



CRC 2003-023

Président : Pascal Mollard
Juges : Xavier Oberson ; Christine Sayegh,
Greffier : Liliane Subilia-Rouge

Décision du 26 août 2004

en la cause

X, représentée par la Fiduciaire A,

contre

L'Administration fédérale des contributions, Division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé, des droits de timbre, Eigerstrasse 65, 3003 Berne (réf. ...)

concernant

le droit de timbre d'émission
(concentration analogue à une fusion)

I. En fait :

A.– X (ci-après : X), anciennement Y, 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 Z, l'acquisition et la détention de participations dans toute autre entreprise.

B.– Le capital social de X 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 Z.

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

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

E.– Le 27 février 2001, X 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, *« l'objectif premier de X était de mettre définitivement le groupe à l'abri d'OPA inamicales et d'assurer la pérennité de l'action des actionnaires de référence »* (pièce n° 5 AFC). Au demeurant, X comptait détenir, dans un délai de deux ans au maximum, plus du 50% des voix à l'assemblée générale de Z (pièce n° 3 AFC).

G.– X comptait également détenir l'intégralité du capital social de la société B, société non encore constituée à l'époque, et apparemment, également jusqu'à présent (pièce n° 3 AFC).

H.– Avant même la constitution de X, l'Administration fédérale des contributions (AFC) avait été approchée afin d'examiner si une exonération du droit de timbre d'émission pouvait être octroyée sur la base de l'art. 6 al. 1 lit. abis de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT ; RS 641.10).

I.– Dans le cadre de ces démarches, l'AFC avait indiqué que l'exonération prévue à l'art. 6 al. 1 lit. abis LT, au titre de concentration analogue à une fusion, impliquait la réalisation de deux conditions cumulatives. Il fallait, premièrement, qu'au moins deux sociétés actives soient apportées ou reprises, avec publication, en propriété complète et illimitée (sans option), pour au moins 66 2/3% des droits de vote. Deuxièmement, il fallait qu'au moins 50% de la valeur effective de l'apport en nature ou des biens repris soit utilisé pour le capital propre de la holding, que ce soit sous forme de capital, de réserves ouvertes ou latentes (pièce n° 4 AFC).

J.– Le 17 mars 2000, l'AFC a octroyé à X un délai au 30 avril 2000 pour remettre à l'AFC le calendrier du déroulement des opérations de restructuration du groupe et un délai au 30 juin 2000 pour achever les opérations liées à sa fondation et les inscrire au registre du commerce.

K.– Le 19 mai 2000, l'AFC a refusé de prolonger ce délai et a réclamé à X un droit de timbre d'émission de Fr. 2'105'424.95.--, plus intérêts moratoires.

L.– Le 28 juillet 2000, l'Office des Poursuites de a notifié un commandement de payer à X (poursuite n°), pour un montant de Fr. 2'105'424.95.-- au titre du droit de timbre d'émission.

M.– Le 25 août 2000, X a formé opposition à ce commandement de payer.

N.– Le 15 septembre 2000, l'AFC a rendu une décision à l'encontre de X, 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 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.– Le 21 janvier 2003, X (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 LT (concentrations analogues à des fusions) lui soit appliqué. Subsidiairement, elle demande à ce que le droit de timbre « soit calculé sur la base de l'agio retenu par les autorités de l'impôt fédéral direct comme prime d'émission ». Enfin, la recourante demande à pouvoir compléter son recours par un mémoire complémentaire.

Q.– Le 27 janvier 2003, le Président de la Commission de céans a rejeté la demande de X de fournir un mémoire complémentaire. En revanche, il a indiqué qu'il était possible de compléter le mémoire à l'intérieur du délai de recours et que X pourrait être invitée, le cas échéant, à faire valoir ses arguments complémentaires dans le cadre d'un second échange d'écritures.

R.– Le 30 janvier 2003, X a produit un mémoire complémentaire, au terme duquel elle fournissait des explications par rapport au groupe Z. En outre, elle alléguait détenir à ce jour 19% des droits de vote de la société cotée L, pourcentage qui, selon la recourante, devrait être porté à 47.88%, en prenant en compte le syndicat constitué par la E, actionnaire de X (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).

S.– Invitée à présenter ses observations, l'AFC a répondu en date du 7 mars 2003. Elle conclut au rejet du recours, avec suite de frais et dépens à la charge de la recourante.

Les autres faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « En droit » de la présente décision.

II. En droit :

1.– Aux termes de l'art. 39a LT en relation avec l'art. 71a al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), les décisions sur réclamation rendues par l'AFC concernant les droits de timbre fédéraux peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de céans, dans les trente jours qui suivent leur notification. Conformément à l'art. 22a lit. c PA, les délais fixés par la loi ne courent pas du 18 décembre au 1^{er} janvier inclusivement. En l'occurrence, le recours contre la décision de l'AFC du 23 décembre 2002 a été adressé à la Commission de céans le 22 janvier 2003 (date du timbre postal), soit dans le délai prescrit par l'art. 39a LT. Il en va de même du mémoire complémentaire du 30 janvier 2003. Un examen préliminaire du recours révèle qu'il remplit en outre pleinement les exigences posées aux art. 51 et 52 PA et qu'il ne présente aucune carence de forme ni de fond. Enfin, l'avance de frais de Fr. 10'000.-- demandée par la Commission de céans à X, conformément à l'art. 63 al. 4 PA, a été versée dans le délai fixé. Il importe donc d'entrer en matière.

