



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NILO JÄÄSKINEN
présentées le 10 juillet 2012¹

Affaire C-207/11

**3D I Srl
contre
Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Cremona**

[demande de décision préjudicielle formée par la Commissione tributaria regionale di Milano, sez. distaccata di Brescia (Italie)]

«Régime fiscal applicable aux apports d'actifs au sein de l'Union — Directive 90/434/CEE — Directive 78/660/CEE — Neutralité fiscale — Compatibilité avec la directive 90/434 d'une obligation comptable imposée par le droit national — Double imposition économique — Recevabilité d'une demande de décision préjudicielle»

I – Introduction

1. Cette affaire porte sur l'interprétation 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 différents². Elle concerne plus précisément les dispositions relatives au report de l'imposition des plus-values découlant d'un apport d'actifs au sein de l'Union.

2. La juridiction nationale de renvoi a exprimé des doutes quant à la compatibilité d'une disposition italienne avec la directive 90/434, au motif que cette disposition s'écarterait du principe de neutralité fiscale garanti par cette directive. La disposition italienne en cause impose la création d'une réserve dans le bilan comptable de la société apporteuse lorsqu'elle acte la participation qu'elle a reçue à une valeur comptable qui est supérieure à celle des actifs apportés à la date de l'opération. Cependant, je nourris des doutes importants sur la recevabilité de la question déférée, car, à la lumière du cadre factuel et juridique de l'affaire, la question semble hypothétique.

¹ — Langue originale: l'anglais.

² — JO L 225, p. 1.

II – Cadre juridique

A – Droit de l'Union européenne

3. Les quatrième et sixième considérants de la directive 90/434 déclarent:

«[L]e régime fiscal commun doit éviter une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions, tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'État de la société apporteuse ou acquise;

[...]

le régime du report, jusqu'à leur réalisation effective, de l'imposition des plus-values afférentes aux biens apportés, appliqué à ceux de ces biens qui sont affectés à cet établissement stable, permet d'éviter l'imposition des plus-values correspondantes, tout en assurant leur imposition ultérieure par l'État de la société apporteuse, au moment de leur réalisation».

4. L'article 2 de la directive 90/434 prévoit ce qui suit:

«Aux fins de l'application de la présente directive, on entend par:

[...]

c) apport d'actifs: l'opération par laquelle une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité à une autre société, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire de l'apport;

[...]

e) société apporteuse: la société qui transfère son patrimoine, activement et passivement, ou qui apporte l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité;

f) société bénéficiaire: la société qui reçoit le patrimoine, activement et passivement, ou l'ensemble ou une ou plusieurs branches d'activité de la société apporteuse; [...]

5. L'article 4 de la directive 90/434 énonce ce qui suit:

«1. La fusion ou la scission n'entraîne aucune imposition des plus-values qui sont déterminées par la différence entre la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et leur valeur fiscale.

[...]

2. Les États membres subordonnent l'application du paragraphe 1 à la condition que la société bénéficiaire calcule les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values afférentes aux éléments d'actif et de passif transférés dans les mêmes conditions qu'auraient pu le faire la ou les sociétés apporteuses si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu.

3. Dans le cas où, selon la législation de l'État membre de la société apporteuse, la société bénéficiaire est admise à calculer les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values afférentes aux éléments d'actif et de passif transférés dans des conditions différentes de celles prévues au paragraphe 2, le paragraphe 1 ne s'applique pas aux éléments d'actif et de passif pour lesquels la société bénéficiaire a usé de cette faculté.»

6. Conformément à l'article 9 de la directive 90/434, les articles 4, 5 et 6 sont applicables aux apports d'actifs.

7. L'article 33, paragraphe 2, sous a) et d), de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés³, énonce ce qui suit:

«a) En cas d'application du paragraphe 1, le montant des différences entre l'évaluation faite sur la base de la méthode utilisée et l'évaluation faite selon la règle générale de l'article 32 doit être porté au passif au poste 'Réserve de réévaluation'. Le traitement fiscal de ce poste doit être expliqué soit dans le bilan, soit dans l'annexe.

Pour l'application du dernier alinéa du paragraphe 1, les sociétés publient notamment, dans l'annexe, un tableau faisant ressortir, chaque fois que la réserve a été modifiée pendant l'exercice:

- le montant de la réserve de réévaluation au début de l'exercice,
- les écarts de réévaluation transférés à la réserve de réévaluation au cours de l'exercice,
- les montants ayant été convertis en capital ou transférés d'une autre manière de la réserve de réévaluation au cours de l'exercice, avec l'indication de la nature d'un tel transfert,
- le montant de la réserve de réévaluation à la fin de l'exercice.

