



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} JULIANE KOKOTT
présentées le 13 juillet 2017¹

Affaire C-292/16

**A Oy
contre
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö,
Verohallinto**

[demande de décision préjudicielle formée par le Helsingin hallinto-oikeus (tribunal administratif d'Helsinki, Finlande)]

« Renvoi préjudiciel – Législation fiscale – Imposition des entreprises – Directive 90/434/CEE – Apport d'un établissement étranger d'une société nationale à une société étrangère – Imposition immédiate en cas d'apport transfrontalier par opposition à la non-imposition dans une situation nationale – Appréciation du droit dérivé au regard des libertés fondamentales – Comparabilité avec l'imposition à la sortie – Proportionnalité de l'imposition immédiate en cas de réduction de la charge fiscale »

I. Introduction

1. La Cour est saisie, dans la présente affaire, d'une transposition en Finlande de la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (ci-après la « directive fusion »)². Il s'agit du cas particulier dans lequel une société nationale apporte un établissement étranger à une société établie à l'étranger et reçoit de cette dernière, en contrepartie, non de l'argent, mais des parts sociales. Un tel apport sera immédiatement imposé en Finlande, à la différence de l'apport d'un établissement national à une entreprise nationale. Un impôt étranger fictif, du pays dans lequel se trouve l'établissement, sera toutefois imputé. La question est de savoir si ces modalités sont conformes à la liberté d'établissement.

2. Dans son article 10, paragraphe 2, la directive fusion autorise une imposition, car l'apport transfrontalier emporte une perte du pouvoir d'imposition sur l'établissement étranger. Celui-ci n'appartient plus à une société établie nationalement et se situe sur un territoire étranger. Il s'agit au fond d'une forme d'imposition à la sortie, qui, depuis, est même en principe devenue obligatoire en

¹ Langue originale : l'allemand.

² JO 1990, L 225, p. 1.

droit de l'Union³. De façon générale, une imposition *immédiate* à la sortie est disproportionnée. La question sur laquelle il convient en l'espèce de statuer est celle de savoir si l'imputation d'un impôt fictif étranger conformément à la directive modifie cette analyse et, partant, autorise une imposition immédiate.

3. La Cour est ainsi appelée à développer sa jurisprudence sur la restriction apportée par les États membres à des libertés fondamentales du fait de la perte de leur pouvoir d'imposition.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

4. La directive fusion constitue, outre les dispositions combinées des articles 43 et 48 CE (devenus articles 49 et 54 TFUE), le cadre juridique de la présente affaire en droit de l'Union.

5. L'article 10 de la directive fusion, qui est ici déterminant et figure au chapitre IV sous l'intitulé « Cas particulier de l'apport d'un établissement stable », dispose :

« 1. Lorsque dans les biens apportés à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un apport d'actifs figure un établissement stable de la société apporteuse situé dans un État membre autre que celui de cette société, ce dernier renonce à tout droit d'imposer l'établissement stable. Toutefois, l'État de la société apporteuse peut réintégrer dans les bénéfices imposables de celle-ci les pertes antérieures de l'établissement stable qui ont été éventuellement déduites du bénéfice imposable de la société dans cet État et qui n'ont pas été compensées. L'État où est situé l'établissement stable et l'État de la société bénéficiaire appliquent à cet apport les dispositions de la présente directive comme si le premier État était celui de la société apporteuse.

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque l'État membre de la société apporteuse applique un régime d'imposition du bénéfice mondial, cet État a le droit d'imposer les bénéfices ou les plus-values de l'établissement stable qui apparaissent à l'occasion de la fusion, de la scission ou de l'apport d'actifs, à condition qu'il admette la déduction de l'impôt qui, en l'absence des dispositions de la présente directive, aurait frappé ces bénéfices ou ces plus-values dans l'État où est situé l'établissement stable et qu'il admette cette déduction de la même manière et pour le même montant qu'il l'aurait fait si l'impôt avait été réellement établi et payé. »

B. Le droit finlandais

6. Selon la juridiction de renvoi, la directive fusion a été transposée en Finlande dans l'*elinkeinotulon verottamisesta annettu laki* (loi relative à la fiscalité des revenus d'activités économiques – ci-après la « loi 1733/1995 »).

