

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*RACHAT PAR UNE SOCIÉTÉ DE SES PROPRES ACTIONS : REVENU MOBILIER SOUMIS À
LA RETENUE À LA SOURCE LORSQUE LE CÉDANT RÉSIDE À L'ÉTRANGER*

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : Droit fiscal n° 43, 22 Octobre 2009, comm. 509

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

**RACHAT PAR UNE SOCIÉTÉ DE SES PROPRES ACTIONS : REVENU MOBILIER SOUMIS À LA RETENUE
À LA SOURCE LORSQUE LE CÉDANT RÉSIDE À L'ÉTRANGER**

Le rachat par une société, au cours de son existence, à certains de ses associés ou actionnaires personnes physiques, des droits sociaux qu'ils détiennent, notamment sous forme d'actions, correspond, sous réserve des dispositions de l'article 112 du CGI, à une mise à disposition au sens du 2° du 1 de l'article 109 du même code, susceptible de donner lieu à l'application de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du code.

Toutefois, en vertu du second alinéa de l'article 161 du même code, le prix du rachat ne correspond, pour chaque actionnaire, à un revenu distribué qu'à concurrence de l'écart, s'il est positif, entre le prix de ce rachat et celui auquel il a lui-même acquis les actions.

Ces dispositions relatives au rachat de droits sociaux trouvent application que les droits sociaux aient été ou non annulés après leur rachat par la société émettrice

CE, 3e et 8e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 296052, Sté Fiteco, concl. E. Glaser, note A. de Bissy : JurisData n° 2009-081519

- Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, à l'issue d'une vérification de sa comptabilité, l'administration fiscale a constaté que la société Fiteco avait racheté le 12 octobre 1994 ses propres actions à l'un de ses actionnaires domicilié au Gabon, les avaient inscrites à un compte d'immobilisations, puis les avaient cédées le 24 avril 1995 à une filiale, la société Serco ; que l'administration fiscale a estimé que la somme versée par la société Fiteco à son actionnaire en contrepartie du rachat de ses actions constituait, en totalité, un revenu distribué donnant lieu à l'application de la retenue à la source prévue par le 2 de l'article 119 bis du Code général des impôts ; que la société Fiteco se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 mai 2006 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a, sur le recours du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, d'une part, annulé le jugement du 24 février 2004 du tribunal administratif de Nantes qui avait fait droit à ses conclusions tendant à la décharge de la retenue à la source et, d'autre part, remis celle-ci à sa charge ;
- Considérant qu'aux termes de l'article 109 du Code général des impôts : « 1. Sont considérés comme revenus distribués : (...) 2° Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires

ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfiques (...) » ; qu'aux termes de l'article 112 du même code, dans sa rédaction applicable à l'année d'imposition en litige : « Ne sont pas considérés comme 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, modifiés, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, modifiés 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 » ; qu'aux termes du 2 de l'article 119 *bis* du Code général des impôts, dans sa rédaction applicable à l'année 1994 : « (...) 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 (...) » ; qu'aux termes de l'article 161 du Code général des impôts, dans sa rédaction applicable à l'année 1994 : « 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 » ;

- Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le rachat par une société, au cours de son existence, à certains de ses associés ou actionnaires personnes physiques, des droits sociaux qu'ils détiennent, notamment sous forme d'actions, correspond, sous réserve des dispositions de l'article 112 du Code général des impôts, à une mise à disposition au sens du 2° du 1 de l'article 109 du même code, susceptible de donner lieu à l'application de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du code ; que toutefois, en vertu du second alinéa de l'article 161 du même code, qui, en se référant à la « même règle » que celle prévue au premier alinéa, ne renvoie, eu égard à la différence d'objet entre les deux alinéas de cet article, qu'au mode de calcul de l'assiette, le prix du rachat ne correspond, pour chaque actionnaire, à un revenu distribué qu'à concurrence de l'écart, s'il est positif, entre le prix de ce rachat et celui auquel il a lui-même acquis les actions ; que ces dispositions relatives au rachat de droits sociaux trouvent application que les droits sociaux aient été ou non annulés après leur rachat par la société émettrice ;

- Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que le rachat de ses propres actions par la société Fiteco à son actionnaire ne s'analysait pas comme la cession de titres par celui-ci à un tiers, à l'origine, le cas échéant, d'un gain net en capital imposable selon le régime des plus-values de cession, mais comme une distribution de revenu par la société imposable sur le fondement du 2° du 1 de l'article 109 du Code général des impôts et pouvant donner lieu, dès lors que l'actionnaire n'a pas son domicile fiscal en France, à la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du même code, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ;

- Considérant toutefois qu'en jugeant que l'administration fiscale était fondée à asseoir la retenue à la source assignée à la société sur la totalité du prix du rachat versé à son actionnaire, alors que les sommes

versées ne peuvent être regardées comme un revenu distribué à l'actionnaire qu'à concurrence de l'excédent du remboursement des droits sur leur prix d'acquisition, en application du second alinéa de l'article 161 du Code général des impôts, la cour a entaché sa décision d'une erreur de droit ; que dès lors, la société Fiteco est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque ;

- Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative et de régler l'affaire au fond ;
- Considérant, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le prix versé par une société pour le rachat de ses propres actions correspond à un revenu distribué au sens du 2° du 1 de l'article 109 du Code général des impôts, susceptible de donner lieu à l'application de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du même code ; que, par suite, le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Nantes a, pour prononcer la décharge de l'imposition litigieuse, jugé inapplicable la retenue à la source ;
- Considérant toutefois qu'il appartient au Conseil d'État, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens présentés tant en première instance qu'en appel ;
- Considérant que, comme il a été dit ci-dessus, la retenue à la source doit être assise, non sur le montant total de la somme versée à l'actionnaire en contrepartie de la cession des titres mais sur l'excédent éventuel du prix de rachat sur le prix d'acquisition de ces droits ; qu'il est constant que le cédant a bénéficié d'un excédent de 1 279 710 F (195 091 euros) ;
- Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le ministre est seulement fondé à demander que la retenue à la source assignée à la SA Fiteco au titre de l'année 1994 soit remise à sa charge pour un montant, en base, de 1 279 710 F (195 091 euros) et à ce que le jugement du tribunal administratif de Nantes soit réformé en ce sens ;

(...)