[...]

d) Sauf dans les cas prévus sous b) et c), la réserve de réévaluation ne peut pas être dissoute.»

B – *Droit national*

8. L'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544, du 30 décembre 1992 (ci-après le «décret législatif n° 544/1992»), transposant la directive 90/434 dispose: «Les apports [d'activités ou de branches d'activités] visés au point c) [de l'article 1^{er}] ne constituent pas une réalisation de plus-value ou de moins-value, mais le dernier coût fiscalement reconnu de l'activité ou de la branche d'activité apportée constitue le coût fiscalement reconnu de la participation reçue. La différence entre la valeur des actions ou des parts reçues et la dernière valeur des biens apportés reconnue aux fins de l'imposition sur le revenu ne concourt pas à la formation du revenu imposable de l'entreprise ou de la société apporteuse tant qu'elle n'a pas été réalisée ou distribuée aux actionnaires. Si les participations reçues sont actées au bilan à une valeur supérieure à la valeur comptable de l'activité apportée, la différence doit être actée dans un poste ad hoc et concourt à la formation du revenu imposable en cas de distribution [...]»⁴.

³ — JO L 222, p. 11.

⁴ — À noter que cette disposition n'est plus en vigueur actuellement. Elle a été abrogée dans le cadre de la réforme de l'impôt italien sur les sociétés de 2003.

9. L'article 1^{er} du décret législatif n° 358, du 8 octobre 1997 (ci-après le «décret législatif n° 358/1997»), énonce que:

«1. Les plus-values réalisées par le biais de l'apport d'activités détenues pendant une période non inférieure à trois ans et désignées selon les critères prévus à l'article 54 du texte unique relatif à l'imposition sur les revenus, approuvé par décret du président de la République n° 917, du 22 décembre 1986, peuvent être soumises à un impôt se substituant à l'impôt sur le revenu, au taux de 19 % [...].

2. L'application de l'impôt de substitution doit être demandée dans la déclaration de revenus pour la période d'imposition pendant laquelle ont été réalisées les plus-values.»

10. Aux termes de l'article 4, paragraphe 2, du décret législatif n° 358/1997:

«Au lieu de l'application des dispositions énoncées au paragraphe 1 [de l'article 4 du décret législatif n° 358/1997], les entités qui y sont visées peuvent opter, dans l'acte d'apport, pour l'application des dispositions du texte unique relatif à l'imposition sur les revenus, approuvé par décret du président de la République n° 917, du 22 décembre 1986, et de l'article 1^{er} du présent décret. L'option peut également être exercée pour les apports visés à l'article 1^{er} du décret législatif n° 544, du 30 décembre 1992, portant dispositions de mise en conformité avec les directives communautaires relatives au régime fiscal des fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions.»

III – Les faits et la question déferée

11. 3D I Srl (ci-après «3D I»), la société apporteuse, est une société de capitaux dont le siège est situé à Crema (Italie). Le 12 octobre 2000, elle a apporté une branche de son activité qui était située en Italie à une société ayant son siège au Luxembourg, la société bénéficiaire, et a reçu des actions en échange dans cette société. À la suite de cette opération, l'activité apportée a été transformée en un établissement stable en Italie de la société luxembourgeoise.

12. 3D I a choisi d'acter dans son bilan ses actions dans la société bénéficiaire à une valeur supérieure à la valeur fiscale de la branche d'activité apportée.

13. Le 9 mai 2001, 3D I a choisi d'acquitter l'impôt italien de substitution au taux de 19 % sur la plus-value résultant de cette opération, comme le prévoient les articles 1^{er}, paragraphe 1, et 4, paragraphe 2, du décret législatif n° 358/1997, au lieu du taux ordinaire de 33 % prévu par les règles fiscales italiennes applicables. Ce faisant, 3D I a renoncé au régime de neutralité fiscale prévu à l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992. Cette disposition aurait permis à 3D I d'être exonérée d'impôt sur la plus-value constatée à la date de l'apport, comme l'imposent les dispositions combinées des articles 2 et 4 de la directive 90/434. Le montant versé à l'administration fiscale italienne par 3D I au titre de l'impôt de substitution s'élevait donc à 5 732 298 000 ITL, soit 2 960 484,85 euros.

14. Cet impôt ayant été acquitté, la plus-value résultant de l'apport pouvait dès lors être distribuée. En d'autres termes, la différence entre la valeur fiscale de la branche d'activité apportée et la valeur comptable attribuée aux actions reçues par 3D I en contrepartie de l'apport a été reconnue fiscalement.