7. Selon l'article 52d, paragraphe 2, de la loi 1733/1995, lors de l'imposition de la société apporteuse, le prix de cession imposable des actifs transférés est établi en fonction de leur valeur fiscale résiduelle, à condition que le transfert ait été effectué sur la base de la valeur comptable résiduelle.

³ En vertu d'une disposition qui n'est toutefois pas encore applicable dans la présente affaire, à savoir l'article 5 de la directive (UE) 2016/1164 du Conseil, du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (JO 2016, L 193, p. 1). Aux termes de cette disposition, « [l]e contribuable est soumis à une imposition calculée sur la base d'un montant égal à la valeur de marché des actifs transférés, au moment de la sortie des actifs, diminué de la valeur fiscale desdits actifs, dans les situations suivantes : [...] c) le contribuable transfère sa résidence fiscale vers un autre État membre [...] ».

8. Aux termes de l'article 52d, paragraphe 3, de la loi 1733/1995, lors de l'imposition de la société bénéficiaire, il est tenu compte, pour les dépenses d'acquisition déductibles des actifs transférés, du montant correspondant à celui qui, conformément au paragraphe 2, a été retenu comme prix de cession imposable de la société apporteuse. L'apport des biens transmis est donc, en définitive, fiscalement neutre.

9. Si les actifs et les dettes apportés sont affectés à un établissement stable situé dans un autre État membre de l'UE et appartenant à une société nationale, la juste valeur des actifs transférés ainsi que les provisions antérieurement déduites des bénéfices de l'établissement lors de l'imposition sont, en vertu de l'article 52°, paragraphe 3, de la loi 1733/1995, intégrés au bénéfice imposable de la société apporteuse lors de l'exercice au cours duquel intervient la fusion, la scission ou l'apport d'un établissement. Il semble ainsi finalement y avoir imposition des réserves latentes de l'établissement. De l'impôt dû en Finlande sur ce revenu est déduit l'impôt qui aurait été acquitté sur ce même revenu dans l'État où se situe l'établissement stable si les dispositions de la directive fusion n'y étaient pas applicables.

10. Selon les motifs de l'article 52°, paragraphe 3, de la loi 1733/1995, cette disposition régit les situations dans lesquelles des actifs d'un établissement situé dans un autre État membre de l'Union européenne appartenant à une société finlandaise sont transférés à une société étrangère. Dès lors que les actifs situés à l'étranger sont transférés à une société étrangère, ils ne relèvent plus de la souveraineté fiscale de la Finlande. La déduction de l'impôt de l'État où est sis l'établissement constitue une imputation dudit impôt, que prévoient également certaines conventions fiscales. Pour appliquer la disposition, il convient de calculer le montant de l'impôt qui aurait dû être acquitté dans l'autre État en l'absence des dispositions de la directive fusion.

III. Le litige au principal

11. En 2006, A Oy (ci-après également la « société ») a transféré, à titre d'apport d'actifs, un établissement autrichien à la société autrichienne B, appartenant à un groupe de sociétés, laquelle lui a en contrepartie remis de nouvelles parts sociales. La cession a inclus les actifs, dettes, provisions et réserves correspondant audit établissement.

12. Aux recettes imposables a été ajouté le prix de cession vraisemblablement réalisable des actifs transférés lors de l'apport de l'établissement, lequel prix a en l'espèce été évalué à 249 663 661,59 euros, plus l'aide à l'investissement de 11 256 146 euros accordée par l'État autrichien, soit un total de 260 919 807,59 euros. De cette somme ont été déduits les frais d'acquisition non encore fiscalement amortis. Lors de l'imposition, les aides accordées par l'État autrichien n'ont pas été comptées dans les frais d'acquisition déductibles.

13. L'impôt a été établi sur la base de l'article 52d, paragraphe 1 et de l'article 52°, paragraphe 3, de la loi 1733/1995 lors de l'exercice fiscal 2006. Une telle obligation fiscale n'existerait pas dans une situation nationale équivalente, puisque l'imposition n'aurait lieu qu'au moment de la réalisation des plus-values, à savoir lors de la cession des actifs en cause.