RACHAT PAR UNE SOCIÉTÉ DE SES PROPRES ACTIONS : REVENU MOBILIER SOUMIS À LA RETENUE À LA SOURCE LORSQUE LE CÉDANT RÉSIDE À L'ÉTRANGER

Conclusions

1 – « 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 » (*É. Zola, L'Argent, Éditions Le Livre de poche, p. 481*). C'est ainsi qu'Émile 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.

1. Faits et procédure

2 – 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 assujéti, 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 (*TA Nantes, 4e ch., 24 févr. 2004, n° 99-1321, SA Fiteco :Juris-Data n° 2004-273778 ; Dr. fisc. 2005, n° 28, comm. 529, concl. G. Quillévéré*), mais par un

arrêt du 22 mai 2006, contre lequel la société se pourvoit régulièrement en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes (*CAA Nantes, Ire ch., sect. B., 22 mai 2006, n° 04NT00710, SA Fiteco : JurisData n° 2006-327053 ; Dr. fisc. 2007, n° 12, comm. 305, concl. Ch. Hervouet, note A.-F. Gagneur ; RJF 12/2006, n° 1539 ; BDCF 12/2006, n° 149, concl. Ch. Hervouet*), 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 CGI 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 CGI, 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 CGI applicable en cas d'annulation de titres rachetés, et de la documentation administrative de base 4 J-1224 du 1er 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, 2e ch., 4 févr. 2009, n° 08PA00863, Mlle Erra : Dr. sociétés 2009, comm. 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, plén., 19 déc. 2008, n° 06PA03782, Sté Pfizer Holding France : Dr. sociétés 2009, comm. 63, note J.-L. Pierre, Lettre de la CAA Paris n° 112 2/2009, p. 1 – la lettre de la cour souligne « le caractère prétorien de cette solution »*).

2. Sur le régime du rachat de ses actions par une société

A. - Cadre législatif

3 – 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.

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. sp. 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. sp. 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 *C. com., art. L. 225-206*) énonçant que « l'achat de ses propres actions par une société est interdit », tandis que le second alinéa (devenu *C. com., art. L. 225-207*) ne l'autorisait que pour procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes (une disposition équivalente existait pour les SARL à l'article 63). 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 *C. com., art. 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 *C. com., art. L. 225-209 à L. 225-211*) 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 *C. com., art. 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 rapport (*B. Esambert, Le rachat par les sociétés de leurs propres actions : Rapp. COB, janv. 1998*) 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 (*Dr. fisc. 1998, n° 28, comm. 642*) 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 ».

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 vingt-quatre 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 (*Dr. fisc. 2006, n° 5, comm. 99*) 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.

B. - Sur le fondement de l'imposition en revenus de capitaux mobiliers

4 – 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 (*CE, 7e et 9e ss-sect., 9 janv. 1985, n° 39597, Reverchon : JurisData n° 1985-600757 ; Dr. fisc. 1985, n° 13, comm. 664, concl. P.-F. Racine ; RJF 3/1985, n° 418. – CE, 7e et 9e ss-sect., 8 juill. 1992, n° 88734, M. Gardet : JurisData n° 1992-047554 ; Dr. fisc. 1993, n° 5, comm. 125, concl. Mme M.-D. Hagelsteen ; JCP E 1992, pan. p. 355 ; Dr. sociétés 1993, comm. 43, note M. Deslandes ; RJF 8-9/1992, n° 1172, chron. J. Turot, p. 659 à 666 ; Bull. Joly 1992, n° 10, note N. Chahid-Nourai, p. 1122. – CE, 9e et 10e ss-sect., 29 déc. 2000,*

n° 179647, M. Roesch : JurisData n° 2000-061425 ; Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 337, concl. J. Courtial ; RJF 3/2001, n° 310 ; BDCF 3/2001, concl. J. Courtial).

5 – Pour en comprendre la portée, il nous faut rappeler les principaux textes du CGI 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 bénéfices 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 bénéfices* ».

À 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 bénéfices 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 la 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* ».

6 – 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 (*Rép. min. n° 6201 A à M. Louis Courroy : JO Sénat Q 5 mars 1967, p. 60. – Instr. 9 févr. 1967 : BOCD 1967, II, 3646 ; Dr. fisc. 1967, n° 9, comm. 290. – 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'État avait déjà condamné par deux décisions antérieures (*CE, 8e et 9e ss-sect., 19 avr. 1974, n° 87740 et n° 87753 : JurisData n° 1975-600460 ; Dr. fisc. 1974, n° 39, comm. 1102 ; Dr. fisc. 1975, n° 42, comm. 1346, concl. G. Schmeltz ; Dupont 1974, p. 278 ; RFJ 5/1975, 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, 7e et 9e ss-sect., 9 janv. 1985, n° 39597, Reverchon, préc.*).

Selon l'expression de Jérôme Turot, 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, 9e et 7e ss-sect., 11 juin 1986, n° 44998, Mme Mulard : JurisData n° 1986-608031 ; Dr. fisc. 1986, n° 43, comm. 1801 ; RJF 8-9/1986, 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, 7e et 9e ss-sect., 8 juill. 1992, n° 88734, M. Gardet, préc.)* 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, 7e et 9e ss-sect., 5 févr. 1986, n° 45078 : JurisData n° 1986-608022 ; Dr. fisc. 1986 n° 26, comm. 1251 ; RJF 4/1986, n° 45078*).

Quoi qu'il en soit, votre décision *Roesch (CE, 9e et 10e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch : JurisData n° 2000-061425 ; Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 337, concl. J. Courtial ; JCP E 2001, étude Mme C. Acard, p. 1178 ; RJF 3/2001, n° 310 ; BDCF 3/2001, n° 38, concl. J. Courtial ; Rev. Sociétés 2001, note O. Fouquet, p. 109. – V. également, J.-C. Parot, La fiscalité du rachat par une société de ses propres actions (situation de l'actionnaire) (première partie) : Dr. fisc. 2001, n° 21, p. 814 à 822 ; La fiscalité du rachat par une société de ses propres actions (situation de l'actionnaire) (deuxième partie) : Dr. fisc. 2001, n° 22-23, p. 865 à 872)* 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, 7e et 8e ss-sect., 18 mars 1992, n° 94061 et n° 95794, SA Péchiney : Dr. fisc. 1993, n° 12, comm. 599, concl. O. Fouquet ; RJF 5/1992, n° 636 ; RJF 8-9/1992, chron. J. Turot, préc. ; LPA 28 janv. 1994, note Ph. Losappio, p. 16. – V. également, G. Gouaislin, Réductions de capital et dissolutions. L'évolution législative et jurisprudentielle en matière de revenus distribués : Dr. fisc. 1993, n° 45, p. 1788 à 1793*).

