

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. CARL OTTO LENZ

présentées le 7 juillet 1987 *

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

A — Les faits

1. L'intimée dans le litige pendant devant la cour suprême danoise — qui a donné lieu à la question préjudicielle évoquée aujourd'hui — est une société d'investissement danoise divisée en quatre branches apparemment gérées de façon indépendante (y compris du point de vue comptable) et qui, nous assure-t-on, doivent être considérées selon le droit danois comme des sociétés autonomes ayant un patrimoine propre. La branche C de l'intimée — le litige principal concerne des opérations effectuées dans ce cadre — est une société d'« accumulation », c'est-à-dire que le bénéfice net réalisé au moyen des titres appartenant à cette branche n'est pas distribué, mais qu'il s'ajoute automatiquement à l'avoir de cette branche (qui est, du reste, calculé en fonction du cours des titres disponibles et de la somme des liquidités). Chaque porteur d'un certificat établi pour un montant nominal donné détient une part de cet avoir et sa valeur (qui détermine le cours des certificats) est calculée en divisant l'avoir total par le nombre de certificats (cela ressort des statuts de la société, en particulier des articles 15, 18 et 19).

2. En décembre 1979, le cours des certificats de la branche C de l'intimée atteignait environ, semble-t-il, la cote 200. Puisque, selon les dires de l'intimée au cours de la procédure, la forme des certificats ne

correspondait plus à la loi et que de nouveaux certificats devaient donc être distribués, on a également saisi cette occasion pour baisser le cours des certificats, qui est important pour d'éventuels intéressés. A cet effet, les anciens certificats ont été retirés et, sans que la moindre somme ait été versée, une nouvelle distribution d'un nombre double de certificats ayant la même valeur nominale a été effectuée, ce qui a effectivement eu pour effet de ramener le cours à la cote 100 environ.

3. Pour l'administration fiscale danoise, ce procédé, qui rappelait la distribution d'actions gratuites des sociétés anonymes, constituait un fait générateur du droit d'apport au sens de l'article 4, paragraphe 3, de la loi danoise sur le droit d'apport du 23 mai 1973, qui prévoit que l'augmentation du capital actions ou du capital parts par incorporation de bénéfices, de réserves ou de provisions est soumise au droit d'apport. C'est ainsi qu'un droit d'apport a été exigé de l'intimée, qui l'a effectivement acquitté en juin 1980 (ce qui a été fait en déduisant les droits acquittés lors de l'émission de certificats durant les années précédentes, en fonction de leur cours du moment).

4. L'intimée, étant d'avis qu'il ne saurait être question, dans son cas, d'une *incorporation* de bénéfices, réserves ou provisions et qu'il ne s'est pas non plus produit d'*augmentation* du capital social (puisque le capital social coïncide à tout moment avec l'avoir social de la branche C), a demandé la restitution du droit d'apport acquitté, et un

* Traduit de l'allemand.

jugement du Østre Landsret du 28 mars 1983 a fait droit à sa demande dans un premier temps.

5. Le ministère danois des Impôts et Accises a alors porté la question devant la Højesteret (cour suprême). Puisque la loi danoise en cause a été prise en application de la directive 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux¹, et qu'il faut supposer que la disposition législative citée a la même portée que l'article 4, paragraphe 2, sous a), de la directive (qui évoque une augmentation du capital social d'une société de capitaux par incorporation de bénéfiques, réserves ou provisions), la juridiction saisie a jugé utile de demander l'interprétation de la directive avant de rendre un arrêt définitif sur le litige. Elle a donc sursis à statuer sur le litige pendant devant elle et a demandé à la Cour de répondre, en application de l'article 177 du traité CEE, aux questions suivantes:

