IT: GE\_GERICHTE ATA/1530/2019 del 15 ottobre 2019

## **Regeste**

Résumé: Rejet du recours contre la confirmation du droit du canton de Genève de prélever des droits d'enregistrement (droits de mutation) à la suite du transfert d'un immeuble d'une fondation de prévoyance à une fondation de placement, toutes deux étant des institutions de prévoyance régies par la LPP, et ce même si en échange la fondation de prévoyance reçoit des droits – correspondant au prix de l'immeuble – au sein de la fondation de placement émis par celle-ci. Pas de cas de restructuration sous la forme d'une fusion, d'une transformation ou d'une scission in casu. Le procédé dudit transfert ne peut pas être, dans le cas d'espèce, considéré comme analogue, sur le plan économique, à une scission vu qu'il porte uniquement sur un immeuble, qu'il intervient dans le cadre d'une activité de placement, et qu'il correspond davantage au cas simple d'une vente immobilière, et non d'une réorganisation d'entreprise. Rejet de l'argument consistant à considérer que l'art. 103 LFus englobe les cas visés par l'art. 80 al. 4 LPP, en particulier celui de la division d'institution de prévoyance, en l'absence d'un cas de restructuration au sens de l'art. 103 LFus et d'un renvoi de cette disposition à l'art. 80 al. 4 LPP. Pas d'exonération des droits de mutation en l'espèce.

## **Erwägungen**

### **E. 12**

septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 180 al. 1 LDE). 2)

Le présent litige porte sur la question de savoir si le transfert de l'immeuble de la fondation de prévoyance B\_\_\_\_\_ à la recourante – fondation de placement – en échange de parts correspondantes émises par celle-ci en faveur de la première, est soumis aux droits de mutations régis par la LDE dans le canton de Genève. Contrairement à l'AFC-GE et au TAPI, la recourante considère que, malgré l'absence d'un renvoi express de l'art. 103 LFus à l'art. 80 al. 4 LPP, les cas de restructurations d'institutions de prévoyance ancrés dans cette seconde disposition (à savoir la fusion et la division) doivent aussi être exonérés des droits de mutation prévus par le droit genevois, vu l'objectif de la LFus et les spécificités - 8/28 - A/147/2017 des institutions de prévoyance. L'intéressée soutient que le transfert litigieux doit être qualifié de division au sens de l'art. 80 al. 4 LPP et, de ce fait, exonéré des droits de mutation prévus par le droit cantonal.

La particularité de la présente affaire réside dans le fait que ledit transfert a pris la forme d'un cas de transfert de patrimoine au sens de l'art. 98 LFus entre deux institutions de prévoyance (de type différent). B\_\_\_\_\_ – institution dite « transférante » – est une fondation de prévoyance au sens des art. 48 ss LPP, tandis que la recourante – institution dite « reprenante » – est une fondation de placement au sens des art. 53g ss LPP. Ces deux fondations entrent, en dépit des travaux préparatoires de la LFus, toutes les deux, depuis la

1ère révision de la LPP entrée en vigueur le 1er janvier 2005, dans la notion d'institution de prévoyance au sens de la LFus (art. 2 let. i LFus ; message du Conseil fédéral concernant la LFus du 13 juin 2000, ci-après : message LFus, in FF 2000 p. 3995 ss, p. 4045 ; Marc AMSTUTZ/Ramon MABILLARD, in Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ/Rita TRIGO TRINDADE [éd.], Commentaire romand, Code des obligations II, 2ème éd., 2017, n. 57 ad Intro. LFus). B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ peuvent ainsi se voir appliquer les dispositions de la LFus relatives aux institutions de prévoyance. De plus, comme cela ressort du RC, ces deux institutions sont actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle, mais dans deux activités différentes. B\_\_\_\_\_ a pour but de prémunir contre les conséquences économiques résultant de la vieillesse, de l'invalidité et du décès, tandis que la recourante a pour but de développer la prévoyance en investissant de façon collective les capitaux qui lui sont confiés dans des valeurs immobilières. Vu leur domaine d'activité, les deux institutions de prévoyance sont soumises à la réglementation spéciale régissant la prévoyance professionnelle, à savoir la LPP et, s'agissant de l'activité de placement, à l'ordonnance sur les fondations de placement des 10 et 22 juin 2011 (OFP - RS 831.403.2) ainsi qu'à l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP2 - RS 831.441.1, en particulier art. 49 à 56a OPP2 sous certaines réserves).

À ces aspects spécifiques s'ajoute le fait que le présent litige soulève, dans un contexte de restructuration au sens de la LFus, la question de l'exonération de la recourante des droits d'enregistrements prélevés par le canton de Genève. En effet, l'art. 103 LFus prévoit, à certaines conditions, l'exclusion de la perception des droits d'enregistrement (ou droits de mutation) cantonaux ou communaux. En raison de la systématique de la loi et du fait qu'il se trouve dans les dispositions communes, l'art. 103 LFus est susceptible de s'appliquer in casu. Or, la question de l'exonération des droits de mutation est également régie par une disposition spéciale de la LPP à laquelle les intéressées sont également soumises. L'art. 80 al. 3 LPP dispose que les « immeubles peuvent être frappés d'impôts fonciers, en particulier (...) et de droits de mutation ».

- 9/28 - A/147/2017 3)

Afin de comprendre l'argumentation des parties relative à la relation entre les art. 103 LFus et 80 al. 4 LPP, il convient d'abord, après un bref rappel sur les droits de mutation dans le canton de Genève, d'examiner l'art. 103 LFus et de déterminer ses conditions d'application.

a. Dans le canton de Genève, les droits de mutation sont régis par la LDE et dénommés droits d'enregistrement. Les droits de mutation sont des impôts perçus par les cantons sur les transferts de propriété immobilière. Il s'agit d'impôts indirects qui n'entrent pas dans le mandat d'harmonisation fiscale de la Confédération de l'art. 129 Cst. et qui relèvent exclusivement du droit cantonal (ATF 138 II 557 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1242/2012 du 12 août 2013 consid. 1.2 ; ATA/600/2018 du 12 juin 2018 consid. 4).

Les droits d'enregistrement sont un impôt qui frappe toute pièce, constatation, déclaration, condamnation, convention, transmission, cession et en général toute opération ayant un caractère civil ou judiciaire, soumises soit obligatoirement, soit facultativement à la formalité de l'enregistrement (art. 1 al. 1 1ère phrase LDE). Sont ainsi obligatoirement soumis à l'enregistrement les actes, écrits et pièces portant réquisitions au registre foncier du canton de Genève (art. 3 let. b LDE).

Selon l'art. 33 LDE, sont soumis obligatoirement au droit de 3 %, sous réserve des exceptions prévues par la loi, tous les actes translatifs à titre onéreux de la propriété, de la

nue-propriété ou de l'usufruit de biens immobiliers sis dans le canton de Genève, notamment les ventes, substitutions d'acquéreur, adjudications, apports et reprises de biens (al. 1). Les cessions et reprises de biens immobiliers qui ne constituent pas une donation, un échange ou un partage sont soumises au droit prévu pour les actes translatifs à titre onéreux de la propriété immobilière (al. 2). Le transfert de biens immobiliers résultant de la fusion ou de l'absorption de patrimoines est soumis au même droit (al. 3).

Aux termes de l'art. 61A LDE, il n'est perçu aucun droit en cas de restructuration en franchise d'impôts au sens de l'art. 20 al. 1 de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP - D 3 08) et 24 al. 3 et 3quater LHID.

b. Selon l'art. 103 LFus, 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. Les émoluments couvrant les frais occasionnés sont réservés.

