

N° 296052
Société Fiteco

3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies
Séance du 8 juillet 2009
Lecture du 31 juillet 2009

CONCLUSIONS

M. Emmanuel GLASER, Rapporteur Public

« Le capital sans cesse augmenté pour enfiévrer les cours et pour faire croire que la société possédait l'intégralité de ses fonds ; la simulation de souscriptions et de versements non effectués, grâce aux comptes ouverts à Sabatini et aux autres hommes de paille, lesquels payaient seulement par des jeux d'écriture ; la distribution de dividendes fictifs, sous forme de libération des anciens titres ; enfin, l'achat par la société de ses propres actions, toute une spéculation effrénée qui avait produit la hausse extraordinaire et factice, dont l'Universelle était morte, épuisée d'or »¹. C'est ainsi que E. Zola décrit, dans *L'argent*, les causes de la chute de la Banque universelle, largement inspirée du krach de l'Union générale en 1882, qui ruina tant d'épargnants que le Parlement faillit, en réaction, interdire purement et simplement le rachat par une société de ses propres actions.

C'est au traitement fiscal de ce rachat d'actions par une société à l'un de ses actionnaires que la présente affaire va vous conduire à vous intéresser.

La somme résultant d'un tel rachat, lorsqu'il n'est pas suivi de l'annulation des titres, relève-t-elle de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers ou de la catégorie des plus-values mobilières ? Lorsque cet actionnaire réside à l'étranger, la retenue à la source est-elle applicable et sur quelle assiette ? Telles sont les deux questions délicates qu'elle pose.

Le 12 novembre 1994, la Société Fiteco, spécialisée dans l'expertise comptable, a racheté à l'un de ses actionnaires, M. Starck, domicilié au Gabon, ses actions pour un montant de 2 303 503 F. Elle les a inscrites en compte d'immobilisation, puis les a cédées, le 24 avril 1995, à sa filiale, la SA Serco. La Société Fiteco et M. Starck ont considéré que le gain qu'il avait réalisé, les actions ayant été acquises pour 1 023 710 F, constituait une plus-value imposable comme plus-value de valeur mobilière. Mais, à l'occasion d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices clos les 30 septembre 1994, 1995 et 1996, l'administration a estimé que la somme versée à M. Starck constituait une distribution au sens du 2° de l'article 109, 1 du CGI et a assujetti, en conséquence, la société à la retenue à la source prévue par l'article 119-2 du même code.

Sa réclamation ayant été rejetée, la société a obtenu la décharge de l'imposition litigieuse par un jugement du tribunal administratif de Nantes du 24 février 2004 (n° 99-1321 Dr. fisc. 28/05 c. 529), mais par un arrêt du 22 mai 2006, contre lequel la société se pourvoit

¹ E. Zola, *L'argent*, Le livre de poche, 1998, p. 481.

régulièrement en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes (CAA Nantes 22 mai 2006 n° 04-710, min. c/SA Fiteco : RJF 12/06 n° 1539, conclusions contraires C. Hervouet BDCF 12/06 n° 149, note A.-F. Gagneur Dr. fisc. 12/07 c. 305), annulant le jugement, a remis à sa charge la retenue à la source à laquelle elle avait été assujettie.

La particularité de la présente affaire qui se situe, vous l'avez compris, dans la ligne de votre jurisprudence sur le rachat de ses actions par une société, est que les actions en cause n'ont pas été annulées, conduisant à une réduction du capital, mais conservées puis cédées à un tiers, en l'espèce une filiale de la société acquéreuse.

Dans cette situation, la cour a jugé d'abord « que la circonstance relevée par le tribunal que les actions rachetées n'ont pas été annulées par la société n'est pas de nature à écarter la qualification de revenus distribués au sens de l'article 109-1-2° du code général des impôts qu'invoque l'administration », puis « que les sommes versées par la société à son actionnaire n'ont pas le caractère de remboursement d'apports ou de primes d'émission et que le rachat d'actions ne s'est pas effectué dans les conditions prévues aux articles 217-1 ou 217-2 à 217-5 de la loi du 26 juillet 1966 ; que l'administration était, dès lors, fondée à les regarder comme des sommes mises à la disposition d'un actionnaire au sens de l'article 109-1-2° du code général des impôts, sans que puisse y faire obstacle l'absence de partage partiel d'actif, d'annulation des titres ou de réduction de capital ; que les moyens tirés de l'article 161 du code général des impôts applicable en cas d'annulation de titres rachetés, et de la documentation administrative de base 4 J-1224 du 1^{er} novembre 1995 qui le commente sont inopérants ». Ayant ainsi écarté l'article 161, elle a fait application de l'article 48 de l'annexe II au CGI qui prévoit que la retenue à la source « est liquidée sur le montant brut des revenus mis en paiement » et en conséquence jugé que « l'administration était fondée à asseoir la retenue à la source assignée à la SA Fiteco sur la totalité de la somme mise en paiement ».

