

DROIT D'APPORT MAJORÉ ET DROIT COMMUNAUTAIRE

par

Philippe DEROUIN

Avocat au barreau de Paris
Associé Gide-Loyrette-Nouël
Ancien chargé de cours des facultés de droit

1. — L'application des directives communautaires en matière fiscale par le Conseil d'État soit pour constater l'illégalité de textes réglementaires incompatibles avec celles-ci (*Cons. d'État, Ass.*, 3 fév. 1989, req. n. 74.012, *Cie Altalia : Droit fiscal 1989*, n. 10, comm. 492 ; *R.J.F.* 3/89, n. 299, avec concl. N. Chahid Nourai et chronique J. Turot), soit pour interpréter la loi fiscale française à la lumière des directives (*Cons. d'État, Ass.*, 22 déc. 1989, n. 86.113, *Cercle militaire de la Caserne Mortier : Droit fiscal 1990*, n. 14, comm. 716 ; *R.J.F.* 1990, n. 130, concl. M.-D. Hagelsteen, p. 80 ; *Lebon*, p. 260), puis l'abandon, par le Conseil d'État de la théorie dite de la « loi écran » (*Cons. d'État, Ass.*, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n. 108.243 ; *Lebon*, p. 190, concl. Frydman ; *JCP 1989*, éd. G, II, 21371, concl. Frydman ; *Droit fiscal 1989*, n. 48, comm. 2287) qui implique le contrôle de la conformité des dispositions fiscales, même de nature législatives, avec les directives communautaires (*C.A.A. Paris*, 12 déc. 1989, n. 89-770, *S.A.R.L. L'indicateur Lagrange : Droit fiscal 1990*, n. 27, comm. 1343, concl. F. Bernault), conduit à s'interroger, systématiquement, sur la compatibilité de nombreuses dispositions fiscales françaises avec le droit communautaire, spécialement dans les domaines où sont intervenues des directives d'harmonisation des législations nationales.

La manière ne concerne pas seulement la T.V.A. ou, plus généralement, les taxes sur le chiffre d'affaires, mais aussi la fiscalité des apports en société.

2. — Pour être relativement méconnue des contribuables français — qui ne paraissent l'avoir jamais invoquée, du moins au contentieux — la législation communautaire en la matière n'en est pas moins ancienne [Directive n. 69/335 du 17 juillet 1969 (*J.O. C.E. L. 249*, 3 oct. 1969, p. 25 ; *Bull. Joly 1969*, § 205, p. 655) modifiée à plusieurs reprises, notamment par les Directives n. 73/79 et 73/80 du 9 avril 1973 (*J.O. C.E. L. 103*, 18 avril 1973 ; *Bull. Joly 1973*, § 136, p. 317), n° 74/553 du 7 novembre 1974 (*J.O. C.E. L. 303*, 13 nov. 1974, p. 9 ; *Bull. Joly 1975*, § 6, p. 15) et n. 85-303 du 10 juin 1985 (*J.O. C.E. L. 156*, 15 juin 1985, p. 23)] (1) et fort complète puisqu'elle ne porte pas seulement sur l'harmonisation des règles d'assiette mais également sur la fixation des taux d'imposition (v. D. Berlin, *J.-Cl. Europe*, Fasc. 1640, « Harmonisation des fiscalités », n. 5 à 13).

