CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME JULIANE KOKOTT
présentées le 26 mai 2005 [1]

I — Introduction

1. La légalité d'un impôt perçu sur une opération de droit des sociétés, que l'on pourrait qualifier de fusion à l'envers entre deux sociétés de capitaux, a été contestée devant la Corte suprema di cassazione (Italie). Une société mère détenant 100 % des actions de sa filiale est absorbée par celle-ci. La Corte suprema di cassazione demande à la Cour de justice, dans le cadre de sa question préjudicielle, si un tel cas relève du champ d'application de la directive 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux [2]. Dans l'affirmative, l'opération ne peut être soumise qu'au droit harmonisé prévu par la directive. Dans l'hypothèse où, en revanche, la directive ne s'applique pas à la fusion à l'envers, les États membres restent libres d'imposer différemment une telle opération.

II — Le cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

2. L'article 1^er de la directive 69/335 prévoit que les États membres perçoivent un droit harmonisé, le «droit d'apport», sur les apports faits à des sociétés de capitaux.

3. L'article 4 de la directive définit ainsi la catégorie des opérations imposables:

«1. Sont soumises au droit d'apport les opérations suivantes:

[...]

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 249, p. 25; modifiée en dernier lieu par l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne — Annexe II: Liste visée à l'article 20 de l'acte d'adhésion (JO 2003, L 236, p. 33, 555).

c) l'augmentation du capital social d'une société de capitaux au moyen de l'apport de biens de toute nature;

[...]»

d) l'augmentation de l'avoir social d'une société de capitaux au moyen de l'apport de biens de toute nature rémunéré, non par des parts représentatives du capital ou de l'avoir social, mais par des droits de même nature que ceux d'associés, tels que droit de vote, participation aux bénéfices ou au boni de liquidation;

[...]

2. Peuvent continuer à être soumises au droit d'apport les opérations suivantes, dans la mesure où elles étaient taxées au taux de 1 % à la date du 1er juillet 1984:

[...]

b) l'augmentation de l'avoir social d'une société de capitaux au moyen de prestations effectuées par un associé qui n'entraînent pas une augmentation du capital social, mais qui trouvent leur contrepartie dans une modification des droits sociaux ou bien qui sont susceptibles d'augmenter la valeur des parts sociales;

4. En vertu de l'article 7 de la directive, les États membres exonèrent les opérations qui n'étaient pas imposées au 1er juillet 1984 en application des règles alors en vigueur, ou les soumettent à un droit de 0,5 % [3]. L'exonération s'applique donc à l'apport d'au moins 75 % des parts/actions d'une société de capitaux à une société à créer ou préexistante, cet apport devant être rémunéré essentiellement par l'attribution de parts/actions (de la société mère).

5. Enfin, l'article 10 de la directive 69/335 précise que:

«En dehors du droit d'apport, les États membres ne perçoivent, en ce qui concerne les sociétés, associations ou personnes mora-

3 — Les opérations exonérées sont définies à l'article 1er, paragraphe 1, des directives modificatives 73/79/CEE du Conseil, du 9 avril 1973 (JO L 103, p. 13), et 73/80/CEE du Conseil, du 9 avril 1973 (JO L 103, p. 15), dont les dispositions étaient les suivantes:
«b) bis
Le taux du droit d'apport peut être réduit de 50 % ou plus lorsqu'une société de capitaux en voie de création ou préexistante obtient des parts représentant au moins 75 % du capital social antérieurement émis d'une autre société de capitaux.
[...]
Cette réduction est subordonnée à la condition que: — les apports soient exclusivement rémunérés par l'attribution de parts sociales [...]».

les poursuivant des buts lucratifs, aucune imposition, sous quelque forme que ce soit:

a) pour les opérations visées à l'article 4;

b) pour les apports, prêts ou prestations, effectués dans le cadre des opérations visées à l'article 4;

c) pour l'immatriculation ou pour toute autre formalité préalable à l'exercice d'une activité, à laquelle une société, association ou personne morale poursuivant des buts lucratifs peut être soumise en raison de sa forme juridique.»

