



604 2010-123

**Arrêt du 16 décembre 2011**

**COUR FISCALE**

COMPOSITION      Président :                      Hugo Casanova  
                         Assesseurs :                  Michael Hank, Berthold Buchs,  
   Albert Nussbaumer, Jean-Marc Vionnet  
                         Greffière-rapporteuse :      Elisabeth Rime Rappo

PARTIES              **A. \_\_\_\_\_ GmbH, recourante**, représentée par la fiduciaire Ernst &  
   Young SA

contre

**DIRECTION DES FINANCES**

OBJET                Droits sur les gages immobiliers; nature des droits; applicabilité des  
   principes de l'imposition selon la capacité économique, de couverture des  
   frais et d'équivalence

Recours du 24 septembre 2010 contre la décision sur réclamation du  
24 août 2010 relative aux droits sur les gages immobiliers perçus par le  
bordereau n° iii du 29 octobre 2009

**c o n s i d é r a n t e n f a i t**

A. La société A. \_\_\_\_\_ GmbH dont le siège se situe à B. \_\_\_\_\_, dispose d'une succursale à C. \_\_\_\_\_ et est propriétaire des articles ddd, eee, fff et ggg du registre foncier de la commune de H. \_\_\_\_\_ depuis le 9 avril 2009 (contrat de vente conclu le 30 juin 2005).

Le 10 septembre 2009, la société A. \_\_\_\_\_ a notamment procédé, par acte notarié, à la réunion par novation des cédules hypothécaires au porteur grevant collectivement les immeubles précités pour un capital total de 845'000 francs, et à l'augmentation du montant de la nouvelle cédule par 71'155'000 francs, en portant ainsi le capital à 72 mio de francs.

Par bordereau de taxation n° iii du 20 octobre 2009, le Conservateur du Registre foncier du district de J. \_\_\_\_\_ a facturé à la société A. \_\_\_\_\_ un montant de 545'82 francs dont 540'000 francs au titre de droits de mutation sur gages immobiliers. Les droits ont été calculés sur 72 mio de francs. La taxation a été établie de la manière suivante:

<b>NATURE DE L'ACTE ET PARTIES CONTRACTANTES</b>	<b>BASE DE CALCUL</b>	<b>TAUX</b>	<b>MONTANT</b>
<b>ART DER URKUNDE UND VERTRAGSPARTEIEN</b>	<b>BERECHNUNGSGRUNDLAGE</b>	<b>SATZ</b>	<b>BETRAG</b>
<b>PIECE JUSTIFICATIVE/BELEG: 2009/2780</b>			
<i>Extension de gages de 4 cédules hypothécaires sur les nos ddd, eee, fff et ggg de H. _____, transformation des 2 cédules hypothécaires nominatives en cédules hypothécaires en une seule cédule hypothécaire au porteur, créée par novation le 22.09.2009, de Fr. 845'000.- augmentée par la suite à Fr. 72'000'000.- grevant en 1<sup>er</sup> rang les nos ddd, eee, fff et ggg de H. _____</i>			
<b>Emoluments fixes</b>			<b>820.00</b>
<b>Emoluments proportionnels</b>	<b>72'000'000.00</b>		<b>5'000.00</b>
	200'000.00	0.15%	300.00
	4'700'000.00	0.10%	4'700.00
	67'100'000.00	Non soumis / Befreit	
<b>Droits sur gages immobiliers</b>	<b>72'000'000.00</b>	0.75%	<b>540'000.00</b>
<b>TOTAL CHF</b>			<b><u>545'820.00</u></b>

