RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-249/89 *

I — Faits et procédure

A — *Faits, cadre réglementaire et question préjudicielle*

Par contrat du 27 juin 1975, une société de droit allemand, Trave-Schiffahrtsgesellschaft mbH & Co. KG (ci-après « Trave »), est créée en vue de couvrir les risques assumés par l'un de ses associés dans le cadre d'un important projet immobilier. Tandis que la société a pris en charge les obligations résultant du projet, ses associés se sont engagés à lui consentir des prêts. De 1977 à 1983, Trave reçoit des prêts sans intérêts de la part de ses associés pour un montant de 131 millions de DM.

Pendant cette période, la société enregistre des pertes importantes.

Le 31 décembre 1983, il est procédé, pour chacun des associés, à une compensation entre la quote-part des pertes qu'il doit asssumer et la créance qu'il détient sur la société. Simultanément, il est décidé de mettre cette dernière en liquidation.

Par un avis du 7 décembre 1984, le Finanzamt Kiel-Nord frappe l'opération consistant, pour un associé, à octroyer un prêt sans intérêts à sa société d'un droit d'apport de 361 335 DM. Le Finanzamt estime, en effet, que l'opération relève de l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous c), du Kapitalverkehrsteuergesetz (loi allemande relative à l'impôt sur les mouvements de capitaux), aux termes duquel sont soumises au droit d'apport:

« ...

4) les prestations volontaires suivantes effectuées par un associé au profit d'une société de capitaux allemande:

...

c) remise à la société de biens en échange d'une contre-prestation inférieure à leur valeur,

...

à la condition que les prestations soient susceptibles d'augmenter la valeur des droits sociaux. »

La société conteste la décision du Finanzamt devant les juridictions allemandes. Le recours devant les juridictions de fond s'étant révélé infructueux, l'affaire est portée par Trave devant le Bundesfinanzhof. Considérant que sa décision est liée à l'interprétation de la directive 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant

* Langue de procédure: l'allemand.

les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux (JO L 249, p. 25, ci-après « directive »), le Bundesfinanzhof, par une ordonnance du 28 juin 1989, décide de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice, en application de l'article 177 du traité, de la question préjudicielle suivante:

« L'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335 autorise-t-il les États membres à soumettre au droit d'apport un prêt sans intérêts consenti à une société de capitaux gravement endettée par l'un de ses associés en se fondant sur sa valeur de rapport, à savoir le montant des intérêts économisés? »

En son article 4, paragraphe 2, sous b), la directive autorise les États à soumettre au droit d'apport l'« augmentation de l'avoir social d'une société de capitaux au moyen de prestations effectuées par un associé qui n'entraînent pas une augmentation du capital social, mais qui trouvent leur contrepartie dans une modification des droits sociaux ou bien qui sont susceptibles d'augmenter la valeur des parts sociales ».

En vertu des lettres c) et d) de la même disposition, peuvent également être soumis au droit d'apport:

— « l'emprunt que contracte une société de capitaux si le créancier a droit à une quote-part de bénéfices de la société »

et

— « l'emprunt que contracte une société de capitaux auprès d'un associé, du conjoint ou d'un enfant d'un associé, ainsi que celui contracté auprès d'un tiers, lorsqu'il est garanti par un associé, à la condition que ces emprunts aient la même fonction qu'une augmentation de capital social ».

L'article 5, paragraphe 1, sous d), de la directive prévoit ensuite que, dans le cas de l'augmentation de l'avoir social visée à l'article 4, paragraphe 2, sous b), le droit est liquidé « sur la valeur réelle des prestations effectuées, après déduction des obligations assumées et des charges supportées par la société du fait de ces prestations ».

De l'avis du Bundesfinanzhof, la question préjudicielle appelle une réponse positive pour les motifs suivants:

— le terme « prestation » utilisé à l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive, devrait être entendu largement: il désignerait non seulement les apports cachés effectués par un associé, mais aussi les contributions aux résultats, notamment sous la forme d'un transfert de jouissance;

— l'augmentation de l'avoir social résulterait de l'économie des intérêts réalisée par la société. Contrairement à ce que certains auteurs allemands prétendent, l'augmentation de l'avoir social ne requerrait pas l'augmentation de l'actif net de la société. Qui plus est, le fait que l'augmentation de l'avoir social interviendrait seulement au moment de l'utilisation du prêt et non pas au moment du transfert de l'élément d'actif, comme c'est le cas pour un apport, ne ferait pas obstacle à l'application de la directive; celle-ci n'établirait en effet aucune distinction à cet égard;

— des lettres c) et d) de l'article 4, paragraphe 2, de la directive, qui, pour leur part, concerneraient des hypothèses de prêts de manière spécifique, l'on ne pourrait déduire a contrario que le prêt sans intérêts consenti par un associé à sa société ne serait pas visé par la lettre b). Les domaines d'application de la lettre b), d'une part, et des lettres c) et d), d'autre part, coexisteraient de manière indépendante et s'excluraient réciproquement. Qui plus est, la base d'imposition serait différente: dans les hypothèses visées aux lettres c) et d), le droit apport serait perçu sur le montant total du prêt, tandis que, dans le cas visé à la lettre b), ce serait uniquement sa valeur de rapport qui devrait être prise en considération.

B — *Procédure devant la Cour*

L'ordonnance du Bundesfinanzhof a été enregistrée au greffe de la Cour le 7 août 1989.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, des observations écrites ont été déposées le 2 novembre 1989 par le gouvernement néerlandais, représenté par M. B. R. Bot, secrétaire général du ministère des Affaires étrangères, et le 30 octobre 1989 par la Commission, représentée par M. H. Étienne, en qualité d'agent.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Elle a, cependant, décidé de poser une question au gouvernement néerlandais. Il y a été donné suite dans le délai imparti.