- « 1) Les articles 10 et 11 de la directive du Conseil du 17 juillet 1969 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux doivent-ils être interprétés en ce sens qu'un État membre n'est pas autorisé à soumettre les sociétés de capitaux au sens de l'article 3 de la directive, pour les opérations énoncées aux articles 10 et 11 de cette même directive, à une imposition autre que le droit d'apport et les droits mentionnés à l'article 12?
- 2) L'article 4, paragraphe 2, sous a), de la directive doit-il être interprété en ce sens qu'une augmentation du capital d'une société avec apport des valeurs mentionnées dans cette disposition est

la condition nécessaire pour soumettre cette société à un droit d'apport en exécution de la disposition précitée, ou les États membres peuvent-ils percevoir le droit d'apport sur la base d'une simple augmentation du capital nominal? »

6. Des observations écrites (et aussi en partie orales) ont été présentées à ce sujet par les parties au litige principal (le ministre déjà évoqué s'exprimant simultanément au nom du gouvernement danois), par le gouvernement néerlandais et par la Commission des Communautés européennes. Sur le contenu de ces observations, nous nous permettons de renvoyer dans un premier temps au rapport d'audience.

B — Analyse

Les questions soulevées méritent, à notre avis, l'appréciation suivante.

7. 1. Il convient, tout d'abord, de retenir qu'il n'est pas contesté entre les parties au litige principal que *la branche C de l'intimée est une société de capitaux* au sens de l'article 3 de la directive 69/335/CEE et qu'il importe donc de savoir comment les faits générateurs de l'impôt au sens de la directive doivent être interprétés par rapport à des faits tels que ceux qui font l'objet du litige principal. En tout état de cause, la Højesteret n'a pas posé la question de savoir si la directive [qui évoque, à l'article 3, paragraphe 1, sous b), les sociétés, associations ou personnes morales dont les parts représentatives du capital ou de l'avoir social sont susceptibles d'être négociées en Bourse] s'applique aussi juridiquement aux *branches* indépendantes d'une société, et il n'y a donc pas lieu d'évoquer plus avant cet aspect de l'affaire qui n'a été qu'effleuré à la fin de l'audience.

¹ — JO L 249 du 3.10.1969, p. 25 et suiv.; dans la version de l'acte relatif aux conditions d'adhésion et aux adaptations des traités, JO L 73 du 27.3.1972, p. 93.

8. 2. Sur la *première question*, concernant l'illégalité des impositions autres que celles qui sont expressément énumérées, toutes les parties au litige ont suggéré une réponse positive, et on ne peut que s'y rallier si l'on considère la lettre des trois dispositions visées par rapport à la structure globale de la directive et à ses considérants.

9. Ainsi est-il significatif que l'article 10 impose aux États membres de ne percevoir que le droit d'apport défini dans la directive et que les éléments dégagés à l'article 4 de la directive s'appliquent à cet effet. On note également que les États membres, en vertu de l'article 11, sous a), ne soumettent à aucune imposition, sous quelque forme que ce soit, la création, l'émission, l'admission en Bourse, la mise en circulation ou la négociation d'actions, de parts ou autres titres de même nature, ainsi que de certificats représentatifs de ces titres. On observe, d'autre part, que les États membres peuvent, en vertu de l'article 12, percevoir des impositions par dérogation aux articles 10 et 11; mais il apparaît d'emblée qu'aucun de ces points — manifestement conçus comme exhaustifs — ne présente le moindre intérêt pour le litige principal. Enfin, on peut encore indiquer le dernier considérant, dont il ressort sans aucun doute possible que les États membres ne peuvent pas maintenir d'autres impôts indirects présentant les mêmes caractéristiques que le droit d'apport ou le droit de timbre sur les titres, mais doivent, au contraire, les supprimer, faute de quoi les buts poursuivis par les mesures prévues par la directive seraient remis en cause.

10. 3. La *seconde question* de la Højesteret concerne l'application de l'article 4 de la directive, dont on sait que le paragraphe 1 précise les opérations qui doivent être soumises au droit d'apport et dont le paragraphe 2 énumère les faits que les États membres *peuvent* soumettre au droit

d'apport s'ils le jugent bon. Il convient de déterminer comment doit être compris l'article 4, paragraphe 2, sous a) (où il est question de l'augmentation du capital social d'une société de capitaux par incorporation de bénéfiques, réserves ou provisions), et de dire si l'augmentation du capital *nominal* suffit à cet effet (c'est ce qui se serait produit pour l'intimée dans le litige principal, bien que la structure de son avoir social n'ait en rien été modifiée) ou si c'est l'*apport* des valeurs d'actif mentionnées à l'article 4, paragraphe 2, sous a), qui est décisif, ce qui signifie sans aucun doute que l'apport s'effectue par un acte particulier d'un organe de la société transférant certains éléments de l'avoir dans le capital de garantie.