Conformément à la jurisprudence, 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. En revanche, depuis l'entrée en vigueur de l'art. 103 LFus, celui-ci fait obstacle à

- 10/28 - A/147/2017 l'application de règles cantonales plus restrictives. Tant que les dispositions cantonales se contentent de reprendre la teneur de l'art. 103 LFus, la règle cantonale n'a pas d'effet juridique propre (ATF 138 II 557 consid. 4.2 et 4.3). Tel est le cas de l'art. 61A al. 1 LDE en relation avec l'art. 33 LDE, de sorte que le cas d'espèce doit s'examiner exclusivement à l'aune de l'art. 103 LFus et des dispositions de la LHID auxquelles celui-ci fait référence (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_674/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3.1).

c. S'agissant en l'espèce de l'imposition d'une personne morale, s'applique l'art. 24 LHID, et non l'art. 8 LHID régissant l'impôt sur le revenu résultant d'une activité lucrative indépendante de personnes physiques. L'al. 3quater de l'art. 24 LHID n'est pas non plus applicable. Cet alinéa vise des transferts uniquement entre des entités réunies sous la direction unique d'une même entité, ce qui n'est pas le cas in casu.

En vertu de l'art. 24 al. 3 LHID, 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 : en cas de transformation en une société de personnes ou en une autre personne morale (let. a) ; en cas de division ou séparation d'une personne morale à condition que ce transfert ait pour objet une ou plusieurs exploitations ou parties distinctes d'exploitation et pour autant que les personnes morales existantes après la scission poursuivent une exploitation ou partie distincte d'exploitation (let. b) ; en cas d'échange de droits de participation ou de droits de sociétariat suite à une restructuration ou à une concentration équivalant économiquement à une fusion (let. c) ; 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 (let. d).

Cette disposition est identique à celle prévue en matière d'impôt fédéral direct pour les personnes morales (art. 61 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 - LIFD - RS 642.11). Elle est similaire à la teneur de l'art. 8 al. 3 LHID applicable aux personnes physiques (entreprise individuelle ou société de personne), qui s'applique en cas de transfert d'éléments patrimoniaux à une autre entreprise de personnes (let. a) ; en cas de transfert d'une exploitation ou d'une partie distincte d'exploitation à une personne morale (let. b) ; en cas d'échange de droits de participation ou de droits de sociétariat suite à des restructurations au sens de l'art. 24 al. 3, ainsi que suite à des concentrations équivalant économiquement à des fusions (let. c).

- 11/28 - A/147/2017

d. Selon la jurisprudence, l'application de l'art. 103 LFus suppose que l'on soit en présence d'une restructuration. Le renvoi de cette norme à l'art. 24 al. 3 et al. 3quater LHID – qui a la même teneur que l'art. 61 al. 1 et 3 LIFD – vise à réaliser un parallélisme des conséquences fiscales des restructurations et à harmoniser les concepts de restructuration en droit fiscal avec ceux de la LFus. Ce renvoi est toutefois maladroit, selon le Tribunal fédéral et la doctrine, en ce qui concerne le droit de mutation, vu qu'il s'agit d'un impôt indirect qui frappe les transactions juridiques et non un impôt sur le revenu ou le bénéfice. Ainsi, l'exonération du droit de mutation ne dépend pas des deux conditions posées par l'art. 24 al. 3 LHID relatives au maintien de l'assujettissement en Suisse et à la valeur déterminante pour les éléments commerciaux repris. Enfin, une institution exonérée des impôts directs peut également se prévaloir de l'exonération du droit de mutation. Par conséquent, le renvoi – contenu à l'art. 103 LFus – à l'art. 24 al. 3 et al. 3quater LHID doit être interprété de telle manière à ce que seul le concept de « restructuration » doit être utilisé en matière de droits de mutation, à l'exclusion des autres conditions établies par la LHID pour permettre l'exonération des impôts directs (ATF 138 II 557 consid. 5.2 et les références citées). Le Tribunal fédéral relève également que le texte de l'art. 103 LFus lui-même laisse une certaine marge d'interprétation lorsqu'il interdit la perception de droits de mutation en cas de restructuration « au sens des » art. 8 al. 3 et 24 al. 3 et 3quater LHID, sans limiter l'injonction aux restructurations telles que précisément définies par ces dispositions. De plus, d'une manière générale, le système mis en place par la LFus est conçu de manière à éviter que les possibilités offertes par le droit civil ne soient contrecarrées par le droit fiscal (ATF 138 II 557 consid. 7.5).

Selon la jurisprudence, la notion de restructuration en vertu de l'art. 24 al. 3 LHID recouvre en principe la fusion, la scission et la transformation, mais pas le transfert de patrimoine. Ainsi, un tel transfert ne peut être effectué en neutralité fiscale en application de l'art. 24 al. 3 LHID, à moins qu'il ne réalise simultanément l'état de fait de la fusion, de la transformation ou de la scission (ATF 138 II 557 consid. 6.1). Le transfert de patrimoine constitue un institut juridique complémentaire aux états de fait spécifiques de la fusion, de la scission et de la transformation. Il représente un succédané pour les opérations de fusion et de transformation qui ne sont pas prévues par la LFus ; il permet de réaliser de manière adéquate des opérations de modification des structures juridiques. S'agissant d'un simple instrument de transfert des droits qui peut être utilisé pour atteindre différents objectifs économiques, le transfert de patrimoine ne peut être assimilé d'une manière générale à une fusion, une scission ou encore une transformation. Les restructurations qui s'appuient sur un transfert de patrimoine peuvent cependant être effectuées sans conséquences fiscales, pour autant que le procédé soit analogue, au plan économique, à une fusion, une scission ou une

transformation. L'utilisation du transfert de patrimoine n'est ainsi pas nécessaire pour opérer une restructuration en neutralité fiscale et, inversement, il n'entraîne

- 12/28 - A/147/2017 pas ipso facto la neutralité fiscale. Il convient par conséquent d'examiner dans chaque cas de transfert de patrimoine si on est en présence d'une restructuration qui peut s'effectuer de manière neutre au plan fiscal. Lorsqu'une restructuration s'effectue par le biais d'un transfert de patrimoine, et qu'elle n'est pas analogue à une fusion, une scission ou une transformation, l'art. 24 al. 3 LHID n'est pas applicable (ATF 138 II 557 consid. 7.3).

e. Dans le cas d'espèce, le transfert de patrimoine litigieux entre les deux institutions de prévoyance au sens de l'art. 98 LFus n'entre dans aucune des hypothèses de l'art. 24 al. 3 LHID. Toutefois, l'art. 103 LFus est, conformément à la jurisprudence susmentionnée, susceptible de s'appliquer si le procédé du transfert litigieux est analogue, sur le plan économique, à une fusion, une scission ou une transformation. Il s'agit ainsi de procéder à une appréciation économique du transfert litigieux pour déterminer s'il y a une analogie de procédé entre celui-ci et un cas de scission. En effet, les parties ne contestent pas le fait que les hypothèses de fusion et de transformation n'entrent, en l'espèce, pas en ligne de compte.

L'autorité et la juridiction précédentes ont exclu l'analogie du transfert litigieux avec la scission, au motif qu'il ne remplissait pas l'une des conditions fixées dans la circulaire n° 5/2004, à savoir la condition sous-mentionnée relative au seuil minimal des rendements locatifs. Or, cette condition ne résulte ni de la loi, ni de la jurisprudence du Tribunal fédéral. De plus, comme l'invoque la recourante, le Tribunal fédéral s'est déjà écarté, dans le cadre de l'examen de l'art. 103 LFus, de la lettre de l'art. 24 al. 3 quater LHID – disposition expressément visée par l'art. 103 LFus – et a, ce faisant, élargi la portée de l'exonération des droits de mutation prévue dans cette disposition à une institution de prévoyance (ATF 138 II 557 consid. 7.5).