14. A Oy a formé une réclamation en demandant la rectification d'un avis d'imposition modificatif pris le 30 novembre 2010 à son désavantage. Elle a fait valoir que l'article 52, paragraphe 3, de la loi 1733/1995 n'était pas conforme à la liberté d'établissement de l'article 49 TFUE.

15. La Verotuksen oikaisulautakunta (commission de vérification fiscale, Finlande) a rejeté cette réclamation. A Oy a formé un recours contre cette décision devant le Helsingin hallinto-oikeus (tribunal administratif d'Helsinki, Finlande). Ce dernier a décidé de suspendre la procédure et de saisir la Cour à titre préjudiciel.

IV. La procédure devant la Cour

16. Le Helsingin hallinto-oikeus (tribunal administratif d'Helsinki), saisi du litige, a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) L'article 49 TFUE s'oppose-t-il à une législation finlandaise selon laquelle, si une société nationale cède, à titre d'apport d'actifs, un établissement stable situé dans un autre État membre à une société qui y est établie, et reçoit en contrepartie des actions nouvelles de celle-ci, l'apport d'actifs est imposé immédiatement, dès l'année du transfert, alors que, dans une situation nationale équivalente, il ne l'est qu'au moment de sa réalisation ?
- 2) Peut-on parler de discrimination indirecte ou directe si la Finlande procède immédiatement à l'imposition, dès l'année où l'apport d'activités a lieu, avant que le revenu ne soit réalisé, alors que l'imposition est différée jusqu'au moment de cette réalisation dans une situation nationale ?
- 3) En cas de réponse affirmative aux questions 1 et 2, est-il possible de justifier cette restriction à la liberté d'établissement par une raison impérieuse d'intérêt général, ou par la protection de la compétence fiscale nationale ? La restriction interdite est-elle conforme au principe de proportionnalité ? »

17. A Oy, la République de Finlande, le Royaume de Suède et la Commission européenne ont présenté des observations écrites sur ces questions lors de la procédure devant la Cour. La République fédérale d'Allemagne a également pris part à l'audience qui s'est tenue le 8 juin 2017.

V. Appréciation juridique

A. Critère d'examen

18. Par ses questions préjudicielles, qu'il convient d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande en définitive si la liberté d'établissement, qui fait partie du droit primaire, est affectée par une réglementation nationale prévoyant une imposition en transposition de l'article 10, paragraphe 2, de la directive fusion, et si cette imposition peut, le cas échéant, être justifiée. Selon ce qu'indique la juridiction de renvoi, cette imposition n'est immédiate que dans les situations transfrontalières, alors qu'il n'y a pas d'imposition de l'apporteur dans une situation purement interne.

19. Ainsi que les États membres parties à la présente procédure l'ont toutefois quasi unanimement relevé, la Cour a itérativement jugé que « toute mesure nationale dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive à l'échelle de l'Union européenne doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation, et non pas de celles du droit primaire »⁴.

20. Quand bien même la directive fusion constituerait une telle harmonisation exhaustive, cela ne pourrait empêcher qu'il faille l'interpréter de manière conforme au droit primaire et, le cas échéant, apprécier de façon incidente sa compatibilité avec les libertés fondamentales. En effet, la Cour admet depuis longtemps que l'interdiction des restrictions à la libre circulation des services s'applique non

⁴ Voir, en dernier lieu, arrêts du 8 mars 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, point 19) ; du 12 novembre 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, point 40) ; du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, point 64), et du 16 décembre 2008, Gysbrechts et Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, point 33) – quoique en rejetant toujours, dans ces affaires, une absence de lien avec le droit primaire.

pas uniquement aux mesures nationales, mais aussi à celles des institutions de l'Union⁵. Ainsi qu'elle l'a déjà jugé, tous les actes juridiques de l'Union ont « pour fondement, pour cadre et pour limites »⁶ les traités, en tant que droit primaire. Il appartient donc aux États membres d'en tenir toujours compte lors de la transposition desdits actes⁷.

21. Indépendamment de ce qui précède, la directive fusion ne constitue pas une harmonisation exhaustive. Ainsi qu'il ressort de son économie et de son libellé, le paragraphe 2 comporte une exception au paragraphe 1. Aux termes du paragraphe 1, l'État de la société apporteuse renonce en principe définitivement à ses droits d'imposer l'établissement. Il peut uniquement corriger une perte imputée antérieurement. Par dérogation à ce principe, un État membre qui applique un régime d'imposition des bénéfices réalisés au niveau mondial est, en vertu du paragraphe 2, en *droit* d'imposer le bénéfice réalisé lors de l'apport.