15. 3D I fait valoir que, après avoir eu connaissance de la jurisprudence de la Cour et, notamment, de l'arrêt X et Y⁵, elle a décidé le 8 janvier 2004 de demander à l'administration fiscale italienne le remboursement de l'impôt de substitution qu'elle a acquitté. Elle soutient que l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 était incompatible avec la directive 90/434, dans la mesure où il subordonnait la neutralité de l'apport, au regard de l'obligation d'acquitter un impôt sur la plus-value, à des conditions qui n'étaient pas prévues par la directive. 3D I conteste plus précisément l'obligation prévue à l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 lui imposant de geler la différence entre la valeur comptable de la branche d'activité apportée et les actions reçues dans une réserve qui constituerait un revenu imposable si elle venait à être distribuée.

16. 3D I soutient, par conséquent, que cette exigence comptable, telle qu'elle ressort de la troisième phrase de l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992, est illégale. Elle invoque également le fait que cette exigence illégale l'a conduite à opter pour l'impôt de substitution au lieu du régime de neutralité fiscale prévu à l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 transposant la directive 90/434.

17. Cette demande de remboursement ayant été rejetée tacitement par l'Agenzia delle Entrate en avril 2004, 3D I a introduit un recours devant la Commissione tributaria provinciale di Cremona (tribunal fiscal de la province de Crémone). En octobre 2006, ce recours a été rejeté au motif, notamment, que 3D I avait librement choisi le régime de l'impôt de substitution et qu'elle avait bénéficié d'un taux d'imposition favorable en comparaison du taux normal qui aurait dû lui être appliqué en cas de réalisation de la plus-value.

18. Le 5 mars 2011, 3D I a interjeté appel de cette décision devant la Commissione tributaria regionale di Milano. Cette juridiction a estimé que l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 était contraire à la directive 90/434 et à la jurisprudence constante de la Cour déclarant illicites les mesures entravant la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement.

19. Cela tient au fait que cette disposition imposait à 3D I, en qualité de société apporteuse, une obligation d'acter une réserve à son bilan, sous peine d'imposer à défaut la plus-value résultant de l'apport. La juridiction a estimé que, afin d'éviter cette apparente incompatibilité avec le droit de l'Union, les États membres devaient reporter l'imposition des plus-values au moment de leur réalisation, sans subordonner ce report à des conditions limitant excessivement les libertés fondamentales.

20. C'est dans ces circonstances que la juridiction nationale a déféré à la Cour la question préjudicielle suivante:

«La réglementation d'un État membre, tel que l'État italien, visée à l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544, du 30 décembre 1992, en vertu de laquelle un apport ou un échange d'actions donne lieu à imposition, dans le chef de la société apporteuse, de la plus-value résultant de l'apport et correspondant à la différence entre le coût initial d'acquisition des actions ou des parts sociales apportées et leur valeur de marché, à moins que la société apporteuse n'acte à son bilan une réserve appropriée à concurrence de la plus-value constatée dans le cadre de l'apport, dans un cas tel que celui faisant l'objet de la présente procédure, est-elle contraire aux articles 2, 4 et 8, paragraphes 1 et 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?»

5 — Arrêt du 21 novembre 2002 (C-436/00, Rec. p. I-10829).

IV – Analyse

A – *Recevabilité de la question déferée*

21. L'ordonnance de renvoi sollicite des éclaircissements sur l'interprétation des articles 2, 4 et 8, paragraphes 1 et 2, de la directive 90/434. Cependant, je tends à penser que la question déferée par la juridiction de renvoi est irrecevable.

22. Il est de jurisprudence constante que les informations figurant dans une demande de décision préjudicielle n'ont pas seulement vocation à permettre à la Cour d'apporter une réponse utile à la juridiction nationale; elles doivent également permettre aux gouvernements des États membres, et à toutes autres parties intéressées, de présenter des observations en application de l'article 23 du statut de la Cour de justice.

23. À cette fin, la juridiction nationale doit, d'une part, présenter le contexte factuel et réglementaire des questions et, à tout le moins, exposer les circonstances de fait sur lesquelles reposent ces questions. D'autre part, la décision de renvoi doit indiquer les raisons précises qui ont conduit le juge national à s'interroger sur l'interprétation des règles pertinentes du droit de l'Union et à considérer qu'il était nécessaire de saisir la Cour de questions préjudicielles.

