



CRC 2003-046

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

Décision du 17 décembre 2004

en la cause

X, recourante,

contre

L'Administration fédérale des contributions, Division principale de la taxe sur la valeur ajoutée, Schwarztorstrasse 50, 3003 Berne, (réf. ...)

concernant

la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA) ;
pouvoir de disposer ; cession de créances

I. En fait :

A.– La société A (ci-après : la société), dissoute sans liquidation et reprise avec actifs et passifs par X selon contrat du 8 juin 1999, fut immatriculée au registre de l'Administration fédérale des contributions (AFC) en qualité d'assujettie au sens de l'art. 17 al. 1 de l'ordonnance du 22 juin 1994 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA ; RO 1994 1464 et les modifications ultérieures) du 1^{er} janvier 1995 au 31 décembre 1999. Elle avait pour but la location et le négoce d'équipement informatique neuf et d'occasion, ainsi que toute opération financière se rapportant à ce but, maintenance, distribution de micro-ordinateurs et toute espèce de service en rapport avec cette activité.

B.– A l'occasion d'un contrôle effectué en date des 23, 24 janvier, 13 et 27 février 1997, l'AFC procéda à diverses corrections, établissant le décompte complémentaire n° ... du 27 février 1997, portant sur un montant de Fr. 795'960.-- plus intérêts depuis le 1^{er} mars 1997 (périodes du 1^{er} trimestre 1995 au 3^e trimestre 1996).

L'AFC exposait que les relations contractuelles suivantes ressortaient des contrats analysés : la société (bailleur) achetait des installations informatiques et les louait pour une durée fixe à des utilisateurs (locataires). Elle refinançait ensuite ces opérations à travers un tiers (société de financement). Tant la propriété de l'installation que le contrat de location étaient cédés « irrévocablement et inconditionnellement » à la société de financement. Le locataire était informé de la cession de la propriété et du contrat. Durant toute la durée du contrat de location, la société gardait le droit de demander la restitution de la propriété de l'installation et du solde du contrat de location. La société s'engageait auprès de la société de financement à racheter l'installation au terme du contrat.

L'AFC estimait cependant que, contrairement aux termes utilisés par les contrats, la propriété des installations restait en fait en mains de la société. Celle-ci concluait donc avec la société de financement une opération assimilable à un refinancement avec réserve de propriété, opération qui était exclue du champ de l'impôt (en vertu de l'art. 14 ch. 15 let. a OTVA et du point 6.1.a de la brochure n° 22 de l'AFC concernant la location et le leasing). En conséquence, c'étaient les montants de location convenus avec le locataire qui devaient être imposés et non les montants reçus par la société (bailleur) de la part de la société de financement.

C.– Par courrier du 20 mars 1997, la société contesta le décompte complémentaire susmentionné. Elle présentait dans sa lettre les différentes méthodes appliquées avec ses partenaires commerciaux. Elle expliquait qu'il n'était pas normal de devoir payer la TVA sur une base plus importante que les montants réellement encaissés. Pour les contrats actifs, elle indiquait que refaire toutes les factures et les contrats impliquerait une surcharge de travail importante pour toutes les personnes concernées, pour finalement arriver à une « opération blanche ». Elle demandait dès lors l'annulation de la facture et la mise sur pied d'une rencontre afin de trouver une solution.

Le 20 mai 1997, la société transmet à l'AFC quelques exemples de contrats établis avec ses partenaires financiers.

D.– Par décision du 18 février 1998, l'AFC confirma le décompte complémentaire contesté. En tant que fournisseur de prestations (bailleur), la société devait imposer les indemnités de location (mensualités) et cela même si elle avait cédé ses créances à un institut de financement. L'opération financière réalisée par l'institut de financement, à savoir le refinancement de contrats de location avec cession des biens à titre de sûreté, n'était pas une livraison ; il s'agissait bien plutôt de l'octroi d'un crédit, exclu du champ de l'impôt. C'étaient les montants convenus dans les contrats de location entre le bailleur et les locataires qui

constituaient la contre-prestation imposable. C'était dès lors à juste titre que l'AFC avait opéré une reprise d'impôt à concurrence de ces montants.