11. Non seulement l'intimée dans le litige principal, mais aussi, en définitive — avec une position légèrement plus nuancée —, la Commission se sont prononcées en faveur de cette dernière interprétation. En revanche, l'appelant dans le litige principal estime qu'il convient de répondre à la question posée dans le sens de la première branche de l'alternative, tout comme le gouvernement néerlandais, qui a estimé que, dans le cas de telles opérations (c'est-à-dire lors de l'incorporation dans le capital d'une société de bénéfiques, réserves ou provisions pour lequel aucun droit n'a encore été payé), un droit d'apport serait sans aucun doute perçu aux Pays-Bas.

12. a) Nous pensons — c'est une constatation fondamentale qui doit considérablement faciliter la solution de ce problème — qu'il convient d'*interpréter de façon restrictive* l'article 4 de la directive du Conseil, qui énumère les opérations donnant lieu au droit d'apport, et que cela vaut tout particulièrement pour son paragraphe 2, qui permet aux États membres d'appliquer un traitement différent, rendant de toute façon plus difficile à atteindre l'objectif fixé, qui est de

promouvoir la libre circulation des capitaux par une imposition égale.

13. On peut penser que cette constatation est justifiée en premier lieu compte tenu de certaines prises de position des organes communautaires qui ont participé à l'adoption de la directive, le Comité économique et social et le Parlement. Ainsi, cela est significatif, le Comité économique et social a souligné, dans son avis, qu'il devrait être possible de *supprimer* les impôts indirects sur les rassemblements de capitaux, qui ont un faible rendement et qui ne s'intègrent plus dans une fiscalité rationnelle, et il a également regretté qu'il ne soit pas possible de supprimer également le droit d'apport, alors qu'il n'est guère justifié du point de vue économique d'imposer le rassemblement de capitaux². Il convient également de remarquer qu'une résolution du Parlement a indiqué que la suppression totale des droits d'apport serait la meilleure solution et a reconnu que la solution proposée représentait un progrès essentiel sur la voie de la réalisation de cet objectif³.

14. A notre avis, un autre élément plaide en faveur de la position de principe que nous tenons pour juste: on lit dans les considérants de la directive 85/303/CEE du Conseil, du 10 juin 1985, modifiant la directive 69/335/CEE, que les effets économiques du droit d'apport sont défavorables au regroupement et au développement des entreprises, et encore que la meilleure solution pour la relance des investissements serait la *suppression* du droit d'apport⁴. On peut donc simplement en conclure que le législateur communautaire a choisi, dès l'adoption de la directive 69/335/CEE, une

attitude dont les deux autres institutions communautaires évoquées ont également fait un principe.

15. *b)* A partir de cette position de principe et de la *lettre* de l'article 4, paragraphe 2, sous a) (qui revêt une importance particulière en pareil cas), on est fondé à croire que la disposition ne considère, lorsqu'elle vise l'*augmentation* du capital par *incorporation* de bénéfiques ..., que des cas dans lesquels il existe, dans une société, deux masses de capital distinctes (qui font l'objet d'une comptabilité particulière et sont éventuellement inscrites dans des registres publics) et dans lesquelles, par une opération particulière, il se produit, entre les masses de capital, un glissement qui a également un effet sur le droit de la société à l'extérieur (de telle sorte que les porteurs de parts ne peuvent plus disposer sans restriction du capital ainsi apporté et qu'on peut donc parler, du côté du capital, d'un « renforcement du potentiel économique » d'une société, comme on l'a fait dans l'arrêt dans l'affaire 270/81⁵).