Vous remarquerez que la cour administrative d'appel de Paris a, sur le premier point, pris la même position, en jugeant que l'application des dispositions de l'article 161 n'était pas limitée aux seuls rachats de titres suivis de leur annulation (CAA Paris 4 février 2009 n°08-863, Droit des sociétés 6/2009 c. 128 note J.-L. Pierre). En revanche, la cour administrative d'appel de Paris, en formation plénière, a sur le second point adopté une solution différente, en jugeant, dans une hypothèse de rachat d'actions par une société à une société actionnaire non résidente, que la retenue à la source était applicable mais qu'en vertu de l'article 161 l'assiette de cette retenue était constituée non par le montant brut des sommes transférées mais par le montant net du profit effectivement réalisé par le non résident (CAA Paris 19 décembre 2008 n° 06-3782, plén., Lettre de la CAA Paris n° 112 2/09 p. 1², Droit des sociétés 1/2009 c. 63 note J.-L. Pierre).

1. Nous commencerons par dire quelques mots du régime du rachat de ses actions par une société.

Il a toujours existé une grande méfiance vis-à-vis de cette technique pour des raisons facilement compréhensibles. Le capital d'une société, qui garantit ses créances à l'égard des tiers, est constitué des apports que lui font ses actionnaires. Lorsqu'une société rachète ses propres actions, a fortiori si elle les détient ensuite, ces actions ne correspondent plus à des sommes investies par des tiers. Il y a, alors, un risque de fictivité du capital social.

² La Lettre de la Cour souligne « le caractère prétorien de cette solution ».

Pourtant, avant même l'intervention de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, alors qu'aucun texte ne régissait le rachat d'actions ou de parts sociales par une société, la jurisprudence autorisait de telles opérations sous réserve du respect de certaines règles visant à assurer l'égalité des associés et à protéger les créanciers sociaux (CA Paris, 16 juin 1885, Journ. Sociétés 1887 p. 294), y compris lorsque ces actions n'étaient pas annulées mais détenues par la société puis revendues (CA Lyon, 30 mars 1886 Journ. Sociétés 1887 p. 179).

Cette défiance se retrouve dans la loi du 24 juillet 1966, dont la version d'origine reprenait cette interdiction de l'autodétention, le premier alinéa de l'article 217 (devenu l'article L. 225-206 du code de commerce) énonçant que « l'achat de ses propres actions par une société est interdit », tandis que le second alinéa (devenu l'article L. 225-207) ne l'autorisait que pour procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes³. Très vite, toutefois, cette rigidité parut trop incommode et les ordonnances n° 67-695 du 17 août 1967 sur les sociétés commerciales et n° 67-836 du 28 septembre 1967 destinée à encourager l'épargne et le développement des marchés financiers apportèrent deux tempéraments mineurs. La première introduisit l'article 217-1 (devenu l'article L. 225-208) autorisant le rachat d'actions en vue de les rétrocéder aux salariés et la seconde les articles 217-2 à 217-4 (devenus les articles L. 225-209 à 211) autorisant le rachat d'actions en vue d'en régulariser le cours de bourse. Ces dispositions furent reprises lorsque la loi de 1966 fut modifiée par la loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec la deuxième directive adoptée par le Conseil des communautés européennes le 13 décembre 1976 (n° 77/91). La nouvelle rédaction des articles n'en changeait pas substantiellement le contenu tout en apportant diverses précisions. En outre, la loi de 1981 ajoutait un article 217-7 (devenu l'article L. 225-14), qui disposait que « les actions possédées en violation des articles 217 à 217-3 doivent être cédées dans un délai d'un an à compter de leur souscription ou de leur acquisition ; à l'expiration de ce délai, elles doivent être annulées ».

Tel était le régime applicable lorsque la Société Fiteco procéda au rachat des actions de M. Starck.

Mais, le rachat d'action présente aussi de nombreux avantages pour les sociétés : il permet de régulariser les cours de bourse par des interventions contracycliques, de lutter contre les OPA ou les OPE en accroissant la participation des actionnaires de référence et en raréfiant les actions, d'organiser le retrait volontaire ou forcé de certains actionnaires, de décroiser les participations, de réaliser des opérations de croissance externe et de faciliter les fusions, d'intéresser les salariés... Comme le disait B. Esambert dans le rapport⁴ qui lui avait été demandé par la COB, le rachat d'action est une technique moderne et efficace de gestion « à flux tendu » du capital.