B. Le 19 novembre 2009, la société A. \_\_\_\_\_ a formé réclamation à l'encontre de ce bordereau. A titre préliminaire, elle a évoqué le fait qu'elle limitait encore ses activités à la partie germanophone de la Suisse et qu'elle se préparait à ouvrir, au printemps 2010, des filiales dans la partie francophone de la Suisse. Elle a précisé que son intervention concernait son deuxième centre de distribution de marchandises qui serait construit à H. \_\_\_\_\_ dans le canton de Fribourg dès 2011, selon toutes prévisions. Elle a indiqué que le contrat de vente concernant le terrain avait été conclu le 30 juin 2005, le transfert de propriété ayant eu lieu le 9 avril 2009, et que le prix de vente du terrain avait jusqu'alors été financé à l'aide de ses fonds propres, mais que la possibilité s'était présentée récemment de financer le terrain par l'intermédiaire d'une banque, laquelle avait exigé qu'à cet effet, une cédule hypothécaire soit constituée à titre de sûreté. C'est pourquoi elle avait fait constituer une cédule hypothécaire ne portant pas seulement sur la valeur de financement de l'immeuble nécessaire sur le moment (7.7 mio

de francs) mais sur l'investissement futur total de 72 mio de francs en présumant qu'un refinancement de l'immeuble serait possible à 100% sur le marché bancaire. Dans la mesure toutefois où la banque finançant la totalité n'avait pas encore été trouvée et où les financements pour ce type d'objets atteignaient en règle générale entre 50 et 60%, la cédula hypothécaire nécessaire pour le futur aurait dû être constituée pour un montant oscillant entre 36 mio de francs et 43 mio de francs. La société A.\_\_\_\_\_ a fait valoir qu'elle n'aurait pas été consciente des règles concernant les droits, taxes et émoluments dans le canton de Fribourg et, le notaire mandaté ne l'y aurait pas non plus rendue attentive. Et même si elle refinançait également ses succursales par l'intermédiaire des banques, elle ne connaissait que les règles d'autres cantons appliquant le principe de la couverture des coûts, avec des montants maximaux "vu que les efforts nécessaires pour constituer une cédula hypothécaire ne dépendent pas du montant de celle-ci", alors que le canton de Fribourg ne connaissait pas un tel principe de couverture des coûts. Elle a signalé qu'elle planifiait une nouvelle ouverture d'entreprise servant les intérêts économiques du canton de Fribourg, qu'elle prévoyait un investissement d'environ 72 mio de francs dans le canton et que l'art. 98 de la loi sur les impôts cantonaux devait s'appliquer aux frais de la cédula hypothécaire. Elle a exposé que dans la mesure où son projet pourrait être réalisé, cet investissement pourrait générer jusqu'à 200 places de travail. Elle a encore relevé que l'art. 10 lit. d) de la loi sur les droits de mutation et les droits sur les gages immobiliers rendait possible l'application de l'art. 98 de la loi sur les impôts cantonaux. La société A.\_\_\_\_\_ a conclu à l'annulation de la facture iii en indiquant que sa motivation se fondait avant tout sur le fait qu'elle planifiait une nouvelle ouverture d'entreprise servant les intérêts économiques du Canton. Elle a enfin signalé que l'intérêt économique du projet pour le Canton faisait l'objet de clarifications en accord avec les autorités, que de telles clarifications prenaient du temps, et qu'elle avait besoin d'un délai raisonnable supplémentaire pour compléter sa motivation.

Par décision du 24 août 2010, la Direction des finances a rejeté la réclamation de la société A.\_\_\_\_\_. Elle a considéré que l'art. 10 de la loi du 1<sup>er</sup> mai 1996 sur les droits de mutation et les droits sur les gages immobiliers (LDMG; RSF 635.1.1) énumérait spécifiquement les cas d'exonération des droits sur les gages immobiliers et que dans le cas d'espèce, les cas visés aux let. a (hypothèques légales), b (hypothèque conventionnelle en faveur du vendeur, de cohéritiers ou d'indivis) et c (extension de l'objet d'un gage et fractionnement ou réunion de gages de même sorte sans augmentation du montant total du gage) de cette disposition ne trouvaient à l'évidence pas application. Quant à la let. d de l'art. 10 LDMG, réservant l'exonération pour les cas "expressément" prévus par d'autres dispositions légales, elle n'entrait pas non plus en ligne de compte. La Direction des finances a ajouté que l'art. 98 al. 1 de la loi du 6 juin 2000 sur les impôts cantonaux directs (LICD; RSF 631.1), auquel la société la réclamante se référait, concernait uniquement les impôts directs sur le bénéfice et le capital des personnes morales et n'avait aucun rapport avec les droits sur les gages immobiliers de sorte qu'elle ne constituait donc manifestement pas un cas expressément prévu par une "autre" disposition légale au sens de l'art. 10 let. d LDMG. S'agissant de l'assiette de l'impôt, elle a précisé que selon l'art. 20 LDMG, les droits sur les gages immobiliers sont prélevés sur le montant inscrit au registre foncier, respectivement sur son augmentation, c'est-à-dire sur le montant à concurrence duquel la valeur du sol est mobilisée et qu'il importait peu dès lors que le montant effectif du crédit hypothécaire que la réclamante pourrait obtenir auprès des banques fût sensiblement inférieur au capital de la cédula hypothécaire, la base de calcul déterminante étant le montant du gage (augmentation) inscrit au registre foncier. La direction des finances a ainsi considéré qu'en l'absence de norme d'exonération prévue pour ce genre d'opération, le Registre foncier de J.\_\_\_\_\_

