# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO TIZZANO

présentées le 11 septembre 2001 [1]

1. Par ordonnance du 9 février 2000, le Vestre Landsret (Danemark) a déféré à la Cour, en vertu de l'article 234 CE, quatre questions préjudicielles concernant l'interprétation de l'article 2, sous c) et i), 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 [2] (ci-après la «directive 90/434» ou simplement la «directive»).

## Le cadre normatif de référence

*Droit communautaire*

2. La directive 90/434 a été adoptée en vue d'éliminer les entraves d'ordre fiscal pénalisant les fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents. De ses considérants, il ressort en particulier que le régime fiscal commun instauré par la directive vise à «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».

3. L'article 1er de la directive dispose que «[c]haque État membre applique la présente directive aux opérations de fusion, de scission, d'apport d'actifs et d'échange d'actions qui concernent des sociétés de deux ou de plusieurs États membres». L'article 2 précise en outre, pour autant qu'il importe en l'espèce, que, «[a]ux 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;

1 — Langue originale: l'italien.
2 — JO L 225, p. 1.

[...]

i) branche d'activité: l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens».

4. En vertu de l'article 9 de la directive, l'article 4 s'applique aux apports d'actifs. Cette dernière disposition est libellée comme suit:

«La fusion ou la scission n'entraîne aucune imposition des plus-values qui sont déterminées par différence entre la valeur réelle des éléments d'actif ou de passif transférés et leur valeur fiscale», étant entendu que la valeur fiscale est définie comme «la valeur qui aurait été retenue pour le calcul d'un profit ou d'une perte entrant en compte pour l'assiette d'un impôt frappant le revenu, les bénéfices ou les plus-values de la société apporteuse si ces éléments d'actif et de passif avaient été vendus lors de la fusion ou de la scission mais indépendamment d'une telle opération» (article 4, paragraphe 1).

*Droit national*

5. L'article 15, sous c), de la Fusionsskattelov (loi danoise sur le régime fiscal applicable aux fusions) dispose comme suit:

«1. En cas d'apport d'actifs, les sociétés peuvent être imposées selon les dispositions de l'article 15, sous d), lorsque tant la société apporteuse que la société bénéficiaire de l'apport relèvent de la notion de société d'un État membre au sens de l'article 3 de la directive 90/434/CEE. Cette imposition présuppose toutefois une autorisation du Ligningsråd. Le Ligningsråd peut assortir cette autorisation de certaines conditions.

2. Par apport d'actifs, on entend 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. Par branche d'activité, on entend l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens».

6. Selon les indications fournies par le juge de renvoi, le régime fiscal prévu à l'arti-

cle 15, sous d), de la Fusionsskattelov en cas d'apport d'actifs «implique que ladite opération — conformément aux règles de fond de la directive sur le régime fiscal applicable aux fusions — puisse être effectuée sans imposition sur la plus-value en capital, étant entendu que la société bénéficiaire de l'apport succède, d'un point de vue fiscal, aux droits et obligations de la société apporteuse».

7. Le juge a quo a souligné en outre qu'il résulte des travaux préparatoires de la Fusionsskattelov que:

«Le projet de loi tend à introduire dans la législation fiscale danoise les modifications nécessaires pour mettre cette législation en accord avec la directive sur les fusions.

Le projet de loi tend à la mise en œuvre de règles correspondant aux règles de la directive sur les fusions, en ce qui concerne les scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés ayant toutes leur siège au Danemark.

[...]

'L'apport d'actifs' est défini à l'article 15, sous c), paragraphe 2, comme à l'article 2, sous c), de la directive sur les fusions. Une branche d'activité est définie comme à l'article 2, sous i), de la directive sur les fusions.»