B — *Le droit italien*

6. Selon les indications de la juridiction de renvoi, le texte applicable à l'époque des faits était l'article 4, premier alinéa, sous b), de la première partie du barème annexé au décret n° 131 du président de la République du 26 avril 1986, dans la version antérieure à la modification introduite par l'article 10 du décret législatif du 20 juin 1996 (transformé en loi par la loi n° 425, du 8 août 1996).

7. Ce texte soumettait toutes les fusions de sociétés à un droit égal à 1 % du patrimoine de la société incorporée, c'est-à-dire absorbée. La base de calcul de cette imposition est déterminée, tout comme les modalités juridiques des fusions de sociétés, par les dispositions des articles 2501 et suivants du Codice civile, dont le contenu ne présente toutefois pas d'intérêt particulier pour l'examen de cette affaire.

III — Les faits, les antécédents de la procédure et la question préjudicielle

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, la demanderesse au principal (ci-après «Aro Tubi»), est une société par actions de droit italien. Elle était une filiale détenue à 100 % de la société Fratelli Gaggini SpA (ci-après «Fratelli Gaggini»). De son côté, Aro Tubi détenait 100 % du capital de la société Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Par acte notarié du 19 décembre 1995, Aro Tubi a absorbé à la fois sa société mère, Fratelli Gaggini, et sa filiale, Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Les actions de la société absorbée, Fratelli Gaggini, ont été annulées; les actionnaires de cette société ont reçu en contrepartie les actions de la société absorbante Aro Tubi qui étaient antérieurement détenues par sa société mère, Fratelli Gaggini. En définitive, les personnes physiques qui ne détenaient à l'origine qu'une participation indirecte dans le capital d'Aro Tubi, par l'intermédiaire de Fratelli Gaggini, se sont vu attribuer, grâce à cette

fusion à l'envers, une participation directe dans le capital d'Aro Tubi, la société interposée ayant disparu.

9. À l'occasion de la publication de cette fusion au registre officiel, le paiement d'un droit d'enregistrement égal à 1 % du patrimoine des sociétés absorbées, Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA et Fratelli Gaggini, a été exigé d'Aro Tubi.

10. Après s'être acquittée de ce droit, Aro Tubi en a demandé le remboursement au motif que la perception d'un tel droit serait contraire à la directive 69/335. Cette demande ayant d'abord été implicitement rejetée, Aro Tubi a introduit un recours, auquel la Commissione tributaria provinciale di Milano a fait droit. Cette décision a toutefois été infirmée par la suite, par la Commissione tributaria regionale per la Lombardia saisie sur appel de l'administration fiscale italienne.

11. Par ordonnance du 6 novembre 2003, la Corte suprema di cassazione, saisie d'un pourvoi contre cette décision, a pour ainsi dire [4] posé à la Cour de justice la question de savoir si la directive 69/335 interdisait la perception d'un droit d'enregistrement égal à 1 % du patrimoine de la société absorbée, à l'occasion de l'absorption d'une société par une autre dont les actions étaient déjà intégralement détenues par la société absorbée.

12. La demanderesse au principal, la Commission et le gouvernement italien ont présenté des observations devant la Cour.

IV — Les arguments des parties

13. Le gouvernement italien s'appuie essentiellement sur l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire AGAS [5]. Il faudrait en déduire que la fusion de deux sociétés ne relève pas du champ d'application de la directive lorsqu'une filiale, dont le capital est entièrement détenu par sa société mère, est absorbée par celle-ci (fusion dite «impropre» ou «fausse fusion»).

14. Le cas qui se présente ici, de la fusion à l'envers, c'est-à-dire de l'absorption de la société mère par la filiale, ne devrait pas être traité différemment de la fausse fusion et échapperait lui aussi au champ d'application

4 — L'ordonnance ne comporte pas de question expressément formulée en ces termes.

5 — Arrêt du 27 octobre 1998 (C-152/97, Rec. p. I-6553).

de la directive. En outre, d'un point de vue général, l'absorption n'aurait pas eu pour résultat de renforcer le potentiel économique de la société, condition que la Cour a jugée essentielle pour qu'une opération relève de la directive 69/335.