avait procédé à bon droit au prélèvement des droits sur les gages immobiliers et qu'en conséquence, la demande d'exonération du 19 novembre 2009, respectivement la réclamation était rejetée. Elle a toutefois corrigé le bordereau n° iii, établi le 20 octobre 2009 par le Registre foncier de J.\_\_\_\_\_, l'autorité de taxation ayant, par inadvertance, calculé les droits sur les gages immobiliers sur 72'000'000 francs au lieu des 71'155'000 francs représentant l'augmentation du montant de la cédule hypothécaire, ce qui correspondait à une facture de 533'662 fr. 50 au lieu de 540'000 francs.

C. Par acte du 24 septembre 2010, la société A.\_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal en relevant que la perception de droits sur les gages immobiliers d'un montant de 540'000 francs enfreint clairement les principes de l'imposition selon la capacité économique ainsi que les principes de la couverture des frais et de l'équivalence.

L'avance de frais fixée à 10'000 francs par ordonnance du 27 septembre 2010 a été déposée dans le délai imparti.

Le 29 octobre 2010, la Direction des finances a fait part de ses observations en concluant au rejet du recours. Elle prend acte du fait que la recourante ne requiert plus que l'opération en cause, à savoir l'augmentation du montant de la cédule hypothécaire au porteur grevant collectivement les immeubles n<sup>os</sup> ddd, eee, fff et ggg du registre foncier de la commune de H.\_\_\_\_\_, soit exonérée des droits sur les gages immobiliers selon l'art. 10 LDMG. Elle prend également acte du fait que la recourante, réunissant les qualités de propriétaire, créancière et débitrice, reconnaît expressément avoir, par déclaration unilatérale, augmenté à 72'000'000 francs le montant de cette cédule hypothécaire au porteur. Elle relève encore que la recourante pourra l'engager pour les investissements futurs portant sur les immeubles mentionnés (mémoire de recours, ad "Etat des faits", p. 3, § 3 et § 6), et pourra aussi l'engager pour d'autres acquisitions immobilières futures dans le canton de Fribourg et leur mise en valeur. La Direction des finances constate que la recourante fonde son recours uniquement sur le fait que les droits sur les gages immobiliers, tels qu'institués par le législateur, ne respecteraient pas les principes de la capacité contributive, de la couverture des frais et de l'équivalence, et remarque que celle-ci perd de vue, par méconnaissance de la nature des droits sur les gages immobiliers, que ces principes ne sont pas applicables en la matière.

Le 10 janvier 2011, la société A.\_\_\_\_\_ désormais représentée par une fiduciaire, a déposé des contre-observations en maintenant ses conclusions.

La Directions des finances a encore déposé des ultimes remarques le 31 janvier 2011. Une copie de cette détermination a été transmise à la fiduciaire pour information le 3 février 2011.

Les arguments des parties seront repris dans les considérants en droit pour autant que nécessaire.

## e n d r o i t

1. a) Selon l'art. 37 de la loi du 1<sup>er</sup> mai 1996 sur les droits de mutation et les droits sur les gages immobiliers (LDMG; RSF 635.1.1), le Tribunal cantonal connaît des recours dirigés contre les décisions sur réclamation.

b) Le recours du 24 septembre 2010 contre la décision sur réclamation du 24 août 2010 a été interjeté dans le délai légal et les formes prescrites (art. 79 à 81 code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative : CPJA; RSF 150.1). Partant, il est recevable.