Cette directive a donné lieu à une jurisprudence de la Cour de Justice, certes moins abondante qu'en matière de T.V.A., mais qui est loin d'être sans enseignements (*C.J.C.E. 27 juin 1979*, *Aff. 161/78F*, *Sté P. Conradsen A/S c/ Min. danois des impôts et accises : Rec. C.J.C.E.*, p. 2221, concl. Reischl, p. 2248. — 15 juill. 1982, *Aff. 270/81 Felicitas Rickmers-linie KG & Co. c/ Bureau des impôts sur les transactions de Hambourg : Rec. C.J.C.E.*, p. 2771, concl. Sir Gordon Slynn, p. 2788 ; *R.T.D.E. 1983-62*, obs. Berlin. — 12 nov. 1987, *Aff. 112/86, A.M.R.O. Aandelen Fonds c/ Inspecteur de l'enregistrement et des successions : Rec. C.J.C.E.*, p. 4453, concl. Darmon, p. 4460 ; *R.T.D.E. 1988-379*, obs. Berlin. — 2 fév. 1988, *Aff. 36/86, Min. danois des impôts et accises c/ Société d'investissement Dansk Sparinvest : Rec. C.J.C.E.*, p. 409, concl. Lenz, p. 417 ; *R.T.D.E. 1988-380*, obs. Berlin. — 25 mai 1989, *Aff. 15/88 SpA Maxi Di c/ Bureau de l'enregistrement de Bolzano : Rec. C.J.C.E.*, p. 1391 ; *Droit fiscal 1989*, n. 44, comm. 2074. — 28 mars 1990, *Aff. C 38/88, Walderick Siegen Werkzeugmaschinen GmbH c/ Bureau des impôts de Hagen : Rec. C.J.C.E.*, p. 1447, concl. Darmon, p. 1451 ; *Droit fiscal 1990*, n. 28, comm. 1432 et, tout récemment, 2 fév. 1991, *Aff. C 15/89, Deltakabel BV c/ Secret. d'État aux finances néerlandais et Aff. C 248/89, Trave Schifffahrtsgesellschaft et Co. KG c/ Bureau des impôts de Kiel-Nor : J.O.C.E.*, n. C 56, 5 mars 1991, p. 5).

Les éléments essentiels de la directive n. 69/335 du 17 juillet 1969 et des modifications apportées par la Directive n. 73/79 du 9 avril 1973 ont été introduits en droit français, d'une part, par la loi du 11 juillet 1972 portant diverses dispositions d'ordre écono-

mique et financier notamment en ce qui concerne l'exigibilité du droit d'apport même en l'absence d'acte (C.G.I., art. 638 A) et les règles de territorialité de cet impôt (C.G.I., art. 808 A), puis par la loi de finances rectificative pour 1973 du 21 décembre 1973 et le décret du 13 février 1974 pour ce qui concerne le régime spécial des fusions, scissions et apports partiels d'actifs (C.G.I., art. 816 A et 817 A, Ann. II, art. 301 A s.) (v. P. Gastineau, « *Le régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées* », Paris, Litec 1980, n. 421 s., p. 238 s.).

3. — Pour l'application de ces textes, et notamment des dernières dispositions relatives aux fusions et apports partiels d'actif, la jurisprudence ne semble pas avoir eu à s'interroger sur l'interprétation de la directive soit que la question de la compatibilité de la loi française avec la directive n'ait pas été posée (v. notamment *Cass. com.*, 5 déc. 1984, *Sté Péchiney Ugine Kuhlmann : Droit fiscal 1985*, n. 19, comm. 993 ; *Bull. Joly 1985*, § 81, p. 213. — 6 juin 1990, *Sté Interbail : Droit fiscal 1990*, n. 40, comm. 1803 ; *Bull. Joly 1990*, § 288, p. 904 et la note), soit qu'en outre la directive, ne comportant notamment pas de définition de la notion de branche d'activité (art. 7-1-b de la directive n. 69/335 du 17 juillet 1969), laisse une grande marge d'appréciation aux autorités nationales (v. *Cass. com.*, 6 fév. 1990, *Sté Naegelen Distribution : Droit fiscal 1991*, n. 7, comm. 281 ; *Bull. Joly*, § 119, p. 377 et la note).

Toutefois, l'absence de visa de la directive communautaire par la Cour de cassation dans ces affaires n'implique nullement la méconnaissance ou le refus d'application de celle-ci puisqu'au contraire, dans d'autres domaines, la Haute Juridiction judiciaire n'hésite pas à se placer sous l'égide de directives communautaires pour se prononcer, voire pour infléchir sa propre jurisprudence (*Cass., Ass. plén.*, 16 mars 1990 ; *Bull. civ. n. 4*, p. 6 ; *JCP 1990*, éd. E, II, 15825, sous Deprez « *La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur la reprise des contrats de travail dans les marchés de services et les concessions d'activités* »). Tout au plus ressort-il des décisions précitées que la Cour de cassation, comme le Conseil d'État (*Section*, 11 janv. 1991, *Sté Morgane : R.J.F. 1991*, n. 219, p. 137, concl. M.-D. Hagelsteen, p. 83), ne relève pas d'office les moyens qui pourraient être tirés de la directive communautaire.