Par ordonnance du 10 mai 1990, la Cour a décidé, en application de l'article 95, paragraphes 1 et 2, du règlement de procédure, de renvoyer l'affaire devant la cinquième chambre de la Cour.

II — Observations écrites déposées devant la Cour

Pour le *gouvernement néerlandais,* plusieurs raisons militent en faveur de la perception du droit d'apport dans le cas de l'octroi par un associé d'un prêt sans intérêts à sa société. Outre qu'il permettrait l'économie des intérêts et augmenterait d'autant l'avoir social de la société, l'octroi du prêt accroîtrait son patrimoine d'un montant égal à la différence entre le paiement au comptant du montant du prêt et le montant du remboursement du prêt à la valeur du marché, qui doit intervenir à l'échéance, sans intérêts. Enfin, il renforcerait le potentiel économique de la société, condition que le préambule de la directive rendrait déterminante pour l'application de celle-ci.

La *Commission* observe, tout d'abord, que l'octroi de prêts sans intérêts à une société par ses associés ne relève ni de la lettre c) ni de la lettre d) de l'article 4, paragraphe 2, de la directive. Toutes deux concerneraient, en effet, des hypothèses différentes dans lesquelles le créancier qui consent le prêt à la société reçoit une contre-prestation consistant en une participation aux bénéfices ou en une part de capital. La base d'imposition du droit d'apport serait alors le montant nominal de l'emprunt en application de l'article 5, paragraphe 1, sous e), de la directive.

La Commission considère qu'en revanche l'opération en cause répond aux critères de

l'article 4, paragraphe 2, sous b), et, donc, relève de cette disposition. Tandis que les prêts sans intérêts pourraient être qualifiés de « prestations de l'associé », l'économie d'intérêts qui en résulterait pour la société déterminerait une augmentation de son avoir social. De l'arrêt du 27 juin 1979, Conradsen (161/78, Rec. p. 2221), il ressortirait que l'augmentation de l'avoir social est une opération distincte de l'augmentation du capital social, laquelle devrait être définie comme une opération objective et matérielle ne dépendant pas des modalités de son apparition dans le bilan. Enfin, l'octroi de prêts sans intérêts entraînerait une modification des droits sociaux, ne serait-ce qu'une participation au produit de la liquidation de la société. A tout le moins, l'opération serait susceptible d'augmenter la valeur de ses parts sociales.

Dès lors qu'il est admis que l'octroi par un associé de prêts sans intérêts à sa société doit être soumise au droit d'apport, il convient de déterminer la base sur laquelle ce droit sera perçu. Selon la Commission, pour l'application de l'article 5, paragraphe 1, sous d), de la directive, la « valeur réelle de la prestation » doit s'entendre de l'économie d'intérêts ainsi réalisée par la société, l'octroi du prêt n'entraînant a priori ni charge ni obligation immédiate. Cette interprétation serait, d'ailleurs, la transposition dans la présente hypothèse de la jurisprudence Conradsen, précitée, selon laquelle, en cas d'apport de biens à une société, c'est la valeur réelle de ces biens, et non leur valeur comptable, qui doit servir de base d'imposition au droit d'apport.

La Commission précise encore que l'économie d'intérêts est réalisée au fur et à mesure des versements effectifs des sommes prêtées.

Pour les raisons qui viennent d'être exposées, la Commission propose de répondre à la question préjudicielle que « l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335 autorise les États membres à soumettre au droit d'apport un prêt sans intérêts consenti à une société de capitaux gravement endettée par l'un de ses associés, sur la base de sa valeur de rapport (qui correspond au montant des intérêts économisés) ».

III — Réponse à la question posée par la Cour

Dans ses observations, le gouvernement néerlandais s'était exprimé en ces termes: « Il y a lieu de penser à une différence de perception du droit d'apport selon qu'un prêt sans intérêts est consenti par un actionnaire à sa société ou qu'un prêt est consenti par un actionnaire à sa société avec la clause que le droit d'usufruit sur le montant du prêt est conféré à la société. »

La Cour a demandé au gouvernement néerlandais de l'éclairer sur la portée de cette remarque.

Le gouvernement néerlandais lui a fourni la réponse suivante: « Si la Cour devait ne pas admettre la perception d'un droit d'apport sur un prêt sans intérêts consenti par la société mère à sa filiale, cela créerait une différence par rapport à la situation, comparable du point de vue économique, d'un prêt consenti sous réserve du droit d'usufruit. »

En effet, « une société mère peut consentir un prêt à sa filiale avec la clause que le droit d'usufruit sur le prêt est conféré à cette société. Le droit d'usufruit est, selon le droit

néerlandais, le droit réel de jouir des fruits naturels ou civils produits par le bien d'autrui. Le droit d'usufruit sur un prêt implique que les intérêts de ce prêt appartiennent à l'usufruitier.

En pareil cas, la perception du droit d'apport est autorisée, étant donné que la société mère consent à la filiale un certain avoir. Du point de vue économique, cette situation ne se distingue toutefois en rien de celle dans laquelle la société mère consent un prêt sans intérêts à sa filiale.

La remarque du gouvernement néerlandais vise à attirer l'attention de la Cour sur cette conséquence curieuse qui résulterait d'une décision négative pour le Finanzamt Kiel-Nord, afin que la Cour puisse en tenir compte dans ses motifs. De l'avis du gouvernement néerlandais, une différence de perception du droit d'apport dans des cas économiquement semblables, fondée sur une différence de forme juridique, n'est guère compatible avec un impôt tel que le droit d'apport au sens de la directive 69/335/CEE. »

R. Joliet
Juge rapporteur