

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions du 17 juillet 2000 en la cause Z. SA [CRC 1998-090], confirmée par un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 15 novembre 2001 [2A.420/2000])

Besteuerung der Teilliquidation einer Aktiengesellschaft. Verrechnungssteuer. Emissionsabgabe.

Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG. Art. 20 Abs. 1 VStV. Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 8 Abs. 1 lit. a StG.

- Objekt der Verrechnungssteuer. Begriff der geldwerten Leistung bei verdeckten Gewinnausschüttungen (Wiederholung der Bedingungen). Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen (E. 2a/aa-cc).

- Teilliquidation oder Handelsgeschäft in Form von Rückkauf und Weiterverkauf von Wertpapieren im Falle einer Teilliquidation einer AG. Unterscheidungskriterien. Zusammenfassung der drei diesbezüglichen Praktiken der Eidgenössischen Steuerverwaltung (E. 2a/dd/aaa-ddd).

- Objekt der Emissionsabgabe. Wiederholung des formellen Charakters der Stempelabgabe (E. 2b).

- Im vorliegenden Fall ist die Erhebung der Verrechnungssteuer auf einer geldwerten Leistung in Form einer Teilliquidation im technischen Sinn gerechtfertigt (E. 3a-d).

- Ebenso ist im vorliegenden Fall die Erhebung der Stempelabgabe gerechtfertigt (E. 3e).

Imposition de la liquidation partielle d'une société anonyme. Impôt anticipé. Droit de timbre d'émission.

Art. 4 al. 1 let. b LIA. Art. 20 al. 1 OIA. Art. 5 al. 1 let. a, art. 8 al. 1 let. a LT.

- Objet de l'impôt anticipé. Notion de prestation appréciable en argent sous forme de distribution de bénéfices dissimulée (rappel des conditions). Devoir de collaborer du contribuable (consid. 2a/aa-cc).

- Liquidation partielle ou opération commerciale de rachat et de revente de titres en cas de liquidation partielle d'une SA. Critères de distinction. Résumé des trois pratiques de l'Administration fédérale des contributions en la matière (consid. 2a/dd/aaa-ddd).

- Objet du droit de timbre d'émission. Rappel du caractère formel du droit de timbre (consid. 2b).

- En l'espèce, l'imposition au titre de l'impôt anticipé d'une prestation appréciable en argent sous forme de liquidation partielle au sens technique se justifie (consid. 3a-d).

- En l'espèce, l'imposition au titre des droits de timbre se justifie également (consid. 3e).

Imposizione della liquidazione parziale di una società anonima. Imposta preventiva. Diritto di bollo sull'emissione di titoli.

Art. 4 cpv. 1 lett. b LIP. Art. 20 cpv. 1 OIPrev. Art. 5 cpv. 1 lett. a, art. 8 cpv. 1 lett. a LTB.

- Oggetto dell'imposta preventiva. Nozione di prestazione valutabile in denaro in caso di distribuzione di benefici dissimulata (ripetizione delle condizioni). Dovere di collaborare del contribuente (consid. 2a/aa-cc).

- Liquidazione parziale o operazione commerciale sotto forma di riacquisto e di rivendita di titoli in caso di liquidazione parziale di una SA. Criteri di distinzione. Riassunto delle tre pratiche in materia dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (consid. 2a/dd/aaa-ddd).

- Oggetto del diritto di bollo sull'emissione di titoli. Richiamo del carattere formale del diritto di bollo (consid. 2b).

- Nella fattispecie si giustifica la riscossione dell'imposta preventiva su una prestazione valutabile in denaro sotto forma di liquidazione parziale in senso tecnico (consid. 3a-d).

- Nella fattispecie si giustifica anche la riscossione dei diritti di bollo (consid. 3e).

Résumé des faits:

A. La société anonyme C. a été fondée le 18 janvier 1923. Elle avait pour but, entre autres, l'étude, la direction et l'exécution de travaux de construction de tous genres, principalement de travaux hydrauliques en Suisse et à l'étranger. Le 27 décembre 1963, elle a changé de nom, s'appelant désormais Z. SA.

B. Aux termes de ses statuts du 28 juin 1983, le but de la société consiste en l'administration et la prise de participations financières dans toutes les entreprises, notamment dans des entreprises de construction. Le capital social est fixé à vingt-deux millions de francs, entièrement libéré. Il est divisé en 184'800 actions nominatives d'une valeur de Fr. 100.- chacune, représentant Fr. 18'480'000.- et en 35'200 actions au porteur d'une valeur nominale de Fr. 100.- chacune, représentant Fr. 3'520'000.-. Le capital-bons de participation est fixé à quatre millions de francs. Il est divisé en 40'000 bons de participation au porteur d'une valeur nominale de Fr. 100.- chacun, à émettre par tranches successives. Le 11 août 1988, le capital social a été porté de Fr. 22'000'000.- à 24'000'000.-, par incorporation des réserves à concurrence de Fr. 2'000'000.- et émission de 20'000 actions nominatives de Fr. 100.-. Le capital était dès lors fixé à Fr. 24'000'000.- entièrement libéré, divisé en 204'800 actions nominatives et 35'200 actions au porteur.