E.– Le 19 mars 1998, la société déposa une réclamation à l'encontre de la décision du 18 février 1998. Elle soutenait conclure dans un premier temps un contrat de location (et non de leasing) avec les utilisateurs ; cette opération devait être imposée en tant que livraison. Pour certains contrats, il y avait ultérieurement cession des droits de bailleur-propriétaire à des tiers, improprement appelés sociétés de financement. La société estimait dès lors devoir imposer : 1) les montants qui lui étaient versés par les tiers lors de la cession ferme de ses créances ; 2) les contre-prestations qui lui étaient versées par les locataires provenant de contrats de location non cédés à des tiers. Toute autre interprétation extensive était infondée. La société joignit encore à sa réclamation trois tableaux : le premier répertoriant tous les contrats actifs et précisant la TVA payée sur ces contrats durant la période litigieuse, le deuxième répertoriant l'historique desdits contrats du 1^{er} octobre 1996 au 31 décembre 1997 et le troisième récapitulant la TVA déclarée durant la période du 1^{er} janvier 1995 au 31 décembre 1997. Finalement, la société invoqua le principe de l'égalité de traitement.

F.– Par décision sur réclamation du 6 février 2003, l'AFC confirma sa décision du 18 février 1998. Elle déduisait de l'analyse des contrats et de l'observation des faits que les parties (la société et les instituts de financement) n'avaient pas réellement l'intention de transférer le pouvoir de disposer économiquement des biens loués. L'opération devait ainsi être assimilée à une cession ferme de créance avec remise des biens à titre de sûretés. L'AFC écarta également l'idée selon laquelle la société aurait pu agir comme représentante de ses clients. Concernant les tableaux produits avec la réclamation, l'AFC considéra qu'ils n'entraînaient pas de correction du décompte complémentaire.

G.– Le 19 février et le 7 mars 2003, la société (ci-après : la recourante) a interjeté un recours contre la décision sur réclamation de l'AFC devant la Commission fédérale de recours en matière de contributions (ci-après : la Commission de recours ou de céans), en requérant l'octroi d'un délai de 60 jours pour compléter le recours en vertu de l'art. 53 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021). Au fond, elle conclut principalement à l'annulation de la décision de l'AFC ainsi que du décompte complémentaire et subsidiairement, si le décompte complémentaire devait être maintenu, à la compensation dudit décompte par les montants de TVA déjà payés sur les opérations concernées. Elle soutient que les opérations litigieuses constituent des ventes effectives avec transfert définitif de propriété et se réfère à titre de preuve notamment aux écritures comptables. Quant au mode de calcul utilisé par l'AFC pour le décompte complémentaire, elle estime qu'il est erroné.

Par courrier du 19 mars 2003, le Président de la Commission de recours a accordé à la recourante un délai de 30 jours pour compléter les motifs de son recours.

Le 2 mai 2003, la recourante a complété son recours comme suit. Elle explique avoir procédé à un contrôle complet et détaillé de tous les contrats concernés par le décompte

complémentaire litigieux. Il résulterait de ce contrôle que l'AFC lui est redevable de Fr. 194'047.24 pour la période du 1^{er} janvier 1995 au 31 mars 1999.

H.– Par réponse du 11 juillet 2003, l'AFC a conclu à l'admission partielle du recours à hauteur de Fr. 67'679.95 et, pour le surplus, au rejet du recours, sous suite de frais, reprenant pour l'essentiel l'argumentation développée dans la décision sur réclamation. Concernant l'affirmation de la recourante selon laquelle les biens mis à bail seraient vendus à la société de financement, l'AFC relève qu'il n'est nulle part question d'une contre-prestation pour ces opérations de vente et que cette hypothèse la conduirait dès lors à exiger une TVA supplémentaire sur l'opération de vente, se révélant ainsi défavorable pour la recourante. L'AFC explique en outre que son approche se justifie au regard du principe de la déduction de l'impôt préalable. L'admission partielle trouve quant à elle sa source dans les pièces produites par la recourante devant la Commission de recours. Dans son calcul rectificatif, l'AFC a tenu compte des données manquantes lors du contrôle et des modifications intervenues au cours de la période sur laquelle portait le contrôle (1^{er} janvier 1995 au 30 septembre 1996). Elle a indiqué que pour ce qui avait trait aux changements survenus après cette période, ils ne seraient pris en compte que durant la période fiscale au cours de laquelle ils étaient intervenus.

Par réplique du 2 septembre 2003, la recourante a expliqué que, de son point de vue, la position de l'AFC ne serait pas euro-compatible. En outre, l'affirmation de l'AFC selon laquelle sa propre hypothèse conduirait à exiger une TVA supplémentaire sur l'opération de vente serait dénué de fondement, puisque les sociétés de refinancement lui versent une contrepartie en échange du transfert de propriété. Au sujet de la correction du décompte complémentaire opérée par l'AFC, la recourante expose ne pas comprendre pour quelle raison seule une partie des rectifications nécessaires invoquées ont été admises.