24. En conséquence, il est indispensable que le juge national donne un minimum d'explications sur les raisons du choix des dispositions du droit de l'Union dont il demande l'interprétation et sur le lien entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal⁶.

25. Cela étant, les questions préjudicielles bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une question déferée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées⁷.

26. Je commencerai par faire observer que la question déferée par la juridiction nationale inclut une demande d'interprétation de l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la directive 90/434. Toutefois, conformément à l'article 9 de cette directive, l'article 8 n'est pas applicable aux apports d'actifs. Le renvoi préjudiciel n'explique en rien les raisons pour lesquelles l'article 8 présente un intérêt aux fins de la procédure au principal.

27. En deuxième lieu, d'après l'ordonnance de renvoi, une société apporteuse est imposable sur la plus-value résultant de l'apport d'actifs et cette plus-value est réputée correspondre à la différence entre le coût initial d'acquisition des actions apportées et leur valeur vénale actuelle. La société apporteuse pourrait échapper à une imposition de la plus-value si elle actait à son bilan une réserve spéciale à concurrence de la plus-value résultant de l'apport.

28. Cependant, cette description de la disposition nationale pertinente ne correspond pas au libellé de la législation. L'interprétation que l'ordonnance de renvoi propose du droit national est également contestée par le gouvernement italien et par la Commission européenne.

6 — Voir arrêt du 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International (C-42/07, Rec. p. I-7633, point 40 et jurisprudence citée).

7 — Voir, en ce sens, arrêt du 1^{er} juillet 2010, Sbarigia (C-393/08, Rec. p. I-6337, point 20 et jurisprudence citée).

29. En réalité, l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992, soit la seule disposition nationale visée dans la question préjudicielle, dispose que:

- les apports d'actifs *ne* constituent *pas* une réalisation de plus-values ou de moins-values,
- la différence entre la valeur des actions reçues et la dernière valeur des biens apportés reconnue aux fins de l'imposition *ne concourt pas* à la formation du revenu imposable de la société apporteuse avant sa réalisation ou sa distribution, et
- *si* les participations reçues sont actées au bilan à une valeur supérieure à la valeur comptable des actifs apportés, *alors* la différence doit être actée dans un poste comptable ad hoc et concourt à la formation du revenu imposable *en cas de distribution*.

30. Partant, la disposition nationale pertinente n'entraîne pas d'imposition à la suite d'un apport d'actifs. Il semblerait également que 3D I ne prétend pas que l'apport d'actifs litigieux ait lui-même donné naissance à une quelconque obligation fiscale. Si je comprends correctement leurs arguments, ils ont choisi d'acquitter l'impôt de substitution parce qu'ils ont estimé que le droit italien prévoyait une obligation comptable dissuasive.

31. D'après une jurisprudence constante, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, sur l'interprétation des dispositions nationales ou de juger si l'interprétation qu'en donne la juridiction de renvoi est correcte⁸. Il incombe à la Cour de prendre en compte, dans le cadre de la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union et les juridictions nationales, le contexte factuel et réglementaire dans lequel s'insère la question préjudicielle, tel que défini par la décision de renvoi⁹.

32. Néanmoins, je suis en l'espèce tenté de conclure que l'absence de correspondance entre, d'une part, la formulation de la question préjudicielle, et, d'autre part, le libellé de la disposition nationale et les observations des parties confère au renvoi préjudiciel un caractère hypothétique tant en fait qu'en droit. Bien entendu, il est loisible à la Cour d'abandonner à la Commissione tributaria regionale di Milano le soin de vérifier que son interprétation initiale du droit national était correcte¹⁰ après que la Cour a apporté des réponses aux questions déferées. Cependant, il est probable que cela ne suffise pas à remédier à la nature hypothétique de la question.

33. En troisième lieu, si tant est que la question préjudicielle vise à obtenir des éclaircissements sur la compatibilité du droit italien avec l'interdiction, en vertu du droit de l'Union, des discriminations en matière de traitement fiscal fondées sur le siège de la société, la question posée par la juridiction nationale ne fait pas expressément référence à cette difficulté. Néanmoins, la partie de l'ordonnance de renvoi exposant les motifs pour lesquels la question a été déferée mentionne une différence de traitement qui «serait» inconstitutionnelle. Elle est qualifiée ainsi, car le régime litigieux ne concerne que les apports au sein de l'Union et exclut tous les apports purement internes. La juridiction nationale de renvoi se fonde sur plusieurs arrêts de la Cour, notamment l'arrêt X et Y, sur lequel repose une part substantielle de l'argumentation de 3D I¹¹.