16. En revanche, on peut difficilement imaginer après cela des opérations telles que celles qui nous intéressent dans le litige principal, c'est-à-dire le cas d'une société qui ne connaît qu'une masse d'avoir qui s'accroît progressivement — comme cela a été établi d'emblée — des bénéfiques et autres, et où il se produit seulement une modification du capital nominal, donc de la *clé de répartition* permettant de déterminer le montant des différentes parts, sans que cela ait des effets juridiques directs sur la société, puisque les parts des différents porteurs ne sont pas modifiées dans leur ensemble. Même si la valeur nominale globale de toutes les parts est, en pareil cas, effectivement inscrite de façon distincte

2 — JO 133 du 22.7.1965, p. 2232; on notera également pour mémoire qu'un amendement a même été présenté au sein du Comité économique et social — mais a toutefois été rejeté — en vue de supprimer totalement les cas d'imposition facultative de l'article 4, paragraphe 2.

3 — JO 119 du 3.7.1965, p. 2057.

4 — JO L 156 du 15.6.1985, p. 23.

5 — Arrêt du 15 juillet 1982 dans l'affaire 270/81, Felicitas Rickmers-Linie KG & Co./Finanzamt für Verkehrssteuern in Hamburg, Rec. p. 2771.

dans la comptabilité (ce qui, en ce qui concerne l'intimée dans le litige principal, ne nous semble pas avoir été contesté durant la procédure) et si une décision de l'assemblée générale était nécessaire pour la modification des certificats, cela ne suffit pas en soi pour qu'on puisse y voir une augmentation du capital au sens de la directive. Au contraire, si pareille opération donne lieu à une imposition, il convient plutôt de songer à l'article 11 de la directive, selon lequel il est précisément interdit de soumettre à une imposition la *création*, l'*émission* et la *mise en circulation* de titres.

17. c) On ajoutera encore à cela qu'il paraît sans aucun doute parfaitement envisageable de soumettre également au droit d'apport les augmentations de l'avoir telles qu'elles se produisent dans une société d'« accumulation ». Mais il est clair que cela exigerait des dispositions particulières. Puisque ces dernières font défaut dans la directive et que la disposition de l'article 5 de la directive sur le calcul du droit d'apport n'est manifestement pas adaptée à pareil cas, on ne peut donc qu'être davantage enclin à conclure que les opérations qui font l'objet du litige principal n'entrent pas dans le champ de la directive.

18. Les augmentations de l'avoir ont lieu pour une société d'« accumulation » dans un grand nombre d'opérations tout au long de l'année. Puisqu'on ne peut certainement pas voir dans chacune d'entre elles la réalisation d'un fait générateur du droit d'apport, on aurait donc dû déterminer le moment à prendre en considération pour une société de ce type. Or, la directive ne comporte aucune précision à cet égard.

19. D'autre part, il serait sans doute peu sensé de ne se référer qu'à une modification de la valeur nominale des certificats distribués. Les sociétés soumises à l'imposition

pourraient en effet simplement y renoncer et se soustraire ainsi sans difficulté à l'imposition. Elles auraient également la possibilité — l'intimée l'a montré au moyen de quelques exemples qui étaient joints à ses observations écrites — d'influer sur le calcul du droit d'apport en fonction du niveau des cours qu'elles rechercheraient, ce qui n'est certainement pas acceptable.

20. d) A l'opposé, il apparaît que plusieurs arguments avancés par l'appelant à l'appui de sa thèse n'apportent rien de décisif.

21. Il en est ainsi, en premier lieu, lorsqu'il indique que la directive 69/335/CEE, comme le montre son article 3, paragraphe 1, sous b), déjà cité, s'applique à toutes les sociétés de capitaux possibles (c'est pourquoi le fait qu'on doive ou non distinguer différentes masses d'avoir aux termes des dispositions comptables ne pourrait pas être pertinent) et lorsqu'il se réfère à l'article 5, paragraphe 1, sous c), selon lequel c'est le montant nominal d'une augmentation de capital qui importe.