Le 22 septembre 2003, l'AFC a indiqué qu'elle renonçait à déposer une duplique.

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

II. En droit :

1.– a) Conformément à l'art. 8 al. 1 des dispositions transitoires (disp. trans.) de l'ancienne Constitution de 1874 (aCst.), respectivement à l'art. 196 ch. 14 al. 1 de la nouvelle Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), le Conseil fédéral était tenu d'édicter des dispositions d'exécution relatives à la TVA, qui devaient avoir effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'une législation fédérale en la matière. Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté l'OTVA. Le 2 septembre 1999, le parlement a accepté la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA). Cette dernière étant entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (arrêté du Conseil fédéral du 29 mars 2000 ; RO 2000 1346), il en résulte que l'OTVA a été abrogée à partir de cette même date. Toutefois, selon l'art. 93 al. 1 LTVA, les

dispositions abrogées ainsi que leurs dispositions d'exécution sont applicables, sous réserve de l'art. 94 LTVA, à tous les faits et rapports juridiques ayant pris naissance au cours de leur validité. En l'espèce, l'art. 94 LTVA n'entre pas en considération, si bien que l'OTVA demeure applicable.

b) Aux termes de l'art. 53 OTVA en relation avec l'art. 71a al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), les décisions sur réclamation rendues par l'AFC peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de recours dans les trente jours qui suivent leur notification. En l'occurrence, la décision sur réclamation de l'autorité fiscale, datée du 6 février 2003, a été notifiée à la recourante au plus tôt le 7 février 2003. Le recours a été adressé à la Commission de céans le 19 février et le 7 mars 2003. Il est donc intervenu dans le délai légal prescrit par l'art. 50 PA. Un examen préliminaire du recours révèle en outre qu'il remplit les exigences posées aux art. 51 et 52 PA. D'un point de vue formel, il s'impose donc d'entrer en matière.

2.- a) Conformément à l'art. 4 let. a et b OTVA, sont soumises à l'impôt les livraisons de biens et les prestations de services effectuées par des assujettis à titre onéreux sur le territoire suisse, pour autant qu'elles ne soient pas expressément « exclues du champ de l'impôt » sur la base de l'art. 14 OTVA. Aux termes de l'art. 5 al. 1 OTVA, il y a livraison lorsqu'est accordé le pouvoir de disposer économiquement d'un bien en son propre nom (p. ex. en vertu d'un contrat de vente au sens des art. 184 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [Code des obligations, CO ; RS 220] ou d'un contrat de commission au sens des art. 425 ss CO). L'art. 5 al. 2 let. b OTVA précise quant à lui qu'il y a également livraison lorsqu'un bien est mis à disposition à des fins d'usage ou de jouissance (p. ex. en vertu d'un contrat de bail à loyer ou de bail à ferme au sens des art. 253 ss CO).

Selon l'art. 6 al. 1 OTVA, est considérée comme prestation de services toute prestation qui ne constitue pas la livraison d'un bien. Les prestations de services sont donc définies de manière négative. La prestation de services se présente comme un comportement consistant à faire ou à ne pas faire un acte ou à tolérer un acte ou une situation, pour autant que ce comportement n'ait pas pour objet le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel (Jean-Marc Rivier / Annie Rochat Pauchard, Droit fiscal suisse, La taxe sur la valeur ajoutée, Lausanne 2000, p. 43). Pour délimiter le cercle des prestations de services imposables, le Conseil fédéral a choisi d'énumérer de façon explicite les opérations qui doivent être exclues du champ de l'impôt. Il en résulte que tout ce qui ne figure pas dans cette énumération (liste négative) doit être imposé (Département fédéral des finances, Commentaire de l'Ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 22 juin 1994, commentaire ad art. 6, p. 5).

b) Comme il a été vu ci-avant (cf. let. a), les livraisons et les prestations de services effectuées sur territoire suisse ne sont imposables que si elles sont faites à titre onéreux. La notion d'opération à titre onéreux est étroitement liée à celle de contre-prestation et l'existence de cette dernière est même la condition sine qua non, hormis dans les cas de prestations à soi-même,

pour que l'opération considérée soit dans le champ d'application de la TVA et imposable (Daniel Riedo, Vom Wesen der Mehrwertsteuer als allgemeine Verbrauchsteuer und von den entsprechenden Wirkungen auf das schweizerische Recht, Berne 1999, p. 223). Selon l'art. 26 al. 2 OTVA, est réputé contre-prestation tout ce que le destinataire, ou un tiers à sa place, dépense en contrepartie de la livraison ou de la prestation de services.