15. Aro tubi soutient, en revanche, que la perception d'un droit d'enregistrement n'est pas compatible en l'espèce avec la directive. Les conclusions de l'arrêt AGAS [6] ne seraient pas transposables au présent cas, parce qu'une fusion à l'envers doit être traitée différemment d'une fausse fusion, en raison des différences tant économiques que juridiques qui les caractérisent.

16. Une fusion à l'envers donnerait lieu à un renforcement du potentiel économique de la filiale, car celle-ci reprend le patrimoine social de la société mère. C'est pourquoi la directive 69/335 serait applicable, et Aro Tubi devrait donc bénéficier de l'exonération prévue à l'article 7 de la directive 69/335.

17. Enfin, la Commission défend une position intermédiaire. Selon elle, une fusion à l'envers ne serait pas assimilable à une fausse fusion et n'échapperait au champ d'application de la directive que dans l'hypothèse où elle n'aboutit pas à renforcer le potentiel économique de la société absorbante. Tel ne serait le cas que si la société absorbée ne détenait aucune action ou part sociale, autres que celles de la société absorbante, comme dans le litige au principal.

18. Si la société absorbée détient en revanche des participations dans d'autres sociétés, le potentiel économique de la société absorbante se trouve renforcé par l'absorption, et les circonstances exceptionnelles de la jurisprudence AGAS [7] — qui serait sinon critiquable — ne se vérifieraient pas. Dans un tel cas de figure, la directive 69/335 serait donc applicable.

V — Appréciation juridique

19. Le juge a quo souhaite savoir en substance si les dispositions de la directive 69/335 s'opposent à la perception d'un droit d'enregistrement dans le cas d'une fusion à l'envers, où la société reprise détient l'ensemble des actions ou parts sociales de la société repreneur.

6 — Précité note 5.

7 — Arrêt précité note 5.

A — *Sur les conditions d'application de la directive 69/335*

20. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice a fourni des indications claires sur les conditions d'application de la directive 69/335. À cet égard, elle a indiqué dans l'arrêt Bautiaa et Société française maritime [8] que:

«Afin de qualifier le droit litigieux au regard de la directive 69/335 et d'apprécier sa compatibilité avec celle-ci, en ce qui concerne en particulier les taux applicables, il convient, en premier lieu, d'examiner si des opérations telles que celles qui ont donné lieu, dans les deux litiges au principal, à la perception du droit d'apport relèvent du champ d'application de la directive 69/335 et de les qualifier au regard de celle-ci.»

21. De même, dans l'arrêt AGAS [9]:

«Il s'ensuit que, pour relever de la directive, l'opération envisagée doit pouvoir être rattachée à l'un des cas de figure décrits dans son article 4 auquel se réfère l'article 10, sous a) et b), de la directive.»

22. Ainsi l'application des dispositions de la directive répond-elle à la séquence suivante. Il faut partir de l'article 10, qui interdit de percevoir d'autres droits ou taxes que le droit harmonisé. Cette interdiction ne vaut cependant, en vertu des points a) et b), dudit article, que pour les droits frappant les opérations énumérées à l'article 4 de la directive 69/335.

23. Il convient donc de vérifier dans un premier temps si l'opération peut correspondre à un des cas prévus à l'article 4 et si, par conséquent, elle peut bénéficier de l'application de la directive et, en particulier, de l'interdiction formulée à l'article 10. Et ce n'est que dans un second temps, si l'on se trouve dans cette hypothèse, que l'on pourra rechercher, au vu des autres dispositions de la directive, si l'opération peut éventuellement être exonérée du droit harmonisé [10].

24. Contrairement à ce que semble soutenir la demanderesse au principal, le simple fait que les conditions de l'exonération du droit d'apport, prévues à l'article 7, paragraphe 1, sous b), soient remplies ne permet pas de déduire qu'aucun droit d'apport ne peut être exigé en cas d'opérations telles que la fusion à l'envers. Il faut en réalité tout d'abord que la directive y soit applicable, tout simplement, ce qui ne peut être examiné qu'au regard des dispositions des articles 10 et 4

8 — Arrêt du 13 février 1996 (C-197/94 et C-252/94, Rec. p. I-505, point 31).

9 — Précité note 5 (point 21).