22. En revanche, et comme le souligne également la Commission, l'article 10, paragraphe 2, de la directive fusion ne régit pas les questions de savoir si, quand et pour quel montant concret ce droit d'imposition est exercé. En particulier, au vu de son libellé, ce texte n'oblige pas la Finlande à imposer l'apport d'un établissement selon ces modalités et à ce montant, mais lui confère seulement un droit. Dans un tel cas de figure, le législateur national reste en tout état de cause tenu par les libertés fondamentales en transposant le droit dérivé.

B. Restriction de la liberté d'établissement

23. En vertu des dispositions combinées des articles 43 et 48 CE (devenus articles 49 et 54 TFUE), la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice par les ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre⁸. Si les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement visent à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, elles s'opposent également à ce que l'État membre d'origine entrave l'établissement d'une société constituée en conformité avec sa législation, en particulier par l'intermédiaire d'un établissement stable⁹, dans un autre État membre¹⁰. En droit fiscal, c'est donc le caractère discriminatoire de la restriction qui importe.

24. Les restrictions à la liberté d'établissement sont, selon une jurisprudence constante, toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté¹¹.

5 Arrêts du 2 septembre 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, point 39) ; du 18 septembre 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, points 25 et 26) ; du 23 février 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, point 45) ; du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, point 46) ; du 29 février 1984, Rewe-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, point 18), et du 26 octobre 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, point 50).

6 Arrêt du 5 octobre 1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172, point 9/14).

7 Ainsi qu'il ressort expressément des arrêts du 28 avril 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, point 27), et du 28 avril 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, point 25) : « le fait qu'une mesure nationale puisse éventuellement être conforme à une disposition de droit dérivé, en l'occurrence l'article 22 du règlement n° 1408/71, n'a pas pour effet de faire échapper cette mesure aux dispositions du traité. »

8 Arrêts du 11 mars 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, point 40 ainsi que la jurisprudence citée) ; du 21 janvier 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, point 38), et du 13 décembre 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, point 18).

9 Ainsi qu'il ressort expressément des arrêts du 17 juillet 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, point 18), et du 15 mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, points 19 et 20).

10 Arrêts du 21 janvier 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, point 39) ; du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, point 31), et du 6 septembre 2012, Commission/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521, point 25).

11 Arrêts du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, point 36) ; du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, point 34), et du 16 avril 2015, Commission/Allemagne (C-591/13, EU:C:2015:230, point 56 ainsi que la jurisprudence citée).

25. Si on la considère isolément, la disposition fiscale nationale n'entrave pas en l'espèce la constitution de l'établissement à l'étranger. Toutefois, d'une part, l'activité transfrontalière d'une entreprise est affectée par le fait que l'apport ultérieur de l'établissement étranger à une société étrangère déclenche une imposition correspondante. Cette dernière n'aurait pas lieu si l'établissement était situé sur le territoire national. Compte tenu des mesures de restructuration ultérieures et de leur imposition, il est donc plus attrayant de créer un établissement sur le territoire national qu'à l'étranger.

26. D'autre part, il convient de tenir compte du fait que l'activité économique protégée par les libertés fondamentales ne couvre pas seulement la création d'un établissement, mais aussi sa cessation. L'apport d'un établissement à une autre entreprise conduit à mettre fin à l'exercice de l'activité économique à l'étranger. La cessation de cette activité économique n'est imposée que parce que l'établissement situé à l'étranger est apporté à une société étrangère et non à une société nationale. On ne saurait non plus à cet égard nier l'existence d'un facteur de rattachement transfrontalier. La cessation d'une activité transfrontalière par le transfert à une société étrangère est en effet conçue de façon moins attrayante que la cessation par l'apport à une société nationale.

27. L'imposition de réserves latentes en cas de déplacement du siège constitue, selon une jurisprudence constante de la Cour, une restriction à la liberté d'établissement, si les bénéfices non réalisés ne sont pas imposés dans une situation nationale (c'est-à-dire en cas de déménagement sur le territoire national)¹².