c) Pour déterminer l'existence et l'étendue d'une prestation soumise à la TVA, il s'agit d'abord de considérer les choses dans une perspective économique (arrêts du Tribunal fédéral du 23 décembre 2002, mentionnés in Revue fiscale 7-8/2003 p. 542 s., consid. 3.2, et du 30 avril 2004, en la cause S. [2A.334/2003/zga], consid. 3.3). Les rapports de droit privé qui peuvent être à la base des prestations ont en principe seulement une valeur d'indice et ne peuvent à eux seuls justifier une classification ayant valeur générale (cf. Stephan Kuhn/ Peter Spinnler, Mehrwertsteuer, Muri/Berne 1994, p. 38 in fine et 41). Dès lors, la conclusion du contrat n'est pas une condition nécessaire pour qu'il y ait livraison et seul s'avère déterminant le comportement de fait du fournisseur. Selon la jurisprudence récente, il est même sans importance que ce dernier se trouve ou non dans un rapport obligatoire ou, si tel est le cas, qu'un tel rapport soit illicite, contraire à l'usage, annulable ou nul (ATF 126 II 249 consid. 4a). L'approche économique résulte donc de l'essence et du but de la TVA, qui, en tant qu'impôt général sur la consommation, taxe la consommation et repose sur des concepts économiques comme les livraisons et les prestations de services (cf. décision de la Commission de recours du 18 mai 1998, en la cause A. [CRC 1997-014], consid. 7, in TVA/MWST/VAT-Journal [TVA-Journal] 3/98, p. 138 [cassée par l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 27 février 2001, [2A.314/199], mais pas sur ce point]).

3.- a) La Commission de recours a déjà eu l'occasion de constater qu'un bien remis – en propriété ou en gage – aux fins de garantie ne constitue pas une contre-prestation (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 64.80 consid. 4a/bb ; Alfred Vogel/ Bernhard Schwarz, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, 11^e éd., Fribourg [D] 1998 ss, § 13, ch. 90 ; Schüle/Teske/Wendt, Kommentar zur Umsatzsteuer, Heidelberg 1967/1997, § 13, ch. 46). Il en va de même lors de la remise d'un bien en dépôt (Konrad Plückebaum / Heinz Malitzky, Umsatzsteuergesetz Kommentar, 10^e éd., Cologne 1996 ss, § 20, ch. 119 ; Vogel/Schwarz, op. cit., § 13, ch. 91), ainsi que dans le cas d'une somme d'argent remise à titre de dépôt en garantie (Rau/Dürrwächter/Flick/Geist, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, 8^e éd., Cologne 1997 ss, § 15, ch. 218). Un bien remis en gage ne constitue pas non plus une livraison, ou du moins pas encore, dans la mesure où le remboursement de l'emprunt dans les délais entraîne la restitution du bien mis en gage à son propriétaire (Plückebaum/Malitzky, op. cit., § 3, ch. 230 ; Rau/Dürrwächter/Flick/Geist, op. cit., § 3, ch. 158). La fonction du bien mis en gage est de garantir une créance. Si, selon l'ordre normal des choses, la créance est remboursée, le bien est rendu à son propriétaire. Il est ainsi clair que la mise en gage d'un bien ne constitue pas une livraison, d'une part, parce qu'elle n'implique, à ce stade, aucune transmission du pouvoir de disposer, d'autre part, parce qu'il n'existe pas de contre-prestation. L'opération de remise du gage, ne constituant pas une livraison, se trouve donc hors du champ de la TVA.