C. S'agissant du capital-bons de participation, la société émit d'abord, en date du 3 décembre 1982 et à titre onéreux, 25'000 bons de participation d'une valeur nominale de Fr. 100.- chacun, soit 2'500'000.-. Le 28 juin 1983, le capital-bons de participation passa à Fr. 2'750'000.-, par l'émission, à titre gratuit, de 2'500 bons de participation, créés par prélèvement sur les réserves de la société. Enfin, une émission de 2'500 bons de participation eut lieu le 30 juin 1988, à titre gratuit, de Fr. 100.- au porteur, le capital-bons de participation étant porté à 3'000'000.- et à 30'000 bons de participation. En date du 22 février 1989, la société racheta

8099 bons de participation, pour le montant de Fr. 6'262'886.60 et, le même jour, 9360 autres titres de même nature pour la somme de Fr. 7'237'113.40. Le 9 mars 1989, B. vendit à la société 1450 bons de participation pour le montant de Fr. 1'121'140.- (plus exactement Fr. 1'122'000). Enfin, en date du 23 mai 1989, la société effectua un nouveau rachat de 11'091 bons de participation, pour le montant de Fr. 8'540'000.-. Avant l'assemblée générale du 29 juin 1989, la société détenait donc 30'000 bons de participation et aucun dividende ne fut versé selon la décision de ladite assemblée.

D. En plus d'une autre augmentation de Fr. 24'000'000.- à Fr. 27'000'000.-, l'assemblée du 29 juin 1989 décida d'une nouvelle augmentation du capital, passant de Fr. 27'000'000.- à Fr. 30'000'000.-, par l'émission de 30'000 actions nominatives d'une valeur nominale de Fr. 100.-. Le procès-verbal de l'assemblée précisait qu'avait été acceptée à l'unanimité la conversion en actions nominatives des 30'000 bons de participation émis, ainsi que leur annulation. En d'autres termes, le capital social était augmenté par l'émission au pair de 30'000 nouvelles actions nominatives, entièrement libérées par la conversion des 30'000 bons de participation au porteur émis par la société et annulés avec effet au 1er janvier 1989. Le montant de Fr. 3'000'000.- était intégralement incorporé au capital, en libération des 30'000 nouvelles actions nominatives. En date du 26 juillet 1989, Z. SA vendit à la Fondation M. du groupe Z. 7'722 actions nominatives Z. SA pour le montant de Fr. 7'567'560.- et le 17 mai 1990, la société fit de même pour 26'602 actions nominatives Z. SA et 1'591 actions au porteur Z. SA, le tout pour un montant de Fr. 21'941'530.-.

E. En date du 8 février 1991, l'Administration fédérale des contributions (AFC) informa la société qu'à ses yeux le rachat en 1989 de tous les bons de participation émis en 1982, 1983 et 1988, dans la mesure où il n'était pas un remboursement de parts de capital social, était considéré comme une prestation appréciable en argent faite aux possesseurs de ces bons. Il était par conséquent imposable en vertu de l'art. 4 al. 1 let. b de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA, RS 642.21). Il était toutefois précisé que le remboursement de la valeur nominale des bons de participation émis à titre onéreux le 3 décembre 1982 ne constituait pas un élément du rendement imposable. Pour Z. SA, il s'agissait d'une opération boursière comme une autre, d'autant que les vendeurs en ignoraient le but final. Il y avait rachat de bons de participation, conversion en actions et revente sous cette forme à la Fondation. Il n'y avait pas eu liquidation partielle, puisque le capital était resté globalement le même. L'AFC, par contre, soutint qu'il fallait tenir compte de l'aspect formel de l'opération et donc des trois phases représentées par le rachat de bons de participation à leur valeur vénale et leur annulation, l'augmentation du capital-actions par la création d'actions nominatives réservées à la Fondation et, enfin, la mise à disposition des actions susdites contre le paiement du nominal plus un agio, ce dernier représentant un apport de réserves et étant également soumis au droit de timbre.

F. Par lettre du 3 septembre 1991, l'AFC résuma à nouveau la situation, parlant de «deux phases» engendrant une imposition au titre de l'impôt anticipé et une autre au titre des droits de timbre. Elle confirma qu'il y avait eu d'une part liquidation partielle et ensuite émission de droits de participation soumis au droit de timbre. Z. SA contesta la thèse de l'AFC et estima qu'il y avait en réalité trois phases, constituées par le rachat par la société de ses propres bons, la conversion des bons en actions, puis la vente par la société de ses propres actions.

Extrait des considérants:

(...)

2.a.aa. Aux termes de l'art. 4 al. 1 let. b LIA, l'impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers a entre autres pour objet les intérêts, rentes, participations ou bénéfices et tous autres rendements des actions émises par une société anonyme suisse (W. Robert Pfund, Verrechnungssteuer, I. Teil, Bâle 1971, p. 90 ss). Constitue également un rendement imposable d'actions toute prestation appréciable en argent faite par la société aux possesseurs de droits de participation, ou à des tiers les touchant de près, qui ne se présente pas comme remboursement des parts au capital social versé existant au moment où la prestation est effectuée (art. 20 al. 1 de l'ordonnance d'exécution du 19 décembre 1966 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé [OIA], RS 642.211). Entrent dans le cadre de cette norme, non seulement les distributions de bénéfices ordinaires, mais aussi ce que l'on appelle communément les distributions de bénéfices dissimulés. Certes, la société anonyme est en droit de conclure des contrats de droit privé avec ses actionnaires, dans la même mesure qu'elle pourrait le faire avec des tiers non participants. N'étant pas fondées sur le rapport de participation lui-même, les prestations faites par la société dans ces conditions ne sont alors pas soumises à l'impôt anticipé (Archives de droit fiscal suisse [Archives] vol. 63 p. 253 consid. 2b, vol. 60 p. 561 consid. 1b). Par contre, s'il s'avère que l'attribution de la société a été faite à ses actionnaires - ou à toute personne proche de la société ou de ses actionnaires - sans contre-prestation équivalente, elle constitue une prestation appréciable en argent, pour autant que le caractère insolite du procédé soit reconnaissable pour les organes de la société (Archives vol. 65 p. 400 consid. 2, vol. 64 p. 496 consid. 2b, vol. 60 p. 561 consid. 1b; voir également les ATF non publiés du 24 février 2000 en la cause C. [2A.67/1998] consid. 2a, du 5 mars 1999 en la cause P. [2A.192/1996] consid. 2 et du 29 janvier 1999 en la cause P. [2A.523/1997] consid. 3a; Pfund, op. cit., ad art. 4 al. 1 let. b LIA ch. 3.53 ss; Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht vol. 1, 8e éd., Berne, Stuttgart et Vienne 1997, § 21 ch. 2.2 p. 510 ss; Jean-Marc Rivier, La fiscalité de l'entreprise constituée sous forme de société anonyme, Lausanne 1994 [cité: La fiscalité], p. 265 ss).