**Faits et questions préjudicielles**

8. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que Randers Sport A/S (ci-après «Randers Sport»), société anonyme au capital de 300 000 DKK, demanderesse au principal, exerçait une activité de distribution en gros et au détail d'articles de sport. En 1996, en vue de réaliser une alternance de générations dans la gestion de cette société — gestion à laquelle on se proposait d'associer également deux collaborateurs de ladite société — les actionnaires de Randers Sport ont décidé de transférer leurs actifs à une nouvelle société, Randers Sport Nyt A/S (ci-après «Randers Sport Nyt»), dans le capital de laquelle entreraient, outre Randers Sport elle-même, également les deux collaborateurs.

9. La constitution de Randers Sport Nyt avait notamment pour objectif d'isoler le capital propre épargné au cours des années dans la société apporteuse et de permettre aux deux collaborateurs d'acquérir, avec un moindre investissement, un paquet substantiel d'actions de la nouvelle société, faiblement capitalisée. À cette fin, Randers Sport avait contracté un prêt considérable (d'un montant de 10 millions de DKK), le capital emprunté devant rester au sein de cette société, tandis que la dette y afférente

serait transférée à Randers Sport Nyt, ce qui entraînerait une diminution sensible de la valeur de la société bénéficiaire de l'apport. Pour trouver la liquidité nécessaire à l'exercice de son activité, cette dernière avait obtenu une ligne de crédit d'une banque, laquelle avait exigé, à titre de garantie, un nantissement sur les actions de cette société. Dans le cadre de cette opération complexe, il était enfin prévu que, outre la somme prêtée, la société apporteuse conserverait un petit paquet d'actions d'une société tierce, à l'époque en liquidation.

10. Par lettre du 6 juin 1996, la société requérante a sollicité du Ligningsråd (l'autorité administrative la plus élevée pour différentes questions du droit fiscal) l'autorisation de procéder à l'apport envisagé en bénéficiant de l'exemption fiscale visée à l'article 15, sous c) et d), de la Fusionsskattelov. Par lettre du 20 novembre 1996, le Ligningsråd a informé la requérante que l'opération ne pourrait être qualifiée d'«apport d'actif» au sens de cette disposition et échapper à l'imposition sur les plus-values qu'aux seules conditions suivantes:

i) que le capital afférent au prêt, ensemble avec la dette y relative, devait demeurer au sein de la société apporteuse ou, à défaut, être transféré globalement à la société bénéficiaire;

ii) que ni la société apporteuse, ni les principaux actionnaires personnes physiques, ni des tiers, ne devaient constituer de sûretés — que ce soit sous forme de caution, gage, consignation ou autres titres — au profit de l'entreprise bénéficiaire.

11. Pour clarifier les raisons de sa décision, le Ligningsråd a précisé, en ce qui concerne la première condition, que le lien entre l'actif et le passif considérés (respectivement, la somme empruntée et l'obligation de rembourser) était de telle nature qu'ils ne pouvaient pas être respectivement rangés dans la société apporteuse et la société bénéficiaire; il soulignait en outre que la seconde condition visait à garantir que la société bénéficiaire pourrait fonctionner par ses propres moyens.

12. Tout en contestant la décision du Ligningsråd, Randers Sport a procédé à l'apport d'actifs prévu en se conformant aux conditions fixées par cette administration. Le 15 mars 1997, elle a formé devant le Vestre Landsret un recours dirigé contre le Skatteministeriet (ministère des Finances danois) en vue de faire constater l'illégalité des conditions imposées par le Ligningsråd, qu'elle estimait fondées sur une interprétation erronée de la notion d'apport d'actifs visée dans la directive 90/434. Dans son mémoire en défense, le défendeur a contesté la recevabilité du recours au moyen que la société requérante n'avait pas d'intérêt juridique à la solution du litige, puisqu'elle s'était conformée aux conditions posées par le Ligningsråd. Par ordonnance du 27 mars 1998, cette exception a été rejetée; toutefois, le Vestre

Landsret, ayant conçu des doutes sérieux sur l'interprétation de la directive 90/434, a sursis à statuer et déféré à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les dispositions de la directive 90/434/CEE (la directive sur les fusions) doivent-elles être entendues en ce sens qu'il est contraire aux dispositions de ladite directive, notamment l'article 2, sous c) et i), que les autorités d'un État membre refusent de considérer qu'une mesure relève des dispositions de la directive concernant les apports d'actifs lorsque la transaction en cause implique que l'ensemble du patrimoine de la société apporteuse est transféré à une autre société (la société bénéficiaire de l'apport), à l'exception d'une part d'un petit paquet d'actions et, d'autre part, du capital d'un prêt contracté par la société faisant l'apport?