b) Il y a livraison lorsqu'est accordé le pouvoir de disposer économiquement d'un bien en son propre nom (art. 5 al. 1 OTVA ; ATF 123 II 392 consid. 6). S'agissant de déterminer s'il y a transfert du pouvoir de disposer, il importe peu de savoir si, du point de vue du droit civil, la possession ou la propriété passe à l'acquéreur (par rapport à l'impôt sur le chiffre d'affaires [IChA], arrêts non publiés du Tribunal fédéral du 1^{er} décembre 1999, en l'affaire L. [2A.462/1999], consid. 2a et du 27 mai 1998 en l'affaire Z. [2A.400/1997], consid.4b ; Archives de droit fiscal suisse [Archives], vol. 61 p. 69 consid. 2, vol. 60 p. 508 consid. 2a, p. 555 consid. 3d et p. 649 consid. 2a). La notion de pouvoir de disposer ne se recoupe ainsi pas avec les notions civiles de possession et de propriété. Il peut y avoir pouvoir de disposer d'un bien, alors même que ce bien fait l'objet d'un pacte de réserve de propriété et qu'il n'est pas déposé auprès du fournisseur (arrêt précité du Tribunal fédéral du 27 mai 1998 consid. 5b/bb) ou qu'il s'agit d'un objet volé, qui pourrait être réclamé par une action possessoire (Alois Camenzind / Nicklaus Honauer, Manuel du nouvel impôt sur la taxe à la valeur ajoutée [TVA] destiné aux entreprises et conseillers fiscaux, éd. française par Marco Molino, Berne 1996, p. 57). On peut tout à fait considérer qu'il y a livraison au sens de la TVA même si le fournisseur ne transmet avec les biens livrés qu'un pouvoir de disposer limité et si en conséquence le destinataire est lié par les mêmes restrictions du pouvoir de disposer que le fournisseur auparavant (décision de la Commission de céans du 14 juin 2002, en la cause S. [CRC 2001-049], consid. 2c/bb, confirmée sur ce point par le Tribunal fédéral en date du 31 janvier 2003). Le pouvoir de disposer permet à celui qui reçoit le bien d'affecter celui-ci à son propre usage ou de le faire passer en son nom propre dans une autre phase économique (Archives, vol. 47 p. 530 consid. 3, vol. 42 p. 210 consid. 2, arrêts relatifs à l'IChA). Il y a dès lors transfert du pouvoir de disposer lorsque celui qui reçoit un bien peut en disposer comme un propriétaire, à savoir lorsqu'il peut à son tour le transférer ou le vendre en son propre nom (JAAC 64.80 consid. 6a/aa ; Camenzind/Honauer, op. cit., p. 57 ; Dieter Metzger, Handbuch der Warenumsatzsteuer, Berne 1983, ch. 269). Une telle interprétation rejoint la jurisprudence européenne en la matière (arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes [CJCE] du 8 février 1990 en la cause Shipping and Forwarding Entreprise Safe, affaire C-320/88, Rec. 1990 I 285). On notera également que la conception de l'OTVA va plus loin que celle de l'IChA, puisqu'elle se base expressément sur la notion de pouvoir de disposer *économique*, qui est suffisant. On entend par là qu'il n'est nul besoin d'un pouvoir de disposer matériellement des biens transférés pour effectuer une livraison.

c) Contrairement à ce qui était le cas sous l'empire de l'IChA, l'OTVA dispose que la location, en tant que livraison au sens de l'art. 5 OTVA, est imposable.

Il peut arriver qu'à la relation bipartite bailleur-locataire vienne s'ajouter une troisième partie qui va financer la location. Ce tiers peut être par exemple un institut de financement. Cet institut de financement reprend la propriété du bien qui est mis en location, paie le bailleur (fournisseur) ainsi libéré et, reprenant la place du bailleur, continue à encaisser les locations auprès du locataire. Il y a dans ce cas de figure cessions de créances ou cessions de contrats.

Selon l'AFC, on distingue plus précisément deux situations:

1) Dans la première hypothèse, l'institut de financement ne devient titulaire que d'une réserve de propriété, d'un droit de gage, sur le bien mis en location, mais ne reçoit pas une livraison de la part du bailleur. La prestation de l'institut de financement est assimilée à un prêt, opération exclue du champ de la TVA en vertu de l'art. 14 ch. 15 let. a OTVA. Le fournisseur doit pour sa part continuer à acquitter l'impôt sur le montant que le locataire paie à l'institut de financement (Instructions 1997 à l'usage des assujettis TVA publiées par l'AFC, ch. 348 s.).

De l'avis de la Commission de recours, l'analyse fiscale de ce cas de figure doit s'orienter selon d'autres principes. L'opération de constitution d'un gage constitue une opération distincte de l'opération de cession de créances. En tant que telle, en l'absence d'une contre-prestation lui étant étroitement liée, elle n'est assimilable ni à une livraison ni à prestation de services. La constitution du gage ne peut pas non plus être assimilée à une contre-prestation pour une opération de crédit. L'opération de constitution d'un gage, ne constituant pas une opération imposable ni une contre-prestation d'opération exonérée, se trouve ainsi hors du champ de la TVA et n'entraîne aucune conséquence TVA.

2) Dans la seconde hypothèse, il y a réel transfert du pouvoir de disposer et dès lors livraison par le bailleur à l'institut de financement du bien mis en location. Le bailleur « originel » doit ainsi imposer la cession du contrat à l'institut de financement, en tant que prestation de services.