Adopté à la suite de ce rapport, l'article 41 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a ainsi profondément modifié si ce n'est le régime du rachat d'actions, du moins son esprit, en substituant à ce régime d'interdiction un régime d'autorisation sous conditions, puisque le II de l'article L. 225-206 dispose dorénavant que « l'achat par une société de ses propres actions est autorisé dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 225-207 à L. 225-217 ».

³ Une disposition équivalente existait pour les SARL à l'article 63.

⁴ B. Esambert, « Le rachat par les sociétés de leurs propres actions », Rapport COB janvier 1998.

Le rachat d'actions pour procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes et le rachat d'action pour les distribuer aux salariés demeurent, mais a, en outre, été introduite la possibilité pour une société cotée de racheter jusqu'à 10 % de son capital, les actions pouvant être annulées dans la limite de 10 % du capital par période de 24 mois. Ce type de rachat, dont l'objectif n'est pas fixé par la loi, contrairement à ce qu'il en était auparavant, permet, donc, de mener les diverses opérations évoquées.

Signalons, enfin, pour compléter ce cadre législatif que l'article 29 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 a étendu, pour les personnes physiques, le régime des plus-values de cession prévu aux articles 150-0 A à 150-0 E du CGI à toutes les opérations de rachat par une société de ses propres titres. Cette disposition précise qu'elle s'applique sans préjudice des dispositions des articles 109, 112, 120 et 161 qui prévoient l'imposition en revenus distribués du boni réalisé lors du même rachat.

2. Le régime fiscal de ces opérations a donné lieu à une jurisprudence dont les solutions doivent, nous semble-t-il, être approuvées, mais dont les fondements n'ont convaincu ni l'administration ni la doctrine.

On résume, en général, votre jurisprudence sur la fiscalité du rachat d'actions par une société dans le chef du vendeur personne physique par trois décisions rendues en l'espace de quinze ans : une décision du 9 janvier 1985, la décision du 8 juillet 1992, Gardet et la décision du 29 décembre 2000, Roesch.

2. 1. Pour en comprendre la portée, il nous faut rappeler les principaux textes du code général des impôts susceptibles de s'appliquer à une telle opération.

Dès lors que le rachat de ses actions à l'un de ses associés par une société constitue un flux de celle-ci vers celui-là, ce flux peut être analysé comme une distribution sur le fondement de l'article 209, 1 du CGI, dont le 1° qualifie de revenus distribués « tous les bénéfiques ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital » et le 2° « toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfiques ».

A s'en tenir à cet article, la somme totale perçue par l'associé devrait être taxée dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers comme revenu distribué. Il y aurait là quelque chose de choquant puisque l'associé qui revend ses actions ne fait, au moins pour une part, que récupérer ses apports. C'est pour cette raison que l'article 112 dispose que « ne sont pas considérés comme revenus distribués : 1° Les répartitions présentant pour les associés ou actionnaires le caractère d'un remboursement d'apports ou de primes d'émission ». Le remboursement d'apport s'effectue, donc, en franchise d'impôts. Encore faut-il, toutefois, qu'il y ait effectivement remboursement d'apports. Or, le même 1° de l'article 112 précise que « toutefois, une répartition n'est réputée présenter ce caractère que si tous les bénéfiques et les réserves autres que la réserve légale ont été auparavant répartis ». Ce même article 112 exclut également de la catégorie des revenus distribués « 6° Les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires au titre du rachat de leurs actions, lorsque ce rachat est effectué dans les conditions prévues aux articles 217-1 ou 217-2 à 217-5 (...) de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ». Cette disposition a été introduite par l'ordonnance du 28 septembre 1967, c'est-à-dire en même temps que la possibilité de racheter des actions pour stabiliser le cours de bourse.

On trouve, par ailleurs, dans le CGI, une autre disposition, l'article 161, qui est relative au rachat d'actions. Celui-ci disposait, en effet, dans sa rédaction applicable en 1994, que « le boni attribué lors de la liquidation d'une société aux titulaires de droits sociaux en sus de leur apport n'est compris, le cas échéant, dans les bases de l'impôt sur le revenu que jusqu'à concurrence de l'excédent du remboursement des droits sociaux annulés sur le prix d'acquisition de ces droits dans le cas où ce dernier est supérieur au montant de l'apport. / La même règle est applicable dans le cas où la société rachète au cours de son existence les droits de certains associés, actionnaires ou porteurs de parts bénéficiaires ».

2. 2. L'interprétation particulièrement rigide donnée de ces différentes dispositions par l'administration dans sa doctrine vous a conduit à adopter des solutions raisonnables mais sur des fondements incertains.

La doctrine administrative (réponse Louis Courroy, JO Sénat, 5 mars 1967 p. 60 n° 6201 A ; BOCD 1967-II-3645 et BOE 1967-9771) faisait une application combinée de ces dispositions, les articles 109, 1 et 112, 1° servant à qualifier la somme perçue par le vendeur de revenu distribué imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers et l'article 161 venant en limiter l'assiette. Comme nous l'indiquerons dans quelques instants, il nous semble qu'en cela elle avait raison.