On est donc conduit à considérer que, si elle était saisie d'un tel moyen, la Cour de cassation pourrait, comme ce fut le cas du Conseil d'État en matière de T.V.A., être appelée à interpréter les textes relatifs au droit d'apport en société à la lumière des directives communautaires ou à écarter les dispositions de la loi française qui ne seraient pas compatibles avec ces directives. Cette solution s'imposerait d'autant plus que la Cour de justice a clairement décidé qu'un contribuable peut se prévaloir devant une juridiction nationale des dispositions de la directive n. 69/335 du 17 juillet 1969 si les autorités nationales lui réclamaient un droit d'apport sur la base d'une disposition de droit national (*C.J.C.E. 28 mars 1990 précité*, motif n. 8 et art. 1 du dispositif ; v. déjà, implicitement, *C.J.C.E. 15 juill. 1982 et 2 fév. 1988 précités*).

Si, pour l'essentiel, les dispositions de la loi française relatives au droit d'apport sont conformes aux directives communautaires, tel n'est toutefois pas le cas de celles qui gouvernent le droit d'apport majoré exigible en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves (C.G.I., art. 812) ou en cas de fusion de sociétés (C.G.I., art. 816-1-2°) et, le cas échéant, d'opérations assimilées (C.G.I., art. 817).

I. — LE DROIT D'APPORT MAJORÉ SUR LES AUGMENTATIONS DE CAPITAL PAR INCORPORATION DE RÉSERVES ET LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES

4. — Dans son principe, l'exigibilité d'un droit d'apport sur des augmentations de capital par incorporation de réserves n'est pas incompatible avec la directive communautaire.

(1) Le texte de la Directive du 17 juillet 1969, dans sa rédaction actuelle, est reproduit *infra* au commentaire 875.

L'article 4-2 de la directive énonce que « peuvent être soumises au droit d'apport les opérations suivantes : a) l'augmentation du capital social d'une société de capitaux par incorporation de bénéfices, réserves ou provisions ;... »

Si la Cour de Justice a jugé, en reprenant presque mot à mot l'un des considérants de la directive n. 74/553 du 7 novembre 1974, que « les principes sur lesquels est basé le droit d'apport harmonisé visent à ne soumettre à ce droit que les opérations qui sont l'expression juridique d'un rassemblement de capitaux et dans la mesure seulement où celles-ci contribuent au renforcement du potentiel économique de la société » (C.J.C.E. 15 juill. 1982, précité, motif n. 16, p. 2784), cette définition n'exclut pas les augmentations de capital par incorporation de réserves.

En effet, la Cour de Justice considère que « les bénéfices, réserves ou provisions (...) sont des fonds à la disposition des actionnaires et cessent d'être sous leur contrôle lorsqu'ils sont incorporés au capital social » lequel constitue un fonds « séparé et distinct qui sert de garantie à ceux qui ont des rapports avec la société et constitue une preuve de sa force économique » (C.J.C.E. 2 fév. 1988, précité, motif n. 13, p. 428).

En revanche, le texte de l'article 4-2 de la directive est d'interprétation stricte et ne permet pas à un État membre de « percevoir un droit d'apport uniquement sur la base d'une augmentation de capital nominal qui ne contribue pas au renforcement du potentiel économique de la société » (*Ibid.*, motif n. 15 et art. 2 du dispositif de l'arrêt).

L'article 812 du C.G.I. ne frappant que les augmentations de capital par incorporation de bénéfices, réserves ou provisions est donc, sur ce point, conforme à la directive. Il n'en va pas de même du taux, fixé naguère à 12 % et réduit à 3 % par la loi de finances pour 1988, du 30 décembre 1987.