2. a) Aux termes de l'art. 1<sup>er</sup> let. b LDMG, l'Etat prélève des droits sur les gages immobiliers grevant des immeubles situés dans le canton. Selon l'art. 5 LDMG, ces droits sont prélevés notamment lors de la constitution d'une hypothèque, d'une cédule hypothécaire ou d'une lettre de rente (let. a), et de l'augmentation du montant du gage (let. b).

b) Les droits sont dus par le propriétaire de l'objet du gage (art. 11 al. 1 let. e LDMG). Ils sont prélevés sur le montant inscrit au registre foncier, respectivement sur son augmentation (art. 20 LDMG), au taux de 0,75 % (art. 23 al. 1 LDMG).

3. a) La recourante se prévaut de l'art. 127 al. 2 Cst. féd., selon lequel les principes de l'universalité, de l'égalité de traitement et de la capacité économique doivent être respectés et fait valoir que pour la fixation du taux d'imposition - qui demeure de la compétence des cantons - le législateur cantonal est aussi tenu de respecter les principes de l'art. 127 Cst. féd. dans l'aménagement de son système fiscal, en particulier dans celui des impôts directs. Elle soutient dans un deuxième grief que les droits sur les gages immobiliers sont des contributions causales qui dépendent des coûts et qu'à ce titre, ils doivent respecter les principes de la couverture des frais et de l'équivalence (ATF 118 Ib 349 consid. 5 p. 352 ; ATF 120 la 171 consid. 2a p. 174). Il importe donc de définir dans un premier temps la nature juridique des droits litigieux, l'autorité intimée soutenant pour sa part qu'il s'agit d'un impôt et non pas d'une contribution causale.

b) De manière générale, l'impôt se définit comme la contribution versée par un particulier à une collectivité publique pour participer aux dépenses résultant des tâches générales dévolues à cette dernière en vue de la réalisation du bien commun. Il est perçu de manière inconditionnelle («voraussetzungslos»), c'est-à-dire uniquement en fonction d'une certaine situation économique réalisée en la personne de l'assujetti, sans considération d'une prestation de l'Etat ou d'un avantage particulier consenti en sa faveur. Quant aux contributions causales, elles constituent la contrepartie d'une prestation spéciale ou d'un avantage particulier appréciable économiquement accordé par l'Etat, et reposent ainsi sur une contreprestation étatique qui en constitue la cause. En raison de leur caractère causal, ces contributions doivent, en principe, être calculées d'après la dépense à couvrir (principe de la couverture des frais), et répercutées sur les contribuables proportionnellement à la valeur des prestations fournies ou des avantages économiques retirés (principe de l'équivalence) (voir arrêt du Tribunal fédéral 2C\_466/2008 du 10 juillet 2009 concernant la constitutionnalité de l'impôt spécial indirect que représente la taxe vaudoise d'exploitation sur les débits de boissons alcooliques à l'emporter consid. 4.2 et références citées).

c) Selon le Message accompagnant le projet de la LDMG du 27 juin 1995, alors que les droits de mutation constituent un impôt portant essentiellement sur les acquisitions de droits réels effectuées à titre onéreux et principalement sur la propriété, les droits sur les gages immobiliers constituent quant à eux un impôt sur les actes qui ont pour but de garantir des créances et qui mobilisent à cet effet la valeur du sol. La matière imposable est un droit réel limité, à savoir une hypothèque, une cédule hypothécaire ou une lettre de rente (BGC 1996, p. 7 et 19; P. CRAUSAZ, La nouvelle loi fribourgeoise sur les droits de mutation et les droits sur les gages immobiliers (LDMG) *in* RFJ 1996 p. 81 ss, 83). Sous l'empire de l'ancienne loi sur les droits d'enregistrement du 19 janvier 1934 (LE), il existait déjà un impôt sur l'enregistrement perçu non seulement sur la transmission de la propriété mais également sur la naissance et l'extinction des obligations; les droits prélevés à ce titre étaient déjà qualifiés d'impôt (voir BGC 1934, notamment p. 107 et 187). Par rapport à l'ancienne LE, le prélèvement de droits a été abandonné lorsqu'il est fondamentalement rattaché au système de l'enregistrement (BGC 1996, p. 7). En revanche, le principe d'un prélèvement des droits sur les gages immobiliers est maintenu en raison du fait que le propriétaire mobilise de façon particulière la valeur de son immeuble pour garantir un droit de créance (BGC 1996, p. 19).