bb. De manière plus précise, il y a une prestation appréciable en argent sous forme d'une distribution de bénéfices dissimulée lorsque trois conditions cumulatives sont remplies (Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 1999 II p. 463 consid. 2; ATF 119 Ib 435 consid. 2b; Archives vol. 61 p. 541 consid. 2; ATF 115 Ib 279 consid. 9b; Archives vol. 65 p. 760 s. consid. 3a; décision non publiée de la Commission de recours du 27 octobre 1997 en la cause P. AG [CRC 1996-017] consid. 3 avec renvois, confirmée par le Tribunal fédéral en date du 29 janvier 1999 [Archives vol. 68 p. 246 ss]; Pfund, op. cit., p. 117 ch. 3.53):

1o La prestation de la société est faite sans contre-prestation économique équivalente de la part du bénéficiaire. Il y a appauvrissement économique sans cause de la société et ce dernier repose uniquement sur le rapport de participation, sans qu'il s'agisse d'un remboursement du capital apporté. Tel n'est pas le cas si la prestation repose sur un autre motif que le rapport de participation, par exemple sur un rapport de droit privé clairement établi et motivé (Archives vol. 63 p. 63 consid. 2a).

2o L'attribution de la société est faite à un titulaire de droit de participation de la société ou, comme le précise l'art. 20 OIA, à un tiers le touchant de près. Il peut s'agir d'une personne physique parente de l'actionnaire ou d'une personne morale dominée par l'actionnaire. Selon la jurisprudence, sont également considérées comme proches les personnes avec lesquelles l'actionnaire entretient des relations économiques ou personnelles qui, d'après l'ensemble des circonstances, apparaissent comme le véritable motif de la prestation, ainsi que les personnes à qui l'actionnaire met la société à disposition pour le développement de leurs affaires (Archives vol. 64 p. 496 consid. 2b in fine, avec renvois; Conrad Stockar/Hans Peter Hochreutener, Die Praxis der Bundessteuern II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, vol. 2, Bâle 1993, ad art. 4 al. 1 let. b LIA, n° 155). Au surplus,

l'analyse doit révéler qu'une telle prestation n'aurait pu avoir lieu dans les mêmes conditions entre des tiers. Cette dernière apparaît insolite, précisément dans la mesure où elle ne serait jamais intervenue entre des tiers (Archives vol. 65 p. 400 consid. 2a, avec renvois; Max Imboden, Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, in Archives vol. 31 p. 180; Anton Pestalozzi-Henggeler, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht, thèse Zürich 1947, p. 37 ss).

3o Les organes ou les responsables de la société se sont rendu compte - ou auraient dû le faire - du caractère non économique de la transaction et y ont quand même procédé. La distribution de bénéfices dissimulée et le caractère insolite de la prestation étaient pour eux reconnaissables (Archives vol. 63 p. 253 consid. 2b). La disproportion entre la prestation et la contre-prestation de l'actionnaire doit cependant être manifeste, une différence minime n'étant pas suffisante pour l'acceptation d'une prestation appréciable en argent (Francis Cagianut/Ernst Höhn, Unternehmungssteuerrecht, 3e éd., Berne 1993, p. 462 ss).

cc. En principe, il appartient au contribuable de prouver le caractère de charge de la prestation en cause (Archives vol. 65 p. 401 consid. 2b, vol. 63 p. 63 consid. 3a). L'art. 39 LIA fait écho à ce principe en insistant sur le devoir de collaborer (RDAF 1999 II p. 453 consid. 3b; Archives vol. 65 p. 401 consid. 2b). Le contribuable doit démontrer que la prestation était justifiée par l'usage commercial, afin que les autorités fiscales puissent s'assurer que seules des raisons commerciales - et non les relations personnelles ou étroites entre la société et le bénéficiaire de la prestation - ont conduit à la prestation appréciable en argent. Le caractère vraisemblable ne suffit en principe pas et la justification par les seuls documents écrits peut s'imposer selon les circonstances, notamment lorsque le contact avec l'étranger est en jeu (Archives vol. 65 p. 401 consid. 2b in fine). D'une manière générale, la question ne saurait donc se juger en ce domaine sur la base de simples allégations. En tous les cas, quiconque effectue des paiements qui ne sont pas justifiés par des documents doit en supporter les conséquences et s'attendre à ce qu'ils soient qualifiés de prestations appréciables en argent (Archives vol. 60 p. 564 consid. 3). Au demeurant, certains indices peuvent s'avérer suffisants, une présomption conduisant directement, sans instruction supplémentaire, à l'application des règles sur le fardeau de la preuve (Archives vol. 64 p. 499 consid. 3c).