Vous avez, depuis lors, réaffirmé cette jurisprudence par votre décision *Persicot (CE, 9e et 10e ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284565, min. c/ Mme Persicot : JurisData n° 2007-081088 ; Rec. CE 2007, p. 107 ; Dr. fisc. 2007, n° 14, comm. 386, concl. L. Vallée, note O. Fouquet ; RJF 5/2007, n° 599 ; BDCF 5/2007, n° 61, concl. L. Vallée*).

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 n° 98-546 du 2 juillet 1998 (*Instr. 4 juill. 2000 : BOI 4 J-1-00 ; Dr. fisc. 2000, n° 36, instr. 12498*) 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 (*Instr. 16 oct. 2006 : BOI 5 C-3-06, § 2 et § 7 à 14 ; Dr. fisc. 2006, n° 43, instr. 13607*).

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 deuxième sous-section « revenu global » de la section II « Revenus imposables » du chapitre 1er « Impôt sur le revenu », et non dans la première 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 (article 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 n° 98-546 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 5/1982, 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 .

C. - Sur les conséquences de l'absence d'annulation des titres

7 – 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'acquiert 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, plén., 5 déc. 1984, n° 46962, Étienvre : Rec. CE 1984, p. 403 ; JurisData n° 1984-605723 ; Dr. fisc. 1985, n° 22-23, comm. 1068 ; RJF 2/1985, n° 251, concl. M.-A. Latournerie, p. 96 ; GA, 4e 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 n° 66-537 du 24 juillet 1966, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 1981, et aujourd'hui à l'article L. 225-210, deuxième 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 françaises, 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 » (*V. Mémento comptable Lefebvre, V° Comptes consolidés. Règles françaises, 2009, n° 4812 et s.*).

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.

D. - Sur l'application de la retenue à la source

8 – 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.

E. - Sur l'assiette de l'imposition

9 – 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 (*Instr. 9 févr. 1967 : BOCD 1967, II, 3646 ; Dr. fisc. 1967, n° 9, comm. 290. – Rép. min. n° 22100 à M. Bourgeois : JOAN Q 4 mars 1967, p. 388 ; Dr. fisc. 1967, n° 13-14, comm. 434*). Et vous avez, vous-même fait application de cette règle dans votre décision *Péchiney* précitée.

10 – 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.

Par ces motifs nous concluons 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'État verse à la société Fiteco la somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

Emmanuel Glaser rapporteur public

RACHAT PAR UNE SOCIÉTÉ DE SES PROPRES ACTIONS : REVENU MOBILIER SOUMIS À LA RETENUE À LA SOURCE LORSQUE LE CÉDANT RÉSIDE À L'ÉTRANGER

Note :

1 – Autant le dire immédiatement, les positions défendues dans ce commentaire n'engagent que leur auteur... et elles divergent profondément de celles adoptées par le Conseil d'État.

L'affaire soumise à l'analyse du Conseil d'État constitue un épisode supplémentaire de la désormais longue saga du régime fiscal des opérations de rachat de titres par une société. La double originalité du contexte dans lequel fût rendue cette décision, réside d'une part dans la nature transfrontalière de la « distribution », et d'autre part et surtout tient au fait que les titres rachetés à l'associé n'avaient pas été annulés mais au contraire cédés ensuite par la société.

La société d'expertise comptable Fiteco a racheté le 12 novembre 1994 les actions de l'un de ses actionnaires (M. Stark) pour un montant de 2 303 503 F. Après avoir été immobilisées à l'actif de son bilan, la société Fiteco les a ensuite cédées le 24 avril 1995 à sa filiale, la SA Serco. La société Fiteco, aussi bien que M. Stark, a considéré que le profit généré par le rachat des titres s'analysait en une plus-value de cession de valeurs mobilières (les titres avaient été achetés 1 023 710 F). À la suite d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices clos en 1994, 1995 et 1996, l'administration fiscale a au contraire considéré qu'il s'agissait d'une distribution de revenus mobiliers qui, compte tenu de la domiciliation de l'associé (au Gabon), devait être soumise à la retenue à la source (*CGI, art. 119 bis, 2*).

La réclamation du contribuable ayant été rejetée, celui-ci porta l'affaire devant le tribunal administratif qui lui donna raison (*TA Nantes, 4e ch., 24 févr. 2004, n° 99-1321, SA Fiteco :Juris-Data n° 2004-273778 ; Dr. fisc. 2005, n° 28, comm. 529, concl. G. Quillévéré*), avant que la cour administrative d'appel n'infirmât ce jugement (*CAA Nantes, 1re ch., sect. B., 22 mai 2006, n° 04NT00710, SA Fiteco :JurisData n° 2006-327053 ; Dr. fisc. 2007, n° 12, comm. 305, concl. Ch. Hervouet, note A.-F. Gagneur ; RJF 12/2006, n° 1539 ; BDCF 12/2006, n° 149, concl. Ch. Hervouet*). C'est cette dernière décision contre laquelle s'est pourvue en cassation la société Fiteco. En vain ; conformément aux conclusions de son rapporteur public, Monsieur Emmanuel Glaser, le Conseil d'État confirme sa jurisprudence habituelle en matière de rachat de titres et décide que l'opération génère un revenu mobilier pour le cédant (*CGI, art. 109, 1, 2°*), soumis à retenue à la source lorsque ce dernier réside à l'étranger (*CGI, art. 119 bis, 2*). Contrairement à ce qu'avait décidé la cour de Nantes cependant, le Conseil d'État

réduit l'assiette imposable à l'excédent de remboursement des droits sur leur prix d'acquisition (*CGI, art. 161, al. 2*).