2) La question sous 1) appelle-t-elle une réponse différente si l'on admet que la société apporteuse a contracté le prêt dont il s'agit en vue de diminuer la valeur nette du patrimoine apporté à la société bénéficiaire de l'apport, étant entendu que le capital du prêt est destiné à rester au sein de la société apporteuse, alors que l'obligation afférente à la dette est destinée à être supportée par la société bénéficiaire de l'apport?

3) Les questions sous 1) et/ou sous 2) appellent-elles une réponse différente si l'on admet que le prêt dont il s'agit a été contracté en vue de permettre aux anciens collaborateurs de l'entreprise, dans le cadre de l'alternance de générations, de financer la souscription d'actions de la société bénéficiaire de l'apport?

4) Les dispositions de la directive sur les fusions, notamment l'article 2, sous i), doivent-elles être entendues en ce sens qu'il est contraire aux dispositions de cette directive de subordonner la reconnaissance du fait qu'une mesure relève des dispositions de la directive relatives à l'apport d'actifs à la condition que la société apporteuse, les principaux actionnaires personnes physiques, ou au reste des tiers, ne constituent pas de sûretés au profit de l'entreprise acquérante, sachant que les besoins de trésorerie futurs de la société acquérante doivent être financés par un crédit d'exploitation à consentir par un institut financier, qui entend prendre en gage les actions de la société bénéficiaire de l'apport?»

13. Dans la procédure devant la Cour sont intervenues les parties au principal, le gouvernement néerlandais et la Commission, qui ont présenté leurs observations par écrit et oralement au cours de l'audience.

## Analyse juridique

*Sur la recevabilité*

14. Même si aucune des parties n'a contesté la recevabilité du présent renvoi préjudiciel, nous devons néanmoins souligner que seules les dispositions nationales de la Fusionsskattelov, à l'exclusion de celles de la directive 90/434, sur lesquelles portent les questions soumises à la Cour, sont applicables dans l'affaire au principal. Comme on l'a vu, en effet, la directive s'applique aux seules opérations de fusion, de scission, d'apport d'actifs et d'échange d'actions *qui concernent des sociétés de deux ou de plusieurs États membres* (article 1er); en l'espèce, l'apport litigieux concerne au contraire deux sociétés danoises.

15. Même si cette circonstance pouvait amener à douter de la recevabilité du renvoi préjudiciel, nous devons toutefois souligner, à l'instar du Vestre Landsret, que la Fusionsskattelov, ainsi qu'il résulte clairement de ses travaux préparatoires, transpose dans l'ordre juridique national la directive 90/434, en étendant également à des situations purement internes les solutions empruntées à celle-ci. Or, comme l'a observé la Commission, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser, justement par référence à la directive 90/434, qu'elle était «compétente, au titre de l'article 177 du traité, pour interpréter le droit communautaire lorsque celui-ci ne régit pas directement la situation en cause, mais que le législateur national a décidé, lors de la transposition en droit national des dispositions d'une directive, d'appliquer le même traitement aux situations purement internes et à celles régies par la directive, en sorte qu'il a aligné sa législation interne sur le droit communautaire». Selon la Cour, en effet, «lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues en droit communautaire afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou [...] d'éventuelles distorsions de concurrence, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer». La Cour a toutefois souligné que «dans un tel cas, et dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles entre les juridictions nationales et la Cour prévue par l'article 177, il appartient au seul juge national d'apprécier la portée exacte de ce renvoi au droit communautaire, la compétence de la Cour étant limitée à l'examen des seules dispositions de ce droit» [3].