8 — Voir, en ce sens, arrêts du 3 octobre 2000, Corsten (C-58/98, Rec. p. I-7919, point 24), et du 29 avril 2004, Orfanopoulos et Oliveri (C-482/01 et C-493/01, Rec. p. I-5257, point 42).

9 — Arrêts du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089, point 10), et du 13 novembre 2003, Neri (C-153/02, Rec. p. I-13555, point 35).

10 — Voir arrêt Orfanopoulos et Oliveri, précité, point 45.

11 — Les autres arrêts invoqués par le juge national étaient les arrêts du 5 novembre 2002, Überseering (C-208/00, Rec. p. I-9919); du 12 décembre 2002, de Groot (C-385/00, Rec. p. I-11819); du 18 septembre 2003, Bosal (C-168/01, Rec. p. I-9409); du 15 juillet 2004, Lenz (C-315/02, Rec. p. I-7063) et Weidert et Paulus (C-242/03, Rec. p. I-7379), ainsi que du 7 septembre 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477).

34. Ma préoccupation tient ici au fait que le cadre juridique n'est pas suffisamment développé et, plus précisément, à l'absence de lien établi entre les dispositions pertinentes du droit national et les principes juridiques relatifs au marché intérieur de l'Union en matière d'égalité de traitement et de non-discrimination. Bien qu'il soit affirmé dans l'ordonnance de renvoi que 3D I a été soumise à un régime qui n'était pas applicable aux apports intervenant uniquement sur le territoire italien, l'interprétation du droit national sur ce point a également fait l'objet d'une discussion lors de l'audience. 3D I prétendait que le droit italien la soumettait à un régime moins favorable que celui des apports d'actifs purement internes, tandis que le gouvernement italien et la Commission proposaient une interprétation inverse du droit national et affirmaient qu'en aucun cas les apports d'actifs internes n'étaient traités de manière plus favorable que les apports au sein de l'Union (étant précisé que le principe de neutralité fiscale a été introduit plus tard pour les apports internes que pour les apports au sein de l'Union)¹².

35. Manifestement, ce n'est pas une question sur laquelle la Cour est en mesure de statuer. En outre, en présence d'un litige portant sur une prétendue violation de l'interdiction des traitements discriminatoires, la juridiction nationale doit fournir à la Cour une description claire de la situation juridique nationale. À défaut, il est impossible pour la Cour de se prononcer sur la compatibilité des règles nationales avec le droit de l'Union. Cela me conduit également à douter du fait que l'ordonnance de renvoi contienne les éléments nécessaires permettant à la Cour de parvenir à une interprétation du droit de l'Union en matière de non-discrimination qui serait utile au juge national¹³.

36. À titre subsidiaire, si la Cour devait estimer que la question préjudicielle est recevable, je considérerais alors qu'elle doit être reformulée afin de porter uniquement sur la compatibilité de l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 avec les articles 2, 4 et 9 de la directive 90/434. Comme cela a déjà été dit, l'article 8 de la directive 90/434 est dépourvu de pertinence aux fins de la procédure au principal.

B – Le champ d'application et les objectifs de la directive 90/434

37. Je commencerai en rappelant les limites des objectifs de la directive 90/434. Comme l'ont fait observer à la fois la Commission et le gouvernement italien, la directive 90/434 n'établit pas un régime exonérant d'imposition les plus-values résultant de fusions, de scissions, d'apports d'actifs et d'échanges d'actions au sein de l'Union. Elle vise plutôt à parvenir à la neutralité fiscale en créant un régime commun de *report* d'imposition des plus-values afférentes à une fusion, à une scission, à un apport d'actifs ou à un échange d'actions transfrontalier. L'imposition n'interviendra qu'à la date de cession effective des actions ou des actifs¹⁴.

38. L'idée sous-tendant la directive 90/434 est d'éviter de déclencher l'imposition des plus-values non réalisées et (à défaut) des réserves non taxées en faisant simplement valoir qu'il s'agit d'une opération intervenue au sein de l'Union du type de celle visée par la directive 90/434. Le problème a été clairement décrit par l'avocat général Sharpston dans l'affaire A.T., où elle a fait observer ce qui suit:

«L'apport des actifs d'une société à une autre dans le cadre d'une restructuration d'entreprises peut déboucher sur une opération taxable. L'apport constitue une cession au sens de l'impôt sur les plus-values et, si ces actifs ont augmenté de valeur depuis que l'apporteur les a acquis initialement, il peut y avoir plus-value imposable. Certains États membres autorisent le report de toute imposition

12 — L'évolution du droit italien sur ce point a également fait l'objet de discussions longues et stériles lors de l'audience.