Curieuse jurisprudence ; voilà un profit calculé comme une plus-value mais imposé comme un revenu mobilier... Curieuse et choquante en même temps puisque les titres n'avaient pas été annulés mais d'abord immobilisés avant d'être cédés à une filiale. Certes, il y a la loi, mais justement elle n'est ni claire ni cohérente. En dépit d'une évolution juridique en matière de rachat des titres (*L. n° 98-546, 2 juill. 1998, art. 41 : Dr. fisc. 1998, n° 28, comm. 642*), la loi fiscale n'a que peu évolué, en continuant d'appliquer le régime des plus-values de cession lorsque le rachat s'inscrit dans le cadre d'une attribution aux salariés ou d'un programme de rachat d'actions cotées (*CGI, art. 112, 6°*, renvoyant respectivement aux articles L. 225-208 et L. 225-209 à L. 225-212 du Code de commerce), mais en ne disant rien, ou presque, dans les autres hypothèses : rachat réalisé en vue d'une réduction du capital non motivée par des pertes (*C. com., art. L. 225-207*), ou a fortiori lorsque le rachat ne répond pas à cet objectif-là (les titres acquis ayant été cédés).

Précisément, en l'absence de disposition fiscale spécifique, le Conseil d'État considère que les sommes issues du rachat de titres devaient être imposées comme un revenu mobilier pour l'associé personne physique, par combinaison des articles 109, 1, 2° et 161, alinéa 2 du CGI (*CE, 7e et 8e ss-sect., 24 mars 1982, n° 13963 : JurisData n° 1982-600675 ; Dr. fisc. 1983, n° 9, comm. 342 ; RJF 1982, n° 496*), ainsi d'ailleurs que lorsque la distribution est faite au profit d'un associé personne morale (*CE, 7e et 8e ss-sect., 18 mars 1992, n° 94061 et n° 95794, SA Péchiney : Dr. fisc. 1993, n° 12, comm. 599, concl. O. Fouquet ; RJF 5/1992, n° 636 ; RJF 8-9/1992, chron. J. Turot, préc. ; LPA 28 janv. 1994, note Ph. Losappio, p. 16*). Il faut dire que, dans l'hypothèse du rachat à un associé personne physique (hypothèse de notre commentaire), le second alinéa de l'article 161 précité (qui traite spécifiquement du rachat de parts) renvoie au 1er alinéa relatif au boni de liquidation dont nul ne conteste, habituellement, le caractère de revenu mobilier.

Aussi, bien que l'article 161 précité ne précise par la catégorie fiscale de l'imposition du boni de liquidation (mais seulement qu'il est imposable à l'IR « 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 »), l'administration fiscale estime traditionnellement que le rachat par une société de ses propres titres aux fins d'annulation doit être analysé et donc imposé comme un revenu mobilier, dans les limites sus-indiquées (avant la réforme de 1998, V. *Doc. adm. 4 J-1124, § 9, 1er nov. 1995. –*

Depuis la réforme, V. *Instr. 4 juill. 2000 : BOI 4 J-1-00, § 10 ; Dr. fisc. 2000, n° 36, instr. 12498. – Instr. 13 oct. 2006 : BOI 4 J-1-06 ; Dr. fisc. 2006, n° 43, instr. 13607*).

La décision commentée n'aurait sans-doute pas suscité autant notre attention, et notre réaction, si les titres rachetés avaient ensuite été annulés. Oui, mais nous l'avons dit en débutant ce commentaire, tel ne fut pas le cas et c'est bien ce qui a chagriné la doctrine, aussi bien dans son commentaire de la décision d'appel qui est confirmée sur ce point par le Conseil d'État (V. les observations critiques de *A.-F. Gagneur sous CAA Nantes, 1re ch., sect. B., 22 mai 2006, n° 04NT00710, SA Fiteco, préc.*), qu'à la suite d'une autre décision d'appel allant également dans le même sens (*CAA Paris, 2e ch., 4 févr. 2009, n° 08PA00863, Mlle Erra : Dr. société 2009, comm. 128, note J.-L. Pierre*).

Nous nous joindrons bien volontiers à ces critiques ; en l'absence de désinvestissement, il ne saurait être question de qualifier de revenu de capitaux mobiliers le prix du rachat des parts. Mais, au risque de vivre quelques instants de solitude, nous irons plus loin en affirmant que, pour le cédant, l'identité du cessionnaire importe peu, y compris lorsqu'il s'agit de la société émettrice elle-même. Pour lui, le profit retiré de l'opération possède toujours la nature d'une plus-value de cession et devrait être imposé comme telle. Cette position sera d'autant mieux défendue (2) après que l'on a fait état de celle du Conseil d'État dans la présente affaire (1).

1. Selon le Conseil d'État, même s'il n'est pas suivi de leur annulation, le rachat génère un revenu de capitaux mobiliers

2 – Le raisonnement du Conseil d'État est en apparence imparable. Estimant que, sauf application des dispositions particulières de l'article 112 du CGI, les sommes distribuées par la société à son associé constituent des revenus distribués au sens de l'article 109, 1, 2° du CGI, elles doivent, dans les limites posées à l'article 161, alinéa 2, être soumises à la retenue à la source de l'article 119 *bis*, 2 puisque ce dernier est domicilié à l'étranger. Aucun fiscaliste ne devrait s'émouvoir de la démonstration : le régime fiscal d'un profit (B) dépend de sa nature (A).

A. - La qualification des sommes issues du rachat

3 – Contrairement à la décision de la cour administrative d'appel qui avait estimé que l'article 109, 1, 2° du CGI constituait à la fois le fondement de l'imposition et son assiette, le Conseil d'État considère que, si les sommes issues du rachat sont bien des revenus distribués au sens de cette disposition (1°), l'assiette de l'impôt doit être établie conformément à l'article 161, alinéa 2, en faisant la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition des titres (2°).

1° Le fondement de l'imposition (*CGI, art. 109, 1, 2°*)

4 – Selon l'article 109, 1 du CGI, « *Sont considérées comme revenus distribués : (...) 2° Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéficiaires* ». L'application de cette disposition à la situation d'un rachat de parts non suivi de leur annulation pouvait être contestée dans la mesure où chacun sait que la jurisprudence exige la preuve d'un désinvestissement au niveau de la société (*CE, plén., 5 déc. 1984, n° 46962, Étienvre : Rec. CE 1984, p. 403 ; JurisData n° 1984-605723 ; Dr. fisc. 1985, n° 22-23, comm. 1068 ; RJF 2/1985, n° 251, concl. M.-A. Latournerie, p. 96 ; GA, 4e éd., n° 39. – C. David, O. Fouquet, B. Plagnet et P.-F. Racine, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale : Dalloz, 5e éd., 2009, th. 37, n° 8, p. 688*). A priori, rien de tel en la circonstance, puisque les titres avaient dans un premier temps été inscrits à un compte d'immobilisations avant d'être cédés à une filiale. Dans ces conditions, on voit mal de quelle manière la société se serait appauvrie.