d) Dans le canton de Fribourg, le droit prélevé sur les gages immobiliers n'est pas une contribution causale mais il revêt la forme de droit de mutation (Administration fédérale des contributions, Recueil d'informations fiscales<sup>1</sup>, D impôts divers, p.6 ss). Certes, les gages immobiliers sont prélevés lors de la constitution d'une cédule hypothécaire ou de l'augmentation du montant du gage. Mais l'on ne saurait en déduire qu'ils constituent une taxe causale au motif que, comme le relève la recourante dans ses contre-observations, l'inscription au registre foncier doit être considérée comme une contre-prestation étatique constituant la cause du prélèvement des droits sur les gages immobiliers étant donné qu'il existerait ainsi une dépendance claire entre la constitution de la cédule hypothécaire et son enregistrement dans le registre foncier. En droit fribourgeois, ce n'est pas le prélèvement des droits sur les gages immobiliers qui sert à couvrir la contreprestation étatique que constitue l'inscription au registre foncier, mais le prélèvement d'émoluments fixes et proportionnels dus en application de la législation sur le registre foncier (art. 76 al. 1 let. b, 77 al. 1 let. b et al. 2 et 78 al. 1 de la loi du 28 février 1986 sur le registre foncier : LRF, RSF 214.5.1.). Ces émoluments (proportionnels) sont limités par un plafond (art. 72a du règlement du 9 décembre 1986 d'exécution de la loi sur le registre foncier : RSF 214.5.11), ce que ne connaît pas le droit sur les gages immobiliers ici contesté et qui confirme ainsi le caractère inconditionnel du prélèvement, soit l'absence de tout lien effectif entre la contribution en cause et une éventuelle contre-prestation de l'Etat (voir arrêt 2C\_466/2008 précité, consid. 4.4; voir également l'arrêt du Tribunal administratif du Canton de Genève qui connaît aussi le prélèvement de droits lors de la constitution de gages immobiliers ATA/364/2009<sup>2</sup> du 28 juillet 2009).

Contrairement à ce que soutient la recourante dans son mémoire de recours, le montant facturé ne se compose pas d'une partie de taxe causale avec en plus une partie à caractère fiscal. Il s'agit d'un véritable impôt général couvrant les dépenses générales de l'Etat, la LDMG ne prévoyant pas que le produit des droits prélevés soit destiné à l'accomplissement de tâches spéciales (impôt d'affectation) ou à la couverture de dépenses provoquées par un cercle déterminé de personnes ou profitant à celles-ci

---

<sup>1</sup> voir [http://www.estv.admin.ch/dokumentation/00079/00080/00736/index.html?lang=fr#sprungmarke1\\_72](http://www.estv.admin.ch/dokumentation/00079/00080/00736/index.html?lang=fr#sprungmarke1_72)