28. La présente situation est comparable. L'imposition prévue à l'article 52d, paragraphe 3, de la loi 1733/1995 a pour effet de taxer les réserves latentes se trouvant dans l'établissement (plus-values des actifs ou diminution des valeurs comptables du fait d'un report de l'impôt par voie d'amortissements), sans que l'assujetti ait reçu les espèces nécessaires à cette fin. En revanche, il n'y a pas d'imposition en cas d'apport d'un établissement sur le territoire national, du fait de la continuation des valeurs comptables. L'« acquéreur » (c'est-à-dire la société qui bénéficie de l'apport) doit alors néanmoins, à un moment ou un autre, imposer les plus-values réalisées.

29. La sortie n'est ici certes pas le fait de l'assujetti lui-même, mais résulte de l'apport de son établissement sis à l'étranger à une société étrangère. La conséquence juridique est toutefois la même que celle qui surviendrait si un assujetti partait à l'étranger avec les actifs de son établissement national. Tout comme pour l'imposition « classique » à la sortie, la taxation est uniquement motivée par le fait qu'un autre État membre vient alors à disposer du droit d'imposition exclusif sur les actifs de l'établissement.

30. La réglementation nationale figurant à l'article 52^e, paragraphe 3, de la loi 1733/1995 a en définitive pour effet que, du fait des conséquences ultérieures de l'apport, la constitution d'un établissement à l'étranger est moins attrayante que la constitution d'un établissement sur le territoire national. Comme le relèvent aussi bien la Commission que A Oy, cela contredit tant les objectifs de la directive fusion (voir notamment le préambule, aux termes duquel les apports d'actifs ne doivent pas être entravés par des restrictions particulières) que ceux de la liberté d'établissement.

¹² Arrêts du 11 mars 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, point 46) ; du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, point 33) ; du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, point 35), et du 7 septembre 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, point 35).

31. La restriction de la liberté d'établissement doit être considérée comme constituée dès l'avis d'imposition¹³ de 2006 et non pas seulement à compter de la date d'exigibilité de l'impôt. En effet, par rapport à des acteurs analogues apportant des établissements nationaux à des sociétés étrangères (ou des établissements étrangers à des sociétés nationales), A Oy, qui apporte un établissement situé à l'étranger à une autre entreprise (étrangère), subit un désavantage de trésorerie à la date de l'avis d'imposition et à l'échéance subséquente de la dette fiscale.

C. Justification

1. Justification d'une imposition à la sortie

32. La Cour a déjà itérativement jugé qu'un État membre était en droit, en vertu du principe de territorialité de l'impôt, d'imposer les plus-values générées par un contribuable établi sur son territoire, mais non encore réalisées à la date de sortie dudit contribuable¹⁴.

33. Une telle mesure doit permettre de prévenir les situations susceptibles de mettre en péril le droit de l'État membre d'origine d'exercer sa souveraineté fiscale sur les activités menées sur son territoire et peut ainsi être justifiée par le motif de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres¹⁵. La condition à cet effet est toutefois que le départ du contribuable mette effectivement en péril le pouvoir d'imposition de l'État d'origine. C'est généralement le cas lorsque le pouvoir d'imposition cesse d'exister¹⁶.

34. Le pouvoir d'imposition cesse d'exister non pas uniquement en cas de sortie du territoire, mais aussi lorsqu'un établissement situé à l'étranger est transféré, dans le cadre d'un apport, à une société qui n'est pas établie nationalement. Comme le relèvent à juste titre la République de Finlande et le Royaume de Suède, cette considération est selon toute apparence également à la base de l'article 10, paragraphe 2, de la directive fusion, qui, en cas d'imposition mondiale des bénéfices, donne à l'État membre la (dernière) possibilité d'imposition des réserves latentes (des plus-values).

35. À la différence du cas de l'imposition classique à la sortie, lors d'un apport effectué en échange de parts sociales, les titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire de l'apport relèvent toutefois de la souveraineté fiscale de l'État de sortie. Il y a simplement une forme d'échange d'actifs (à l'actif du bilan). L'article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive fusion autorise à cet égard expressément d'imposer le bénéfice tiré d'une cession ultérieure des titres obtenus. Les réserves latentes générées ultérieurement dans l'établissement restent donc *indirectement* soumises au pouvoir d'imposition de la Finlande.

