

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions du 26 août 2004, en la cause X SA [CRC 2003-023])

Emissionsabgabe. Ausnahmen. Fusionsähnlicher Zusammenschluss.

- Begriff der Fusion (E. 2c). Begriff des einer Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlusses im Rahmen der Steuerausnahme (Art. 6 Abs. 1 Bst. abis StG).

- Die Steuerprivilegierung ist ausgeschlossen solange die Beteiligungsrechte dem Inhaber nicht die Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmrechte verleihen (E. 3b). Die Intensität der Beziehungen kann die Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmrechte nicht ersetzen (E. 3d).

Droit de timbre d'émission. Exonération. Concentration analogue à une fusion.

- Notion de fusion (consid. 2c). Notion de concentration analogue à une fusion donnant droit à l'exonération (art. 6 al. 1 let. abis LT).

- L'octroi du privilège de l'exonération est exclu aussi longtemps que les participations ne confèrent pas la majorité des deux tiers des droits de vote à leur détenteur (consid. 3b). L'intensité des relations ne peut pas remplacer la majorité des deux tiers des droits de vote (consid. 3d).

Tassa di bollo. Esonero. Concentrazione analoga ad una fusione.

- Nozione di fusione (consid. 2c). Nozione di concentrazione analoga ad una fusione che conferisce il diritto all'esonero (art. 6 cpv. 1 lett. abis LTB).

- La concessione del privilegio dell'esonero è esclusa finché le partecipazioni non conferiscono la maggioranza dei due terzi dei diritti di voto al loro detentore (consid. 3b). L'intensità delle relazioni non può sostituire la maggioranza dei due terzi dei diritti di voto (consid. 3d).

Résumé des faits:

A. X SA, anciennement Y Finance SA, est une société anonyme constituée le 11 mars 1999. Son but social, tel qu'il est inscrit au registre du commerce, est la conservation, le renforcement et la gestion d'une participation déterminante et durable dans le capital-actions de Y SA, l'acquisition et la détention de participations dans toute autre entreprise.

B. Le capital social de X SA était, initialement, de Fr. 212'997'920.-, divisé en 256'624 actions nominatives de Fr. 830.-. Ce capital avait été libéré par l'apport en nature de 253'586 actions nominatives de Fr. 40.- chacune et de 1519 actions au porteur de Fr. 80.- chacune de la société Y SA, à Z.

C. Par ailleurs, l'inscription de X SA au registre du commerce indiquait également, au titre de reprise de biens effective, 16'285 actions nominatives de Y SA. Enfin, il était fait état d'une reprise de biens envisagée de 1000 actions nominatives et de 4300 actions au porteur de Y SA.

D. Selon les allégations de X SA, les apports reçus lors de sa fondation lui ont permis de détenir plus de 60% des actions nominatives de Y SA ainsi que des actions au porteur exprimant ensemble le 34.9% des droits de vote de cette société.

E. Le 27 février 2001, X SA a porté son capital-actions de Fr. 212'997'920.- à Fr. 223'583'740.-, par l'émission de 12'754 actions nominatives de Fr. 830.-. L'augmentation de capital ne mentionne pas d'apport en nature ni de reprise de biens.

F. Selon les explications fournies par X SA, l'objectif premier de X SA «était de mettre définitivement le groupe à l'abri d'OPA inamicales et d'assurer la pérennité de l'action des actionnaires de référence». Au demeurant, X SA comptait détenir, dans un délai de deux ans au maximum, plus du 50% des voix à l'assemblée générale de Y SA.

G. X SA comptait également détenir l'intégralité du capital social de la société Y Services SA, société non encore constituée à l'époque, et apparemment, également jusqu'à présent.

H.-K. Le 19 mai 2000, l'Administration fédérale des contributions (AFC) a réclamé à X SA un droit de timbre d'émission de Fr. 2'105'424.95.-, plus intérêts moratoires.

L.-N. Le 15 septembre 2000, l'AFC a rendu une décision à l'encontre de X SA, condamnant cette dernière à payer Fr. 2'105'424.95.- au titre du droit de timbre d'émission.

O. Le 23 décembre 2002, l'AFC a rendu une décision sur réclamation, portant le droit de timbre d'émission à Fr. 2'127'479.20, condamnant X SA à payer ce montant, les intérêts moratoires de 5% dès le 16 avril 1999, les frais de poursuite de Fr. 424.50, le tout sous déduction de Fr. 2'105'424.95 et de Fr. 156'576.80, déjà payés.