13 — Ordonnance du 28 juin 2000, Laguillaumie (C-116/00, Rec. p. I-4979, point 13).

14 — Terra, B. J. M., et Wattel, P. J., *European Tax Law*, Kluwer International, 2012, p. 669.

immédiate, puisque les actifs ne sont pas effectivement réalisés. Cette faculté est toutefois rarement accordée lorsque l'apport intervient au profit d'une société non résidente, de peur que le paiement de l'impôt ne soit totalement éludé plutôt que simplement reporté»¹⁵.

39. Le quatrième considérant de la directive 90/434 reflète cela, en affirmant que «le régime fiscal commun doit éviter une imposition *à l'occasion d'une fusion*» (c'est moi qui souligne), tandis que le sixième considérant fait référence au «régime du report, jusqu'à leur réalisation effective, de l'imposition des plus-values afférentes aux biens apportés [...] tout en assurant leur imposition ultérieure par l'État de la société apporteuse, au moment de leur réalisation». Ce principe, dit «principe de neutralité fiscale», ne concerne que le traitement fiscal à la date d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions transfrontalier, non à une autre date. La neutralité fiscale est applicable à l'apport d'actifs du type de celui en cause dans la procédure au principal en vertu des dispositions combinées des articles 4 et 9 de la directive 90/434.

40. Il est donc exclu que 3D I puisse se fonder sur la directive 90/434 pour contester le prélèvement, par l'Italie, d'un impôt au moment de la réalisation d'une plus-value. Le droit des États membres de percevoir un impôt sur les plus-values réalisées est expressément reconnu par le sixième considérant de la directive 90/434. Le fait qu'une opération donnant lieu à une plus-value ait la nature d'une opération réalisée au sein de l'Union ne présente donc aucune pertinence aux fins de l'impôt applicable au moment de la cession, selon le cas, des actifs ou des actions.

41. Par ailleurs, les objectifs de la directive 90/434, et notamment de son article 4, font l'objet d'une limitation selon des modalités qui présentent un intérêt pour les questions juridiques soulevées par la procédure au principal. En effet, l'article 4 vise principalement la façon dont la société bénéficiaire, en l'espèce la société luxembourgeoise, évalue les actifs apportés. L'exonération des plus-values à la date de l'apport, qui est prévue à l'article 4, paragraphe 1, est expressément subordonnée, aux termes de l'article 4, paragraphe 2, à la condition que «la société bénéficiaire calcule les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values afférentes aux éléments d'actif et de passif transférés dans les mêmes conditions qu'auraient pu le faire la ou les sociétés apporteuses si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu».

42. Cependant, la directive 90/434 n'évoque pas l'évaluation à des fins fiscales par l'État membre où est établie la société apporteuse – soit, en l'espèce, l'Italie – des actions que cette société a reçues en contrepartie d'un apport d'actifs. En d'autres termes, les États membres peuvent accorder aux sociétés apporteuses la possibilité d'évaluer librement les actions reçues qui seront actées dans leur bilan, mais ils ne peuvent conférer aux sociétés bénéficiaires une telle marge discrétionnaire si ces dernières souhaitent bénéficier de la neutralité fiscale. Cela est réglementé à l'article 4, paragraphes 2 et 3, de la directive 90/434.

43. La Commission a tenté, à deux reprises, de faire en sorte que la directive 90/434 aborde l'évaluation des actions reçues par les sociétés apporteuses, afin d'éviter une double imposition économique de la «même» plus-value. Elle l'a fait en 1969, lorsqu'elle a proposé ce qui est devenu, bien plus tard, la directive 90/434. Cette proposition incluait une disposition aux termes de laquelle les actions de la société bénéficiaire pouvaient être actées au bilan de la société apporteuse à une valeur correspondant à la valeur réelle des actifs apportés, sans que cela entraîne une imposition¹⁶. En 2003, la Commission a proposé un amendement identique à la directive 90/434¹⁷, qui n'a pas été adopté¹⁸.

15 — Point 1 des conclusions dans cette affaire (arrêt du 11 décembre 2008, C-285/07, Rec. p. I-9329).

16 — Proposition de directive du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actif intervenant entre sociétés d'États membres différents (JO 1969, C 39, p. 1), article 10, paragraphe 3.

17 — Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 90/434 [COM(2003) 613 final]. Voir nouvel article 9, paragraphe 2, qui était proposé.