16. Eu égard à cette orientation jurisprudentielle non équivoque et à l'identité substantielle des situations, nous ne croyons pas que l'on puisse déclarer irrecevable le renvoi opéré par le Vestre Landsret.

3 — Arrêt du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161, points 32 à 34).

*En ce qui concerne les trois premières questions*

17. Cela dit, et pour en venir aux questions déférées par le juge danois, nous estimons pouvoir analyser conjointement les trois premières questions, étant donné qu'elles tournent en substance autour d'une question unique de fond, à savoir si l'article 2, sous c) et i), de la directive 90/434 exclut ou non que l'exonération des plus-values visée à l'article 4 de cette même directive s'applique dans le cas où une société transfère l'ensemble de son patrimoine à une autre société, à l'exception, d'une part, d'un petit paquet d'actions et, d'autre part, du capital afférent à un emprunt contracté par la société apporteuse. Pour préciser encore cette question, la juridiction de renvoi s'interroge sur l'importance qu'il y a lieu d'attacher à cet égard au fait que l'opération a été réalisée en vue de réduire la valeur nette de l'apport ainsi opéré, avec pour objectif de favoriser un processus d'alternance de générations dans la gestion de l'activité sociale.

18. Pour répondre au juge de renvoi, il convient tout d'abord de rappeler que, suivant la définition contenue dans la directive elle-même, constitue un 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» [article 2, sous c)].

19. En conséquence, pour rentrer dans la notion d'apport d'actifs trois conditions doivent être satisfaites:

— il faut que la société apporteuse ne soit pas dissoute;

— il faut que l'apport concerne la totalité ou une ou plusieurs branches d'activités de la société apporteuse;

— il faut que cette société obtienne, en contrepartie de l'apport, la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire.

20. Pour ce qui concerne le cas présentement en cause, la première condition ne pose pas de problèmes particuliers, puisqu'il est hors de doute que la société apporteuse n'a pas été dissoute. Il est plus difficile en revanche d'établir si en l'espèce la totalité ou une ou plusieurs des branches de son activité ont été effectivement transférées à la société bénéficiaire.

21. Selon la requérante au principal, le transfert de l'ensemble des activités d'une société se réalise chaque fois que les éléments de l'actif et du passif transférés à la

société bénéficiaire constituent une entité économique autonome, capable de fonctionner par ses propres moyens. Aucune importance ne devrait en revanche être attachée au fait que certains actifs, comme en l'espèce le montant de l'emprunt, ont été maintenus au sein de la société apporteuse; s'il en était autrement, toujours selon l'avis de la requérante, on trahirait la ratio de la directive, qui vise à favoriser les opérations dont il s'agit en éliminant, autant que possible, les obstacles de nature fiscale créés par les législations des États membres. Selon les autres parties, au contraire, la condition dont il s'agit n'est pas satisfaite dès lors qu'une entité comprenant des éléments d'actif et de passif, comme précisément l'emprunt contracté par Randers Sport, est artificiellement répartie entre la société apporteuse et la société bénéficiaire.

22. Cette dernière thèse nous paraît plus convaincante. En effet, l'article 2, sous i), de la directive prévoit que, en cas d'apport d'une branche d'activité, «*l'ensemble des éléments d'actif et de passif* d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens» (c'est nous qui soulignons) fait l'objet du transfert. Le législateur communautaire a donc estimé nécessaire, dans une telle hypothèse, que les éléments d'actif et de passif inhérents à une activité déterminée, présentant des caractéristiques particulières d'autonomie, soient transférés dans leur globalité. Le non-transfert d'un élément de l'actif inhérent à cette activité ne permettrait donc pas de qualifier l'opération comme un apport d'une branche d'activité au sens de l'article 2 de la directive; corrélativement, l'apport d'une branche d'activité au sens de l'article 2 de la directive ne pourrait pas justifier le transfert d'un élément de passif inhérent à une activité distincte demeurée au sein de la société apporteuse.