P., Q. Le 21 janvier 2003, X SA (ci-après: la recourante) a recouru contre cette décision auprès de la Commission fédérale de recours en matière de contributions (ci-après: la Commission de recours ou de céans). Elle demande à ce que l'art. 6 al. 1 let. abis de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT, RS 641.10) lui soit appliqué.

R., S. Le 30 janvier 2003, la recourante a produit un mémoire complémentaire, au terme duquel elle fournissait des explications par rapport au groupe Y. En outre, elle alléguait détenir à ce jour 19% des droits de vote de la société cotée A SA, pourcentage qui, selon la recourante, devrait être porté à 47.88%, en prenant en compte le syndicat constitué par la famille B, actionnaire de la recourante (syndicat au sens de l'art. 20 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [LBVM], RS 954.1).

Extrait des considérants:

1. (...)

2.a. La Confédération perçoit un droit de timbre d'émission notamment sur la création, à titre onéreux ou gratuit, de droits de participation sous la forme d'actions de sociétés anonymes (art. 5 al. 1 let. a LT). Le droit de timbre s'élève à 1% et se calcule sur le montant reçu par la société en contrepartie des droits de participation, mais au moins sur la valeur nominale (art. 8 al. 1 let. a LT). Toutefois, ce droit de timbre n'est pas perçu sur les droits de participation créés ou augmentés conformément à des décisions de fusion ou de concentration équivalant économiquement à des fusions (art. 6 al. 1 let. abis LT). Il s'agit d'examiner dans quelle mesure la recourante peut être exonérée sur cette base.

b. En vertu de l'art. 27 LT, sont applicables pour la fixation des droits, les clauses réelles des documents ou des actes juridiques. Il est conforme au caractère formel des droits de timbre que la forme juridique donnée à l'opération soit décisive et non pas le but économique poursuivi par les intéressés. L'Administration fédérale des contributions ne saurait se laisser guider pour ce motif par une vision économique des opérations, à l'exception toutefois des cas dans lesquels la loi utilise elle-même des notions à contenu économique telles que celle de «manteau d'actions» décrite par l'art. 5 al. 2 let. b LT ou celle de «concentration équivalant économiquement à une fusion» (arrêt du Tribunal fédéral du 5 mars 2002 in: Revue fiscale 2002 p. 579 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 1996 in: Archives de droit fiscal suisse [Archives] vol. 65 p. 666 consid. 3a).

c. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux droits de timbre, il faut comprendre la notion de fusion comme la réunion de deux ou plusieurs entreprises au sens de l'art. 748 à 750, de l'art. 770 al. 3 et de l'art. 914 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations [CO], RS 220; dispositions abrogées et remplacées, depuis le 1er juillet 2004, par la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, Loi sur la fusion [LFus], RS 221.301). La fusion implique qu'une ou plusieurs, voire toutes les sociétés qui participent à l'opération, passent dans une société nouvellement fondée ou qui existe déjà (arrêt du Tribunal fédéral du 5 mars 2002, op. cit., consid. 2.3; ATF 102 Ib 142 consid. 2 et les références citées).

d. En l'espèce, s'agissant de l'apport d'actions à la recourante, aucun élément du dossier - et les parties ne prétendent pas le contraire - ne permet de conclure à l'existence d'une fusion au sens du droit des obligations. Le registre du commerce ne contient pas non plus d'inscription dans ce sens. En conséquence, il convient d'examiner si l'émission d'actions par la recourante peut être qualifiée de concentration analogue à une fusion au sens de l'art. 6 al. 1 let. abis LT.