4.- En l'espèce, il convient de faire l'analyse des diverses pièces du dossier en partant d'un examen sous l'angle du droit privé (let. a), de la transcrire ensuite sur le plan d'une appréciation économique (let. b) et d'aborder enfin, le cas échéant, la problématique de l'étendue de la contre-prestation (let. c).

a) L'analyse des diverses pièces figurant au dossier (en particulier les annexes à la lettre de la recourante du 21 mai 1997) donnent les renseignements suivants.

Concernant les relations entre le locataire et le bailleur, les conditions générales des contrats de location de matériel informatique disposent :

- point 7.2 : Le locataire reconnaît qu'A l'a tenu informé de l'éventualité d'une cession, d'un nantissement ou d'une délégation, de l'équipement ou des créances, au profit de toute personne physique ou morale de son choix (cf. ainsi par exemple le courrier d'A à B du 10 avril 1997 pour l'informer de la cession, lui indiquant que les loyers seraient dorénavant recouverts par l'établissement cessionnaire) ;

- point 7.3 : Dans le cas d'une cession de l'équipement, l'établissement cessionnaire sera substitué à A comme bailleur de l'équipement à compter de la date de la cession. L'établissement acquerra donc tous les droits, actions et obligations contre et envers le locataire résultant du présent contrat sous réserve de ce qui est dit à l'article 7.4.

Le locataire reconnaît expressément que l'établissement cessionnaire deviendra bailleur et s'engage notamment à lui verser directement la totalité du coût de la location en principal, intérêts et accessoires à partir de la date de substitution ;

- point 7.4 : Dans le cas d'une cession de l'équipement, l'établissement cessionnaire en sa qualité de nouveau bailleur ne prendra en charge que l'obligation de laisser au locataire la jouissance paisible de l'équipement ;

- point 7.5 : Lorsque le contrat, les créances ou l'équipement aura fait l'objet d'une cession, d'un nantissement ou d'une délégation, toute modification du présent contrat devra faire l'objet, à peine de nullité, d'un avenant signé entre le locataire, A et l'établissement cessionnaire ;

- point 8.3 : A assume vis-à-vis du locataire, pendant toute la durée de la location, tous les risques de vol, de perte ou de dommage (...);

- point 11 : A conserve la propriété du matériel loué sauf en cas d'application de l'article 7.2. Dans tous les cas A conserve les relations commerciales avec le locataire ;

- point 12 (relatif à la restitution du matériel) : les frais de déconnexion et de transport du matériel à l'extérieur de l'immeuble où il se trouvait sont à la charge du locataire. Les frais de transport subséquents sont à la charge d'A.

Concernant les relations entre le bailleur et l'institut de financement, diverses conventions figurent au dossier. Un premier type de conventions traite de la cession du matériel informatique du bailleur à l'institut de financement au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, selon la convention du 15 septembre 1995 passée entre la recourante et C :

- article 1 : A cède irrévocablement et inconditionnellement la propriété du matériel à C pour le prix de Fr. 75'792.85 TTC, étant entendu que C s'engage à respecter le bail précité conclu pour une durée ferme de 36 mois à partir du 01.10.1995 ;

- article 5 : durant toute la durée du contrat de location, A pourra demander à C de lui restituer la propriété du matériel et de lui restituer tous les droits découlant du bail, notamment les créances des loyers, moyennant le paiement de la valeur financière restante.

Un deuxième type de conventions traite de la cession (en sens inverse) du matériel informatique de l'institut de financement au bailleur au terme du contrat. Ainsi, selon la convention du 15 septembre 1995 entre la recourante et C :

- art. 1 : à l'issue du contrat de location, A s'engage irrévocablement et inconditionnellement à racheter le matériel informatique à C, et C s'engage à le vendre à A moyennant le paiement par A de la somme de Fr. 0.--.

On retrouve des formulations identiques dans les conventions du 18 mai 1995 entre la recourante et C, du 5 décembre 1996 entre la recourante et D, du 17 et du 22 janvier 1997 entre la recourante et E (rachat pour la somme de Fr. 106.50), du 10 et 22 avril 1997 entre la recourante et E (rachat pour la somme de Fr. 106.50).