10 — Sur cette façon de procéder, voir également les conclusions de l'avocat général Cosmas du 25 juin 1998 dans l'affaire AGAS (précitée note 5), point 43.

combinés. Si l'opération ne relève pas de la directive, il n'est pas possible de s'opposer à ce qu'un droit autre que le droit harmonisé soit perçu sur cette opération. Dans ce cas, l'exonération prévue à l'article 7 ne peut pas non plus jouer.

B — *Sur le champ d'application de la directive 69/335*

25. L'interdiction formulée par l'article 10, sous a) et b), suppose que l'opération en question corresponde à l'un des cas de figure visés à l'article 4.

1. Article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive 69/335

26. Les faits de l'affaire au principal pourraient, tout d'abord, relever de l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive.

a) Existence d'une augmentation de capital

27. La fusion à l'envers doit conduire à une augmentation du capital de la société résultant de la fusion, grâce à l'apport effectué. L'augmentation du capital souscrit suppose normalement soit l'émission de nouvelles actions, soit l'augmentation de la valeur nominale des actions existantes [11]. Au point 1. c) du traité de fusion produit par Aro Tubi, il est expressément prévu qu'il n'est procédé à aucune augmentation du capital de la société absorbante (Aro Tubi) au sens que nous venons de voir. Les parties au principal sont d'accord sur ce point.

28. Au vu de la teneur littérale de l'article en question, il n'est pas possible de renoncer à l'exigence d'une augmentation de capital comme le suggère Aro Tubi. On pourrait néanmoins considérer que les faits litigieux relèvent de l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive 69/335 en retenant une interprétation large de l'expression «augmentation de capital». En l'espèce, la participation détenue dans la société Fratelli Gaggini s'est transformée en une participation dans la société Aro Tubi. Les actions d'Aro Tubi qui étaient précédemment détenues par Fratelli Gaggini ont été attribuées aux actionnaires de Fratelli Gaggini. Il n'est cependant pas certain que ce transfert des actions d'Aro Tubi puisse être assimilé à l'émission de nouvelles actions et être, ainsi, qualifié d'augmentation de capital au sens large.

11 — Sur ce point, voir notamment Académie des sciences commerciales, *Dictionnaire commercial*, 1987, sous les termes «capital» et «capital social»; Gabler *Wirtschafts-Lexikon*, 12e édition, sous les termes «Kapital» et «Kapitalerhöhung».

29. Une telle interprétation extensive de la notion d'augmentation de capital doit être rejetée. Selon la jurisprudence de la Cour, les conditions exigées par l'article 4 de la directive 69/335 doivent recevoir une interprétation autonome en droit communautaire, et donc se comprendre de manière objective et uniforme dans tous les États membres indépendamment des particularités des droits et régimes fiscaux nationaux [12]. L'interprétation autonome de la notion d'augmentation de capital ne peut cependant pas s'écarter totalement de la signification naturelle de ces termes.

30. Les notions de capital d'une société de capitaux et d'augmentation de capital ne proviennent pas uniquement du vocabulaire du droit (communautaire), mais appartiennent aussi au registre de l'économie, où elles revêtent une signification bien précise en sciences économiques, au-delà des différences nationales et linguistiques. En effet, le capital (propre) d'une société de capitaux désigne la valeur nominale totale des parts ou actions de la société et une augmentation de capital — quelle qu'en soit la forme — suppose donc que l'on augmente soit la valeur nominale, soit le nombre des parts ou actions [13]. Il serait surprenant que le législateur communautaire, auteur de la directive, ait voulu donner à la notion d'augmentation de capital utilisée dans la directive un autre sens que celui qui correspond à la terminologie économique bien fixée et connue.

31. Il s'ensuit que l'interprétation de la notion d'augmentation de capital ne peut pas aboutir à inclure la simple conversion d'une participation indirecte en une participation directe réalisée grâce à l'absorption de la société interposée (Fratelli Gaggini). Dans un tel cas, en effet, les parts ou actions ont été apportées sans modification de leur nombre ou de leur valeur nominale par la société interposée aux associés ou aux actionnaires qui se trouvent derrière elle.