23. La requérante au principal objecte à cet égard qu'il n'y a pas eu en l'espèce apport d'une branche d'activité, mais transfert de l'ensemble de l'activité de la société apporteuse; hypothèse qui, elle, ne requiert pas expressément le transfert de «l'ensemble des éléments d'actif et de passif». Observons toutefois que, si une telle condition est requise en cas de transfert d'une branche d'activité, elle devrait à plus forte raison s'imposer si l'opération comprend l'ensemble des activités de la société apporteuse; nous considérons plutôt que, si la condition n'a pas été expressément rappelée pour cette dernière hypothèse, c'est précisément parce qu'elle est considérée comme coulant de source.

24. Mais, indépendamment de cette remarque, nous ne sommes nullement convaincu qu'il s'agit, en l'espèce, du transfert de l'ensemble des activités de la société apporteuse. Le prêt, d'un montant élevé (plus de trente fois supérieur au capital social), a été en effet contracté avant que ne soit effectué l'apport, dans l'idée que le montant y relatif resterait dans le patrimoine de la société apporteuse: il n'était apparemment pas destiné à financer l'activité de distribution d'articles de sport ultérieurement transférée à Randers Sport Nyt, ni à être distribué aux associés sous forme de dividendes (auquel

cas il aurait bien entendu été soumis à l'imposition fiscale régulière). Quel que soit l'emploi réservé à la somme empruntée (même s'il s'agit d'un emploi simplement financier), il est certain que celle-ci était destinée à une activité différente de celle transférée à la société bénéficiaire et représentait donc, au moins potentiellement, une branche d'activité distincte demeurée au sein de la société apporteuse. Dans l'affaire présentement en cause, on ne peut donc pas estimer que la totalité de l'activité de Randers Sport allait être transférée à la société bénéficiaire. Au contraire, le caractère anormal de l'opération dont il s'agit résidait précisément dans le fait que la société bénéficiaire se voyait transférer l'activité de commercialisation des articles de sport ensemble avec l'obligation de rembourser un capital destiné à une activité différente: activité qui, débarrassée de l'élément de passif y relatif, devait au contraire rester au sein de la société apporteuse.

25. Les caractéristiques particulières de l'opération en cause nous amènent donc à exclure que celle-ci constitue un apport d'actifs au sens de l'article 2 de la directive, étant donné que les éléments d'actif et de passif de la dette contractée par la société apporteuse devaient être répartis entre cette dernière et la société bénéficiaire. Ajoutons que cette conclusion découle à notre sens des caractéristiques structurelles et objectives de l'opération, indépendamment des finalités qu'elle poursuit; le fait que l'opération se soit avérée nécessaire pour réduire la valeur de l'activité apportée à Randers Sport Nyt afin de favoriser un processus d'alternance de générations importe peu à cet égard.

26. Pour être complet, nous devons également rappeler que, de l'avis de la Commission, l'opération envisagée en l'espèce ne satisferait pas non plus à la troisième des conditions ci-dessus rappelées, visées à l'article 2 de la directive, à savoir que l'apport doit avoir pour contrepartie la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire. Selon la Commission, en effet, la société bénéficiaire devrait en l'espèce, en échange de l'apport, endosser la dette relative au prêt contracté par la société apporteuse; l'opération s'analyserait donc en réalité en une sorte de vente et, en tant que telle, ne rentrerait pas dans la définition visée à l'article 2 de la directive. Il nous semble toutefois que la Commission néglige le fait que, en échange des différents éléments d'actif et de passif apportés à Randers Sport Nyt, Randers Sport aurait dû obtenir exclusivement des actions de la société bénéficiaire: nous ne voyons pas dès lors en quoi consisterait l'opération d'achat et de vente évoquée par cette institution.