C'est à ce niveau que l'on attendait des explications. En pure perte ; le Conseil d'État procède simplement par affirmation. Pour la démonstration, il faut s'en remettre aux conclusions du rapporteur public, M. Emmanuel Glaser. Ce dernier reconnaît initialement 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 », et il ajoute « En outre, dès lors que les titres ne sont pas annulés, il n'y a aucune modification apparente du capital social ». Pourtant selon lui, la symétrie avec la cession à un tiers est « illusoire » ; la société émettrice distribue ses capitaux propres, même si les titres ne sont pas annulés et même si le capital social n'est pas réduit (il considère que l'appauvrissement de la société est bien réel au cas d'auto détention des titres). Par suite, il s'agit de sommes non prélevées sur les bénéficiaires au profit des associés qui constituent des revenus distribués sur le fondement de l'article 109, 1, 2° du CGI.

Nous dirons plus loin ce que nous pensons de cette démonstration (elle aussi illusoire...). Mais poursuivons le raisonnement du Conseil d'État, sur le terrain de l'assiette cette fois.

2° L'assiette de l'imposition (*CGI, art. 161, al. 2*)

5 – La haute juridiction administrative détache clairement les règles d'assiette de la nature de l'impôt applicable. En clair, ce n'est pas parce que le profit imposable se calcule comme une plus-value que c'en est une. Reste à dire comment se calcule cette plus-value ; c'est là qu'entre en jeu l'article 161, alinéa 2 du CGI. Selon le texte en vigueur à l'époque des faits : « *La même règle [que celle de l'alinéa 1er, relative au boni de liquidation] 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 ». Aux yeux des magistrats du Palais royal, cette disposition serait le siège exclusif du calcul du revenu imposable « que les droits sociaux aient été ou non annulés après leur rachat par la société émettrice ».

Explicitement, le Conseil d'État considère que l'article 161, alinéa 2 n'est qu'une règle d'assiette et qu'elle s'applique également si les titres ne sont pas annulés. Un doute existait en effet dans la mesure où la « même règle » pouvait aussi bien désigner la situation d'annulation des titres consécutivement à la liquidation de la société (auquel cas le deuxième alinéa ne pouvait pas s'appliquer au rachat de titres non suivi de leur annulation), que la détermination de la plus-value (auquel cas, conformément à l'alinéa premier de l'article 161 du CGI précité, les sommes distribuées par la société ne sont comprises dans les bases de l'IR « *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* »).

Implicitement, le Conseil d'État confirme que l'article 112, 1° n'est pas applicable au cas de rachat par une société de ses propres parts. Rappelons que selon l'article 112 « *Ne sont pas considérées comme revenus distribués : 1° Les répartitions présentant pour les associés ou actionnaires le caractère de remboursement d'apports ou de primes d'émission* ». La règle est logique : la reprise des apports n'est pas un revenu pour l'associé mais le simple paiement d'une dette. La difficulté provenait en réalité de la seconde phrase de l'article 112, 1° qui apporte une réserve importante en ces termes « *Toutefois, une répartition n'est réputée présenter ce caractère que si tous les bénéfices et les réserves autres que la réserve légale ont été auparavant répartis* ». On comprend le but de la mesure (éviter de choisir la « source » de son revenu), mais également ses limites (les « premiers sortants » se retrouvent pénalisés). Comme l'Administration continuait à fonder l'imposition du rachat sur les articles 109, 1 et 112, 1° du CGI (BOI 4 J-1-00, préc., § 7 et s.), en dépit d'une jurisprudence contraire du Conseil d'État qui avait écarté l'article 112, 1° au profit exclusif de l'article 161 (CE, 7^e et 9^e ss-sect., 9 janv. 1985, n° 39597, Reverchon : *JurisData* n° 1985-600757 ; *Dr. fisc.* 1985, n° 13, comm. 664, concl. P.-F. Racine ; *RJF* 3/1985, n° 418), le législateur est intervenu en complétant l'article 112, 1° d'une troisième phrase selon laquelle « *Les dispositions prévues à la deuxième phrase ne s'appliquent pas lorsque la répartition est effectuée au titre du rachat par la société émettrice de ses propres titres* » (L. n° 2001-1275, 28 déc. 2001, art. 85, I, C, a : *Dr. fisc.* 2002, n° 1-2, comm. 1).

L'analyse est désormais constante ; que les titres soient ou non annulés, la situation de l'associé personne physique ne change pas : il sera imposé sur le profit réalisé lors de l'opération de rachat, à l'IR,

sur la « plus-value » réalisée, dans la catégorie des revenus mobiliers. Le régime fiscal n'est plus, dès lors, qu'une conséquence de cette position.

B. - Le régime fiscal des sommes issues du rachat

6 – On touche à l'objet du litige : la société Fiteco qui avait racheté les titres de son associé domicilié à l'étranger contestait la retenue à la source à laquelle entendait la soumettre l'Administration. Si les sommes issues du rachat des titres doivent être considérées comme des revenus de capitaux mobiliers (cf. *supra*), l'application de l'article 119 *bis*, 2 du CGI n'était pas contestable (1°). Bien que la question ne fût pas abordée, on envisagera également les implications de la décision en droit interne, au regard de l'article 158, 3 du CGI (2°).

1° L'application de la retenue à la source (*CGI art. 119 bis, 2*)

7 – Selon l'article 119 *bis*, 2 du CGI : « *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 à l'article 187, 1 lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France* ». En l'espèce, bien que cela ne fût pas précisé dans l'arrêt, on suppose que le taux pratiqué par l'administration fiscale était, conformément à l'article 187, 1, du CGI de 25 % (l'associé étant une personne physique domiciliée au Gabon, ni l'exonération des « sociétés mères européennes », posée à l'article 119 *ter*, ni le taux réduit de 18 % pour les associés personnes physiques domiciliés sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne, posée à l'article 187, 1 [qui plus est non applicable à l'époque des faits], ne peuvent s'appliquer).