<sup>2</sup> disponible à l'adresse suivante : <http://justice.geneve.ch>

(impôt d'attribution des coûts). Il ne s'agit pas non plus d'un impôt mixte puisqu'il n'est pas rattaché à une prestation étatique (X. OBERSON 2007, Droit fiscal suisse, Bâle 2007, 3<sup>ème</sup> éd, § 1 n. 11). En tant que droit de mutation dont la matière imposable est un droit réel limité, il revêt le caractère d'un impôt indirect et d'un impôt réel (parfois appelé objectif; "Objektsteuer") (X. OBERSON, § 1 n. 21 et 23). Par conséquent, il n'y a pas lieu de veiller à ce que les droits litigieux soient prélevés dans le respect des principes de couverture des frais et d'équivalence comme l'exige en revanche la perception de contributions causales. Il s'agit d'un impôt dont le montant n'a pas à tenir compte ni de la difficulté de la cause ni de l'importance de l'activité déployée lors de l'enregistrement. Dès lors, la recourante ne saurait se plaindre de ce que le montant facturé soit manifestement disproportionné par rapport à l'activité déployée par les autorités administratives. Celle-ci estime par ailleurs que l'autorité cantonale devrait, en principe, choisir entre un barème fixant des émoluments à un montant modéré, et un système plus souple qui permet une adaptation des émoluments aux circonstances particulières ce qui autorise, le cas échéant, à les fixer à des montants élevés en fonction des prestations fournies soit en introduisant un plafonnement comme ceci est le cas dans certains autres cantons. Il importe de rappeler à cet égard, comme cela a été relevé plus avant, que le canton de Fribourg prévoit lui aussi un tel plafonnement (voir l'art. 72a du règlement du 9 décembre 1986 d'exécution de la loi sur le registre foncier), mais pour ses émoluments et non pas pour l'impôt que constituent les droits sur les gages immobiliers en cause.

La recourante fait encore valoir que pour certains auteurs (K. A. VALLENDER / R. WIEDERKEHR, *in* : EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, ad art. 127 Cst. féd., n. 27 s. qui correspond au n° 32 s. dans la 2<sup>ème</sup> édition de 2008), une limitation de l'application du principe de l'équivalence aux seules taxes causales ne se justifie pas fiscalement dans la mesure où non seulement les taxes causales mais aussi les impôts présentent, en principe, un caractère "compensatoire". La recourante semble toutefois oublier que les auteurs précités indiquent également que le principe d'équivalence trouve sa justification dans les domaines des contributions causales et les impôts spéciaux d'affectation (voir K. A. VALLENDER / R. WIEDERKEHR, ad art. 127 Cst. féd., n. 28), ce que ne sont précisément pas les droits litigieux.

Partant, le recours est rejeté sur ce point.

4. a) Dans la mesure où les droits litigieux constituent un impôt, il importe d'examiner si la recourante a été imposée ou non en violation du principe de la capacité économique.

Aux fins de démontrer que tel serait le cas, la recourante soutient que le droit sur les gages immobiliers qui lui a été facturé (soit, selon elle, 7% de la valeur de l'immeuble) est à l'évidence sans relation avec la valeur de cet immeuble puisque sa valeur de financement est de 7,7 mio de francs. Elle explique que cette valeur ne correspond pas aux 72 mio de francs d'investissements futurs initialement estimés car ceux-ci doivent être considérés comme étant trop élevés, et cela serait démontré par le fait que le prêt bancaire effectivement assuré par la cédule hypothécaire ne s'élève qu'à environ 10 mio de francs. Elle estime ainsi que la perception du droit sur les gages immobiliers d'un montant de 540'000 francs entraîne une imposition excessive non conforme au principe de la taxation selon la capacité économique de l'art. 127 al. 2 Cst. féd. dont le but consiste à garantir une charge fiscale acceptable. Dans ses contre-observations, elle est d'avis que le principe, selon lequel l'imposition selon la capacité contributive n'est applicable qu'aux impôts personnels (aussi intitulés impôts subjectifs; "Subjektsteuer"),

et non pas aux impôts réels, ne peut pas être appliqué de manière trop restrictive. La recourante observe que cela se justifie d'autant plus qu'il existe déjà une pratique en matière de répartition intercantonale prévoyant que des pertes opérationnelles peuvent être compensées avec des gains immobiliers, soit un impôt réel. A son avis, cela signifierait que les limites strictes entre les impôts subjectifs (impôt sur le bénéfice) et les impôts objectifs (impôt sur les gains immobiliers) ont déjà été assouplies par cette pratique et que partant, une délimitation stricte entre les impôts subjectifs et les impôts objectifs ne serait pas justifiable fiscalement. La recourante ajoute que selon la doctrine, le principe de la capacité contributive doit être considéré comme "idée directrice" pour le système fiscal entier et s'applique pour l'ensemble des impôts en Suisse, si bien que ce principe peut aussi s'appliquer aux impôts objectifs et elle rappelle qu'elle a démontré de manière détaillée dans son recours que le montant du droit sur les gages immobiliers perçu par l'autorité intimée est sans relation avec la valeur de l'immeuble et le montant des investissements.