22. En fait, on ne peut pas déduire du simple fait que la directive a un vaste champ d'application pour ce qui est des sociétés concernées que des opérations telles qu'elles sont décrites à l'article 4, paragraphe 2, sous a), de la directive en utilisant des critères très précis peuvent tout aussi bien être envisagées dans toute société de ce type, indépendamment de sa structure.

23. Pour ce qui est, d'autre part, de l'article 5, paragraphe 1, sous c), il paraît, d'une part, fondamentalement faux de vouloir tirer d'une disposition concernant le *calcul* du droit d'apport des éléments pour l'interprétation de la disposition qui décrit les faits générateurs du droit d'apport. En outre, il est clair que la disposition citée (qui veut exclure qu'on se fonde sur le *cours* des titres

distribués lors d'une augmentation de capital) n'est pas exactement adaptée aux opérations telles que celles qui nous intéressent ici.

24. La même conclusion s'impose ensuite lorsque l'appelant se réfère aux considérants de la directive (dont un passage indique que l'harmonisation des impôts frappant les rassemblements de capitaux doit être conçue de sorte que les répercussions budgétaires pour les États membres soient limitées au minimum) et lorsqu'il admet que le droit d'apport (comme une déclaration du ministre devant le Parlement nous l'apprend) s'est notamment substitué au Danemark au droit de timbre (qui s'appliquait manifestement bien à des opérations telles que celles qui nous intéressent ici).

25. Le considérant invoqué ne peut certainement pas justifier à lui seul une extension des faits générateurs d'imposition prévus, ne serait-ce — abstraction faite de l'interprétation restrictive qui s'impose, comme nous l'avons vu en introduction — que parce que les considérants montrent également qu'on ne peut évidemment pas demeurer dans tous les cas au statu quo ante, ce qui est évident dans les processus d'harmonisation.

26. S'il faut admettre, d'autre part, qu'un échange de certificats tel que celui sur lequel la juridiction saisie doit se prononcer aurait

été soumis, dans le passé, au droit de timbre, cela ne peut donner aucune indication pour l'interprétation de la directive communautaire, parce qu'elle ne se fonde pas sur l'émission de titres ⁶ et parce qu'on doit parvenir, selon elle — dans l'intérêt de l'unification du droit afin de faciliter la circulation des capitaux —, à la suppression des faits générateurs particuliers internes d'imposition.

27. Enfin, il est tout aussi vain d'indiquer que les objectifs assignés à l'intimée pourraient également être poursuivis par une société anonyme que d'admettre, l'évolution législative le montrerait, qu'on a rapproché du point de vue fiscal les sociétés telles que l'intimée et les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée.

28. Ce qui importe, c'est précisément que la société intimée ne revêt pas la forme d'une société anonyme, mais est structurée d'une façon fondamentalement différente (à savoir de telle sorte qu'il n'existe pas de masses de capital différentes soumises à des dispositions différentes). Du reste, si l'évolution législative évoquée devait effectivement être observée au Danemark (on n'a parlé, c'est significatif, que d'un *rapprochement* fiscal), on n'en est naturellement pas fondé pour autant à croire que ce rapprochement ou cette assimilation a aussi été jugé opportun au niveau communautaire, précisément en matière de droit d'apport.

C — Conclusion

Sur la base de ces considérations, nous ne pouvons que vous proposer de répondre aux questions de la Højesteret de la façon suivante:

⁶ — Voir article 11.

29. « *a*) Les articles 10 et 11 de la directive 69/335/CEE du Conseil doivent être interprétés en ce sens que les États membres ne sont pas autorisés à soumettre les sociétés de capitaux au sens de l'article 3 de la directive, pour les opérations mentionnées aux articles 10 et 11, à d'autres impositions que le droit d'apport et les droits mentionnés à l'article 12.

30. *b*) L'article 4, paragraphe 2, sous a), de la directive doit être interprété en ce sens que le droit d'apport ne peut être perçu que lorsqu'il se produit une augmentation du capital social établi de façon distincte, par un apport exprès des valeurs d'actif mentionnées dans la disposition, alors qu'une simple augmentation du capital nominal sous la forme d'une augmentation nominale du nombre de certificats n'est pas suffisante. »