18 — Voir directive 2005/19/CE du Conseil, du 17 février 2005, modifiant la directive 90/434 (JO L 58, p. 19).

44. Partant, je ne suis pas convaincu par l'argument de 3D I soutenant la thèse selon laquelle l'imposition de son éventuelle plus-value devrait dépendre de la date à laquelle la société bénéficiaire cède les actifs apportés et être reportée à cette date. L'objectif que poursuivait le législateur avec la directive 90/434 n'était ni de remédier à une quelconque double imposition économique à l'occasion d'un apport d'actifs ni de permettre à la société apporteuse de distribuer des plus-values exonérées d'imposition à ses actionnaires.

45. En conclusion, la directive 90/434 impose des obligations limitées aux États membres s'agissant des sociétés qui apportent des actifs à une société établie dans un autre État membre et qui reçoit des actions en contrepartie. Cela signifie que tant les sociétés apporteuses que les sociétés bénéficiaires doivent avoir la possibilité de bénéficier de la neutralité fiscale, telle qu'elle est garantie par l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Cependant, les obligations incombant aux États membres s'arrêtent là. Par ailleurs, rien n'impose aux sociétés apporteuses d'évaluer les actions reçues d'une quelconque façon, toutes les propositions en ce sens ayant été rejetées, alors que l'article 4, paragraphes 2 et 3, impose des règles claires sur ce point à l'endroit des sociétés bénéficiaires.

C – Compatibilité de l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 avec la directive 90/434

46. La neutralité fiscale n'est pas garantie de manière absolue par l'article 4 de la directive 90/434. Comme le soulignent la Commission et le gouvernement italien dans leurs observations écrites, elle est subordonnée au respect de la continuité des valeurs fiscales par l'opération.

47. Comme la Commission l'a souligné dans ses observations écrites, l'article 4, paragraphe 2, de la directive 90/434 impose cette condition à la société bénéficiaire pour de bonnes raisons. Cela vise à éviter une situation où la neutralité fiscale serait susceptible d'entraîner une exonération d'impôt sur les plus-values, alors que la directive 90/434 n'a pour but que de reporter l'imposition à la date de réalisation de la plus-value. Comme je l'ai déjà expliqué, l'article 4, paragraphes 2 et 3, de la directive 90/434 impose, à l'égard de la *société bénéficiaire*, un principe de continuité de l'évaluation des actifs apportés aux fins du calcul de tout nouvel amortissement et de toute plus-value ou moins-value afférentes aux éléments d'actif et de passif. Il s'agit d'une condition préalable à la neutralité fiscale.

48. Ce n'est toutefois pas le cas pour les sociétés apporteuses, telles que 3D I, qui ont reçu des actions en contrepartie d'un actif. Comme je l'ai expliqué plus haut, la directive 90/434 n'aborde pas la question de l'évaluation des actions de la société bénéficiaire par la société apporteuse à des fins fiscales ou comptables.

49. Cependant, le principe de neutralité fiscale prévu à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 90/434 s'applique également à la société apporteuse. Cela exclut, selon moi, la taxation des plus-values de la société apporteuse *uniquement* en raison de l'apport d'actifs. Cela étant dit, le législateur national conserve le pouvoir de décider si la société apporteuse est liée par le principe de continuité entre la valeur fiscale et/ou comptable des actifs apportés et la valeur qu'elle attribue aux actions qu'elle a reçues en contrepartie ou si la société peut choisir d'avoir recours à d'autres valeurs. La réglementation italienne a opté pour la seconde possibilité.

50. Comme je l'ai d'ores et déjà fait observer, 3D I a choisi d'acter dans son bilan les actions qu'elle a reçues en échange de l'apport de sa branche d'activité à une valeur supérieure à la valeur fiscale de ces actifs et d'exercer l'option prévue par le droit italien lui permettant d'acquitter un impôt de substitution. 3D I a procédé ainsi, car il était moins intéressant pour elle d'acter à son bilan la différence entre la valeur (supérieure) qu'elle a attribuée aux actions et la valeur comptable (inférieure) de la branche d'activités sous forme de réserve. Cette manière de procéder aurait généré un revenu imposable en cas de distribution.

51. Comme l'ont expliqué le gouvernement italien et la Commission lors de l'audience, et comme l'a admis 3D I, l'obligation imposée par la troisième phrase de l'article 2, paragraphe 2, d'acter au bilan la différence de valeur entre les actifs apportés et les actions reçues répond simplement aux impératifs comptables qui découlent nécessairement de l'évaluation des participations.