27. Avant de conclure sur les trois premières questions préjudicielles, nous devons enfin évoquer brièvement la circonstance — expressément rappelée par le juge a quo — que la société apporteuse conserverait un petit paquet d'actions d'une société tierce; il s'agit en effet d'apprécier si cette circonstance peut influer sur la qualification de l'opération en tant qu'apport d'actifs au sens de l'article 2 de la directive. À cet égard, nous nous contenterons cependant d'observer que, si le maintien d'une participation en actions, dans le chef de la société apporteuse, pourrait être de nature à exclure un transfert de l'en-

semble des activités de cette dernière à la société bénéficiaire, on ne saurait en dire autant du transfert d'une branche d'activité totalement indépendante de ladite participation.

28. En conclusion, nous proposons de répondre aux trois premières questions en ce sens qu'il n'y a pas apport d'actifs au sens de l'article 2, sous c) et i), de la directive 90/434, s'agissant d'une transaction prévoyant le maintien, dans le chef de la société apporteuse, du montant d'un prêt contracté par cette dernière et le transfert à la société bénéficiaire des obligations y afférentes, abstraction faite des finalités poursuivies à travers cette répartition de l'élément d'actif et de passif du prêt. En revanche, on peut concevoir un apport d'actifs au sens de l'article 2, sous c) et i), de la directive si, dans l'hypothèse d'un transfert d'une branche d'activité, la société apporteuse conserve une participation autonome consistant en des actions d'une société tierce.

*En ce qui concerne la quatrième question*

29. À travers sa quatrième question préjudicielle, le juge a quo demande en substance si l'article 2, sous c) et i), de la directive 90/434 permet aux autorités compétentes des États membres d'écarter l'application de l'exonération fiscale des plus-values visée à l'article 4 de la directive lorsque la société apporteuse ou des tiers constituent une garantie en faveur de la société bénéficiaire, de sorte que l'on pourrait douter de l'autonomie de la société bénéficiaire.

30. Toutes les parties semblent s'accorder en substance pour considérer que, en vertu de l'article 2 de la directive, la société bénéficiaire de l'apport doit être économiquement autonome et doit pouvoir fonctionner par ses propres moyens. Elles parviennent toutefois à des conclusions différentes pour ce qui est du cas présentement en cause, essentiellement parce qu'elles évaluent de manière différente la condition imposée en l'espèce par le Ligningsråd.

31. En particulier, le gouvernement danois justifie cette condition parce que, à son avis, le fait que la société apporteuse doive donner en gage les actions de la société bénéficiaire pour garantir le crédit d'exploitation qu'elle a obtenu démontrerait l'impossibilité pour cette dernière de fonctionner par ses propres moyens. Dans le même sens, mais sans se prononcer spécifiquement sur la condition imposée par le Ligningsråd, le gouvernement néerlandais souligne que l'autonomie de l'entreprise bénéficiaire doit être exclue lorsque, en considération des modalités de l'apport (y compris la présence d'une dette importante à charge de la société bénéficiaire), cette dernière n'est pas en mesure de fonctionner sans une garantie de la société apporteuse, lui permettant d'obtenir un crédit d'exploitation. La société requérante au principal et la Commission reprochent au contraire au Ligningsråd d'avoir imposé cette condition

en termes absolus, sans procéder à une vérification spécifique au regard de l'autonomie effective de la société bénéficiaire.