Mais, d'une part, l'administration considérait que l'existence de réserves, si minimes fussent-elles, devait entraîner l'exigibilité de l'impôt sur l'intégralité du remboursement, ce que le Conseil d'Etat avait déjà condamné par deux décisions antérieures (CE 19 avril 1974 n° 87740 et 87753 : Dupont p. 278 et CE 12 mars 1975 n° 87740-87753 et 87741 : RFJ 5/75 n° 241 et 245).

Et, d'autre part, faisant une interprétation littérale de l'article 161, elle considérait que la limitation de l'assiette ne jouait que lorsque le prix d'acquisition des titres était supérieur au montant de l'apport, c'est-à-dire si l'associé avait acquis ses titres à un prix supérieur à leur valeur nominale.

C'est ce second excès que la première des décisions citées est venue combattre, en jugeant « que les dispositions précitées de l'article 112 du CGI ne concernent que le cas où l'actionnaire d'une SA bénéficie, à raison de l'amortissement du capital, d'un remboursement total ou partiel de son apport, sans perdre pour autant sa qualité d'actionnaire ; que ni ces dispositions, ni celles de l'article 109 du même Code, n'ont pour effet de conférer le caractère de revenu à la somme que tire un actionnaire du prix de la cession de ses actions à la société, suivie d'une réduction, à due concurrence, du capital social, alors même que tous les bénéfices et les réserves, autres que la réserve légale, n'auraient pas, auparavant, été répartis ; que la plus-value résultant de la cession par un actionnaire de ses droits sociaux n'est, en pareil cas, imposable à l'impôt sur le revenu entre les mains du cédant que suivant les règles, et dans les limites, fixées par les dispositions précitées du second alinéa de l'article 161 du Code, soit à concurrence seulement de l'excédent de la valeur des titres cédés sur le prix de souscription » (CE 9 janvier 1985 n° 39597 : RJF 3/85 n° 418, conclusions P.-F. Racine Dr. fisc. 13/85 c. 664).

Selon l'expression de J. Tuot, vous avez « choisi une solution radicale, consistant à pulvériser l'article 112 d'un coup de canon prétorien ». Mais, une telle solution n'était ni nécessaire ni fondée.

Vous auriez, en effet, pu vous contenter d'une interprétation neutralisante de l'article 161. Comme le disait le Président Racine, « il est évident que si dans une hypothèse de ce genre [acquisition des titres à une valeur supérieure à leur valeur nominale], le cédant n'est imposé que sur la différence entre le prix de cession d'une part, le prix d'acquisition et non la valeur nominale des titres d'autre part, c'est pour éviter que ce cédant ne soit imposé sur un profit tout à fait fictif. (...) On ne voit pas comment on pourrait en déduire que si le prix d'acquisition se confond avec la valeur nominale (...) c'est la totalité du prix de vente qui deviendrait ipso facto imposable ».

Nul besoin d'exclure par principe l'application de l'article 112, 1° au motif qu'il ne s'appliquerait qu'au remboursement d'apport à raison de l'amortissement du capital. Une telle interprétation ne paraît, en effet, pas pouvoir être retenue puisque, comme le soulignait le président Racine, le remboursement du capital ne peut être effectué qu'au moyen d'un prélèvement sur les bénéfices et les réserves à l'exclusion de la réserve légale. Il doit donc entièrement être considéré comme un revenu distribué et l'on ne comprend, alors, pas le sens de la deuxième phrase du 1° qui prévoit qu'il y a remboursement d'apports une fois que tous les bénéfices et les réserves ont été distribués. Le 112, 1° a pour objet de faire une distinction qui n'a précisément pas de sens s'agissant du remboursement du capital.

Vous avez, toutefois, par toutes vos décisions suivantes, maintenu l'idée que l'imposition des rachats d'actions avait pour seule base légale l'article 161, à l'exclusion de l'article 112, 1°. Une décision du 11 juin 1986 (CE n° 44998 : RJF 8-9/86 n° 771) considère même que cette opération de rachat relève de ce seul article sans qu'il y ait lieu « pour l'application de cet article de rechercher si l'opération a correspondu à une distribution de bénéfices ».

Et votre décision Gardet (CE 8 juillet 1992 n° 88734, Gardet : RJF 8-9/92 n° 1172 avec chronique J. Turot p. 659, conclusions Mme M.-D. Hagelsteen BFCF 1992 p. 24, conclusions Mme M.-D. Hagelsteen Dr. fisc. 5/93 c. 125, note N. Chahid-Nourai Bulletin Joly 1^{er} octobre 1992 n° 10, p. 1122, note M. Deslandes Droit des sociétés 2/93 n° 43) juge que ces versements n'ont pas le caractère de dividendes, mais de plus-values relevant « exclusivement du second alinéa de l'article 161 ».