5. — A la différence des directives intervenues en matière de T.V.A., les directives relatives au droit d'apport en société ont, dès l'origine, comporté des règles limitant la liberté des États membres pour la fixation des taux d'imposition. L'article 7 de la Directive n. 69/335 du 17 juillet 1969 fixait le taux du droit d'apport entre 2 % et 1 %, cette disposition prenant effet le 1^{er} janvier 1972. Puis le taux commun du droit d'apport a été fixé à 1 % par la directive n. 73/80 du 9 avril 1973 avec effet le 1^{er} janvier 1976.

Depuis ces dates, c'est-à-dire depuis près de vingt ans, la législation française sur le droit d'apport majoré ne satisfait donc pas aux exigences de la directive communautaire ni, par suite, à celles de l'article 159 du Traité C.E.E. qui énonce que les directives lient les États membres quant au résultat à atteindre, cette disposition du Traité C.E.E. ayant elle-même une autorité supérieure à celle des lois, même postérieures, en application de l'article 55 de la Constitution (v. en dernier lieu, pour une convention fiscale bilatérale, *Cass.*, *Ass. plén.*, 21 déc. 1990, *Sté Roval*, n. 88-15.744 : *Droit fiscal* 1991, n. 12, *comm.* 614, *rapp.* J. Lemontey et *présent numéro*, *comm.* 806 : *JCP* 1991, éd. G, II, 21.640, *concl.* Döntenwille).

Le manquement subsiste sous l'empire de la Directive n. 85/303 du 10 juin 1985 qui a modifié en dernier lieu l'article 7 de la Directive du 17 juillet 1969 pour prévoir en son paragraphe 2 que « les États membres peuvent, soit exonérer du droit d'apport toutes les opérations autres que celles visées au paragraphe 1 (c'est-à-dire autres que les fusions et opérations assimilées dont il sera question plus loin), soit les soumettre à un taux unique ne dépassant pas 1 % ».

6. — Pour tenter de justifier cette particularité — en réalité ce défaut de conformité — de la loi française, l'Administration des impôts fait valoir traditionnellement que le droit d'apport majoré est un substitut à l'imposition des revenus de capitaux mobiliers qui serait exigible en cas de distribution.

Cette théorie a pour fondement une ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, inaugurée par deux décisions de la Chambre des Requêtes qui remontent à plus d'un siècle (*Req.* 7 juin 1880, *Sté. métallurgique de Tarn-et-Garonne* : *Rép. pér.* 1880, art. 5505 ; et *Sté de la Belle Jardinière* : *Rép. pér.* 1880, art. 5532 ; voir aussi *Req.* 3 avril 1911, *Cie française de l'Afrique Occidentale* : *Rép. pér.* 1911, art. 12367 ; *Civ.* 9 mars 1922, *Cie impériale et continentale du gaz* : *Rev. Enr.* 1922, art. 7514, puis, après renvoi, *req.* 8 juin 1926 : *Rev. Enr.* 1927, art. 8550 ; *Civ.* 11 avril 1927, *S.A. Saint-Quentinoise* : *Rev. Enr.* 1927, art. 8578 ; etc.), intervenue sous l'empire de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, et qui voyait, dans l'augmentation de capital par incorporation de réserves, deux opérations successives taxables : une distribution de bénéfices aux associés, imposable à l'impôt sur le revenu, puis un apport en numéraire des mêmes associés à la société, assujéti au droit d'apport. La loi avait ultérieurement exonéré d'impôt sur le revenu les « distributions de réserves effectuées... sous la forme d'augmentation de capital » en instituant une taxe additionnelle de 15 % au droit d'apport

applicable aux actes portant augmentation de capital au moyen de l'incorporation de réserves (L. 12 août 1942, art. 1 et 3 : *Rev. Enr.* 1942, art. 11739).