3.a. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a relevé que la notion de concentration analogue à une fusion n'est pas précisée par la loi; il a considéré qu'une concentration de sociétés anonymes est analogue à une fusion lorsque, pour une raison quelconque, elle ne peut avoir lieu selon l'art. 748 CO, mais qu'elle conduit à des effets économiques identiques à ceux d'une fusion et que les motifs permettant de privilégier fiscalement la fusion sont également réalisés à son égard. Une concentration de sociétés est analogue à une fusion lorsque, cumulativement, (a) la société reprenante ne se limite pas à posséder des actions et à en toucher les dividendes, mais planifie son activité de façon à ce que les sociétés intégrées économiquement soient dirigées par un seul organisme, (b) on peut rechercher ou attendre, sur le plan de la capacité concurrentielle, les résultats favorables attendus d'une véritable fusion (comme une direction plus efficace, une économie de frais d'administration, un moyen plus facile de se procurer des crédits, etc.), (c) l'apport permet à la société reprenante de dominer de manière absolue les sociétés intégrées, ce qui de toute façon n'est pas le cas si elle ne possède pas la majorité des deux tiers des droits de vote conformément aux dispositions du droit de la société anonyme et (d) les sociétés concernées sont économiquement actives (arrêt du Tribunal fédéral du 5 mars 2002, op. cit., consid. 4.1; ATF 102 Ib 142 consid. 2; Revue fiscale 1998 p. 358 consid. 2 et les références citées).

b. Certes, une concentration d'entreprises est un processus qui peut se dérouler en plusieurs étapes, dont la dernière est la fusion véritable et une direction d'entreprise unique précédant l'acquisition de participations n'exclut pas l'existence d'une concentration analogue à une fusion. Toutefois, l'octroi du privilège de l'exonération est exclu, aussi longtemps que les participations ne confèrent pas la majorité des deux tiers des droits de vote à son détenteur (arrêt du Tribunal fédéral du 5 mars 2002, op. cit., consid. 4.2 et 4.3 et les références citées; Archives vol. 72 p. 884 ss [...]).

c. Lorsqu'une concentration analogue à une fusion a lieu et que le privilège fiscal doit être consenti, il est sans importance de savoir pour quel motif la concentration a lieu et si le but qui est recherché avec un tel privilège est effectivement atteint. Il est ainsi également sans importance que les sociétés qui fusionnent aient déjà collaboré économiquement ou aient été en concurrence auparavant, une fusion étant généralement le dernier pas de la concentration d'entreprises qui se trouvent déjà dans des relations plus ou moins étroites (arrêt du Tribunal fédéral du 5 mars 2002, op. cit., consid. 4.1).

d. En l'espèce, la participation de la recourante au capital de Y SA ne lui permet pas de détenir les deux tiers des voix de cette société. Contrairement à ce que la recourante semble alléguer, le fait que tous les actionnaires ne sont pas nécessairement présents aux assemblées générales ne permet pas d'arriver à une conclusion différente. En effet, la recourante doit compter sur les autres actionnaires qui peuvent, en tout temps, bloquer des décisions de l'assemblée générale, en particulier celles qui requièrent une majorité qualifiée au sens de l'art. 704 CO. Ainsi, la domination de la recourante sur Y SA n'est pas absolue et l'intensité des relations ne peut donc pas être assimilée à une véritable fusion. De plus, la recourante a elle-même admis que le but visé était de mettre le groupe à l'abri d'une offre publique d'achat (OPA; et non pas de procéder à une concentration) et qu'une clause statutaire d'«opting out» devait lui permettre de «franchir le cap de 50% des droits de vote». Dès lors, non seulement la recourante ne possédait pas les deux tiers des droits de vote de Y SA, mais en outre, elle n'avait même pas prévu d'atteindre ce seuil. Quant à la participation alléguée à A SA, on peut laisser ouverte la question de savoir si elle doit être prise en compte, s'agissant d'une acquisition qui, apparemment, n'avait pas été prévue initialement. En effet, cette participation ne porte pas sur les deux tiers des voix, de sorte qu'elle ne permet de considérer qu'il y a une concentration qui équivaut économiquement à une fusion. Enfin, la participation apparemment envisagée de 100% dans une nouvelle société à constituer (Y Services SA) ne saurait être prise en compte. En effet, cette société n'a, semble-t-il, pas été constituée et, a fortiori, ne constitue donc pas une participation à une société active.

e. En conséquence, la seule participation qui puisse réellement être prise en compte est celle que la recourante détient dans Y SA. Or, il ne s'agit que d'une seule participation qui, de plus, ne permet pas à la recourante de détenir les deux tiers des voix à l'assemblée générale de cette société. Dès lors, les conditions pour bénéficier d'une exonération du droit de timbre d'émission ne sont pas remplies.

4., 5., 6. (...)

Dokumente der SRK