Certes, la recourante ne remet pas en cause le fait qu'elle ne remplit pas la condition précitée de la circulaire n° 5/2004. Toutefois, elle reproche aux instances précédentes de ne pas avoir traité son argument, selon lequel l'art. 103 LFus engloberait aussi les cas de restructurations propres aux institutions de prévoyance figurant à l'art. 80 al. 4 phr. 2 LPP, plus particulièrement celui de la division d'institution de prévoyance expressément prévue dans cette disposition spéciale. Aucune des parties ne conteste que l'hypothèse de la division au sens de l'art. 80 al. 4 LPP se rapproche de celle de la scission au sens de la LFus. C'est ainsi dans le cadre de l'examen de la condition jurisprudentielle précitée d'application de l'art. 103 LFus (à savoir l'analogie du transfert litigieux, sur le plan économique, avec une scission) que doit être située l'argumentation des parties et en particulier la thèse de la recourante. Or, les instances précédentes ont écarté, d'une part, l'application de l'art. 103 LFus vu la non-réalisation de la condition précitée de la circulaire n° 5/2004 et, d'autre part, l'application de l'art. 80 al. 4 phr. 2 LPP en raison de son champ d'application limité aux seuls

- 13/28 - A/147/2017 gains immobiliers, ce qui n'est pas contesté. Ce faisant, elles n'ont pas procédé à une interprétation de l'art. 103 LFus au regard du cas de restructuration mentionné à l'art. 80 al. 4 phr. 2 LPP, à savoir in casu la division, alors même que cette disposition permet, sous l'angle des impôts directs et d'un report d'imposition, de ne pas imposer les gains immobiliers en cas de division d'institutions de prévoyance. Elles n'ont par ailleurs pas examiné la condition jurisprudentielle susmentionnée d'application de l'art.

103 LFus, se limitant aux conditions de la circulaire n° 5/2004. Il convient dès lors de traiter ces deux aspects pour répondre aux griefs de la recourante. 4)

Il s'agit ainsi de commencer par examiner la question de la relation entre l'art. 103 LFus et l'art. 80 al. 4 LPP, soulevée par les parties. Ces dernières ont une lecture différente de l'art. 103 LFus, ce qui est à l'origine du présent litige limité à un cas de restructuration sous la forme d'un transfert de patrimoine entre institutions de prévoyance au sens de l'art. 98 LFus.

Contrairement à la recourante, l'AFC-GE et le TAPI se fondent sur le texte clair de cette disposition qui ne fait aucun renvoi à l'art. 80 al. 4 LPP, ce qui n'est pas contesté. La recourante estime toutefois qu'une interprétation purement littérale de l'art. 103 LFus est contraire à la volonté du législateur consistant à favoriser les restructurations d'entreprise sans entraves fiscales, notamment sous l'angle des droits de mutation.

a. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 143 I 109 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_327/2017 du 12 septembre 2017 consid. 5.5 ; ATA/550/2018 du 5 juin 2018). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 142 II 388 consid. 9.6.1 ; ATA/436/2018 du 8 mai 2018). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 144 III 58 consid. 4.1.3.1).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge est, en principe, lié par un texte légal clair et sans équivoque. Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, il est possible que la lettre d'une norme ne corresponde pas à son sens véritable. Ainsi, l'autorité qui applique le droit ne peut s'en écarter que s'il existe des motifs sérieux de penser que le texte ne correspond pas en tous points au sens

- 14/28 - A/147/2017 véritable de la disposition visée. De tels motifs peuvent résulter des travaux préparatoires, du fondement et du but de la prescription en cause, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions (ATF 144 II 326 consid. 2.2 ; 141 V 206 c. 3.2).

S'agissant plus spécialement des travaux préparatoires, bien qu'ils ne soient pas directement déterminants pour l'interprétation et ne lient pas le juge, ils ne sont pas dénués d'intérêt et peuvent s'avérer utiles pour dégager le sens d'une norme. En effet, ils révèlent la volonté du législateur, laquelle demeure, avec les jugements de valeur qui la sous-tendent, un élément décisif dont le juge ne saurait faire abstraction même dans le cadre d'une interprétation téléologique (ATF 119 II 183 consid. 4b ; 117 II 494 consid. 6a ; ATA/213/2017 du 21 février 2017). Les travaux préparatoires ne seront toutefois pris en considération que s'ils donnent une réponse claire à une disposition légale ambiguë et qu'ils ont trouvé expression dans le texte de la loi (ATF 124 III 126 consid. 1b ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_939/2011 du 7 août 2012 consid. 4).

b. En cas de conflit de normes s'appliquent trois règles classiques principales : *lex superior derogat inferiori* (la norme supérieure prime la norme inférieure), *lex specialis derogat generali* (la norme spéciale prime la norme générale), et *lex posterior derogat anteriori* (la norme postérieure prime la norme antérieure).

La primauté du droit supérieur découle du principe de la hiérarchie des normes (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_736/2010 du 23 février 2012 consid. 6.3). En présence de règles de droit contradictoires de rangs différents, le juge est tenu de se conformer à la règle supérieure. Entre les principes *lex specialis derogat generali* et *lex posterior derogat anteriori*, il n'existe pas de hiérarchie stricte (ATF 134 II 329 consid. 5.2). Il est néanmoins incontesté que le rapport de spécialité entre deux normes n'est pas toujours facile à déterminer, et qu'il doit le cas échéant être dégagé selon les règles classiques de l'interprétation juridique. Par ailleurs, si la question du caractère postérieur d'une norme par rapport à une autre est généralement plus facile à établir, il n'en est pas moins nécessaire de se demander le cas échéant si le nouveau droit visait bien à matériellement « abroger » l'ancien (ATA/1000/2014 du 16 décembre 2014 consid. 11 et les références citées).

c. Selon l'art. 80 al. 4 LPP, les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles peuvent être frappés de l'impôt général sur les bénéfices ou d'un impôt spécial sur les gains immobiliers (phr. 1). Les bénéfices qui résultent de la fusion ou de la division d'institutions de prévoyance ne sont pas imposables (phr. 2). De plus, outre l'art. 80 al. 3 LPP cité plus haut, l'art. 80 al. 2 LPP dispose que dans la mesure où leurs revenus et leurs éléments de fortune sont exclusivement affectés à des fins de prévoyance professionnelle, les institutions de prévoyance de droit privé ou de droit public qui ont la personnalité juridique sont exonérées des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes, ainsi que

- 15/28 - A/147/2017 d'impôts sur les successions et sur les donations perçus par les cantons et les communes (art. 80 al. 2 LPP).

D'un point de vue temporel, l'art. 80 LPP est antérieur à la LFus et à son art. 103. En effet, l'art. 80 LPP existe depuis le 1er janvier 1985, date de l'entrée en vigueur de cette loi, tandis que la LFus est entrée en vigueur le 1er juillet 2004 et que l'art. 103 LFus est en vigueur depuis le 1er juillet 2009 (art. 111 al. 3 LFus).

d. Selon le Tribunal fédéral, les art. 80 à 84 LPP contiennent des principes obligatoires et visent dans cette mesure à une uniformisation du droit des impôts directs des cantons et des communes. Il s'agit de dispositions d'harmonisation fiscale (ATF 116 Ia 264 consid. 3d ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.483/2001 du 29 novembre 2002 consid. 2.2). Cela correspond à la base constitutionnelle de ces dispositions (art. 34quater al. 5 de l'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874, ci-après : aCst., dont la teneur est analogue à l'art. 111 al. 3 Cst.). Selon l'art. 34quater al. 5 aCst., les cantons peuvent être tenus d'accorder des exonérations fiscales aux institutions relevant de l'assurance fédérale ou de la prévoyance professionnelle. Les art. 80 à 84 LPP sont obligatoire pour les cantons, mais seulement en tant que normes de principe (« Grundsatzvorschriften ») qui doivent être intégrées par les cantons dans leur législation afin d'être applicables (ATF 116 Ia 264 consid. 3e).