Mais cette analyse, qui n'était pas à l'abri de la critique — au début du siècle, Thaller la qualifiait déjà de « jeu de l'esprit » (« De l'augmentation de capital par transformation en actions soit du passif soit des réserves de la société » : *Ann. droit comm.* 1907-177) — a été rapidement abandonnée par la doctrine, notamment par Houpin et Bosvieux qui s'y étaient ralliés dans un premier temps (*Comp.* la 7^e édition de leur « *Traité général des sociétés civiles et commerciales* », 1937, n. 872 aux éditions précédentes) avant d'être condamnée sans ambiguïté par la jurisprudence en matière de droit des sociétés (*Lyon*, 5 fév. 1951 : *JCP* 1952-II-6673, *note Bastian* ; *Paris*, 26 juin 1967 ; *Bull. Joly*, 1969, § 197, p. 613 ; *R.T.D. comm.* 1970-158, *obs. Houin* et, sur pourvoi, *Cass. com.*, 16 déc. 1969 : *Bull. Joly* 1970, § 123, p. 332 ; *JCP* 1970-II-16367). Fiscalement, cette théorie, déjà moribonde, a été abandonnée lors de la réforme fiscale de 1948 qui a entièrement refondu les dispositions relatives aux revenus de capitaux mobiliers pour exclure de la notion de revenus distribués les bénéfices mis en réserve ou incorporés au capital (D. 31 déc. 1948, art. 39 : *Rev. Enr.* 1949, art. 12385, p. 118 ; aujourd'hui repris sous l'article 109 du C.G.I.)... tout en maintenant la taxe additionnelle au droit d'apport sur les augmentations de capital par incorporation de réserves (D. précité, art. 191) bien que, en raison de la nouvelle définition des revenus de capitaux mobiliers, elle eût perdu le fondement théorique qui pouvait être le sien dans l'ancien régime de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. On est donc surpris d'en trouver encore un écho dans la documentation administrative actuelle (*Doc. Adm.* 7 H-3221) qui n'est manifestement plus à jour du droit des sociétés.

Quoiqu'il en soit, cette analyse, qui paraît condamnée également par la Cour de justice (C.J.C.E. 2 fév. 1988 précité, motif n. 13), est désormais inopérante au regard des dispositions de l'article 10 de la Directive du 17 juillet 1969 qui interdit aux États membres de percevoir, en dehors du droit d'apport qu'elle réglemente, « aucune imposition sous quelque forme que ce soit » pour les opérations visées à l'article 4, c'est-à-dire notamment les augmentations de capital par incorporation de réserves (*rapp.* C.J.C.E. 2 fév. 1988 et 28 mars 1990 précités).

Voilà donc une autre taxe de 3 % qui est incompatible, mais cette fois quant à son taux seulement, avec les engagements internationaux pris par la France.

II. — LE DROIT D'APPORT MAJORÉ EN CAS DE FUSION ET LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES

7. — Les observations qui précèdent s'appliquent à plus forte raison au droit de 1,20 % prévu par l'article 816-I-2^o du C.G.I. en cas de fusion et, le cas échéant, de scission ou d'apport partiel d'actif (C.G.I., art. 817-II) dont, non seulement le taux, mais encore l'assiette et le principe même sont incompatibles avec les directives communautaires.

S'agit-il du taux ? On vient de voir que les directives ont fixé « un taux unique ne dépassant pas 1 % » (art. 7-2 de la Directive modifiée), de sorte que, par définition, tout droit d'apport majoré, même modérément, comme l'est le droit de 1,20 %, est, depuis le 1^{er} janvier 1976, contraire à ces directives.

8. — S'agit-il de l'assiette ? Dans la mesure où le droit d'apport majoré visé à l'article 816-I-2^o du C.G.I. est le droit d'apport sur les augmentations de capital par incorporation de réserves instituées par l'article 812 du C.G.I. et non pas un droit d'apport ordinaire (v., en ce sens, *Cass. com.*, 6 juin 1990, *Sté Interbail* précité), l'article 5-1-c de la directive ne permet de percevoir l'impôt que sur le montant nominal de cette augmentation de capital.