Dans la mesure où les sommes issues du rachat sont qualifiées de revenus distribués au sens de l'article 109, 1, 2° du CGI, elles entrent logiquement dans le champ d'application de la retenue à la source de l'article 119 *bis*, 2 (mais dans les limites fixées à l'article 161, al. 2). En effet, cette dernière s'applique non seulement aux distributions « officielles » de bénéfices que sont les dividendes, mais également au cortège des distributions « officieuses » du droit fiscal, y compris les répartitions consécutives aux opérations de rachat de titres autrement qu'à titre de remboursement des apports (*Doc. adm. 4 J-133, § 5, 1er nov. 1995*).

Le caractère très ample du domaine d'application de la retenue à la source de l'article 119 *bis*, 2 se retrouve-t-il également dans celui de l'article 158 du CGI qui accorde des avantages fiscaux au bénéficiaire de revenus de capitaux mobiliers lorsqu'il est domicilié en France ?

2° L'imposition en tant que revenu mobilier (*CGI, art. 158, 3*)

8 – La question s'était autrefois posée au sujet du bénéfice de l'avoir fiscal. Le Conseil d'État avait répondu par la négative, en estimant que le profit de l'associé avait la nature d'une « plus-value » et non d'un « dividende » (*CE, 7^e et 9^e ss-sect., 8 juill. 1992, n° 88734, M. Gardet : JurisData n° 1992-047554 ; Dr. fisc. 1993, n° 5, comm. 125, concl. Mme M.-D. Hagelsteen ; JCP E 1992, pan. p. 355 ; Dr. sociétés 1993, comm. 43, note M. Deslandes ; RJF 8-9/1992, n° 1172, chron. J. Turot, p. 659 à 666 ; Bull. Joly 1992, n° 10, note N. Chahid-Nourai, p. 1122*). L'Administration avait pris acte de cette jurisprudence, et avait exclu du bénéfice de l'avoir fiscal les attributions de sommes ou valeurs aux associés en cas de rachat par la société de ses propres titres (*Instr. 14 déc. 2001 : BOI 4 J-2-01, § 6 ; Dr. fisc. 2002, n° 3, instr. 12734. – A. de Bissy, La notion de dividende en droit fiscal : Dr. et patrimoine 2002, p. 34 et s.*).

Aujourd'hui, depuis que l'avoir fiscal a été supprimé (*L. n° 2003-1312, 30 déc. 2003, art. 93, I A, 1° : Dr. fisc. 2004, n° 1-2, comm. 24*) et remplacé par un abattement proportionnel (40 % actuellement) sur le revenu imposable (*CGI, art. 158, 3, 2°*), combiné à un abattement fixe de 1 525 € ou 3 050 € (*CGI, art. 158, 3, 5°*) et un crédit d'impôt de 50 % plafonné à 115 € ou 230 € (*CGI, art. 200 septies*), la question se pose à nouveau : l'associé personne physique qui a cédé ses droits à sa société peut-il prétendre à ces avantages ? Commentant la réforme du régime fiscal des distributions, l'Administration est revenue sur sa position et admet l'application de l'abattement aux attributions de sommes ou valeurs aux associés en cas de rachat par la société de ses propres titres (*Instr. 11 août 2005 : BOI 5 I-2-05, § 38 ; Dr. fisc. 2005, n° 37, instr. 13397. – A. de Bissy, L'administration fiscale précise le domaine d'application de la réforme du régime des distributions : Actes prat. 2006, n° 86, p. 22 et s.*).

Tel est l'état du droit fiscal en matière de rachat par une société de ses propres titres. Faut-il s'en plaindre ou s'en réjouir pour l'associé ? Sans doute ce dernier, lorsqu'il est domicilié en France, se satisfera-t-il de l'imposition dans la catégorie des revenus mobiliers, laquelle reste la plus favorisée de notre législation (outre les abattements susvisés, l'associé peut préférer opter pour le prélèvement libératoire à 18 %, *CGI, art. 117 quater*, applicable au boni de rachat, *Instr. 1^{er} août 2008 : BOI 5 I-5-08, § 56 ; Dr. fisc. 2008, n° 37, instr. 13948*), quoique la catégorie des plus-values sur cession de titres possède également un certain charme (taux réduit de 18 %, exonération en dessous d'un seuil de cession annuel, abattement d'un tiers par année de détention...). Au plan des principes par contre, nous ne sommes pas certains que les juristes y trouvent leur compte. Pour nous en tout cas, le rachat de titres devrait toujours générer une plus-value de cession.

2. Proposition d'analyse différente : que les titres soient annulés ou non, leur rachat génère toujours une plus-value de cession

9 – Cette position, qui pourrait recevoir l'assentiment de la communauté des juristes fiscalistes lorsque la société qui rachète ses propres titres ne les annule pas mais les cède à nouveau (A), risque d'être moins bien comprise lorsque la société procède à la réduction de son capital (B).

A. - Rachat des titres non suivi de leur annulation

10 – Cette situation ne peut être que temporaire, une société ne pouvant être durablement son propre associé. En effet, les actions possédées en violation des articles L. 225-206 à L. 225-210 précités doivent être cédées dans le délai d'un an à compter de leur souscription ou de leur acquisition. À l'expiration de ce délai, elles doivent être annulées (*C. com.*, art. L. 225-214 ; *L. n° 66-537, 24 juill. 1966, art. 217-7*). En l'espèce, les actions rachetées en novembre 1994 avaient été revendues en avril 2005, sans que les titres aient été annulés et le capital réduit. Dans une telle hypothèse, tant l'analyse juridique (1°) que comptable (2°) milite, selon nous, en faveur de l'application du régime des plus-values de cession à l'associé (quelle que soit sa qualité).

1° L'analyse juridique

11 – Rationnellement, il est difficile d'expliquer pourquoi, lorsque les actions sont rachetées par une société en vue d'une attribution aux salariés (*C. com.*, art. L. 225-208) ou lorsque l'opération s'inscrit dans le cadre d'un plan de rachat d'actions cotées (*C. com.*, art. L.225-209, lesquelles peuvent ensuite être cédées librement par la société), le profit de l'associé est imposé selon le régime des plus-values professionnelles (*CGI, art. 39 duodecies*) ou privées (*CGI, art. 150-0 A ou 150 UB*), en application de l'article 112, 6° du CGI, alors qu'il devrait l'être au titre des revenus de capitaux mobiliers dans les autres hypothèses de « rachat-cession ». Certes, on peut voir dans l'article 112, 6° du CGI une exception au principe, qui demeurerait celui de l'imposition du boni de rachat en tant que revenu mobilier, mais à partir du moment où il n'y a pas de réduction du capital, la position du législateur dans les cas susvisés, qui se comprend, devrait pouvoir faire l'objet d'une interprétation extensive.