De son côté, dans ses observations sur recours, l'autorité intimée est d'avis que le principe de la capacité contributive ne vise en principe, par définition, que les impôts personnels (subjectifs), qui prennent en considération les facultés économiques de l'assujetti (impôts sur le revenu et la fortune ainsi que les impôts sur le bénéfice et le capital des personnes morales) et non pas les droits sur les gages immobiliers qui, à l'instar des droits de mutation, sont un impôt indirect et réel (objectif), dont l'objet est précisément indépendant de la capacité économique du débiteur, de sorte que là aussi, ce principe n'entre dès lors pas en ligne de compte. Et dans ses ultimes remarques, elle ajoute notamment que pour le calcul de l'impôt, c'est le montant inscrit au registre foncier qui est seul déterminant (art. 20 LDMG), et non pas le montant garanti à raison d'une créance déterminée, celui-ci pouvant être inférieur au montant maximal garanti par gage immobilier (art. 794 al. 2 CC; BGC 1996 p. 27 ad art. 20).

b) En matière fiscale, l'art. 8 al. 1 Cst. est concrétisé par les principes de la généralité et de l'égalité de l'imposition ainsi que par celui de l'imposition selon la capacité économique. Le principe de la généralité de l'impôt exige que toute personne ou groupe de personnes soit imposé selon la même réglementation juridique: les exceptions qui ne reposent sur aucun motif objectif sont inadmissibles. D'après le principe d'imposition selon la capacité économique de l'art. 127 al. 2 Cst., toute personne doit contribuer à la couverture des dépenses publiques, compte tenu de sa situation personnelle et en proportion de ses moyens; la charge fiscale doit être adaptée à la substance économique à la disposition du contribuable. Les principes de l'art. 127 Cst. féd., qui constituent une reprise des développements de la doctrine et de la jurisprudence concernant le droit à l'égalité tirés de l'art. 4 aCst., sont des droits fondamentaux au même titre que le droit général à l'égalité (art. 8 Cst.). Le législateur cantonal est par conséquent aussi tenu de respecter les principes de l'art. 127 Cst. dans l'aménagement de son système fiscal, en particulier dans celui des impôts directs. En matière d'impôts indirects et d'impôts réels, il convient en revanche de décider de cas en cas dans quelle mesure il se justifie de les appliquer. En effet, les principes de l'art. 127 al. 2 Cst. ne trouvent alors à s'appliquer que "dans la mesure où la nature de l'impôt le permet" (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_300/2009 du 23 septembre 2009 consid. 5.1 et références citées).

c) En l'espèce, la nature d'impôt réel que revêtent les droits sur les gages immobiliers ne permet pas l'application du principe de l'imposition selon la capacité économique. Comme le relève à juste titre l'autorité intimée, la matière imposable,

notamment au regard de l'objet et de l'assiette de l'impôt, est totalement indépendante de la capacité contributive du débiteur de l'impôt. Dès lors que les droits sur les gages immobiliers frappent non pas l'immeuble grevé mais le montant de la cédule hypothécaire ou son augmentation, la recourante ne saurait s'opposer valablement au prélèvement des droits litigieux au motif qu'ils sont sans relation avec la valeur de l'immeuble et le montant des investissements.

Celle-ci fait encore valoir que le principe de l'imposition selon la capacité économique est également applicable aux impôts indirects - notamment lors de la prise en compte en matière d'élimination des pertes de répartition en droit intercantonal de l'impôt réel (objectif) que constitue l'impôt sur les gains immobiliers - et se réfère à deux jurisprudences du Tribunal fédéral (ATF 131 I 249 traduit *in* RDAF 2005 II 481 et ATF 132 I 220 traduit *in* RDAF 2006 II 510) ainsi qu'à la circulaire 27 du 15 mars 2007 de la conférence Suisse des impôts relatif à la double imposition intercantonale<sup>3</sup>. L'on relèvera toutefois que les arrêts et circulaire précités visent certes l'application de ce principe mais dans le domaine des impôts sur le revenu et sur le bénéfice et non pas dans celui des impôts indirects.