Compte tenu de l'emploi de l'expression « plus-values », et des conclusions de Mme Hagelsteen, qui plaidait pour une taxation de ces sommes selon le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières, cette décision a, par ailleurs, introduit une relative incertitude sur la cédule d'imposition, certains considérant que l'arrêt avait implicitement abandonné la taxation comme revenus de capitaux mobiliers. Ainsi, M. Deslandes vous félicitait pour l'unification du régime fiscal des cessions de parts des associés à leur société ou à un tiers et vous invitait à en faire de même pour le boni de liquidation.

Mais, telle n'était pas la portée réelle de cet arrêt, qui n'avait pas entendu revenir sur la jurisprudence antérieure dont il résultait que si plus-value il y a, c'est au sens mathématique du terme, comme une différence entre un prix d'acquisition et un prix de vente, pour déterminer une assiette, mais pas au sens d'une catégorie d'imposition. Ainsi, outre les deux décisions de 1985 et 1986 précitées, une décision du 5 février 1986 avait explicitement écarté la taxation au taux proportionnel prévue par l'article 160 du CGI, au motif qu'il n'était applicable qu'aux cessions faites à des tiers (CE 5 février 1986 n° 45078 : RJF 4/86 n° 45078).

Quoi qu'il en soit, votre décision Roesch (CE 29 décembre 2000, n° 179647 : RJF 3/01 n° 310, conclusions J. Courtial BDCF 3/01 n° 38, note O. Fouquet Revue des sociétés 2001 p. 109, étude Mme C. Acard JCP E n° 28, 12 juillet 2001 p. 1178, étude J.-C. Parot Dr. fisc. 21/01 p. 814 et 22-23/01 p. 865) est venue mettre fin à toute ambiguïté en jugeant, après avoir cité le seul article 161, « qu'il résulte de ces dispositions que, lorsqu'une société rachète, au cours de son existence, à certains de ses associés ou actionnaires personnes physiques, les droits sociaux qu'ils détiennent, notamment sous forme d'actions, l'excédent éventuel du remboursement des droits sociaux annulés sur le prix d'acquisition de ces droits, mais dans la mesure seulement où ce prix d'acquisition est supérieur au montant de l'apport remboursable en franchise d'impôt, constitue, sauf dans les hypothèses particulières où le législateur en aurait disposé autrement, non un gain net en capital relevant du régime d'imposition des plus-values de cession, mais un boni de cession qui a la même nature qu'un boni de liquidation, imposable à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers ».

Vous avez ainsi aligné le régime fiscal du boni de cession perçu par les associés personnes physiques sur celui applicable aux associés personnes morales (CE 18 mars 1992, n° 94061-95794, SA Péchiney : RJF 5/92 n° 636 avec la chronique précitée de J. Turot à la RJF 8-9/92 p. 569, conclusions O. Fouquet Dr. fisc. 12/93 c. 599, note G. Gouaislin Dr. fisc. 45/93 p. 1788, note Ph. Losappio LPA 28 janvier 1994 n° 12 p. 16).

Vous avez, depuis lors, réaffirmé cette jurisprudence par votre décision Persicot (CE 28 février 2007 n° 284565, min. c/ Persicot : RJF 5/07 n° 599, conclusions L. Vallée BDCF 5/07 n° 61).

Vous noterez, cependant, que l'administration n'a jamais admis l'imposition sur le fondement du seul article 161. L'instruction du 4 juillet 2000 commentant l'article 41 de la loi du 2 juillet 1998 (4 J-1-00) maintenait le raisonnement en trois temps : le rachat par une société de ses actions est une distribution de revenus au sens de l'article 109 du CGI. Elle n'échappe à cette qualification, en application de l'article 112, 1°, que dans la limite du remboursement des apports et seulement si le bilan de la société ne révèle ni bénéfices non encore distribués ni réserves autre que la réserve légale. L'assiette de l'impôt est déterminée par l'article 161 comme ce qui excède le remboursement des droits sociaux annulés. Mais l'administration accepte, conformément à votre jurisprudence de 1985, de prendre en compte soit le montant des apports compris dans les titres rachetés, soit, s'il est plus élevé, le prix d'acquisition de ces droits. L'instruction du 16 octobre 2006 commentant l'article 29 de la loi du 30 décembre 2005, déjà mentionné, maintient la même position (§ 2 et 7 à 14).