dd. En cas de liquidation partielle, la société anonyme rembourse une partie de son capital aux actionnaires, en leur attribuant en principe un montant supérieur à la valeur nominale des participations. Il peut s'agir d'une liquidation partielle formelle en cas de décision de la société ou d'une liquidation partielle de fait. Dans les deux cas, nous sommes en présence, fiscalement parlant, d'une prestation appréciable en argent, imposable au titre de l'impôt anticipé, sur la base de l'excédent de liquidation (Conrad Stockar, Aperçu des droits de timbre et de l'impôt anticipé, 3ème éd., Lausanne 1994 [cité: Aperçu 1994], p. 106, cas n° 20). Dans ce contexte, le cas du rachat d'actions par la société anonyme constitue une situation plutôt spéciale. En effet, si l'on part du point de vue de la société, et sur le seul plan fiscal, deux lignes directrices s'opposent et doivent être envisagées. Il s'agit en fait de savoir si le rachat d'actions représente une véritable liquidation partielle de la société ou, au contraire, une simple opération commerciale de rachat et de revente de titres opérée par cette dernière (Xavier Oberson/Nicolas Merlino, Le traitement fiscal du rachat par une société de ses propres actions, in Journée 1999 de droit bancaire et financier, Berne 2000, p. 83 s.).

aaa. S'agissant du premier terme de l'alternative, il convient de garder à l'esprit que pour procéder à un rachat d'actions, la société doit puiser dans son capital propre disponible et ses réserves. Ce faisant, elle s'appauvrit et distribue aux actionnaires une partie de sa substance. La société amoindrit sa fortune totale nette et le risque existe ainsi que les réserves ne soient jamais imposées. En droit suisse, et dans cet ordre de pensée, le rachat d'actions représente une liquidation partielle «directe» (ATF du 4 mai 1999, publié in Steuerrevue 1999, n° 12 p. 750 consid. 4; Jean-Marc Rivier, Droit fiscal suisse: l'imposition du revenu et de la fortune, 2ème éd., Lausanne 1998 [cité: Droit fiscal], p. 393; Josef Bühler, Steuerfolgen von Änderungen im Bestand der Beteiligten bei Unternehmungen, Berne et Stuttgart 1986, p. 280; Ernst Giger, Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, thèse Berne 1995, p. 165 ss). Intervient alors une imposition au titre de l'impôt anticipé pour la part qui dépasse le simple remboursement de la valeur nominale des droits de participation (Oberson/Merlino, op. cit., p. 88 s.). Cette hypothèse de liquidation partielle va des cas les plus patents aux situations les moins claires. Y sont bien sûr d'abord assimilables les situations où le rachat d'actions couvre une distribution dissimulée de bénéfices. Mais deux autres hypothèses, tout aussi classiques, sont à prendre en compte. En premier lieu, il y a liquidation partielle au sens fiscal lorsque le rachat d'actions s'effectue avec une annulation des actions suivie d'une véritable décision de réduction de capital (Xavier Oberson, Droit fiscal suisse, Bâle 1998, p. 244; Rivier, Droit fiscal, p. 393; Stockar, Aperçu 1994, p. 141, cas n° 53) ou en vue d'une telle réduction (Oberson, op. cit., p. 244; Markus Reich in Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierung im Steuerrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, p. 85; Rivier, Droit fiscal, p. 393). Dans cette hypothèse, la société ne distribue pas de bénéfices, rachète ses actions et transmet les fonds propres y afférents à l'actionnaire. D'un autre côté - et c'est la seconde hypothèse importante à envisager -, la notion de liquidation partielle est aussi appliquée aux cas où les actions rachetées ne sont tout simplement pas revendues (Beat Walker/Christoph Busin, Die Verrechnungssteuer und die Stempelabgaben, Steuerverband Band 3, Zurich 1998, p. 80 et 83), celles-ci étant par exemple uniquement amorties de fait (Giger, op. cit., p. 178 et 188) ou la valeur réelle du capital-actions figurant au bilan n'étant tout simplement pas réduite (Conrad Stockar, Réglementation légale du rachat de propres actions dans le cadre de la réforme 1997 de l'imposition des sociétés, in RDAF 1998 II p. 119 [cité: Réglementation légale]). Peut sans doute être assimilée à cette situation la vente des actions à un actionnaire important qui veut percevoir immédiatement les bénéfices de sa participation, profits que la société a renoncé pendant des années à verser sous forme de dividendes (Pascal Montavon, Droit suisse de la SA, tome II, Lausanne 1997, p. 227). Juridiquement parlant, la réduction du capital-actions et la liquidation partielle n'existent pas, mais l'opération est nettement censée effectuée en raison de la seule qualité de l'actionnaire. La société ne joue pas le rôle de pur intermédiaire et l'actionnaire reçoit en retour un montant qui dépasse la valeur nominale de ses droits de participation. Dans ces cas-là, on accepte l'idée d'une liquidation partielle effective, soumise à l'impôt anticipé à raison du montant dépassant la valeur nominale, peu importe qu'il n'y ait pas de réduction formelle du capital-actions. Il convient donc de bien saisir que la notion ici utilisée de liquidation partielle est une notion propre au droit fiscal, qui se fonde principalement sur l'existence d'un flux de fortune à sens unique, allant de la société vers l'actionnaire sans contre-prestation versée par ce dernier, une telle situation consacrant un appauvrissement de fait de la société (Giger, op. cit., p. 164 et 167). Cette théorie de la liquidation partielle directe en cas de rachat d'actions vaut par ailleurs également, mutatis mutandis, en cas de rachat de bons de participation au sens de l'ancien droit (Giger, op. cit., p. 159; Stockar/Hochreutener, op. cit., vol. 2, n° 162, 163 et 168 ad art. 4 al. 1 let. b LIA).