Selon le message du Conseil fédéral à l'appui du projet de LPP du 19 décembre 1975 (ci-après : message LPP, in FF 1976 I 117 ss, p. 183, chap. 432), en matière d'imposition par les cantons des bénéfices immobiliers, il existe une restriction concernant uniquement les bénéfices réalisés en cas de fusion ou de division d'institutions de prévoyance : ces bénéfices ne sont pas soumis à l'impôt, du fait que la fortune reste entièrement affectée au

but poursuivi par l'institution.

e. Lors des travaux préparatoires de la LFus, les dispositions spéciales d'ordre fiscal précitées de la LPP n'ont pas été omises (message LFus, ch. 1.3.9.3 p. 4025 ; ch. 1.3.9.5.5 p. 4031 s). En particulier, le Conseil fédéral a, dans la rubrique « Questions spéciales », spécialement abordé le cas de la « scission d'institutions de prévoyance » (message LFus, ch. 1.3.9.5.5 p. 4031 s).

Après le rappel de la teneur des al. 2 à 4 de l'art. 80 LPP, le message LFus précise que l'art. 80 al. 4 LPP vise l'impôt sur les gains immobiliers « qu'il faut renoncer à percevoir, selon le groupe de travail "Impôts lors de restructurations", en cas de fusion ou de scission d'institutions de prévoyance professionnelle ». En revanche, la perception des droits de mutation est permise. Sur ce point-ci, le message LFus souligne que la crainte exprimée pendant la consultation, selon laquelle l'exonération de l'impôt sur les gains immobiliers en cas de scission d'une institution de prévoyance pourrait échouer en raison de la clause d'exploitation, est par conséquent infondée. Savoir si le droit fiscal peut

- 16/28 - A/147/2017 considérer les institutions de prévoyance comme des exploitations n'est pas déterminant, car la neutralité fiscale de la scission découle directement, sans restriction découlant de la clause d'exploitation, de l'art. 80 al. 4 LPP (message LFus, ch. 1.3.9.5.5, p. 4031 s).

f. Dans l'ATF 138 II 557, invoqué par la recourante à l'appui de sa thèse, le Tribunal fédéral s'est écarté de la lettre de l'art. 24 al. 3quater LHID qui vise uniquement les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives, dans une affaire vaudoise concernant la perception des droits de mutation auprès d'une fondation de prévoyance, à la suite d'un transfert d'actifs et de passifs à cette dernière par une société immobilière (ayant la forme d'une société anonyme) dont ladite fondation détenait l'ensemble des actions. Les actifs comprenaient cinq parcelles.

Le Tribunal fédéral a ainsi exonéré des droits de mutation, la fondation de prévoyance – bien que l'art. 24 al. 3quater LHID ne vise pas les fondations –, considérant qu'en lien avec l'art. 103 LFus, le texte de l'art. 24 al. 3quater LHID conduisait à un résultat que le législateur ne pouvait avoir voulu et qui heurtait le principe de l'égalité de traitement (étant précisé qu'à l'époque l'institution de prévoyance pouvait prendre la forme d'une fondation ou d'une société coopérative). La restriction découlant de la lettre de l'art. 24 al. 3quater LHID favorisait les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives et contrevenait à un objectif fondamental de la LFus, à savoir l'augmentation de la flexibilité des entreprises dans le choix de leur forme juridique. Le système mis en place par la LFus était conçu de manière à éviter que les possibilités offertes par le droit civil ne soient contrecarrées par le droit fiscal (consid. 7.5).

g. Dans sa thèse de doctorat consacrée aux fondations de placement, BECHAALANY relève que l'art. 103 LFus « veut uniformiser les conséquences fiscales des restructurations et exonérer de droits de mutation les transactions qui bénéficient d'un report de l'impôt sur les gains immobiliers », mais que les renvois opérés par cette norme présentent des inexactitudes et rappelle l'ATF 138 II 557 précité (Sarah BECHAALANY, op. cit., p. 268). Dans la mesure où l'art. 103 LFus renvoie de façon abstraite au concept de restructuration, cette auteure considère que la division d'une institution de prévoyance est exonérée de droits de mutation pour autant qu'elle constitue une restructuration neutre sur le plan fiscal au vu de son résultat économique. Elle conclut qu'en « cas d'apport immobilier dans une

fondation de placement, la notion de restructuration de l'art. 103 LFus s'interprète donc à la lumière de l'art. 80 al. 4 LPP et, selon la conception suivie ici, la transaction n'est pas sujette aux droits de mutation » (Sarah BECHAALANY, op. cit., p. 268). Dans le cadre de ce raisonnement, elle fait référence au rapport du Conseil fédéral de mars 2006.

h. Dans le rapport du Conseil fédéral de mars 2006, également invoqué par la recourante à l'appui de sa position, sont notamment présentées les modifications légales nécessaires à l'exonérations des institutions de prévoyance

- 17/28 - A/147/2017 professionnelles (telles que caisses de pensions et fondations de placement), des droits de mutation (p. 4 s). Deux solutions sont décrites. La solution de base consiste à ajouter l'exonération des droits de mutation perçus par les cantons et les communes à l'al. 2 de l'art. 80 LPP et à supprimer, à l'al. 3 de cette même disposition, la faculté laissée aux cantons de prélever cet impôt. La solution alternative passe par une modification de la deuxième phrase de l'art. 80 al. 4 LPP, qui disposerait entre autres que ni l'impôt sur le bénéficiaire ni les droits de mutation ne seraient perçus en cas de fusion et de division d'institutions de prévoyance.

Dans son exposé concernant la situation en matière de droits de mutation lors de restructuration (p. 3), le Conseil fédéral relève que plusieurs législations cantonales exonèrent la restructuration d'institutions de prévoyance des droits de mutation et que quelques cantons permettent des exonérations en appliquant par analogie les règles sur les restructurations d'entreprise, mais sans exiger le respect de la clause d'exploitation. Selon cette autorité, même si l'art. 103 LFus ne prévoit explicitement pas de renvoi à l'art. 80 al. 4 LPP, la division d'une institution de prévoyance peut néanmoins être qualifiée d'opération exonérée des droits de mutation sur la base de la notion de restructuration qui est fondée, en droit fiscal, sur le résultat. C'est pourquoi le renvoi aux dispositions de la LHID ne se rapporte qu'aux conditions de fait abstraites de la restructuration. Pour les fusions et les transformations d'institutions de prévoyance, il est cependant tout à fait certain, selon ledit rapport, que la perception de droits de mutation sera interdite selon l'art. 103 LFus dès le 1er juillet 2009. L'exonération des droits de mutation se traduit, contrairement au report de l'impôt sur les gains immobiliers, par une exonération définitive (p. 3).

i. En l'état actuel du droit, malgré l'exonération en matière d'impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux prévue à l'art. 80 al. 2 LPP, l'art. 80 al. 3 LPP laisse expressément la possibilité aux cantons de prélever des droits de mutation s'agissant des immeubles des institutions de prévoyance. Cette faculté – bien que mise en lumière dans le message LFus – n'a pas subi de modification par l'entrée en vigueur ultérieure de la LFus en 2004, en particulier vu l'adoption – contre l'avis du Conseil fédéral mais suivant la position du groupe de travail « Impôts lors de restructurations » (message LFus, ch. 1.3.9.7 p. 4035 s) – de l'art. 103 LFus entrée en vigueur en juillet 2009. Le message LFus souligne que la perception des droits de mutation est permise (ch. 1.3.9.5.5, p. 4032). Ceci est confirmé par la teneur de l'art. 103 LFus qui ne fait aucune mention de l'art. 80 LPP, malgré le fait que ces deux dispositions règlent de manière différente la question de la perception des droits de mutation. L'art. 103 LFus interdit une telle imposition en cas de restructuration, alors que l'art. 80 al. 3 LPP l'autorise sans aucune mention des cas de fusion ou de division des institutions de prévoyance, pourtant mentionnés à l'art. 80 al. 4 LPP. Ceux-ci ne sont, lors de la survenance de telles hypothèses, pas imposables du point de vue des gains immobiliers,

- 18/28 - A/147/2017 d'après le texte clair de cette norme-ci et le message LFus, l'imposition étant alors reportée.

Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que la LFus, bien que postérieure à la LPP, n'a pas eu d'impact sur la réglementation spéciale de l'art. 80 al. 3 LPP autorisant les cantons à prélever des droits de mutations s'agissant des immeubles des institutions de prévoyance, et ce malgré l'adoption de l'art. 103 LFus interdisant la perception de droits de mutations cantonaux et communaux en cas de restructuration au sens des dispositions de la LHID, d'une part, et en dépit de la mention des cas de fusion et de division d'institutions de prévoyance à l'art. 80 al. 4 LPP, d'autre part. À cela s'ajoute, contrairement au caractère discuté du fondement constitutionnel de l'art. 103 LFus (message LFus, ch. 1.3.9.7 p. 4035 s ; Xavier OBERSON/Pierre-Marie GLAUSER in Henry PETER/Rita TRIGO TRINDADE [éd.], Commentaire LFus, 2005, n. 7 ad art. 103), que l'art. 111 al. 3 Cst. permet à la Confédération d'obliger les cantons à accorder des exonérations fiscales aux institutions de prévoyance. Dès lors, il n'y a, à rigueur de texte, pas de conflit entre l'art. 103 LFus et l'art. 80 al. 3 LPP. Un conflit pourrait toutefois survenir entre ces deux dispositions si un cas de restructuration tombant dans le champ d'application de l'art. 103 LFus ne faisait pas l'objet d'une exonération – conséquence juridique de l'application de cette norme-ci – au motif que l'art. 80 al. 3 LPP autorise les cantons à prélever les droits de mutation s'agissant des immeubles d'institutions de prévoyance.

Ainsi, en l'absence d'un cas de restructuration au sens de l'art. 103 LFus, les institutions de prévoyance peuvent être tenues de payer des droits de mutation cantonaux ou communaux en cas de transfert de patrimoine portant sur des immeubles, dont l'état de fait n'est pas constitutif d'un cas de restructuration sous forme de fusion, transformation ou scission. L'art. 80 al. 4 LPP ne s'applique en effet, comme l'ont indiqué les instances précédentes et comme cela ressort du message LFus, qu'en matière de gains immobiliers, et non aux droits de mutation. Il n'y a donc, sous réserve d'un cas de restructuration au sens de l'art. 103 LFus, aucune raison objective de s'écarter du texte clair de cette disposition, le législateur n'ayant, malgré la prise en compte de l'art. 80 LPP lors des travaux préparatoires de la LFus, pas fait de renvoi de l'art. 103 LFus à l'art. 80 LPP.

L'argumentation de la recourante consistant à s'écarter d'une interprétation littérale de l'art. 103 LFus vu les cas de restructuration prévus – et donc autorisés – par l'art. 80 al. 4 LPP ne peut donc être suivie, à moins qu'un cas de restructuration au sens de l'art. 103 LFus ne soit démontré dans le cas d'espèce. Ni l'ouvrage de BECHAALANY, ni le rapport du Conseil fédéral de mars 2006 ne permettent, en dehors de cette réserve, d'admettre la thèse de la recourante. Lorsque cette auteure fait référence aux inexactitudes de l'art. 103 LFus, elle s'appuie sur la notion de restructuration admise par l'ATF 138 II 557 précité et fonde l'exonération des droits de mutation en cas de division d'une institution de

- 19/28 - A/147/2017 prévoyance, sur le concept d'une restructuration neutre sur le plan fiscal « au vu de son résultat économique » (Sarah BECHAALANY, op. cit., p. 268). Cette position rejoint celle de la condition jurisprudentielle susmentionnée d'application de l'art. 103 LFus. Quant au rapport précité, il met en évidence l'absence de base légale imposant l'exonération des droits de mutation cantonaux et communaux s'agissant des institutions de prévoyance, en concluant que cette exonération n'implique que « peu de modifications légales ». De plus, en l'absence d'un cas de restructuration au sens de l'art. 103 LFus, l'argument quant à une éventuelle inégalité de traitement entre les entités soumises à la LFus ne peut pas être retenu, cette loi visant à favoriser la réorganisation des entreprises, à

l'exclusion d'un pur transfert de biens.

Dans la mesure où le transfert litigieux prend la forme d'un transfert de patrimoine au sens de l'art. 98 LFus, il ne tombe sous aucune des hypothèses expressément visées par l'art. 103 LFus en relation avec l'art. 24 al. 3 LHID, de sorte qu'une exonération des droits de mutations genevois ne peut se fonder sur l'art. 103 LFus que si la condition jurisprudentielle susmentionnée d'application de l'art. 103 LFus s'avère en l'espèce réalisée. Ainsi, ce n'est qu'à l'aune de cette condition jurisprudentielle – soit, en l'espèce, d'une analogie, sous l'angle économique, du procédé du transfert litigieux avec une scission – que peut être considérée l'application – invoquée par la recourante – du cas de division d'institution de prévoyance mentionné à l'art. 80 al. 4 LPP. 5)

Il reste ainsi à examiner si le procédé du transfert de patrimoine litigieux est, sur le plan économique, analogue à une scission.

a. Selon l'art. 29 LFus régissant le principe de la scission de sociétés, celle-ci peut résulter : a) soit de la division de l'ensemble de son patrimoine et du transfert des parts de ce dernier à d'autres sociétés ; ses associés reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes ; la société transférante est dissoute et radiée du registre du commerce (division) ; b) soit du transfert d'une ou de plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sociétés ; ses associés reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes (séparation).

Quant au transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance, l'art. 98 al. 1 LFus prévoit que ces dernières peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à une autre institution de prévoyance ou à un autre sujet. Cette opération – à l'instar de la fusion d'institutions de prévoyance – n'est autorisée que si le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés sont maintenus (art. 88 al. 2 LFus par renvoi de l'art. 98 al. 2 LFus qui renvoie aussi aux art. 70 à 77 LFus régissant le transfert de patrimoine). Tout transfert de patrimoine dans le cadre d'une liquidation totale ou partielle nécessite une approbation de l'autorité de surveillance si cela est prévu par le droit de la prévoyance professionnelle (art. 98 al. 3 LFus).

- 20/28 - A/147/2017

b. La circulaire n° 5/2004 expose les conséquences fiscales relatives aux restructurations au plan de l'entreprise et au plan des détenteurs des droits de participation dans le domaine des impôts de la Confédération (impôt fédéral direct, impôt anticipé et droits de timbre). Elle traite des restructurations des entreprises de personnes et des personnes morales (chapitre 4), étant précisé qu'elle n'aborde cependant pas les conséquences fiscales liées au cas spécifique des restructurations des institutions de prévoyance.