32. Peu importe en définitive que les actions d'Aro Tubi initialement détenue par Fratelli Gaggini soient ensuite passées aux mains d'Aro Tubi elle-même et finalement aux anciens actionnaires de Fratelli Gaggini ou que ces actions aient été attribuées directement sans acquisition intermédiaire par Aro Tubi. Dans les deux cas, ni le nombre ni la valeur des actions ne s'est trouvé modifié.

33. La jurisprudence de la Cour considérant la fusion de deux sociétés de capitaux comme une augmentation de capital au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive 69/335 ne s'oppose pas à une telle interprétation de la notion d'augmentation de capital [14]. L'affaire dans laquelle la Cour s'est ainsi prononcée se caractérisait en effet précisément par une augmentation du capital nominal de la société absorbante au

12 — Arrêts Société Bautiaa et Société française maritime (précité note 8, point 32); AGAS (précité note 5, point 21), et du 15 juillet 1982, Felicitas Rickmers-Linie (270/81, Rec. p. 2771, point 14).

13 — Voir les références citées dans la note 10.

14 — Arrêt Bautiaa et Société française maritime (précité note 8, point 38).

moyen de l'émission de nouvelles actions [15], condition qui n'est pas remplie en l'espèce.

b) Renforcement du potentiel économique

34. Même si, contrairement à ce qui vient d'être dit, on assimilait le simple transfert des actions d'Aro Tubi à une augmentation de capital au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive 69/335, il faudrait en tout état de cause que cette opération ait eu pour résultat de renforcer le potentiel économique d'Aro Tubi. Comme l'a en effet souligné la Cour dans une jurisprudence constante [16], cette condition est le critère décisif pour qu'une opération puisse être qualifiée de rassemblement de capitaux et par conséquent être soumise au droit d'apport.

35. Cette nécessité d'un accroissement du potentiel économique, la Cour la déduit [17] du deuxième considérant de la directive 74/553/CEE [18], qui énonce que le principe du droit d'apport harmonisé vise «à ne soumettre au droit d'apport 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».

36. L'exigence d'un renforcement du potentiel économique est en outre conforme à la finalité de la directive 69/335, qui est de favoriser la libre circulation des capitaux entre les États membres en harmonisant les divers droits nationaux perçus sur les opérations de rassemblement de capitaux. Les opérations visées par la directive doivent donc comporter un mouvement de capitaux qui débouche, pour la société ainsi favorisée, sur un surplus de capital.

37. L'objectif de la directive 69/335 n'est pas, en revanche, de faciliter les simples restructurations ou regroupements de sociétés déjà constituées — et par conséquent les rassemblements de capitaux déjà existants [19]. En atteste d'ailleurs le fait que l'article 4, paragraphe 3, sous a), exclut expressément les simples modifications de la forme de sociétés de capitaux du champ d'application de la directive. Même s'il peut être de l'intérêt des opérateurs économiques de soumettre à des contraintes aussi peu nombreuses que possible les modifications

15 — Voir conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire Bautiaa et Société française maritime (précitée note 8, point 1).

16 — Voir, notamment, arrêts Felicitas Rickmers-Linie (précité note 12, point 16); du 5 février 1991, Trave-Schiffahrtsgesellschaft (C-249/89, Rec. p. I-257, point 13); du 5 février 1991, Deltakabel (C-15/89, Rec. p. I-241, points 13 et suiv.), et Société Bautiaa et Société française maritime (précité note 8, point 36).

17 — Dans l'arrêt Deltakabel (précité note 16, point 13).

18 — Directive du Conseil, du 7 novembre 1974, modifiant l'article 5 paragraphe 2 de la directive 69/335 (JO L 303, p. 9).

19 — Le droit de créer des filiales et éventuellement de les absorber pourrait néanmoins être garanti par la liberté d'établissement au sens de l'article 43 CE. Avec une interdiction des discriminations internes en droit national, ce texte pourrait le cas échéant lui aussi revêtir une importance dans la présente affaire. La juridiction de renvoi n'a cependant interrogé la Cour qu'au sujet de l'interprétation de la directive 69/335 dans sa demande de décision préjudicielle.

intervenant entre des sociétés de capitaux liées entre elles par la détention de participations en capital, de telles opérations ne seront cependant concernées par les règles du droit d'apport harmonisé que si elles ne consistent pas seulement à répartir autrement les capitaux déjà ressemblés, mais aboutissent en outre à un (nouveau) rassemblement de capitaux.