bbb. Dans une autre perspective, la société anonyme peut racheter ses actions en vue de la revente, plus ou moins directe, à un tiers. Dans ce cas, c'est l'idée de continuité et non de liquidation partielle de fait de la société anonyme qui constitue l'élément prédominant à considérer. La société ne joue alors en principe que le rôle d'un pur intermédiaire entre deux parties contractuelles qu'il convient de considérer comme des tiers, et pour lesquelles elle assure les processus de vente et d'achat, de sorte que les actions sont véritablement rachetées par la société en vue de les revendre (Walker/Busin, op. cit., p. 80). C'est notamment le cas

en matière d'achat en bourse (Rivier, La fiscalité, p. 361), mais une telle fonction peut aussi survenir lors d'achats hors bourse, bien que le cas soit bien sûr plus difficile dans cette dernière hypothèse. La prestation faite par la société ne trouve pas ici sa cause dans l'unique qualité de l'actionnaire, mais dans d'autres motifs, comme par exemple le fait qu'une aliénation directe de l'actionnaire à un tiers est refusée par la société, la cause du rachat d'actions résidant uniquement dans ce refus d'accepter tel ou tel acheteur potentiel. Quoi qu'il en soit, l'idée principale

de non-imposition repose sur le fait qu'en raison de la revente plus ou moins directe - à des tiers - des mêmes titres, la société ne s'est pas appauvrie et que par conséquent, une condition essentielle de la prestation appréciable en argent ne s'est pas réalisée (Reich, op. cit., p. 86). Exprimé autrement, on peut poser la règle que plus la détention des titres par la société anonyme se révèle passagère, plus sa prestation faite lors du rachat apparaît fondée sur des rapports contractuels et commerciaux où interviennent le vendeur et l'acheteur définitifs. Dès lors et dans ces conditions, le juge est davantage enclin à admettre que la contre-prestation reçue lors de la revente - plus ou moins immédiate - par la société compense sa prestation initiale faite sans contrepartie aux actionnaires lors du rachat, cette compensation excluant l'hypothèse d'un appauvrissement de la société, donc d'une liquidation partielle au sens fiscal (Rivier, Droit fiscal, p. 394).

ccc. Les situations les plus épineuses, on l'aura compris, sont donc celles où il apparaît difficile de cerner si la société a définitivement renoncé à revendre les actions rachetées - auquel cas il y a liquidation partielle - ou si elle ne les a rachetées que pour les revendre ultérieurement - auquel cas il n'y a pas imposition. Théoriquement, car difficilement décelable avec certitude, le but du rachat apparaît en soi essentiel (Reich, op. cit., p. 86; Walter Ryser/Bernard Rolli, Précis de droit fiscal suisse [impôts directs], Berne 1994, p. 257; Giger, op. cit., p. 189 ss). A cet égard, une différence doit être faite entre les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et celles dont les titres ne le sont pas. Dans le premier cas, il est difficile de présumer une intention de liquidation sur la seule base d'un délai de garde conséquent, alors que pour les autres, une présomption de liquidation augmente clairement avec le temps (Ryser/Rolli, op. cit., p. 258). De toute manière, hormis le cas de certains achats en bourse, ce n'est que dans l'hypothèse où la détention des actions n'est que passagère que l'acquisition n'entraîne pas de liquidation partielle au sens du droit fiscal (Rivier, La fiscalité, p. 363).

Compte tenu des risques d'abus, une vision formaliste s'est peu à peu avérée indispensable et un poids de plus en plus important a été accordé au délai de revente des actions. Ce délai a d'ailleurs pris une singulière importance pour les cas où le rachat d'actions est exécuté pour des motifs essentiellement financiers, tels que la maximisation de la «shareholder value management» et de l'augmentation du bénéfice par action, procédé qui peut, en cas de qualification de liquidation partielle du rachat, devenir hautement problématique (Henry Peter/Rashid Bahar, Rachat et options de rachat par une société de ses propres actions [en droit des sociétés], dans Journée 1999 de droit bancaire et financier, Berne 2000, p. 16; Oberson/Merlino, op. cit., p. 106 s. et 122). Bref, le moment de la revente outrepassé-t-il un certain délai fixé par l'autorité, on se trouvera en présence d'une liquidation partielle; au contraire, si la revente est effectuée dans le délai fixé, elle conservera en principe son caractère uniquement commercial. Dans la mesure donc où la société ne revend pas les actions dans un délai raisonnable, il y a liquidation partielle et imposition au titre de l'impôt anticipé. C'est ainsi que l'AFC a instauré de longue date une pratique reposant en la matière sur le délai de revente, pratique qui s'est étalée sur trois périodes:

- Il est d'abord celle appliquée sous le régime précédant la révision du droit de la société anonyme, soit avant le 1er juillet 1992, et en dépit de l'art. 659 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations [CO], RS 220). Il fallait principalement une revente des actions dans le délai d'une année, à un prix égal ou supérieur à la valeur d'acquisition, peu importe que les actions aient été rachetées sur le marché boursier ou non. A défaut de ces deux conditions, il y avait imposition au titre de liquidation partielle (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2ème éd., Zurich 1996, p. 281 s.; Oberson, op. cit., p. 244; Stockar, Aperçu 1994, p. 141).