Pourtant, si le législateur (*L. n° 2005-1720, 30 déc. 2005, art. 29, VII et VIII, 1° : Dr. fisc. 2006, n° 5, comm. 99*) a semblé exclure la qualification de revenu mobilier en appliquant le régime des plus-values privées « *au gain net retiré par le bénéficiaire lors d'un rachat par une société émettrice de ses propres titres* » (*CGI, art. 150-0 A, II, 6*), il précise également que ce « gain net » « *est égal à la différence entre le montant du remboursement et le prix ou la valeur d'acquisition ou de souscription des titres rachetés, diminuée du montant du revenu distribué imposable à l'impôt sur le revenu au titre du rachat dans les conditions prévues aux articles 109, 112, 120 et 161* » (*CGI, art. 150-0 D, 8 ter*). La

raison qui a motivé ce texte est bien connue : jusqu'à son entrée en vigueur, seule la fraction de la distribution qui excédait la valeur nominale des titres (ou la valeur d'acquisition si elle était supérieure), était imposée comme un revenu mobilier (dans l'hypothèse du rapport inverse, la moins-value n'était pas déductible). Dans l'hypothèse où le prix d'achat par l'associé était inférieur à la valeur nominale des titres rachetés, il subsistait donc un profit non imposé (égal à la différence entre ces deux montants).

En clair, le législateur confirme que le boni de cession est imposable dans la catégorie des revenus mobiliers, tout en reconnaissant que, fondamentalement, il a une nature de plus-value ! Devant le caractère incohérent de la règle ainsi posée (inapplicable aux faits jugés dans la décision *Fiteco*), nous préférons nous en remettre à l'analyse juridique (il n'est pas inconcevable de limiter le jeu de l'article 150-0 D, 8 *ter* du CGI précité aux seules opérations de rachat de titres qui se traduisent par une réduction du capital social) et au bon sens (la société qui rachète ses propres titres et qui les revend ensuite se comporte comme n'importe quel acheteur), particulièrement lorsqu'elle est corroborée par l'analyse comptable.

2° L'analyse comptable

12 – Au plan comptable, les effets d'un rachat des titres suivi de leur cession ne sont pas les mêmes que lorsqu'ils sont ensuite annulés. En l'absence d'annulation des titres en effet, l'actif net de la société n'est pas modifié puisque les titres rachetés figurent à l'actif de son bilan (compte n° 2771, « actions propres ou parts propres »). Dès lors, la société ne s'est pas réellement appauvrie si bien que, en l'absence de désinvestissement, la qualification de revenu mobilier ne saurait être retenue sur le fondement des articles 108 et suivants du CGI.

Dans ses conclusions, le rapporteur public Emmanuel Glaser s'est au contraire attaché à démontrer que la société qui rachète ses propres titres s'appauvrit en réalité et que sa valeur liquidative est diminuée. Selon lui en effet, elle ne fait que donner l'illusion qu'elle acquière un actif alors qu'elle est simplement devenue propriétaire d'elle-même. Il compare cette situation à celle de « l'autocontrôle », par le biais de sociétés interposées, dont on estime habituellement qu'elle aboutit à majorer fictivement la valeur de la société autodétenue (*M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés : Litec, 22e éd., 2009, n° 1492*).

Pourtant, l'argumentation ne tient pas en comptabilité ; la société ne s'appauvrit pas tant qu'elle n'a pas annulé ses titres, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas effectivement renoncé à les céder. L'inscription des titres au bilan fait apparaître des plus-values (ou des moins-values) latentes qui seront constatées lors de leur cession (en l'espèce, on peut d'ailleurs se demander si la société *Fiteco* a réalisé une plus-value à

l'occasion de la revente de ses titres à sa filiale). En fait, si « l'auto-détention » de titres est juridiquement critiquable, puisqu'elle viole la notion même de société et d'unicité de la personne morale (c'est ce qui explique son caractère temporaire, ainsi que les diverses restrictions dont elle fait l'objet, notamment en matière de distribution de dividendes et de droits de vote), elle est par contre neutre au point de vue économique et financier, puisqu'elle ne modifie pas la valeur réelle de l'entreprise. La situation est bien sûr différente lorsque les titres initialement rachetés sont ensuite annulés.

B. - Rachat des titres suivi de leur annulation

13 – Lorsque les titres rachetés sont annulés, l'Administration (*Instr. 16 oct. 2006 : BOI 5 C-3-06, § 7 ; Dr. fisc. 2006, n° 43, instr. 13607*), comme la jurisprudence (*CE, 9e et 10e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch : JurisData n° 2000-061425 ; Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 337, concl. J. Courtial ; RJF 3/2001, n° 310 ; BDCF 3/2001, concl. J. Courtial. – CE, 3e ss-sect., 30 juill. 2003, n° 220260, min. c/ Boutin : JurisData n° 2003-080451 ; Dr. sociétés 2003, comm. 218, note J.-L. Pierre ; Bull. Joly Sociétés 2003, p. 1377 § 274, note J.-C. Parot. – TA Amiens, 29 juin 2004, n° 02-82, Abraham : JurisData n° 2004-310983 ; Dr. fisc. 2006, n° 41, comm. 648*) a toujours considéré qu'elle générerait un revenu mobilier chez l'associé. La doctrine semble s'en satisfaire (*J.-C. Parot, La fiscalité du rachat par une société de ses propres actions (situation de l'actionnaire) (première partie) : Dr. fisc. 2001, n° 21, p. 814 à 822 ; La fiscalité du rachat par une société de ses propres actions (situation de l'actionnaire) (deuxième partie) : Dr. fisc. 2001, n° 22-23, p. 865 à 872. – H. Israël et T. Bouhours, Le traitement fiscal des opérations de rachat de titres : Les Nouvelles Fiscales, n° 944, 15 oct. 2005, p. 19 et s.*). Quitte à paraître hérétique, nous estimons au contraire que l'annulation des titres suite à leur rachat génère une plus-value de cession et non un revenu mobilier (1°) et que la même analyse doit être faite pour le boni de liquidation (2°).