13 L'exigibilité de l'impôt est en revanche dénuée de pertinence, comme je l'ai indiqué dans mes conclusions dans l'affaire Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, point 59). En effet, c'est dès l'avis d'imposition que le contribuable est redevable de l'impôt et qu'il en supporte la charge, même si l'impôt n'est pas encore exigible. La mise en recouvrement ne constitue à cet égard que l'exécution de la restriction.

14 Arrêts du 23 janvier 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, point 53 ainsi que la jurisprudence citée) ; du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, point 49) ; du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, points 44 et 45), et du 7 septembre 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, point 46).

15 Arrêts du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, points 45 et 46) ; du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, points 45 et suiv.) ; du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, point 47), et du 21 janvier 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, point 60).

16 Voir, expressément : arrêts du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, point 48) ; du 25 avril 2013, Commission/Espagne (C-64/11, non publié, EU:C:2013:264, point 31), et du 23 janvier 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, point 60 ainsi que la jurisprudence citée).

36. Le pouvoir d'imposition sur les titres représentatifs du capital d'une société étrangère constitue toutefois *un substitut* par rapport au pouvoir d'imposition sur les actifs d'un établissement étranger. Les parts sociales reçues sont une chose différente des actifs de l'établissement. Il reste donc que le pouvoir d'imposition sur les réserves latentes générées dans l'établissement est définitivement perdu. Cela justifie un intérêt légitime de l'État membre qui perd son pouvoir d'imposition direct à procéder à une (dernière) imposition.

2. Proportionnalité de la restriction

37. La restriction doit en outre être propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif – en l'occurrence la préservation de la répartition des pouvoirs d'imposition¹⁷.

a) Nécessité d'un report

38. La Cour a déjà décidé à plusieurs reprises qu'il convenait de laisser à l'assujetti le choix entre, d'une part, le paiement immédiat du montant de l'impôt et, d'autre part, le paiement différé du montant dudit impôt, assorti, le cas échéant, d'intérêts selon la réglementation nationale applicable¹⁸. La Cour a à cet égard considéré comme proportionné un recouvrement de l'impôt sur les plus-values latentes échelonné sur cinq annuités plutôt qu'un recouvrement immédiat¹⁹. En droit finlandais, il n'existe toutefois pas de telle possibilité. La législation finlandaise constituerait ainsi une restriction disproportionnée de la liberté d'établissement.

39. Contrairement à la thèse de la République de Finlande et du Royaume de Suède, on ne saurait opposer à cet argument que la jurisprudence de la Cour sur l'imposition à la sortie ne serait pas transposable à l'imposition grevant l'apport d'un établissement en contrepartie de parts sociales.

40. Comme le relève à bon droit le Royaume de Suède, l'apport d'un établissement en contrepartie de titres représentatifs du capital social constitue certes, à la différence d'une simple sortie, un acte de réalisation, lequel conduit en principe à la découverte et à l'imposition des réserves latentes. L'apport en contrepartie de titres représentatifs du capital social n'est toutefois justement pas une véritable réalisation de la valeur de l'établissement par la voie d'une vente, mais une simple mesure de restructuration. L'établissement n'est pas vendu, mais transmis à un sujet de droit, dans lequel la participation de l'apporteur devient plus forte qu'auparavant. Ce sont précisément de telles restructurations transfrontalières que la directive fusion a pour objectif de faciliter.

41. En outre, la société apporteuse ne réalise pas les liquidités financières nécessaires au paiement de l'impôt, mais reçoit simplement un volume de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire correspondant à son apport. C'est d'ailleurs la raison qui explique que la Finlande autorise une restructuration fiscalement neutre en cas d'apports qui ne sont pas transfrontaliers, bien qu'il y ait « réalisation ». La directive fusion n'exige pas une telle non-imposition dans un cas de figure purement national.

17 Arrêts du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, point 42) ; du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 47) ; du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, point 35) ; du 17 juillet 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, point 25) ; du 15 mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, point 27), et du 13 décembre 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, point 23).