- Depuis le 1er juillet 1992, soit dès l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme, jusqu'au 1er janvier 1998, la pratique a surtout évolué en ce qui concerne le délai de revente, porté à deux ans, peu importe que les actions soient cotées en bourse ou non (Böckli, op. cit., p. 282 s.; Oberson, op. cit., p. 244 s.; cf. circulaire de l'AFC n° 25, du 27 juillet 1995

).

- Il faut enfin citer la nouvelle pratique instaurée dès le 1er janvier 1998, introduite lors de la réforme de 1997 de l'imposition des sociétés. Innovation principale, le délai de revente a été porté à six ans. Au surplus, le délai ne court pas à certaines conditions (Stockar, Réglementation légale, p. 119 ss; voir aussi Oberson, op. cit., p. 245).

ddd. Il convient de préciser, en l'espèce, que l'état de fait litigieux s'est produit avant la modification importante entrée en vigueur le 1er janvier 1992, et également avant la modification de 1997. Il convient donc de s'en tenir au droit en vigueur avant le 1er janvier 1992. Il y a lieu, au surplus, de suivre l'avis de l'AFC exprimé dans sa prise de position du 26 août 1999 et de considérer que l'art. 4a LIA ne trouve aucune application pour le présent litige, ce point de vue n'étant pas de surcroît fondamentalement contesté par la recourante.

b.aa. Aux termes de l'art. 5 al. 1 let. a 1er tiret de la loi fédérale sur les droits de timbre du 27 juin 1973 (LT, RS 641.10), le droit d'émission a notamment pour objet la création, ainsi que l'augmentation de la valeur nominale, à titre onéreux ou gratuit, de droits de participation sous la forme d'actions de sociétés anonymes (Stockar, Aperçu 1994, p. 18; Rivier, La fiscalité, p. 92 ss; Höhn/Waldburger, op. cit., p. 679 ss). Conformément à l'art. 5 al. 2 let. a LT, sont assimilés à la création de droits de participation les versements supplémentaires que les actionnaires font à la société sans contre-prestation correspondante et sans que soit augmenté le capital social inscrit au registre du commerce, soit entre autres les agios (Georges Wilhelm, Les versements supplémentaires des actionnaires et le droit de timbre fédéral d'émission, in Archives vol. 56 p. 547 s.). Le droit d'émission est dû chaque fois qu'une société anonyme crée des droits de participation ou qu'elle augmente la valeur nominale de ceux qui existent déjà. Il convient de rappeler que le droit de timbre d'émission, à l'instar des autres droits de timbre, est de caractère formel et qu'il frappe des transactions résultant d'opérations juridiques visées par la loi. La soumission au droit de timbre d'émission intervient aussitôt que l'acte juridique prévu par la loi est conclu (Archives vol. 58 p. 716; Oberson, op. cit., p. 262).

bb. Conformément à l'art. 8 al. 1 let. a LT, le droit d'émission sur les droits de participation se calcule, pour la création et l'augmentation de droits de participation, sur le montant reçu par la société en contrepartie, mais au moins sur la valeur nominale. L'apport peut notamment être constitué par l'actif et le passif d'une entreprise (Rivier, La fiscalité, p. 162). L'art. 8 al. 3 LT précise de son côté que les choses et les droits doivent être estimés à leur valeur vénale au moment de l'apport. Il s'ensuit que le droit d'émission est également dû sur l'éventuelle prime d'émission. Seuls les frais d'émission et le droit d'émission lui-même sont déductibles de la valeur vénale déterminante (Archives vol. 58 p. 388 consid. 1; vol. 51 p. 496 consid. 2a; Stockar, Aperçu 1994, p. 19 s.; Stockar/Hochreutener, op. cit., vol. 1, ad art. 8 ch. 1 LT, n° 6, 13, 17 et 19). Dans ce contexte, il n'apparaît pas contraire

au droit fédéral de considérer que fait partie de la base imposable l'agio obtenu lors du placement ferme des actions, soit à la valeur du marché auprès de l'entité pour laquelle elles ont été créées. L'agio se caractérise en effet par le montant entier et total reçu par la société en contrepartie des droits de participation, cela résultant du fait que l'émission n'est en principe achevée que lorsque les nouveaux titres sont repris par des tiers (Hans Peter Hochreutener, Esquisse des droits de timbre fédéraux suisses [cité: Esquisse], Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 5).

3. En l'espèce, il s'agit de vérifier s'il y a bien eu prestation appréciable en argent sous la forme d'une liquidation partielle au sens technique - c'est-à-dire fiscal - de l'expression et, le cas échéant, de contrôler le bien-fondé d'une imposition au titre du droit de timbre d'émission.

a. En premier lieu, s'il faut certes reconnaître que sont ici en cause des normes de droit fiscal à rattachement économique et s'il est vrai que les autorités fiscales ne sont pas liées, pour leur interprétation, par la forme juridique des transactions (ATF du 4 mai 1999 en la cause S. consid. 2b, in *Steuerrevue* 1999 n° 12 p. 749; *Archives* vol. 65 p. 669; vol. 64 p. 493 consid. 2c; *Oberson*, op. cit., p. 262; *Oberson/Merlino*, op. cit., p. 81; *Giger*, op. cit., p. 186), cette règle ne saurait ici être appliquée à l'avantage de la recourante, pour deux raisons essentielles liées à l'analyse du dossier.