1° Le boni d'annulation est une plus-value

14 – Ici, contrairement à la situation précédente (lorsque les titres ne sont pas annulés), l'opération se traduit par un désinvestissement au niveau de la société (définitif celui-là). Pour autant, il ne s'agit pas d'un revenu distribué mais d'un partage partiel d'actif qui génère une perte en capital. Il importe peu que les sommes distribuées soient prélevées sur les bénéfices ou les réserves ; dès lors que le capital social est entamé, on sort du cadre juridique des distributions pour intégrer celui des répartitions. La situation de l'associé est conforme à cette analyse.

L'enrichissement ou l'appauvrissement de l'associé à l'occasion du rachat de ses droits possède une nature de plus-value (ou de moins-value), sauf à confondre les notions de « plus-value » et de « revenu »

(sur la notion de gain imposable et ses différentes conceptions, V. C. David, O. Fouquet, B. Plagnet et P.-F. Racine, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, préc., th. n° 12, p. 274 et s.*). Ainsi, alors que le revenu est un enrichissement qui ajoute directement à la fortune du contribuable, la plus-value est un enrichissement indirect, par différence entre ce qu'il perd (ici, les titres) et ce qu'il gagne (ici, leur prix). Cette vérité apparaîtra avec d'autant plus d'évidence lorsque l'associé est une société commerciale ; sa comptabilité agira alors comme le révélateur de la plus-value ou de la moins-value de cession, par différence entre le compte de charges n° 675 « valeur comptable des éléments d'actif cédés » et le compte de produits n° 775 « produit de cession des éléments d'actif ».

Lorsque l'associé est une personne physique, l'imposition de la plus-value privée au cas d'annulation des titres pouvait se heurter à un obstacle lié à l'exigence d'une « cession », au sens juridique du terme, alors que les plus-values professionnelles sont générées par tout événement qui a pour effet de faire sortir un bien du bilan (V. les observations de J.-C. Parot, *préc., n° 17*). L'objection n'est pourtant pas décisive ; le rachat a précédé l'annulation et le législateur lui-même a étendu le domaine d'application des plus-values privées aux opérations de rachat de titres (*CGI, art. 150-0 A, II, 6*). En revanche, plus décisif est l'article 150-0 D, 8 *ter* précité qui limite l'assiette imposable à la fraction de la plus-value qui n'a pas été imposée comme un revenu mobilier. Notre condition de légaliste nous interdit d'ignorer des dispositions qui, en dépit de leur profond illogisme, expriment l'idée que, en définitive et sauf exception, le produit du rachat de titres est imposé comme un revenu de capitaux mobiliers.

À une époque où ce texte n'existait pas, le Conseil d'État avait, un instant de raison, affirmé que « les sommes perçues par M. G., pendant les années en cause, à l'occasion de la cession de ses actions (...) n'avaient pas le caractère de dividende mais de plus-value (...) » (*CE, 7^e et 9^e ss-sect., 8 juill. 1992, n° 88734, M. Gardet, préc.*), avant de revenir sur sa position et affirmer qu'il s'agissait plutôt « d'un boni de cession qui à la même nature qu'un boni de liquidation, imposable à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers » (*CE, 9^e et 10^e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch, préc.*). On sera d'accord pour dire que le boni de rachat des titres a la même nature que le boni de liquidation, mais c'est celle d'une plus-value et non d'un revenu mobilier.

2° Et si le boni de liquidation était aussi une plus-value ?

15 – Poussons la logique jusqu'au bout : si le boni de cession réalisé sur des titres annulés est une plus-value, le boni de liquidation l'est aussi (tout comme le boni de fusion, qui n'est pas autre chose que le boni de liquidation de la société absorbée). Pour cela, il faut combattre l'idée reçue selon laquelle le boni de liquidation serait le dernier dividende distribué par la société.

Les dividendes ne se conçoivent qu'en cours de vie sociale et tant que les titres ne sont pas annulés. Ils représentent la rémunération du capital, or ce n'est évidemment pas le cas des sommes qui sont versées à la suite de l'annulation des titres (et a fortiori lors de la liquidation de la société). Dans cette hypothèse, la substance est atteinte ; les répartitions perdent leur nature de fruits pour revêtir celle de produits. Ceci explique que, au cas de démembrement de la propriété des titres, le boni de liquidation revient au nu-propriétaire et non à l'usufruitier (en ce sens, *Mémento pratique Fr. Lefebvre, V° Sociétés commerciales : 2009, n° 27958*). En revanche, les distributions exceptionnelles de réserves sont des dividendes à part entière, qui vont à l'usufruitier, du moins tant que le capital n'est pas atteint (en ce sens, *R. Mortier, Y. Kerambrun, Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul ! : JCP N 2009, n° 37, comm. 1264*), position que nous défendons depuis longtemps déjà (*A. de Bissy, La notion de dividendes. Aspects juridiques et fiscaux : Thèse, Toulouse I, 1994, n° 84 et s.*).

Reste, en droit fiscal, ce maudit article 150-0 D, 8 *ter* qui, pour l'application du régime des plus-values privées sur cession de valeur mobilières et de droits sociaux, conduit à imposer le boni d'annulation des titres rachetés (ou une partie au moins) comme un revenu mobilier. En l'absence de cette « aspérité » fiscale, rien ne devrait s'opposer à l'imposition du profit de l'associé à l'impôt sur les plus-values (...) si ce n'est la jurisprudence du Conseil d'État.

3. Conclusion

16 – Contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'État, la nature de l'impôt dépend de la nature du profit imposable qui lui-même s'exprime au travers des règles d'assiette. C'est l'essence même de la matière fiscale : des impôts différents pour des profits différents. Si un profit à la nature d'une plus-value, et c'est le cas du boni de rachat de titres, alors il faut l'imposer comme telle. Ce n'est pourtant pas l'état du droit positif : sauf exceptions légales (*CGI, art. 112, 6°*), que le Conseil d'État aurait pu et dû étendre aux situations dans lesquelles les titres ne sont pas annulés, le profit issu du rachat des parts est imposé comme un revenu mobilier, même s'il est calculé comme une plus-value. Il faut, pour l'heure, nous contenter de cette incongruité juridique, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement en défaveur de l'associé...

Mots clés : Revenus de capitaux mobiliers. - Revenus distribués. - Rachat par une société de ses propres titres. - Imposition en RCM (oui)

Mots clés : Retenue à la source. - CGI, art. 119 bis, 2. - Rachat par une société de ses propres titres. - Application de la retenue (oui)