La circulaire décrit, sous la rubrique « états de fait », chaque cas de restructuration traité, avant d'exposer les conséquences fiscales au regard des impôts précités. Lors d'une scission, une société (société transférante) transfère une ou plusieurs parts de son patrimoine à une autre société (société reprenante) contre l'octroi de droits de participation à ses titulaires de parts (notion communément admise par le passé en droit fiscal : « scission verticale »). Lors d'une scission, une société est décomposée en deux ou plusieurs sociétés parallèles (scission asymétrique) ou sociétés sœurs (scission symétrique). Par ailleurs, il sied de distinguer la constitution de deux nouvelles sociétés à partir d'une société transférante qui disparaît (division) du transfert de valeurs patrimoniales d'une société à une

autre société existante ou nouvelle (séparation ; circulaire n° 5/2004, ch. 4.3.1).

Le transfert litigieux peut a priori s'apparenter, vu le transfert d'une part de son patrimoine à une société existante, au cas de séparation visé par l'art. 29 let. b LFus, à la différence que l'octroi, en échange, de droits de participation vise in casu la société transférante (et non ses membres) vu qu'il s'agit d'une fondation qui n'a pas de capital social mais un patrimoine affecté à un but spécial (art. 48 al. 2 LPP et art. 80 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210). Or, l'AFC-GE soutient dans sa réponse, contrairement à sa décision sur réclamation et au jugement querellé, que le transfert litigieux doit s'examiner à l'aune de l'art. 24 al. 3 let. d LHID, c'est-à-dire du cas du démembrement (transfert à une société fille au sens de la disposition précitée, ce qui correspond à une scission horizontale), et non au regard de l'art. 24 al. 3 let. b LHID (scission verticale).

Selon la circulaire n° 5/2004, la scission doit être distinguée du démembrement (soit le transfert à une société filiale). Lors du démembrement d'exploitations, une société transfère des valeurs patrimoniales à une société dans laquelle elle prend ou détient déjà des droits de participation. Le transfert de valeurs patrimoniales par démembrement n'est pas régi par la LFus. Lors d'un démembrement en faveur d'une société filiale, des valeurs patrimoniales sont transférées à une société nouvelle ou préexistante, dans laquelle seule la société transférante détient des droits de participation. Le démembrement de valeurs patrimoniales en faveur d'une société dans laquelle une ou plusieurs société(s) détiennent des droits de participation (« joint venture ») génère les mêmes conséquences fiscales qu'un démembrement en faveur d'une société filiale.

- 21/28 - A/147/2017 Exceptionnellement et à certaines conditions cumulatives, le transfert de valeurs patrimoniales à une société filiale est fiscalement neutre. Une société filiale suisse est, en général, une société de capitaux ou une société coopérative dont le siège ou l'administration effective est en Suisse (art. 50 LIFD), et au capital-actions ou au capital social de laquelle la société de capitaux ou la société coopérative transférante possède 20 % au moins (circulaire n° 5/2004, ch. 4.4.1).

Sous l'angle de l'impôt fédéral direct relatif au revenu respectivement au bénéfice, ladite circulaire précise qu'en droit fiscal, la notion de restructuration est axée sur le résultat, c'est-à-dire que son interprétation est fondée sur une appréciation économique (circulaire n° 5/2004, ch. 2.2.1 et ch. 2.2.2). De plus, s'agissant des conditions de la neutralité fiscale d'une restructuration, elle ajoute qu'une restructuration est sans incidence fiscale pour autant qu'il n'y ait pas de liquidation ou d'aliénation (lien subjectif des réserves latentes avec l'exploitation), que les réserves latentes continuent à servir l'exploitation (lien objectif des réserves latentes avec l'exploitation) et que le droit d'imposer les réserves latentes reste attribué à la Suisse (lien fiscal des réserves latentes avec la Suisse ; circulaire n° 5/2004, ch. 2.2.2 [impôt sur le bénéfice, personne morale] et ch. 2.2.1 [impôt sur le revenu, personne physique]).

c. En cas de scission, que ce soit sous forme de division ou de séparation, une des conditions de la neutralité fiscale (soit, la non-imposition des réserves latentes) est le transfert d'une ou plusieurs exploitations ou parties distinctes d'exploitation (circulaire n° 5/2004, ch. 4.3.2.1 et ch. 4.3.2.5). Par exploitation, il faut entendre 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 ; la partie distincte d'exploitation est la plus petite unité d'une entreprise viable par elle-même. Une

exploitation ou une partie distincte d'exploitation est reconnue par la circulaire n° 5/2004 si trois conditions cumulatives sont remplies. Parmi celles-ci figure celle que le coût du personnel soit, par rapport aux recettes, conforme à l'usage. Une exploitation peut aussi comporter des actifs non nécessaires à l'exploitation (p. ex. liquidités, immeubles), à condition que l'exploitation n'occupe pas de ce fait une position subalterne, qu'elle n'ait pas été créée uniquement dans le but d'une scission en neutralité fiscale et qu'elle soit poursuivie dans le futur (réserve générale de l'évasion fiscale ; circulaire n° 5/2004, ch. 4.3.2.5).

Ladite circulaire mentionne le cas spécifique des sociétés immobilières en précisant ce qui suit. La détention et l'administration de propres immeubles constituent une exploitation dans la mesure où les trois conditions cumulatives sont remplies. Parmi celles-ci figure celle que les rendements locatifs sont au moins 20 fois supérieurs au coût du personnel conforme au marché pour la gérance des immeubles. Une scission de sociétés immobilières en franchise d'impôt est uniquement possible pour autant que les conditions nécessaires d'une - 22/28 - A/147/2017 restructuration fiscalement neutre soient remplies, que les immeubles transférés constituent une exploitation et que les sociétés immobilières existantes après la scission poursuivent une exploitation ou une partie distincte d'exploitation (circulaire n° 5/2004, ch. 4.3.2.8).

Les conditions susévoquées relatives à l'exigence d'une exploitation applicable en cas d'une scission sont également valables en cas de démembrement (soit le transfert à une société filiale, chapitre 4.4 de la circulaire n° 5/2004, cf. art. 61 al. 1 let. d et al. 2 LIFD dont le pendant est l'art. 24 al. 3 let. d et al. 3ter LHID) ou de transfert d'une exploitation d'une société de personne (personne physique) à une personne morale (chapitre 3.2 de la circulaire n° 5/2004, cf. art. 19 al. 1 let. b et 2 LIFD dont le pendant est l'art. 8 al. 3 let. b et al. 3bis LHID). Dans ces deux cas de figure, la neutralité fiscale est soumise à un délai de blocage de cinq ans des valeurs transférées, ce qui n'est pas le cas en cas de scission.

En cas de scission, vu la disparition du délai de blocage exigé jusqu'alors par la pratique, l'exigence de l'exploitation revêt une importance accrue. Ainsi, si des actifs isolés – par exemple des immeubles – font l'objet d'un transfert dans une société-sœur, les conditions d'une scission fiscalement neutre (exigence de l'exploitation) ne sont pas remplies. L'exigence de l'exploitation ne vaut pas seulement pour les valeurs patrimoniales transférées mais également pour la société transférante, afin de garantir l'imposition en cas de processus inverse – lorsqu'une exploitation est séparée et que subsistent des actifs isolés ne servant plus qu'au placement. Si la société transférante ne remplit plus l'exigence de l'exploitation après la scission, l'impôt sur le bénéfice est prélevé sur les réserves latentes restantes de la société transférante. Ainsi, quel que soit le procédé choisi en droit civil, les conséquences fiscales sont toujours les mêmes (circulaire n° 5/2004, ch. 4.3.2.13).

d. Dans un cas de transfert de patrimoine d'une société en nom collectif à une société anonyme (ATF 142 II 283 = RDAF 2017 II 45 ss), le Tribunal fédéral a dû examiner la condition de l'exploitation posée à l'art. 19 al. 1 let. b LIFD applicable au cas de transfert d'une exploitation à une personne morale (dont le pendant est l'art. 8 al. 3 let. b LHID).