Or, il était, en réalité, parfaitement possible de maintenir la qualification de revenus distribués et de restreindre raisonnablement l'assiette par l'interprétation intelligente de l'article 161 que suggérait le président Racine, sans qu'il fût nécessaire, pour autant, d'écarter l'application des articles 109 et 112. Une telle solution aurait été d'autant plus justifiée qu'il paraît difficile d'asseoir l'impôt sur le seul article 161, qui est un article d'assiette et non de qualification, comme en témoignent tant sa rédaction, qui indique que le boni de liquidation est compris « dans les bases de l'impôt sur le revenu », ce qui ne renvoie à aucune cédule particulière, que sa place dans le CGI, au sein de la 2^e sous-section « revenu global » de la section II « Revenus imposables » du chapitre 1^{er} « Impôt sur le revenu », et non dans la 1^{ère} sous-section « Détermination des bénéfices ou revenus nets des diverses catégories de revenus », dans laquelle figure, au contraire, un VII « Revenus de capitaux mobiliers », qui comprend les articles 109 et 112.

En outre, la qualification du rachat d'actions comme revenu distribué au sens de l'article 112, 1° du CGI nous paraît également résulter de la comparaison avec le 6° du même article. Comme nous l'avons indiqué, ce 6°, qui a été introduit par l'ordonnance du 28 septembre 1967 (art. 9), indiquait dès l'origine que le rachat d'actions motivé par la participation des salariés ou par la stabilisation des cours de bourse, qui étaient les deux seules hypothèses de rachats d'actions autorisées, hors le rachat d'actions pour réduire le capital, ne constituaient pas des revenus distribués au sens de l'article 109. Si le législateur a pris soin, en 1967, lorsqu'il a introduit ces possibilités nouvelles, de préciser que le régime des revenus distribués ne s'y appliquait pas, c'est bien parce que ce régime s'appliquait de façon générale au rachat d'actions. Et, l'article 41 de la loi du 2 juillet 1998 est venu préciser que le régime des plus-values de cession de titres était applicable à ce type de rachats. C'est donc, par une exclusion expresse prévue par le législateur que certaines catégories de rachats d'actions autres que le rachat d'action en vue de la réduction du capital ne constituent pas une distribution de bénéfices. Nous reviendrons, dans quelques instants, sur les conséquences éventuelles que l'on pourrait tirer de cette exclusion.

Vous aviez, d'ailleurs, retenu cette solution par une décision antérieure à celle de 1985, qui juge que la plus-value réalisée par un actionnaire auquel une société rachète ses propres actions est taxable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers sur le fondement des articles 109, 1, 2° et 161 du CGI (CE 24 mars 1982, n° 12863 : RJF 5/82 n° 496).

Il nous semblerait, au total, plus précis juridiquement et plus clair de fonder vos arrêts sur les articles 109, 1, 2° et 112, s'agissant de la qualification du revenu et 161 s'agissant de son assiette que sur le seul article 161.

3. Cette jurisprudence nous paraît parfaitement transposable au rachat d'actions sans annulation, comme l'a jugé la cour et contrairement à ce que soutient la société Fiteco.

Il est vrai qu'en apparence le rachat d'actions non suivi de leur annulation peut sembler très proche d'une vente de ces actions à un tiers. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui s'est produit *in fine* ici, puisque la société, après les avoir détenues pendant quelques mois, les a recédées à une de ses filiales ? En outre, dès lors que les titres ne sont pas annulés, il n'y a aucune modification apparente du capital social. Il ne peut, selon la société, y avoir remboursement d'apports puisque, en l'absence d'annulation des titres, l'actif social n'a pas varié et n'a, donc, pas pu être transféré à l'actionnaire. La requérante fait aussi remarquer que vous ne pouvez assimiler le boni de cession au boni de liquidation, ce qui est le fondement de vos décisions, que si le premier donne lieu, comme le second, à un partage d'actifs.

Enfin, nous remarquons que, dans toutes les décisions où vous avez fait application de l'article 161 à des rachats d'actions, était en cause une réduction du capital avec annulation des titres rachetés. Même les deux décisions du 5 février 1986 et du 11 juin 1986, parfois présentées comme des cas de rachat sans annulation, relèvent en réalité de coups d'accordéons, dans lesquels le capital a d'abord été réduit par annulation des titres rachetés, puis augmenté par création de nouveaux titres.

Mais, la symétrie ainsi établie entre la vente par un actionnaire de ses titres à la société et la vente à un tiers nous paraît illusoire. Comme nous l'avons indiqué en commençant, le capital social d'une entreprise est constitué par les apports faits par des tiers,

qui deviennent ainsi ses actionnaires, à la société. Lorsque l'un de ces actionnaires vend ses actions à un autre tiers, cette vente n'a, effectivement, aucun effet sur la composition du capital. Seul le propriétaire a changé, mais la société ne s'est pas appauvrie. Il en va, en revanche, différemment lorsque l'actionnaire vend ces mêmes actions à la société elle-même, qui n'est pas un tiers. Certes, en apparence le capital social ne varie pas : les titres sont simplement inscrits en compte d'immobilisation ou en compte de valeur mobilière selon leur destination. Mais, en réalité, la société s'est bien appauvrie du montant du rachat, dès lors qu'elle est devenue propriétaire d'elle-même. Sa valeur liquidative a diminué d'autant.