52. De plus, j'ajouterai que l'obligation de créer une réserve spéciale dans la colonne «passif» du bilan, lorsqu'une réévaluation des actifs intervient, correspond à la disposition relative à la réserve de réévaluation visée à l'article 33, paragraphe 2, sous a) et d), de la quatrième directive 78/660. En d'autres termes, l'obligation comptable contestée par 3D I et découlant de la troisième phrase de l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 semble être conforme aux exigences de la quatrième directive 78/660.

53. Partant, c'est une décision propre à 3D I qui l'a conduite à évaluer les actions de la manière décrite ici. L'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992 n'imposait nullement l'obligation d'évaluer les actions de la manière dont 3D I a procédé. Il n'existait pas non plus d'option d'évaluation entraînant en soi l'imposition de l'apport d'actifs. Conformément à la deuxième phrase de l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544/1992, l'imposition n'intervient que à la suite de la réalisation ou de la distribution de la différence entre les valeurs fiscales.

54. Comme l'a souligné la Commission, la directive 90/434 met simplement à la charge de l'État membre de la société apporteuse l'obligation de prévoir la possibilité de soumettre l'apport d'actifs à un régime de neutralité fiscale. 3D I a choisi, pour son propre bénéfice, de ne pas avoir recours au régime compatible avec la directive 90/434 que lui offrait le droit italien. Cela lui a permis d'acquitter un impôt de substitution, prélevé au taux de 19 % plutôt qu'au taux de 33 % qui aurait à défaut été applicable en cas de réalisation ou de distribution¹⁹ de la plus-value.

55. Par suite, comme le soulignent les observations écrites de la Commission, les faits litigieux diffèrent totalement de ceux examinés par la Cour dans l'affaire A.T., qui concernait un échange d'actions. Dans cette affaire, la réglementation allemande en cause avait pour effet de priver les sociétés apporteuses établies en Allemagne de la possibilité de mener à bien un échange d'actions sous un régime de neutralité fiscale. Cela tenait au fait que, en vertu de la réglementation allemande en cause, la société apporteuse ne pouvait maintenir la valeur comptable des actions qu'elle avait acquises que si la société acquérante établie dans un autre État membre actait également les participations reçues à leur valeur comptable. Dans l'affaire A.T., la société acquérante (française) avait évalué les participations non à leur valeur comptable, mais à leur valeur vénale. Au regard de ces éléments, la neutralité fiscale en Allemagne était clairement subordonnée à des «conditions supplémentaires»²⁰ fondées sur la réciprocité qui n'étaient pas envisagées par la directive 90/434. Pour les raisons que j'ai exposées ci-dessus, les obligations comptables imposées par le droit italien et par le droit de l'Union ne sont en aucun cas semblables à celles prévues par la réglementation allemande contestée dans l'affaire A.T.

56. En l'espèce, 3D I n'a pas été contrainte de choisir entre, d'une part, une imposition qui était illicite au regard du droit de l'Union et, d'autre part, une autre solution moins favorable. Partant, je considère que la société ne peut invoquer la directive 90/434 pour fonder ses prétentions à l'encontre l'État italien²¹.

19 — Le lien entre les concepts de réalisation de la plus-value et de distribution de celle-ci aux actionnaires a fait l'objet d'une discussion lors de l'audience. Selon moi, la directive 90/434 n'a pas pour objectif d'empêcher les États membres d'imposer les réserves apparentes ou tacites correspondant à la différence entre la valeur fiscale des actifs apportés et la valeur réelle des actions reçues en contrepartie lorsque cette réserve est distribuée aux actionnaires d'une quelconque façon, si cette distribution est possible en vertu des dispositions applicables du droit des sociétés.

20 — Arrêt précité, point 26.

21 — Quand bien même elle le pourrait, d'après la jurisprudence, 3D I ne serait pas en mesure de réclamer le remboursement de l'impôt indûment prélevé, mais pourrait uniquement engager une action en réparation fondée sur la jurisprudence Francovitch (arrêt du 9 novembre 1995, Francovich, C-479/93, Rec. p. I-3843). Voir arrêt du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753, point 207).

V – Conclusion

57. Par conséquent, je propose à la Cour de déclarer que la demande de décision préjudicielle présentée par la Commissione tributaria regionale di Milano est irrecevable.

À titre subsidiaire, la question déferée devrait recevoir la réponse suivante:

«Les articles 4 et 9 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, ne s'opposent pas à des dispositions de droit national telles que celles édictées par la réglementation italienne à l'article 2, paragraphe 2, du décret législatif n° 544, du 30 décembre 1992.»