Sur le plan du droit privé, il apparaît clairement, aux yeux de la Commission de céans, que l'accent doit être mis sur le transfert irrévocable et inconditionnel de la propriété des biens –

destinés à la location – de la recourante à l’institut de financement, par exemple, selon le cas susmentionné, pour le prix de Fr. 75'792.85 TTC, étant entendu que C s’engage à respecter le bail précité conclu pour une durée ferme de 36 mois à partir du 1^{er} octobre 1995. Certes, l’art. 5 précité de la convention du 15 septembre fait état d’un droit pour la recourante de demander la restitution de dite propriété, mais il ne s’agit là que d’un lien obligationnel qui n’altère en aucune manière le transfert de la propriété cité. Cela étant, il existe déjà a fortiori – l’opération TVA ne requérant même pas un transfert de propriété – une livraison imposable de la part de la recourante (cf. aussi dans ce sens, Alois Camenzind / Niklaus Honauer / Klaus A. Vallender, Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz, 2^e éd., Berne 2003, p. 103, critiquant la pratique de l’AFC dans la mesure où elle ne tient pas compte du transfert de propriété).

b) Sur le plan de l’appréciation économique, le dossier ne contient pas d’éléments décisifs permettant de soutenir qu’il n’y pas eu de livraison imposable de la recourante à l’institut de financement, comme le laisse logiquement présager la constatation du transfert de propriété. Comme on l’a vu ci-dessus, la notion de pouvoir de disposer, décisive pour l’existence d’une livraison TVA, est bien plus large que celle de transfert de propriété. Un simple droit – pour le cédant – de demander éventuellement la restitution de la propriété cédée ne saurait en aucun cas effacer la livraison originelle incontestable. Certes, selon le point 6.9 des conditions générales du contrat de location, le locataire s’engage à apposer sur l’équipement loué et à maintenir en place, pendant toute la durée de la location, une plaque de propriété qui lui sera fournie par la recourante. Cet élément n’est toutefois pas déterminant, d’autant plus que le locataire est expressément averti du transfert de propriété. L’analyse révèle par ailleurs que durant le laps de temps séparant la cession des créances du terme du contrat de location, la société de financement détient bien le pouvoir de disposer du matériel informatique. En effet, comme le relève pertinemment la recourante dans son recours, « rien n’interdit à l’institut de refinancement de céder quant à lui la propriété des objets loués à un tiers de son choix qui deviendrait dès lors titulaire des droits et obligations découlant du contrat de bail y relatif ». D’ailleurs, même en cas de doute, il faudrait manifestement trancher en faveur de l’insertion de l’opération dans le champ de la TVA et donc pour une livraison imposable de la part de la recourante. Au vu de la définition très extensive donnée par la jurisprudence du transfert du pouvoir de disposer, il faut donc admettre qu’il y a eu transfert du pouvoir de disposer des biens et cession des créances en cause, dans un premier temps, de la recourante à la société de financement, puis locations-livraisons imposables de la part de la société de financement aux tiers locataires, enfin, dans un troisième temps et en sens inverse, livraisons éventuelles de la société de financement à la recourante, lorsque le contrat de location prend fin. Une telle constellation à trois stades, nullement complexe, apparaît incontestable et ne saurait être écartée par le biais d’une interprétation aléatoire de la notion de contre-prestation reçue par la recourante.

c) Il convient encore de se poser la question de la base imposable de l’opération de livraison de matériel informatique, en d’autres termes du montant sur lequel doit se calculer l’impôt. Comme déjà évoqué, est réputé contre-prestation tout ce que le destinataire, ou un tiers à sa place, dépense en contrepartie de la livraison ou de la prestation de services. La contre-

prestation comprend également la couverture de tous les frais, même si ceux-ci sont facturés séparément (art. 26 al. 1 et al. 2 OTVA). Selon l'art. 26 al. 2 troisième phrase OTVA, en cas de livraison ou de prestation de services à un proche, la contre-prestation correspond à la valeur qui aurait été convenue entre des tiers indépendants. Le principe de l'art. 26 al. 2, troisième phrase OTVA ayant été admis par la Commission de recours (décision du 22 mai 2001, in JAAC 65.103 consid. 7d ; décision du 16 février 2000, in JAAC 64.81 consid. 5c), il sied de définir la notion de « proche ». Selon la pratique de l'AFC (ch. 433b des Instructions 1997), sont considérées comme proches les personnes détenant des parts de l'entreprise ainsi que les entreprises liées (p. ex. en raison d'une relation étroite, telle que l'appartenance à un groupe, ou en fonction de relations contractuelles, économiques ou personnelles). La notion de relations contractuelles particulières n'est pas très nette. Etant donné que la totalité, ou presque, des opérations frappées par la TVA se basent sur un contrat, les relations contractuelles particulières doivent découler d'un autre contrat que le contrat à la base de l'opération taxée.