La recourante se réfère également à la doctrine (K. A. VALLENDER / R. WIEDERKEHR, *St. Galler Kommentar ad art. 127 Cst. féd.*, n. 17 ; M. REICH, *Von der normativen Leistungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Steuererhebungsprinzipien*, *in* : HÖHN / VALLENDER, *Steuerrecht im Rechtsstaat*, Festschrift für Prof. Dr. Francis Cagianut, Bern/Stuttgart 1990, p. 104 s.). Il importe toutefois d'observer que la doctrine n'est pas unanime sur ce point : pour X. OBERSON (*op. cit.*, p. 33 n. 26), ce principe ne vise pas les impôts réels qui frappent un objet particulier (impôt anticipé, droits de mutation). Et le Tribunal fédéral est lui-même nuancé puisqu'il n'affirme pas que le principe de la capacité contributive doit s'appliquer de manière générale à tous les impôts y compris aux impôts réels. L'on doit tenir compte en l'espèce, comme l'indique à juste titre l'autorité intimée dans ses ultimes remarques, que la cédule hypothécaire en cause pourra servir de garantie pour les investissements futurs portant sur les immeubles de H.\_\_\_\_\_ et estimés par la recourante elle-même à 72 millions et même au besoin être engagée pour de nouvelles acquisitions immobilières sur le territoire du canton de Fribourg et leur mise en valeur.

Enfin, la recourante invoque le fait que l'application de ce principe intervient également en matière de TVA, un autre impôt indirect qui est aussi un impôt réel (P. RICHLI, *Verfassungsgrundsätze für die Umsatzsteuer und Stempelabgaben* *in* : ASA 58, p. 408 s.). Certes, la TVA peut être aménagée de façon à prendre en compte la capacité économique du consommateur par une non imposition au dernier stade les activités nécessaires à l'ensemble de la population ou par l'application d'un taux réduit pour certains produits de première nécessité (X. OBERSON, § 16 n. 5). Il s'agit là d'un contexte qui justifie une application du principe de l'imposition selon la capacité contributive et qui ne saurait être comparé à celui de la constitution d'un gage immobilier ou de son augmentation où le taux d'imposition de 0.75% (art. 23 al. 1 LDMG) peut être qualifié de faible. On ajoutera à cela que le taux réduit en matière de TVA s'applique à tous les consommateurs indépendamment de leur situation économique, de sorte que la prise en considération du principe de l'imposition de la capacité contributive dans cette matière demeure, somme toute, relative.

---

<sup>3</sup> voir [http://www.steuerkonferenz.ch/pdf/ci\\_27-f.pdf](http://www.steuerkonferenz.ch/pdf/ci_27-f.pdf)

Le recours est rejeté sur ce point également.

5. a) Conformément à l'art. 131 du code de procédure et de juridiction administrative, en cas de recours, la partie qui succombe supporte les frais de la procédure. Le montant de l'émolument est fixé compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire ainsi que, dans les affaires de nature pécuniaire, de la valeur litigieuse en cause (art. 2 du Tarif du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative: Tarif JA, RSF 150.12). Il peut être compris entre 50 et 20'000 francs (art. 1 du Tarif).

b) En l'espèce, il convient de fixer les frais de justice à 15'000 francs.

### **l a C o u r a r r ê t e :**

- I. Le recours est rejeté. Partant, la décision sur réclamation du 24 août 2010 est maintenue.
- II. Un émolument de 15'000 francs est mis à la charge de la recourante au titre de frais de justice. Il est compensé par l'avance de frais, le solde par 5'000 francs lui étant facturé en sus.

Conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté devant le Tribunal fédéral à Lausanne dans les 30 jours qui suivent sa notification par la voie du recours en matière de droit public.

La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Givisiez, le 16 décembre 2011/eri

La Greffière-rapporteuse :

Le Président :

Communication.