18 Arrêts du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, point 49) ; du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, points 56 à 58 et 62), et du 16 avril 2015, Commission/Allemagne (C-591/13, EU:C:2015:230, point 67 ainsi que la jurisprudence citée).

19 Arrêts du 23 janvier 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, point 64), et du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, point 52).

42. L'objectif de la directive – faciliter les restructurations transfrontalières – est lui-même pris en compte de façon plus efficace lorsque les restructurations transfrontalières ne sont pas imposées immédiatement, si tant est qu'elles le soient, mais par tranches, sur une plus longue période.

43. Si, malgré la « réalisation », l'État membre ne prévoit pas d'imposer l'apporteur en cas d'apport d'un établissement sur le territoire national, le fait d'ordonner l'imposition immédiate, sans permettre de report ayant égard à l'absence de liquidités à la disposition du contribuable, ne constitue en tout état de cause pas le moyen le moins contraignant de tenir compte de la perte du droit d'imposition de l'État membre dans la situation internationale.

44. Un prélèvement échelonné de l'impôt sur plusieurs années permet également de tenir compte de la perte du droit d'imposition et diminue grandement l'inégalité de traitement (non-imposition dans le cas de figure national). Comme l'a également relevé la Commission lors de l'audience, la Cour en a déjà jugé ainsi à propos de différents régimes d'échelonnement pour les bénéfices réalisés en vue d'acquérir des biens de remplacement²⁰.

45. Au surplus, et comme le relève à bon droit la Commission, le contribuable – contrairement au cas de la sortie – reste soumis au pouvoir d'imposition territorial du créancier fiscal. Un prélèvement échelonné de l'impôt ne soulève en l'occurrence aucune difficulté administrative qui exigerait de pratiquer une imposition immédiate. Dans le cas présent, il suffit donc a fortiori – en conformité avec la thèse de la Commission –, d'une part, que la perte du pouvoir d'imposition de l'État soit prise en compte au moyen d'une dernière taxation, et, d'autre part, que l'absence de liquidités à la disposition du contribuable le soit au moyen d'un prélèvement échelonné.

46. Contrairement à la thèse de A Oy, il ne ressort toutefois pas des libertés fondamentales qu'il conviendrait impérativement de repousser l'imposition jusqu'à la « véritable » réalisation des réserves latentes. Comme une réalisation ultérieure, par un tiers de surcroît (la société bénéficiaire), n'est pas inéluctable – en cas de pertes ultérieures, par exemple, ou de disparition des actifs – et que la République de Finlande n'a d'ailleurs guère de contrôle sur celle-ci, le principe du respect de la répartition des pouvoirs d'imposition entre les États membres s'en trouverait contredit. Il faudrait alors que l'État tienne également compte de pertes réalisées en dehors du territoire où s'exerce sa souveraineté fiscale²¹. De la combinaison du principe de territorialité et du principe de la date de clôture du bilan, qui prévaut en droit fiscal, il ressort qu'une imposition des réserves latentes à la date de la perte du pouvoir d'imposition est licite, même en l'absence de réalisation desdites réserves – de surcroît par un tiers. Le principe de proportionnalité s'oppose simplement à une imposition immédiate.

b) Proportionnalité du fait de l'imputation d'un impôt fictif ?

47. L'imputation d'un impôt fictif étranger prévue en droit finlandais et à l'article 10, paragraphe 2, de la directive fusion ne modifie en rien cette conclusion. Son incidence se borne en effet « seulement » au montant de la charge fiscale dans le cas de figure transfrontalier. Celle-ci peut correspondre à une taxation au taux plein en l'absence d'imposition dans l'État de la société bénéficiaire. Elle correspondrait à une taxation à un taux réduit si l'impôt (fictif) imputable était inférieur, voire à une absence de taxation si cet impôt (fictif) imputable était supérieur ou égal.

²⁰ Arrêt du 16 avril 2015, Commission/Allemagne (C-591/13, EU:C:2015:230, points 71 et suiv.).

²¹ Ce principe – absence d'obligation de tenir compte des pertes – a été plusieurs fois confirmé par la Cour dans ses arrêts récents sur l'imposition à la sortie : arrêts du 21 mai 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, points 43 et suiv.), et du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, points 56 et suiv.). Sur ce point, voir également mes conclusions dans l'affaire Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, points 61 et suiv.).