D'abord, il faut rappeler l'existence d'un premier principe qui limite précisément la portée de l'appréciation économique et qui énonce que pour qualifier juridiquement l'état de fait, il convient de partir des opérations telles qu'elles se sont véritablement produites et non pas telles qu'elles auraient dû ou pu être effectuées. En aucun cas, la recourante ne peut se prévaloir d'une appréciation économique de l'état de fait pour faire accepter un déroulement des opérations qui n'a pas eu lieu, et le principe de l'appréciation économique ne va pas jusqu'à placer les opérations dans le sens où elles auraient dû ou pu être effectuées (*Archives* vol. 65 p. 834; *Oberson*, op. cit., p. 262). Il convient donc de juger la «séquence événementielle» - pour reprendre les termes de la recourante - telle qu'elle s'est réellement passée, et non pas telle qu'elle aurait pu ou dû se dérouler. Or, l'examen du dossier révèle d'entrée que l'AFC n'a fait que suivre et respecter l'enchaînement des opérations, au contraire de la recourante dont la thèse s'écarte manifestement de la succession réelle des événements. La conséquence du principe du déroulement effectif des opérations est que le contribuable doit simplement assumer les conséquences fiscales de son choix économique. D'ailleurs, la suite choisie par la recourante l'a été pour des raisons précises et la recourante cite elle-même trois exemples de procédures différentes qu'il eût été possible, voire préférable d'adopter, afin d'éviter les conséquences fiscales arrêtées par l'AFC. Ces circonstances démontrent à l'envi que l'on ne peut se prévaloir du principe de l'appréciation économique des faits, dès lors que l'on se fonde sciemment sur un état de fait imaginaire, étranger à celui qui ressort du dossier, et que l'on ne saurait reprocher à l'AFC un rattachement «purement formel», si c'est pour, à l'inverse, se prévaloir d'un état de fait fictif.

Par ailleurs, et de toute manière, il convient de rappeler que la possibilité - voire le devoir - de l'appréciation sous l'angle économique ne se confond pas avec l'examen des seuls motifs lointains qui ont présidé au choix des opérations. Là encore, il apparaît également nécessaire de qualifier l'ensemble de la situation en partant des seules opérations topiques, et non pas en faisant intervenir les motifs qui sont à leur origine. L'appréciation économique ne consiste donc pas à supprimer le cheminement - également économique - des opérations effectuées, au profit de l'analyse d'une seule intention, celle-ci primant les faits. Or, il s'avère que c'est notamment - et surtout - pour éviter des mouvements spéculatifs sur les actions de la société que le rachat en bourse de 30'000 actions aurait forcément occasionnés, que la recourante a procédé de la sorte. Au surplus, il faut d'ores et déjà le constater, la thèse de la recourante méconnaît la nature des titres, leur annulation, la réduction du capital-actions, ainsi que l'augmentation réelle et incontestable du capital social. Ainsi, elle aimerait faire passer l'idée qu'il y a eu rachat et revente des bons de participation. Or, il ne faut précisément pas confondre la méthode de l'appréciation économique avec la prise en considération du seul résultat escompté ou but recherché, au mépris de la nature des opérations adoptées par le contribuable. En définitive, dans la mesure où l'argumentation de la recourante nie les faits, la nature des titres et les modifications du capital-actions, elle doit déjà, pour des raisons de principe, être rejetée.

b. La thèse principale de la recourante est celle de la soi-disant conversion des titres. Selon elle, on serait simplement en présence d'une conversion des bons de participation (matériellement: «de jouissance») en actions. Cette allégation s'avère manifestement erronée. Il apparaît en effet clairement qu'il n'y a eu aucune conversion de titres au sens technique, dès lors que les titulaires en cause ne sont pas identiques et qu'il ne s'agit pas d'une simple modification de titres appartenant aux mêmes personnes. Il est d'ailleurs tout aussi faux de parler de simple acte de gestion de la part de la société, dès lors qu'il y a eu une véritable et incontestable augmentation de capital. En d'autres termes, la recourante tente de faire accepter l'idée d'une conversion inexistante. Il n'est en outre pas possible non plus de soutenir que les bons ont été rachetés, puis revendus et que l'on a seulement modifié la forme tout en conservant la substance des bons. Soutenir cela, c'est tout simplement nier la différence de nature entre un bon de jouissance (ou bon de participation sous l'ancien droit) et une action, qui accorde des droits supplémentaires complètement différents. Encore une fois, étant donné que ce ne sont plus les titres en mains de mêmes personnes qui sont concernés, il ne peut y avoir conversion et toutes les conséquences fiscales favorables qui pourraient lui être rattachées ne sont plus envisageables. Dès lors que la thèse de la conversion de titres ne peut en aucun cas être accréditée, il s'ensuit forcément qu'on ne peut plus nier l'existence de trois opérations en soi distinctes dans le temps: le rachat des bons de participation, l'annulation desdits titres et enfin, l'émission d'actions. Ces trois opérations indiscutables ne peuvent être ni supprimées, ni qualifiées de conversion au sens technique.