38. À première vue, on pourrait admettre, dans le présent cas de fusion à l'envers, qu'il y a eu renforcement du potentiel économique d'Aro Tubi. En effet, le patrimoine de la société absorbante Aro Tubi inclut celui de la société absorbée Fratelli Gaggini qui lui est apporté, après avoir constitué auparavant un patrimoine juridiquement distinct. Cependant, une telle approche, qui se place uniquement du point de vue du patrimoine de la société absorbante, est trop réductrice.

39. Dans l'arrêt AGAS [20], la Cour de justice a en effet jugé que la directive 69/335 ne pouvait pas s'appliquer en cas de fausse fusion, parce que cette opération ne se rattache à aucune des hypothèses envisagées par l'article 4 de la directive. Comme l'observent à juste titre la Commission et le gouvernement italien, cela ne peut se comprendre que si le critère décisif du renforcement du potentiel économique implique un examen de la situation *globale* des sociétés concernées, avant comme après l'opération.

40. Ce n'est que de cette manière que l'on peut apprécier si l'on se trouve en présence d'une opération de rassemblement de capitaux, c'est-à-dire d'une opération protégée par la directive 69/335. Ce serait donc ne pas tenir compte des particularités d'une fusion à l'envers, dans l'affaire qui nous occupe, que de vouloir répondre par l'affirmative à la question du renforcement du potentiel économique d'Aro Tubi au seul motif que cette société reçoit par incorporation le patrimoine de son ancienne société mère.

41. Il convient au contraire de relever que le patrimoine antérieurement détenu au moyen de participations à 100 % par les sociétés apparentées Aro Tubi et Fratelli Gaggini — considérées comme formant un tout — n'est aucunement modifié par l'acte de fusion et cesse tout simplement désormais d'être réparti entre deux sociétés juridiquement distinctes pour être attribué à une seule entité juridique. Une telle situation est en effet, sous l'angle qui nous importe ici, identique à celle d'une fausse fusion, hypothèse qui a donné lieu à l'arrêt AGAS.

42. Cela apparaît particulièrement évident si l'on considère la situation des actionnaires, qui sont en réalité les véritables pourvoyeurs de capitaux derrière les sociétés. De leur point de vue, la fusion à l'envers n'a conduit à aucun renforcement du potentiel économique des sociétés, pas plus d'ailleurs qu'à un rassemblement de capitaux en général: antérieurement à la fusion, ils étaient actionnaires de Fratelli Gaggini. Leurs actions ne représentaient cependant pas seulement la

20 — Précité note 5.

valeur de cette société, mais aussi la valeur d'Aro Tubi qui, en tant que filiale de Fratelli Gaggini détenue à 100 %, faisait partie de son patrimoine social. Après la fusion, les actionnaires ont reçu, à la place des actions désormais sans valeur de Fratelli Gaggini, des actions d'Aro Tubi. De leur point de vue, cependant, ces actions ne représentaient — tout comme les anciennes actions — que la valeur des deux patrimoines cumulés des deux sociétés. Même si les actions, à l'issue de l'opération, se rattachent formellement à une autre société, elles matérialisent néanmoins le même potentiel économique que les titres antérieurement détenus par les actionnaires.

43. Si, comme le soutient la demanderesse au principal, on peut concevoir que cette opération de fusion n'est pas un acte purement formel répondant à des fins de «régularisation technique», mais peut avoir une certaine importance économique, il n'en reste pas moins clair qu'un renforcement du potentiel économique des sociétés concernées, résultant d'un rassemblement de capitaux, fait défaut ici. C'est pourquoi la condition exigée par l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive 69/335 n'est pas remplie non plus en cas de fusion à l'envers.