La notion d'exploitation et de partie distincte d'exploitation doit correspondre, selon le Tribunal fédéral, à un complexe organisationnel et technique de valeurs patrimoniales qui représente une certaine indépendance. L'exploitation se caractérise par un degré élevé d'autonomie et se présente comme une organisation capable de subsister par elle-même.

Dans une exploitation, le capital et le travail sont mis en œuvre dans le but de réaliser un profit (« Gewinnerzielung »), étant précisé que l'engagement de la force de travail ne se limite pas au prélèvement des plus-values ou à la récupération de bénéfices (consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_675/2018 du 18 décembre 2018

- 23/28 - A/147/2017 consid. 3.5). De ce fait, la notion d'activité lucrative indépendante est plus large que celle d'exploitation. L'objet de l'art. 19 al. 1 let. b LIFD est de permettre la poursuite de l'activité entrepreneuriale sous une forme juridique différente et d'éviter que la fiscalité puisse constituer un obstacle à la transformation des entreprises. Le législateur a donc voulu favoriser la réorganisation des entreprises en neutralité fiscale et estime qu'il s'agit d'un intérêt public de prévoir que celle-ci puisse se faire sans conséquence fiscale. C'est pourquoi le Tribunal fédéral préconise une interprétation stricte de la notion d'exploitation (consid. 3.3).

La gestion d'un patrimoine immobilier propre ne peut constituer une exploitation que de manière très exceptionnelle, par exemple en présence d'un nombre important d'immeubles nécessitant une gestion d'une certaine intensité (gestion de contrats de baux, gestion de services immobiliers, etc.). La notion d'exploitation présuppose une gestion professionnelle des immeubles. La notion d'exploitation n'est donnée que si l'activité de gestion ne se limite pas à celle qui est liée au seul placement de capitaux d'une entreprise active dans l'immobilier (ATF 142 II 283 consid. 3.4). Dans cette affaire, le patrimoine transféré était constitué de quatre appartements, quatre places de parc souterraines et de quelques actions dans des sociétés anonymes de faible valeur. De plus, la société en nom collectif n'avait pas eu une très grande activité dans le domaine de l'immobilier, de sorte que cette activité n'atteignait pas une telle intensité pour être qualifiée d'exploitation au sens de l'art. 19 al. 1 let. b LIFD. La transformation en neutralité fiscale a été refusée (ATF 142 II 283 consid. 4).

e. Dans un arrêt plus ancien concernant la transformation d'une raison individuelle en deux sociétés anonymes nouvellement créées (ATF 115 Ib 263 = RDAF 1991 382 ss), le Tribunal fédéral a examiné la question de savoir si la scission d'une entreprise en une société d'exploitation et en une société immobilière parallèle devait être qualifiée de transfert fiscalement neutre. L'entreprise de plomberie – exercée jusqu'alors en raison individuelle – a été transférée à la société d'exploitation, et les immeubles de ladite entreprise à la société immobilière, toutes deux créées sous la forme de société anonyme. Le premier transfert a été reconnu sans incidence fiscale de sorte que les réserves latentes n'ont pas été imposées, la question se posait en revanche pour le transfert d'immeubles à la nouvelle société immobilière.

Selon le Tribunal fédéral, il ne pouvait être question d'exploitation (« Betrieb ») que si l'activité de gestion ne se limitait pas à celle qui était liée au seul placement de capitaux d'une entreprise active dans l'immobilier. Les réserves latentes constituées sur des éléments de fortune en raison de la fin qui leur était assignée dans l'entreprise, étaient liées à son exploitation (« Geschäftsbetrieb »). Un report de l'imposition n'était objectivement fondé que si, lors de la transformation par scission de l'entreprise, les réserves latentes étaient maintenues

- 24/28 - A/147/2017 dans l'exploitation dont la forme juridique était modifiée. Pouvaient être transférés sans incidence fiscale, les éléments de fortune liés à une exploitation ou partie d'exploitation poursuivant un objectif indépendant. En revanche, si placement de capital (« Kapitalanlage ») et exploitation (« Betrieb ») étaient séparés, les réserves latentes

perdaient le lien qu'elles avaient jusqu'alors avec l'exploitation. C'est pourquoi notamment, il n'était pas possible de transférer sans incidence fiscale les réserves latentes sur des immeubles qui jusqu'alors ne constituaient dans l'entreprise qu'un placement de capitaux, même si elles devaient être utilisées dans une nouvelle exploitation (ATF 115 Ib 263 consid. 2c = RDAF 1991 382, 386).

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a considéré qu'une partie des immeubles de la raison individuelle constituaient des placements de capitaux, éventuellement des réserves de l'entreprise, et servaient ainsi aussi à l'exploitation de la plomberie, mais que, à la suite de la division (« Teilung ») de la société de personnes, le lien existant jusqu'alors entre ces immeubles et l'exploitation avait été dissous ; le transfert (« Aufteilung ») de ces immeubles à la société immobilière ne pouvait dès lors être considéré comme n'ayant aucune incidence fiscale (ATF 115 Ib 263 consid. 3a = RDAF 1991 382, 386).

f. Le message LFus précise que l'exigence du transfert d'une exploitation est uniquement maintenue en cas de scission (message LFus, ch. 1.3.9.5.2, p. 4029). Selon ledit message, il faut surtout éviter que les possibilités offertes par le droit civil ne soient contrecarrées par le droit fiscal (message LFus, ch. 1.3.9.2 p. 4024). L'objectif du projet de LFus est d'assurer la neutralité fiscale de toutes les formes de restructurations prévues par la LFus qui visent à adapter les structures existantes de l'entreprise à un nouvel environnement économique et aux nouveaux besoins de la société (message LFus, ch. 1.3.9.4, p. 4026).

Le Conseil fédéral relève aussi que des questions se posent spécifiquement pour les transferts de patrimoines prévus par le projet de LFus. S'agissant, dans ce cas, d'un simple instrument de transfert des droits qui peut être utilisé pour atteindre différents objectifs économiques, le transfert de patrimoine ne peut être assimilé d'une manière générale à une fusion, une scission ou encore une transformation. Si le transfert de patrimoine peut effectivement être utilisé pour procéder à une restructuration lorsque le droit civil ne propose aucun instrument de droit des sociétés, il peut également être un moyen adéquat pour vendre les biens d'une entreprise à un tiers ou pour distribuer les actifs d'une société aux actionnaires sous forme de dividendes en nature. Or, il est parfois difficile de délimiter dans quel cadre le transfert de patrimoine est utilisé. Le présent projet de loi tient compte de cette difficulté : il n'énumère pas de façon exhaustive les différentes formes de restructurations neutres fiscalement (fusion, scission, transformation). Les restructurations qui s'appuient sur un transfert de patrimoine peuvent par conséquent être effectuées sans conséquences fiscales, pour autant

- 25/28 - A/147/2017 que le procédé soit analogue à une fusion, une scission ou une transformation, par exemple, le transfert d'une exploitation à une filiale (scission horizontale), la concentration ou la scission de fondations, la reprise d'une société coopérative par une fondation ou encore la transformation d'une société de capitaux en entreprise de personnes (message LFus, ch. 1.3.9.4, p. 4026 s).