Si, à l'origine, l'article 5-2 de la Directive n. 69/335 du 17 juillet 1969 permettait, notamment en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de percevoir l'impôt sur la valeur réelle des parts sociales attribuées à chaque associé ou sur le montant nominal de ces parts sociales s'il était supérieur à la valeur réelle, cette disposition a été modifiée par la Directive n. 74/553 du 7 novembre 1974 pour ne laisser subsister, en pareil cas, que la règle posée par l'article 5-1-c qui retient le montant nominal de l'augmentation de capital (voir aussi le considérant de cette directive qui éclaire le but poursuivi par cette modification).

La modification de l'assiette du droit de 1,20 % par la loi de finances pour 1976 du 30 décembre 1975, qui énonce que le droit se calcule « sur la valeur de l'actif net de la société absorbée sous déduction du montant libéré et non amorti de son capital social », est donc intervenue en contradiction certaine avec les dispositions de la directive arrêtée par le Conseil des Communautés Européennes un an auparavant et qui sont toujours appli-

cables. Il semble d'ailleurs qu'à aucun moment, lors de l'élaboration de ce texte, nul ne se soit soucié de la législation communautaire en la matière (v. P. Gastineau, *op. cit.*, n. 383-384, p. 220 et les références citées) et le moyen n'a pas davantage été soulevé dans le litige tranché par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 5 décembre 1984 qui n'aborde pas la question.

9. — Mais il y a plus grave : le principe même de l'exigibilité du droit d'apport majoré en cas de fusion de sociétés paraît contraire aux dispositions de l'article 7-1 de la directive qui détermine notamment le régime fiscal des fusions et opérations assimilées au regard du droit d'apport.

Ce texte a connu essentiellement deux rédactions successives. Selon la disposition d'origine, le taux du droit d'apport — alors compris, comme on l'a vu plus haut, entre 1 % et 2 % puis fixé à 1 % à compter du 1^{er} janvier 1976 — « était réduit de 50 % ou plus lorsqu'une ou plusieurs sociétés de capitaux apportent la totalité de leur patrimoine, ou une ou plusieurs branches de leur activité, à une ou plusieurs sociétés de capitaux en voie de création ou préexistantes » (ancien art. 7-1-b de la Directive 69/335 du 17 juillet 1969). C'était la définition communautaire de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actifs que les directives soumettaient donc, à compter du 1^{er} janvier 1976, à un taux réduit compris entre 0 et 0,5 % (ancien art. 2 de la Directive n. 73/80 du 9 avril 1973) qui était également applicable aux « fusions à l'anglaise » (ancien art. 7-1-b bis issu de la Directive n. 73/79 du 9 avril 1973).

Ces opérations ont été purement et simplement exonérées de droit d'apport à la suite de la modification opérée par la Directive n. 85/303 du 10 juin 1985 dont la date limite d'application était fixée au 1^{er} janvier 1986. Du moins est-ce ainsi qu'il faut lire, à notre sens, à la lumière notamment des considérants de la directive et des travaux préparatoires, les dispositions du nouvel article 7-1 dans la rédaction issue de cette directive et qui est toujours en vigueur selon laquelle « les États membres exonèrent du droit d'apport les opérations... qui étaient exonérées ou taxées à un taux égal ou inférieur à 0,50 % à la date du 1^{er} juillet 1984 », c'est-à-dire notamment les fusions et scissions de sociétés et les apports partiels d'actifs. En tout cas, cette disposition ne paraît pas pouvoir être interprétée comme permettant à un État membre de maintenir une imposition — telle que le droit d'apport majoré — qui était elle-même incompatible avec les dispositions des directives en vigueur antérieurement au 1^{er} juillet 1984.

C'est donc dans son principe même que le droit d'apport majoré de 1,20 % en cas de fusion de sociétés et, le cas échéant, d'opérations assimilées est, au moins depuis le 1^{er} janvier 1986, incompatible avec les dispositions des directives communautaires.

10. — La doctrine administrative selon laquelle « la perception du droit d'apport majoré trouve sa justification dans le sursis à l'imposition des réserves réparties aux associés (de la société absorbée), ces réserves (étant) en la circonstance constituées par les primes de fusion ainsi que par l'excédent d'augmentation de capital (...) qui représentent des bénéfices accumulés par la ou les sociétés absorbées et transmis par l'effet du traité de fusion à la société absorbante » (*Instr.* 18 oct. 1976 : *B.O.D.G.I.* 7 H-6-76) n'est pas de nature à justifier la divergence de la loi française avec les directives communautaires.