2. Article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 69/335

44. Il convient également d'examiner l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous d), de la directive 69/335. Cette disposition prévoit que l'augmentation de l'avoir social d'une société de capitaux au moyen de l'apport de biens de toute nature rémunéré, non pas par des parts représentatives du capital ou de l'avoir social, mais par des droits de même nature que ceux d'associés (droit de vote, participation aux bénéfices ou au boni de liquidation) est soumise à la directive. Par «avoir social», on entend, par opposition à l'article 4, paragraphe 1, sous c), non pas le capital souscrit, mais «tous les biens que les associés ont mis en commun [dans la société] avec leurs accroissements» [21].

45. Disons d'emblée que l'opération de fusion à l'envers ne peut pas relever de l'article 4, paragraphe 1, sous d), dès lors que la condition requise par cette disposition doit elle aussi se doubler d'un renforcement du potentiel économique, critère que nous avons expliqué et qui, comme nous l'avons démontré, fait défaut.

46. Indépendamment de cela, les autres conditions expressément citées par l'article 4, paragraphe 1, sous d), ne sont pas non plus remplies. On pourrait certes soutenir que l'avoir social d'Aro Tubi semble avoir augmenté du fait de l'incorporation du patrimoine de Fratelli Gaggini. Il résulte en effet de l'acte de fusion que Fratelli Gaggini, avant son absorption, détenait, à côté des parts ou actions d'Aro Tubi, apparemment

21 — Arrêt du 28 mars 1990, Siegen (C-38/88, Rec. p. I-1447, point 12).

d'autres éléments d'actif non dépourvus de valeur économique, tels que des droits sur des immeubles et des biens meubles. Avant la fusion des deux sociétés, ces biens appartenaient seulement à Fratelli Gaggini. Aro Tubi n'a acquis le droit d'en disposer légalement et économiquement qu'après avoir absorbé sa société mère. C'est pourquoi on pourrait être tenté de considérer le transfert de ces biens, allant de pair avec la fusion, comme une augmentation de l'avoir social d'Aro Tubi.

47. Cependant, l'article 4, paragraphe 1, sous d), n'exige pas seulement une augmentation de l'avoir social. Cette disposition exige aussi que les apports qui donnent lieu à un accroissement de l'avoir social soient rémunérés par l'attribution de droits autres que des parts représentatives du capital ou de l'avoir social.

48. On pourrait considérer que les actions de la société Fratelli Gaggini représentent des apports au sens large. En contrepartie de l'apport de ces actions, les actionnaires de Fratelli Gaggini se sont vu attribuer des actions d'Aro Tubi. Mais les actions constituent le type même du droit représentatif de parts dans le capital social de la société. Elles ne correspondent pas à un droit «de même nature que les droits d'associés» tel que visé à l'article 4, paragraphe 1, sous d). Les droits d'associés se caractérisent par le fait qu'ils ne représentent pas une part du capital, mais des droits individuels de l'associé. Cela recouvre, par exemple, les bons de jouissance [22] qui donnent seulement vocation à participer aux bénéfices de la société. Si des actions sont attribuées en contrepartie d'un apport, cela exclut l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous d), car ce cas est exclusivement régi par l'article 4, paragraphe 1, sous c).

3. Article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335

49. Enfin, on pourrait envisager que le présent cas relève de l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335. Cela suppose, si l'on considère les conditions expressément exigées par cette disposition, tout d'abord une augmentation de l'avoir social sans augmentation simultanée du capital de la société, condition que l'on peut estimer remplie au vu de ce qui a été dit ci-dessus [23].

50. Cette augmentation de l'avoir de la société doit ensuite trouver son origine dans des prestations effectuées par des associés. On pourrait voir une telle prestation dans le fait pour les actionnaires de Fratelli Gaggini d'avoir renoncé à leurs actions dans cette société au profit d'Aro Tubi. Cependant, les actionnaires de Fratelli Gaggini, au moment

22 — Arrêt du 17 octobre 2002, Solida et Tech (C-138/00, Rec. p. I-8905, point 28).

23 — Voir point 45.

de la fusion des deux sociétés, n'étaient pas actionnaires de la société favorisée, Aro Tubi, mais porteurs de parts de sa société mère.

51. On ne se trouverait dans l'hypothèse envisagée par l'article 4, paragraphe 2, sous b), qu'en recourant à une interprétation large de la notion de prestations effectuées par un associé, en admettant qu'elle recouvre aussi la prestation d'un actionnaire indirect, c'est-à-dire d'un actionnaire d'un actionnaire.