En l'espèce, la contre-prestation versée en échange du transfert du matériel informatique se situe entre Fr. 0.-- et 106.50 (TVA comprise). Ces montants à première vue inhabituels se justifient en raison des circonstances très particulières dans lesquelles l'opération est effectuée (cession simultanée de créances relatives à la location dudit matériel, pas d'usage du matériel par le destinataire de la livraison, transfert programmé en sens inverse du matériel informatique pour un montant également symbolique). La recourante ne peut pas être considérée comme proche des instituts de financement et il n'y a dès lors pas de procéder à une rectification de la base imposable.

d) Au vu des considérations qui précèdent, les relations entre la recourante, l'institut de financement et les locataires du matériel informatique se décomposent de la manière suivante :

- D'une part, la recourante cède à l'institut de financement des contrats et les créances en découlant et, d'autre part, lui livre du matériel informatique. On est en présence d'une prestation de services et d'une livraison qui sont étroitement liées d'un point de vue économique, au point qu'elles peuvent être envisagées comme une opération unique, soumise à l'impôt. La base imposable est constituée de tout ce que la société de financement verse pour la livraison du matériel informatique et la cession des contrats. Une fois le matériel et les contrats cédés, la recourante ne peut plus être considérée comme fournisseur des prestations de location. Elle n'a donc plus à être imposée sur les montants que les locataires versent en échange de la location du matériel.

- Dès le moment où la société de financement a reçu le pouvoir de disposer du matériel informatique, elle est réputée fournir la prestation de location aux locataires. Le traitement TVA de cette opération et de cette activité économique – entraînant, le cas échéant, l'assujettissement – sort toutefois de l'objet du présent litige.

5.– Les considérations qui précèdent conduisent la Commission de céans à admettre au sens des considérants le recours formé par la recourante et à renvoyer le dossier à l'AFC pour nouvelle décision dans le sens du considérant 4. Compte tenu de l'issue du litige, les frais de

procédure, s'élevant à Fr. 8'000.--, ne peuvent être mis à la charge de la recourante ni à celle de l'AFC. L'avance des frais versée par la recourante lui est remboursée d'office dès l'entrée en force du présent prononcé (art. 63 al. 2 et 3 PA).

Aux termes de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Il faut entendre par-là les frais de quelque importance nécessaires à une défense efficace, eu égard à la nature de l'affaire, à la capacité des parties et au comportement de l'autorité ; point n'est besoin qu'il s'agisse d'honoraires d'avocats (Archives, vol. 72 p. 170 ; JAAC 60.3 consid. 2 avec les références citées). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances, une partie qui agit dans sa propre cause peut exceptionnellement prétendre à des dépens pour son activité personnelle lorsque la cause est complexe, son enjeu important, que le travail effectué était propre à entraver notablement l'activité professionnelle ou à entraîner une perte de gain, enfin s'il est raisonnablement proportionné au résultat obtenu, toutes conditions devant être cumulativement réunies (JAAC 60.3 consid. 2 citant les ATF 113 Ib 357 consid. 6b et 110 V 82 consid. 7 ; décision non publiée de la Commission fédérale de recours en matière de douanes du 22 juin 2000, en la cause R. [CRD 2000-006], consid. 15). En l'espèce, au vu du dossier, malgré sa complexité, on ne peut pas considérer que la cause a notablement entravé l'activité de la recourante – société anonyme au chiffre d'affaires considérable – ou a entraîné une perte de gain, de sorte que les conditions posées par la jurisprudence pour admettre le versement d'une indemnité de dépens en faveur de la partie qui a agi personnellement sans recourir aux services d'un mandataire ne sont pas réunies.

Par ces motifs,

la Commission fédérale de recours en matière de contributions, statuant par voie de circulation conformément à l'art. 23 al. 1 de l'ordonnance concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage du 3 février 1993 (RS 173.31),

prononce :

1. Le recours de X (ayant repris A) est admis au sens du considérant 4 et la décision sur réclamation de l'Administration fédérale des contributions du 6 février 2003 est annulée. La cause est renvoyée à l'Administration fédérale des contributions pour nouvelle décision.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 8'000.-- est remboursée à la recourante dès l'entrée en vigueur du présent prononcé.
3. La présente décision est notifiée par écrit à la recourante et à l'Administration fédérale des contributions.

Indication des voies de droit

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

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

Commission fédérale de recours en
matière de contributions

Le président

La greffière

Pascal Mollard

Liliane Subilia-Rouge