Lorsqu'une société rachète ses propres actions, elle n'acquière pas, contrairement aux apparences, un actif et l'on n'est donc, pas dans l'hypothèse du rachat d'une clientèle à son juste prix dont vous jugez que, parce qu'il n'y a pas désinvestissement, il ne peut faire l'objet d'une taxation au titre de l'article 109 (CE 5 décembre 1984 n° 46962, plén. : RJF 2/85 n° 251 avec conclusions Mme M.-A. Latournerie p. 96, GA 4^e éd. n° 39). Ici, il y a bien désinvestissement.

On voit bien, pour prendre une hypothèse extrême, qu'une société dont 100 % des actions changeraient de mains aurait simplement de nouveaux propriétaires, alors qu'une société qui rachèterait 100 % de ses actions ne vaudrait plus rien. C'est précisément pour cette raison que depuis l'origine, la jurisprudence limite l'autodétention en jugeant que l'acquisition de ses actions ne peut avoir pour effet d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital augmenté des réserves non distribuables (Cass. civ. 13 mai 1896. S. 1896, 1, p. 441 ; Cass. civ., 15 mars 1927, S. 1927, 1, p. 209 note G. Lagarde). Et cette règle a été reprise à l'article 217-3 de la loi du 24 juillet 1966, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 1981, et aujourd'hui à l'article L. 225-210, 2^{ème} alinéa, du code de commerce.

Compte tenu de cette règle, le rachat d'actions ne peut être effectué qu'au moyen de bénéfices distribuables, de reports à nouveaux ou de réserves facultatives et entre, donc, dans le champ de l'article 109 du CGI, qui couvre tous les prélèvements effectués sur la situation nette, capital ou réserves.

Tel nous paraît bien être le cœur de votre jurisprudence qui fonde le régime fiscal du rachat d'actions non pas sur le devenir des titres mais sur la qualité de l'acquéreur. Comme le faisait remarquer L. Vallée dans ses conclusions sur la décision Persicot : « Autrement dit, en principe, deux régimes étanches coexistent : d'un côté celui des cessions d'actions ou autres droits sociaux à des tiers qui sont soumises au régime des plus-values de cession, taxées à un taux proportionnel, de l'autre celui des rachats d'actions ou de droits sociaux par les sociétés émettrices, qui sont considérés comme des distributions de bénéfices ».

Telle est également la logique comptable. En IFRS, tous les titres d'autocontrôle sont comptabilisés en déduction des capitaux propres. La norme IAS 32.33 prévoit que « si une entité rachète ses instruments de capitaux propres, ceux-ci (les « actions propres ») doivent être déduits des capitaux propres. Aucun profit ou perte ne doit être comptabilisé dans le résultat lors de l'achat, de la vente, de l'émission ou de l'annulation d'instruments de capitaux propres de l'entité. De telles actions propres peuvent être acquises ou détenues par l'entité ou par d'autres membres du groupe consolidé. La contrepartie versée ou reçue doit être comptabilisée directement en capitaux propres ». En règles française, en comptes consolidés, il en va de même pour les actions propres classées en titres immobilisés, ce qui est précisément le cas des actions propres non affectées. Et leur prix de cession est lui-même

imputé sur les capitaux propres. Ils sont présentés dans la rubrique « Autres » des « Capitaux propres ». Seuls les titres d'autocontrôle inscrits en valeurs mobilières de placement, ce qui ne concerne que les titres explicitement affectés à l'attribution aux salariés, ne sont pas portés en diminution des capitaux propres mais maintenus dans le poste « Valeurs mobilières de placement » (voir Mémento comptable, « Comptes consolidés. Règles françaises » 2009, n° 4812 et suivants).