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 lit. a LT). Le droit de timbre s'élève à 1% du montant reçu par la société en contrepartie des droits de participation, mais au moins sur la valeur nominale (art. 8 al. 1 lit. 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 lit. 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 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 lettre 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 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 des art. 748 à 750, 770 al. 3 et 914 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Droit des obligations [Code des obligations ; CO] ; RS 220 ; dispositions abrogées et remplacées, depuis le 1^{er} 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 X, 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 X peut être qualifiée de concentration analogue à une fusion au sens de l'art. 6 al. 1 lit. 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 Z 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 Z 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'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 Z, mais en outre, elle n'avait même pas prévu d'atteindre ce seuil. Quant à la participation alléguée à L, 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 (B) 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 Z. 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.– a) La recourante indique en outre que « d'autres dispositions légales que les lois fiscales l'empêchent de planifier à sa guise les opérations de restructuration » et qu'elle « est tenue de se conformer aux obligations légales liées au fait que ses participations sont cotées en bourse. Elle ne doit pas en pâtir et être victime d'une inégalité de traitement ».

b) La recourante n'indique pas quelles obligations légales l'empêcheraient de réaliser quelle opération. Elle n'indique pas non plus en quoi elle serait victime d'une inégalité de traitement et par rapport à qui.

c) Le droit fiscal entraîne certaines conséquences à un état de fait donné. A cet égard, il importe peu, en matière de droits de timbre, que l'état de fait générateur de l'impôt ait été volontairement réalisé ou découle d'une obligation légale (arrêt du Tribunal fédéral du 26 mars 1976 in : Archives vol. 45 p. 114 consid. 5). Dès lors, peu importe que l'apport des titres de Z à la recourante aurait pu intervenir différemment si les obligations légales avaient été différentes.

5.– a) Subsidiairement, la recourante demande que le droit de timbre d'émission « soit calculé sur la base de l'agio retenu par les autorités de l'impôt fédéral direct comme prime

d'émission » et non pas « sur une valeur reposant sur un cours de l'action en bourse [du sous-jacent Z] qui ne peut, en aucun cas, lui être applicable, compte tenu de la quantité de titres qu'elle détient ». Bien que les explications de la recourante ne soient pas très claires sur ce point, la Commission de céans déduit de cette demande et des pièces produites que le droit de timbre devrait être calculé sur la valeur nominale des titres apportés (application par analogie de la solution dite de "l'agio,, prévue, en matière de transposition, par la circulaire 6 du 3 février 1987 de l'AFC, modifiée le 9 décembre 1987).

b) L'art. 8 al. 1 lit. a LT prévoit que le droit d'émission sur les droits de participation se calcule sur le montant reçu par la société en contrepartie des droits de participation, mais au moins sur la valeur nominale. En l'espèce, l'AFC a calculé le droit de timbre sur la valeur nominale des titres émis, après déduction de la tranche d'exonération de 250'000 francs prévue à l'art. 6 al. 1 lit. h LT. L'impôt ainsi déterminé constitue le minimum que la recourante pouvait devoir, étant précisé que si la valeur vénale des titres apportés était supérieure au capital émis en contre-partie, c'est ce montant qui aurait dû servir d'assiette pour le calcul de l'impôt. Ainsi, et contrairement à ce qu'affirme la recourante, le droit de timbre n'a pas été calculé sur la valeur vénale du cours de l'action en bourse (du sous-jacent), mais sur la valeur nominale des titres émis.

c) Enfin, la recourante se réfère à un accord conclu avec l'AFC, mais qui portait, expressément, sur l'impôt fédéral direct et l'impôt anticipé. La Commission de céans n'a dès lors pas besoin d'examiner le contenu et la portée de cet accord, qui ne couvre de toute manière pas le droit de timbre d'émission. Cela étant, on ne voit pas en quoi un tel accord pourrait servir sa cause, l'art. 8 LT étant dénué de toute ambiguïté sur ce point. En conséquence, le recours devra également être rejeté pour ce motif.

6.- Au vu des considérations qui précèdent, le recours doit être rejeté et la décision sur réclamation de l'AFC du 23 décembre 2002 confirmée. Les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté et les émoluments de chancellerie, doivent être mis à la charge de la recourante. L'autorité de recours impute, dans le dispositif, l'avance sur les frais de procédure correspondants et rembourse le surplus éventuel (art. 63 al. 1 LPA et art. 1 et ss, plus particulièrement 5 al. 3 de l'ordonnance sur les frais et indemnité en procédure administrative [RS 172.041.0]).

Par ces motifs,

La Commission fédérale de recours en matière de contributions, statuant par voie de circulation en application de l'art. 23 al. 1 de l'ordonnance concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage (RS 173.31),

prononce:

1. Le recours de X est rejeté et la décision sur réclamation de l'Administration fédérale des contributions du 23 décembre 2002 est confirmée au sens des considérants.
2. Les frais de procédure, par Fr. 10'000.--, comprenant l'émolument d'arrêté et les émoluments de chancellerie, sont mis à la charge du recourant et imputés sur l'avance de frais de Fr. 10'000.--.
3. La présente décision est notifiée par écrit à la recourante et à l'Administration fédérale des contributions.

Indication des voies de droit

Les décisions de la Commission fédérale de recours en matière de contributions peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral dans les trente jours dès leur notification (art. 97 ss de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 [OJ ; RS 173.110]), **exception faite des décisions sur l'octroi d'un sursis ou la remise de contributions dues (art. 99 al. 1 lit. g OJ)**. Le mémoire de recours doit être adressé en trois exemplaires au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Il indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire ; celui-ci y joint l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent entre ses mains. Le délai ne court pas (art. 34 al. 1 OJ) :

- a) Du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) Du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) Du 18 décembre au 1^{er} janvier inclusivement.

Commission fédérale de recours en
matière de contributions

Le président

La greffière

Pascal Mollard

Liliane Subilia-Rouge