c. Au vu de ce qui précède, et dans la mesure où la conversion de titres ne peut en aucun cas être admise, l'examen du dossier révèle clairement qu'il n'y a pas eu, au surplus, revente de titres. Une telle revente, essentielle pour l'acceptation de la thèse de la continuité et de la fonction intermédiaire jouée par la recourante n'existant pas en l'espèce, toute discussion éventuelle sur la longueur du délai de garde desdits bons devient dès lors inutile. Dans le même ordre d'idée, il n'est pas davantage soutenable de prétendre, au vu des pièces du dossier, qu'il y a eu un rachat uniquement provisoire des bons de participation dans l'intention de les revendre à des tiers, du moment que ce ne sont pas les mêmes titres qui ont été revendus par la suite. Comme le soutient l'AFC, il n'y a pas eu rachat d'actions en vue de la revente, mais rachat en vue de l'annulation des bons, ce qui n'est pas comparable. Or, le rachat définitif s'inscrit déjà dans le sens d'une liquidation partielle au sens fiscal. On ne saurait davantage accueillir l'objection selon laquelle il a existé un rapport contractuel s'étendant depuis le rachat des titres en cause jusqu'à la vente des actions nouvellement émises. Au contraire, il apparaît plus correct de considérer qu'il n'est pas de rapport de causalité, de lien entre le rachat des bons de participation et l'émission des nouvelles actions. Autrement formulé, il faut à l'inverse retenir que l'annulation des titres est complètement séparée juridiquement - et économiquement - de l'opération d'émission qui concerne des tiers acheteurs ne présentant aucun lien avec les vendeurs des bons de participation. Il s'ensuit que la recourante n'a joué à aucun moment le rôle de pure intermédiaire, seule hypothèse qui lui eût permis de revendiquer une absence d'imposition, en raison du caractère purement commercial du rachat. Dans la mesure où

il n'y a pas revente de titres, le rachat d'actions conduit donc logiquement à l'assimilation du rachat litigieux à une liquidation partielle au sens fiscal et pour cette raison, le recours doit déjà être rejeté.

d. Par abondance de motivation, on relèvera par ailleurs que la recourante sous-estime manifestement la portée de l'annulation des bons de participation. Non seulement, en effet, il n'y a pas eu conversion ni revente, mais au surplus, la prise en compte de cette annulation effective des titres conduit forcément à admettre qu'est intervenue une véritable réduction du capital-bons de participation. C'est l'annulation des titres, associée à l'absence de conversion, de revente de titres et de transaction commerciale entre vendeurs et acheteurs - au surplus de titres différents -, qui conduit, logiquement pour ainsi dire, via la véritable réduction du capital-bons de participation, à la liquidation partielle au sens fiscal de l'expression. Il est vrai que cette solution peut paraître douteuse sur un plan plus global. Mais il faut rappeler qu'en la matière, il convient de partir du déroulement effectif des opérations et qu'au surplus, la distinction entre liquidation partielle ou non tient à des considérations plutôt formelles et à des notions typiquement fiscales. Le fait qu'on a voulu offrir aux salariés la possibilité d'acquérir des titres d'une nature plus appropriée au plan de désintéressement ne change rien à la présente appréciation, dès lors qu'il s'agit là, vu dans la perspective de l'ancien droit, d'un motif lointain, et d'autant plus que la vente s'est faite à l'endroit de la fondation, non des travailleurs, sans qu'il y ait par ailleurs rachat d'actions et affectation à un fond spécial des mêmes titres.

Dans la mesure donc où il s'avère qu'il n'y a pas eu seulement absence de revente des titres en cause - conduisant déjà, en soi, à l'admission d'une liquidation partielle -, mais encore une véritable réduction du capital-bons de participation, la reprise d'impôt anticipé de l'AFC se révèle ainsi doublement incontestable. Compte tenu des circonstances, il apparaît en effet clairement que les trois conditions de la prestation appréciable en argent sont, en l'espèce, réalisées. La société a été appauvrie par sa prestation, dès lors que les titres ont été annulés, et celle-ci a été faite sans contrepartie véritable de la part des vendeurs, de sorte qu'à l'égard des actionnaires, il n'y a pas eu d'opération commerciale. Au surplus, la prestation a été faite clairement à des actionnaires et les organes de la société pouvaient manifestement s'en rendre compte.

e. La prise en compte de l'annulation des titres conduit ainsi de manière contraignante à l'admission, en l'espèce, d'une réelle augmentation de capital, avec création de nouveaux droits de participation, lesquels doivent véritablement faire l'objet d'une libération. Cette dernière n'est pas intervenue par le biais du rachat d'actions, puisqu'aucune correspondance entre les différents flux de fonds n'est reconnue. Il est vrai que la société a reconstitué ses réserves au moyen d'un agio encaissé lors de l'émission des nouvelles actions. Mais il n'en est pas moins erroné de prétendre qu'il y a double imposition des réserves. S'agissant de l'émission des actions, il s'impose de raisonner ici, manifestement, selon l'ancien droit. L'augmentation du capital-actions devait être libérée et l'a été par des tiers qui n'ont rien à voir avec les actionnaires qui ont rendu leurs bons. Stricto sensu, une relation de causalité entre le rachat et l'émission des nouvelles actions fait défaut. Le changement des bons en actions entraîne donc bel et bien la perception du droit de timbre d'émission calculée sur la valeur des actions (Archives vol. 46 p. 538). En procédant à deux impositions différentes de deux opérations distinctes, d'une part au titre de l'impôt anticipé, et par ailleurs au titre de droit de timbre d'émission, l'AFC n'a donc fait que suivre et respecter le déroulement des opérations. Par ailleurs, l'émission n'étant achevée que lorsque les nouveaux titres sont repris par des tiers (Hochreutener, Esquisse, p. 5), le calcul effectué par l'AFC n'apparaît pas contraire au droit fédéral applicable. Il convient donc en l'occurrence de partir du prix versé par la Fondation pour les actions, seul acte s'avérant véritablement déterminant pour la libération effective des actions et seule valeur à même de correspondre à la notion de contrepartie au sens de l'art. 8 al. 1 let. a LT. Ladite notion s'étend en effet non seulement à la valeur d'émission, mais bien à celle de libération, sans quoi l'agio ne serait précisément plus intégré dans la base de calcul. Une application analogique du calcul du droit de timbre en cas de souscription à titre fiduciaire doit donc être effectivement approuvée (Archives vol. 52 p. 158).

Dokumente der SRK