48. Au final, l'imputation d'un impôt étranger évite « simplement » – comme l'admettent d'ailleurs la République de Finlande et le Royaume de Suède – une éventuelle double imposition. La violation ne réside toutefois pas dans une double imposition. Le droit de l'Union ne connaît pas d'interdiction des doubles impositions²². Or, si une double imposition n'est pas une question relevant du droit de l'Union et, partant, des libertés fondamentales, le fait d'éviter une double imposition ne saurait a contrario avoir une quelconque incidence sur la justification de la restriction d'une liberté fondamentale.

49. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque l'imputation n'a pas pour effet de réduire l'inégalité de traitement que comporte la situation transfrontalière par rapport au cas de figure interne. L'inégalité de traitement qu'il convient de justifier ne réside pas uniquement dans le montant de l'imposition (ou du taux d'imposition), mais dans l'*imposition immédiate* dont est frappée la société apporteuse dans la situation transfrontalière par rapport à la *non-imposition* dans le cas de figure interne²³.

50. Au final, l'article 10, paragraphe 2, de la directive fusion ne fixe pas un taux d'imposition inférieur au taux « normal », mais définit le taux normal que peuvent appliquer les États membres pour le cas transfrontalier. Par rapport à d'autres taux d'imposition, celui-ci est simplement variable et dépend d'autres facteurs (calcul d'un taux étranger fictif). La date à laquelle ce taux est appliqué n'est en revanche pas fixée par la directive fusion – ainsi qu'il est indiqué aux points 21 et 22 des présentes conclusions. On peut toutefois le déduire de la jurisprudence de la Cour citée ci-dessus au sujet de l'imposition à la sortie.

51. Lorsque les mesures de restructuration ne déclenchent aucune imposition dans une situation interne comparable, le moyen le moins contraignant et tout aussi adapté de préserver le pouvoir d'imposition est de suspendre ou d'échelonner dans le temps l'impôt (réduit le cas échéant) frappant les mesures de restructuration dans le cas de figure transfrontalier.

52. C'est d'autant plus vrai dans la présente affaire que l'article 8, paragraphe 2, de la directive fusion permet même, à la différence de ce qui se produit dans les cas d'imposition classique à la sortie, de laisser subsister une compétence d'imposition indirecte portant sur les plus-values futures de l'établissement. Or, lorsque subsiste une participation indirecte à des modifications ultérieures de valeur, une imposition immédiate (à un certain taux) apparaît encore moins proportionnée que lors d'une sortie, qui entraîne la disparition de tous liens avec la matière imposable.

53. Il convient donc de maintenir la conclusion d'une restriction non justifiée de la liberté d'établissement. Il appartient toutefois à la juridiction de renvoi d'apprécier si la contravention au droit de l'Union dont est entachée la législation nationale peut être évitée en procédant à une interprétation conforme au droit de l'Union, consistant à reconnaître un droit à un paiement échelonné de l'impôt en vertu du droit finlandais des procédures fiscales.

VI. Conclusion

54. Ainsi, je propose d'apporter la réponse conjointe suivante aux questions préjudicielles du Helsingin hallinto-oikeus (tribunal administratif d'Helsinki, Finlande) :

Les dispositions combinées des articles 43 et 48 CE (devenus articles 49 et 54 TFUE) s'opposent à une législation nationale adoptée en transposition de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, qui ne

²² Arrêts du 15 avril 2010, CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, points 27 et suiv.) ; arrêt du 16 juillet 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, points 26 et suiv.), et arrêt du 12 février 2009, Block (C-67/08, EU:C:2009:92, points 30 et 31), ainsi que les conclusions présentées par l'avocat général Bot dans l'affaire Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:438, points 58 et suiv.).

²³ C'est-à-dire le cas dans lequel l'établissement se situe sur le territoire national ou dans lequel la société bénéficiaire est une société nationale.

prévoit d'imposition immédiate que dans le cas transfrontalier de l'apport d'un établissement étranger à une société étrangère, alors qu'une telle imposition n'intervient pas dans un cas interne. L'imputation d'un impôt étranger fictif n'a pas de conséquence sur ce résultat, car celle-ci empêche uniquement une double imposition, mais non pas une imposition immédiate.