Vous pourriez, toutefois, vous demander s'il n'y a pas lieu d'étendre l'exclusion prévue par le 6° de l'article 112 que nous avons déjà évoquée. En 1994 ne constituaient pas des revenus distribués les rachats d'actions destinés aux salariés et ceux effectués pour stabiliser le cours de bourse. Depuis 1998, ce sont tous les rachats d'actions autres que ceux effectués pour procéder à une réduction du capital qui échappent à l'impôt progressif de sorte que le rachat effectué par la Société Fiteco ne pourrait plus être taxé aujourd'hui comme revenu distribué. Il pourrait être tentant d'anticiper sur le législateur et de considérer que le rachat d'actions non suivi d'annulation doit être assimilé aux rachats d'actions pour stabiliser le cours de bourse. Nous ne vous proposons, toutefois, pas une telle solution parce qu'il nous semble avoir démontré que, par nature, le rachat suivi d'une annulation n'est pas différent du rachat sans annulation. C'est pour cette raison que le législateur a adopté des dispositions spécifiques excluant expressément certains types de rachat du régime des distributions de bénéfices. Mais, hors ces exceptions, qui doivent être interprétées strictement, c'est le régime normal qui doit s'appliquer. Il en irait, par exemple, ainsi aujourd'hui si une société ne respectait pas les règles posées par les articles L. 225-209 et suivants du code de commerce.

En jugeant que le rachat des actions de M. Starck par la Société Fiteco constituait un revenu distribué, la cour n'a, donc, pas commis d'erreur de droit.

4. La qualification de ce rachat comme revenus distribués entraîne mécaniquement l'application de la retenue à la source prévue par le 2 de l'article 119 bis du CGI.

Cet article disposait, en effet, que « sous réserve des dispositions de l'article 239 bis B, les produits visés aux articles 108 à 117 bis donnent lieu à l'application d'une retenue à la source dont le taux est fixé par l'article 187-1 lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France ».

Il est vrai que, si vous ne nous suiviez pas et mainteniez l'imposition sur la seule base de l'article 161, la situation serait plus compliquée, dès lors que cet article ne figure pas parmi les articles auxquels l'article 119 bis renvoie.

Nous remarquons, d'ailleurs, que la réserve de l'article 239 bis B qui exempte de retenue à la source les plus-values de liquidation de certaines sociétés montre bien, a contrario, que la distribution de sommes excédant le remboursement des apports entre en principe dans le champ d'application du 2 de l'article 119 bis, ce qui ne peut se comprendre que si ce remboursement constitue une distribution de bénéfices au sens de l'article 209.

5. La société conteste, enfin, à titre subsidiaire, l'assiette de la retenue à la source.

La cour, comme nous l'avons indiqué, a, en effet, écarté l'article 161 et fait application de l'article 48 de l'annexe II au CGI, qui dispose que « 1. La retenue à la source

mentionnée au 2 de l'article 119 bis du CGI est liquidée sur le montant brut des revenus mis en paiement ».

Telle est également la position de l'administration en défense, qui soutient à la fois que le rachat d'actions sans annulation est un revenu distribué au sens du 2° de l'article 109-1 et que l'article 161 n'est pas applicable précisément parce qu'il n'y a pas d'annulation.

Une telle solution ne nous paraît pas pouvoir être retenue. L'article 161 définit l'assiette sur laquelle est taxé le revenu distribué constitué par le rachat à un associé personne physique de ses actions. C'est cette assiette qui doit servir de base pour la liquidation de la retenue à la source et non pas une assiette fictive incluant la reprise des apports.

Il y aurait, en outre, quelque paradoxe à ne pas appliquer ici l'article 161. Alors même, en effet, que cet article n'est pas applicable lorsque les titres sont inscrits au bilan d'une entreprise, l'administration admet dans sa doctrine de transposer aux entreprises la règle prévue par cet article pour les personnes physiques (note 9 février 1967, BOCD 1967, II, 3646, Dr. fisc. 9/67 c. 290 ; Rép. Min. n° 22100 à M. Bourgeois, JOAN 4 mars 1967 p. 388, Dr. fisc. 13-14/67 c. 434). Et vous avez, vous-même fait application de cette règle dans votre décision Péchiney précitée.

6. Après cassation de l'arrêt de la cour, vous serez saisi de l'appel du ministre contre le jugement du tribunal, dont nous rappelons qu'il avait prononcé la décharge au motif que la somme en cause ne constituait pas un revenu distribué au sens de l'article 109 et qu'en conséquence la retenue à la source de l'article 219 bis n'était pas applicable.

Compte tenu de ce que nous vous avons indiqué, vous annulerez ce jugement en tant qu'il a accordé la décharge totale et rétablirez la retenue à la source, dans la limite toutefois de l'assiette déterminée en application de l'article 161 du CGI. En l'espèce, il résulte de l'instruction, et il n'est d'ailleurs pas contesté, que l'excédent du remboursement sur le prix d'acquisition des actions s'est élevé à 1 279 710 F, soit 195 090 €, qui doivent constituer la base de liquidation de la retenue à la source.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 22 mai 2006, à ce que la retenue à la source assignée à la Société Fiteco soit remise à sa charge pour un montant en base de 195 090 €, à ce que le jugement du tribunal administratif de Nantes du 24 février 2004 soit réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision et à ce que l'Etat verse à la Société Fiteco la somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du CJA.