g. En l'espèce, la question d'une analogie, sous l'angle économique, du procédé du transfert litigieux avec une scission est délicate à trancher essentiellement pour deux raisons. D'une part, cette question ne se pose in casu qu'à l'égard de la scission alors que la LFus ne prévoit pas l'hypothèse de la scission pour les fondations et les institutions de prévoyance, et ce malgré le cas de division ancré à l'art. 80 al. 4 LPP. D'autre part, le critère d'exploitation pose aussi problème vu l'activité des deux institutions de prévoyance impliquées dans le transfert litigieux et leur but lié à la mission légale de prévoyance

professionnelle et à la réglementation de celle-ci. En particulier, en tant que fondation de placement, l'activité de la recourante consiste à faire des placements conformes à la réglementation topique de prévoyance professionnelle de manière à retirer des bénéficiaires destinés au financement des prestations de prévoyance professionnelle régies par une réglementation spécifique. Or, il s'agit d'une activité de placement qui ne remplit pas, conformément à la jurisprudence fédérale susmentionnée, la condition de l'exploitation exigée pour les cas de scissions et de démembrement, étant au surplus précisé que le transfert d'un seul immeuble locatif ne saurait pas non plus remplir ladite condition au regard de la jurisprudence fédérale relative à la gestion d'immeubles. Le fait que l'art. 80 al. 4 LPP prévoit, contrairement à la LFus, le cas de division d'institution de prévoyance ne change rien à la non-réalisation de l'exigence de l'exploitation découlant de la jurisprudence précitée. Ainsi et en l'absence d'un renvoi de l'art. 103 LFus à l'art. 80 al. 4 LPP, il n'y a pas lieu de développer ce qu'il faut entendre par division au sens de l'art. 80 al. 4 LPP.

Dans le cadre de l'examen de l'analogie économique du procédé du transfert litigieux avec la scission, la question se pose toutefois de savoir si, comme l'invoque la recourante, il faut renoncer à l'exigence du critère de l'exploitation lorsque sont impliquées des institutions de prévoyance exerçant dans le domaine de la prévoyance professionnelle et soumises à la réglementation spécifique de ce domaine. Or, l'argument selon lequel ce critère serait remplacé par l'exigence du maintien de l'affectation du patrimoine en faveur de la prévoyance professionnelle, ne trouve pas de fondement légal, ni ne repose sur une jurisprudence fédérale, le fait qu'il s'agisse de la pratique dans certains cantons comme le relève le rapport du Conseil fédéral de mars 2006 (p. 3) ne constitue pas une base juridique suffisante à l'exonération des droits de mutations en l'état actuel du droit. À cela s'ajoute le fait que l'exonération demandée par la recourante se fonde sur l'art. 103 LFus qui, comme relevé ci-dessus, ne retient pas les cas de restructurations propres aux institutions de prévoyance vu l'absence de

- 26/28 - A/147/2017 renvoi à l'art. 80 al. 4 LPP et l'absence de modification de l'art. 80 LPP – à la suite de l'adoption de la LFus, plus particulièrement de l'art. 103 LFus – en ce qui concerne les droits de mutation. Par ailleurs, le Tribunal fédéral se fonde sur une interprétation restrictive de la notion d'exploitation, exigée pour les cas de scission, ce qui se justifie pleinement pour les deux raisons suivantes. D'une part, contrairement aux cas de restructurations sous la forme de démembrement, celui de la scission n'est pas soumis à un délai de blocage pendant lequel le bien transféré ne peut être aliéné. D'autre part, en matière de transfert de patrimoine, il est difficile, selon les travaux préparatoires de la LFus (message LFus, ch. 1.3.9.4, p. 4026 s), de délimiter dans quel cadre le transfert de patrimoine est utilisé, par exemple s'il s'agit d'une restructuration d'entreprise ou d'une simple vente à un tiers.

Enfin, dans la présente affaire, le transfert litigieux ne porte que sur un immeuble. L'éventualité que cette opération puisse potentiellement répondre à un besoin des institutions de prévoyance en termes de stratégie de placement ou de gestion des risques, ne change pas le fait que l'opération en cause est, d'un point de vue économique, très proche du cas simple d'une vente immobilière. La circonstance que le prix de l'immeuble soit payé sous forme d'émission de droits de la recourante en faveur de l'institution transférante n'y change rien. En effet, cette particularité sert à répondre à l'exigence découlant des art. 98 al. 2 et 88 al. 2 LFus, selon laquelle le transfert de patrimoine au sens de l'art. 98 LFus n'est

autorisé que si le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés sont maintenus. Sous l'angle d'une analogie économique avec la scission, il est difficile, dans le cas d'espèce et au regard de la jurisprudence fédérale susmentionnée, de conclure que le transfert litigieux – qui porte uniquement sur un immeuble et ce dans le cadre d'une activité de placement – soit l'équivalent, du point de vue économique, d'une scission considérée comme un cas de restructuration d'entreprise. En effet, dans la configuration du cas d'espèce, ne pas tenir compte, comme l'invoque la recourante, de l'exigence d'exploitation reviendrait à considérer que le simple transfert d'un patrimoine puisse être qualifié de restructuration au sens de l'art. 103 LFus et de ce fait exonéré des droits de mutation, et ce en dehors du cadre d'une exploitation. Or, le législateur n'a, à la suite de l'adoption de la LFus, pas considéré que le transfert d'un bien immobilier d'une institution de prévoyance à une autre – non constitutif d'un cas de restructuration sous forme de fusion, transformation ou scission – devait obligatoirement être exonéré des droits de mutation, vu l'absence de modification de l'art. 80 LPP et l'absence de renvoi de l'art. 103 LFus aux cas de fusion et de division d'institution de prévoyance mentionnés dans l'art. 80 al. 4 phr. 2 LPP. À cela s'ajoute que la LFus vise à faciliter la réorganisation des entreprises indépendamment de la forme juridique choisie, ce qui explique que l'art. 103 LFus suppose une restructuration. Le lien entre celle-ci et les dispositions de la LHID mentionnées dans l'art. 103 LFus a pour but d'harmoniser les concepts de

- 27/28 - A/147/2017 la LFus et des impôts directs en cas de restructuration d'entreprise, mais non d'élargir l'exonération des droits de mutation en dehors d'une telle hypothèse.

Au vu de ces considérations et afin de maintenir l'analogie, sur le plan économique, avec la scission conformément à la jurisprudence fédérale susmentionnée, il n'y a, en l'espèce, pas lieu de renoncer à l'exigence de l'exploitation. Ainsi et au vu de la jurisprudence précitée, le transfert litigieux ne portant que sur un immeuble dans le cadre d'une activité de placement, ne remplit pas la condition de l'exploitation découlant de la jurisprudence fédérale et ne peut dès lors être assimilé à un cas de restructuration sous la forme d'une scission. Il n'y a ainsi pas lieu d'examiner les conditions posées par la circulaire n° 5/2004. Par conséquent, la condition jurisprudentielle précitée d'application de l'art. 103 LFus n'étant in casu pas réalisée, la recourante ne peut se prévaloir de l'art. 103 LFus pour être exonérée des droits d'enregistrements exigés par l'AFC-GE.

Quant au fait que l'art. 80 al. 4 phr. 2 LPP n'impose pas les gains immobiliers au moment de la division d'une institution de prévoyance, cela n'a pas pour effet, en l'absence d'une base légale (fédérale ou cantonale) topique, de conduire à l'exonération des droits de mutation dans ce type de cas. Si, lors de l'adoption de la LFus, le législateur avait estimé que le prélèvement des droits de mutation en cas de division d'institutions de prévoyance était une entrave à ce type d'opération, on ne voit pas pourquoi il n'a alors pas modifié l'art. 80 LPP, l'art. 111 al. 3 Cst disposant que la Confédération peut obliger les cantons à accorder des exonérations fiscales aux institutions relevant entre autres de la prévoyance professionnelle. Enfin, l'harmonisation fiscale recherchée par les art. 80 à 84 LPP n'y change rien, vu que les droits de mutations sont des impôts indirects.

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. 6)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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