D'une part, cette théorie, comme celle selon laquelle l'augmentation de capital par incorporation de réserves pourrait s'analyser en une distribution suivie d'un apport (*supra* n. 6), est des plus contestables au regard du droit des sociétés comme, du reste, au regard du droit fiscal qui analyse par ailleurs l'opération de fusion pour les actionnaires de la société absorbée comme un échange d'actions (C.G.I., art. 92 B et 160).

D'autre part, l'article 10 de la directive communautaire interdit aux États membres de percevoir « aucune imposition sous quelque forme que ce soit » pour les opérations qu'elle vise, de sorte que l'exonération de droit d'apport sur les fusions et opérations assimilées prévues par l'article 7-1 ne laisse aucune place à l'exigibilité d'un quelconque droit d'apport majoré. Cette interdiction est, pour ainsi dire, renforcée par les dispositions de l'article 8 de la récente Directive 90/434 du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions (*Droit fiscal* 1990, n. 40, *comm.* 1807 et n. 49, p. 1654-1660, *chron.* P. Dibout) qui énonce que l'attribution, à l'occasion d'une fusion ou d'une opération assimilée, de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire à un associé de la société apporteuse en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé.

Si elle était saisie à titre préjudiciel en application de l'article 177 du Traité C.E.E. par un Tribunal devant lequel la conformité de l'article 816-I-2^o du C.G.I. avec les directives communautaires serait contestée, la Cour de justice ne pourrait donc, nous semble-t-il, que constater, conformément à sa jurisprudence citée plus haut, l'incompatibilité de ses dispositions avec celles des directives et inviter la juridiction nationale à en tirer toutes les conséquences.

11. — Il apparaît donc que, depuis de nombreuses années, la législation française relative au droit d'apport majoré, spécialement en matière de fusions de sociétés, n'est pas conforme sur plusieurs points aux directives communautaires concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux. Il serait donc souhaitable que la mise en harmonie qui s'impose ne soit plus différée davantage.

FISCALITÉ IMMOBILIÈRE

F.I. 130, n. 30

798 — ENREGISTREMENT ET PUBLICITÉ FONCIÈRE — Crédit-bail immobilier — Levée d'option par le locataire en crédit-bail et acquisition d'immeubles dans le cadre d'une cession-bail (L. n. 90-1168, 29 déc. 1990, art. 96-II) — Instruction du 28 février 1991.

Voir II^e partie n. 10.294.

F.I. 225, n. 22

799 — T.V.A. IMMOBILIÈRE — Exonération des opérations réalisées par les SAFER. Portée (Concl. C.E., 20 fév. 1991, req. n. 69.976)

Voir commentaire n. 852.

F.I. 347, n. 178 s.

800 — PROFITS IMMOBILIERS SPÉCULATIFS RÉALISÉS A TITRE OCCASIONNEL (Régime en vigueur jusqu'au 31 déc. 1981 : ancien article 35-A du C.G.I.) — 1^o Absence d'intention spéculative — Preuve non rapportée — 2^o Difficultés financières à l'origine de la cession : décharge de l'imposition en application de la doctrine administrative (L.P.F., art. L. 80 A).

Aux termes de l'ancien article 35 A du C.G.I. (régime en vigueur jusqu'au 31 décembre 1981), les profits réalisés à l'occasion de la cession d'immeubles acquis depuis moins de dix ans étaient soumis à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des B.I.C., à moins qu'il ne soit justifié que l'achat n'avait pas été fait dans une intention spéculative. Cette preuve n'a pas été considérée comme apportée dans le cas d'un contribuable ayant acquis en 1967 une résidence secondaire qu'il a revendue en 1976 et qui faisait valoir qu'il avait dû revendre cette résidence à la suite de la mise en règlement judiciaire, puis de la liquidation d'une société dont il était le P.-D.G. Cette circons-