32. Pour ce qui nous concerne, nous estimons nous aussi que la société bénéficiaire doit être indépendante de celle qui a procédé à l'apport et qu'elle doit avoir des moyens appropriés pour exercer son activité économique, en recourant éventuellement au crédit dans les conditions normales du marché. C'est ce que prévoit expressément l'article 2, sous i), de la directive lorsqu'il prévoit le transfert d'une branche d'activité, laquelle, comme on l'a vu, doit être constituée d'un «ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens». Mais on doit parvenir à la même conclusion également — et même, à plus forte raison — dans le cas d'un transfert de l'ensemble de l'activité d'une société. Nous sommes néanmoins d'accord avec la requérante au principal, avec la Commission et avec le gouvernement néerlandais pour considérer qu'il y a lieu, à cette fin, pour les autorités nationales, d'effectuer une évaluation au cas par cas pour tenir compte des particularités de chaque cas d'espèce. En particulier, lorsque la société apporteuse garantit un crédit contracté par la société bénéficiaire, les autorités nationales doivent apprécier si cette garantie est indispensable pour permettre à la société bénéficiaire d'exercer son activité. Dans l'affirmative, on doit considérer que cette dernière n'est pas en mesure de fonctionner par ses propres moyens et que, par conséquent, l'opération ne peut pas être considérée comme étant un apport d'actifs au sens de l'article 2, sous c) et i), de la directive.

33. Il appartient au juge a quo d'apprécier, à la lumière des circonstances du cas d'espèce, si cette évaluation a effectivement été opérée par le Ligningsråd et si la conclusion à laquelle ce dernier est parvenu est correcte. Pour ce qui importe présentement, nous nous bornerons à observer que, aux fins d'une telle appréciation, il peut être important de vérifier, à la lumière de la réglementation nationale, si l'intervention de la société apporteuse (qui a donné en gage les actions de la société bénéficiaire pour lui permettre d'obtenir un crédit d'exploitation) implique sa responsabilité vis-à-vis de la banque créancière: cette circonstance peut en effet donner à penser qu'en l'absence de cette intervention, la société bénéficiaire n'aurait pas réussi à obtenir sur le marché les ressources financières pour exercer normalement son activité. Répétons toutefois que l'appréciation de ce point doit être laissée au juge a quo.

34. En conclusion, nous proposons de répondre à la quatrième question en ce sens que, en cas d'apport d'actifs au sens de l'article 2, sous c) et i), de la directive 90/434, la société bénéficiaire doit être autonome par rapport à la société apporteuse et qu'elle doit disposer de moyens appropriés pour l'exercice de son activité économique, en recourant éventuellement au crédit dans les conditions normales du marché. Dans l'hypothèse où la société apporteuse garantit un emprunt contracté par la société bénéficiaire, les autorités nationales doivent apprécier si cette garantie est indispensable pour permettre à la société bénéficiaire d'exercer son activité: dans l'affirmative, on doit considérer que cette dernière n'est pas en mesure de fonctionner par ses propres moyens.

## Conclusions

À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons de répondre aux questions préjudicielles formulées par le Vestre Landsret, comme suit:

«Il n'y a pas apport d'actifs au sens de l'article 2, sous c) et i), 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, s'agissant d'une transaction prévoyant le maintien, dans le chef de la société apporteuse, du montant d'un prêt contracté par cette dernière et le transfert à la société bénéficiaire des obligations y afférentes, abstraction faite des finalités poursuivies à travers cette répartition de l'élément d'actif et de passif du prêt. En revanche, on peut concevoir un apport d'actifs au sens de l'article 2, sous c) et i), de la directive 90/434 si, dans l'hypothèse du transfert d'une branche d'activité, la société apporteuse conserve une participation autonome consistant en des actions d'une société tierce.

Pour qu'une transaction puisse être considérée comme un apport d'actifs au sens de l'article 2, sous c) et i), de la directive 90/434, la société bénéficiaire doit être autonome par rapport à la société apporteuse et elle doit disposer de moyens appropriés pour l'exercice de son activité économique, en recourant éventuellement au crédit dans les conditions normales du marché. Dans l'hypothèse où la société apporteuse garantit un emprunt contracté par la société bénéficiaire, les autorités nationales doivent apprécier si cette garantie est indispensable pour permettre à la société bénéficiaire d'exercer son activité: dans l'affirmative, on doit considérer que cette dernière n'est pas en mesure de fonctionner par ses propres moyens.»