52. Une telle interprétation extensive paraît envisageable. Dans sa jurisprudence, la Cour a déjà jugé, dans des cas analogues, que, pour déterminer si une opération relève ou non du champ d'application de l'article 4, paragraphe 2, sous b), de la directive 69/335, il convient d'adopter une approche économique et non pas une approche formelle, fondée uniquement sur l'origine des apports [24].

53. Cependant, même si, dans le cadre d'une telle interprétation économique de la prestation effectuée par un associé, on parvenait à la conclusion que l'apport de Fratelli Gaggini à Aro Tubi peut être qualifié de prestation effectuée par un associé au profit d'Aro Tubi, cela ne suffirait pas à rendre l'article 4, paragraphe 2, sous b), applicable. Cette disposition exige en outre que la prestation effectuée par l'associé trouve sa contrepartie financière dans une modification des droits d'associé ou soit susceptible d'augmenter la valeur des actions ou parts sociales.

54. En l'espèce, nous ne nous trouvons manifestement pas dans le premier cas, la modification de droits d'associés, car les actions d'Aro Tubi n'ont été modifiées ni en nombre ni en valeur.

55. L'augmentation de la valeur des parts sociales au sens du deuxième cas de figure est également exclue ici. On pourrait certes faire valoir qu'Aro Tubi, en absorbant Fratelli Gaggini, a acquis la valeur de son avoir social et que la valeur (réelle) des actions d'Aro Tubi s'est accrue du fait de cette acquisition de biens.

56. Cette approche ne serait cependant pas conciliable avec l'interprétation économique précitée de l'article 4, paragraphe 2, sous b). En effet, si l'on se contente de la prestation fournie par un associé indirect, la conception synallagmatique de la règle veut alors que l'augmentation de la valeur des parts se produise précisément pour cet associé indirect.

57. Ce qu'il faut comparer, ce n'est donc pas la valeur (réelle) des actions d'Aro Tubi avant et après la fusion, mais la valeur (réelle) des actions obtenues par les actionnaires de Fratelli Gaggini avant l'absorption, d'une

24 — Arrêts du 13 octobre 1992, Weber Haus (C-49/91, Rec. p. I-5207, point 11), et du 17 octobre 2002, ESTAG (C-339/99, Rec. p. I-8837, point 37).

part, et la valeur des actions d'Aro Tubi qui leur ont été ensuite attribuées, d'autre part. Celles-ci ne se différencient cependant aucunement, car la valeur cumulée des entreprises est identique à la valeur de la «nouvelle» société Aro Tubi, représentée par ces actions. En définitive, la valeur du portefeuille des actionnaires n'a pas été modifiée par l'opération.

58. Il s'ensuit que, même si l'on comprend de façon économique la notion de prestations effectuées par un associé, nous ne nous trouvons pas dans l'une des hypothèses visées à l'article 4, paragraphe 2, sous b). Et ce d'autant plus que l'on exige aussi dans ce cas — même si c'est une condition non écrite — un accroissement du potentiel économique des sociétés.

59. Les autres variantes envisagées par l'article 4 de la directive 69/335 ne nous intéressent pas ici. Il ne peut pas non plus être question de qualifier les faits de l'affaire au principal au regard de l'article 10, sous c), de la directive 69/335.

60. Il n'existe donc aucune disposition qui permette d'appliquer la directive à l'hypothèse qui nous est soumise. Les règles de la directive n'interdisent par conséquent pas à un État membre de percevoir un droit d'enregistrement dans le cas d'une fusion à l'envers comme dans l'affaire au principal.

VI — Conclusion

61. C'est pourquoi nous suggérons à la Cour de répondre de la manière suivante à la question posée par la Corte suprema di cassazione:

«La directive 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, n'interdit pas de percevoir un droit d'enregistrement égal à 1 % du patrimoine de la société absorbée exigé, dans les conditions de l'affaire au principal, à l'occasion de l'absorption d'une société par une autre dont les actions étaient précédemment entièrement détenues par la société absorbée (fusion à l'envers).»