

3.2

Déduction des pertes définitives des filiales européennes au sein de l'intégration fiscale : genèse et perspectives



Vincent RENOUX
Avocat associé, Stehlin & Associés



Aurélia DAMAS
Avocat, Stehlin & Associés

La saga sur la déduction des pertes devenues définitives de filiales européennes, qui a débuté avec la décision fondatrice *Marks & Spencer* de 2005 (V. § 1) et s'est poursuivie avec une série de jurisprudences, tant européennes (*X Holding BV*, *Commission c/ Royaume-Uni*, *A Oy, A/S Bevola, NN/AS*) (V. § 4) que nationales (*Sté Agapes*,

Groupe Lucien Barrière) (V. § 11), se prolonge aujourd'hui au travers des récentes décisions *Holmen AB* et *Memira Holding AB*, lesquelles, si elles ont le mérite d'apporter de nouvelles précisions quant à la notion de pertes définitives, laissent toutefois persister de nombreuses incertitudes (V. § 15).

I. La jurisprudence *Marks & Spencer* et ses origines : confrontation entre les principes de territorialité de l'impôt et de liberté d'établissement

1. C'est sur le fondement du principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, posé à l'article 209, I du code général des impôts (CGI), que les entreprises françaises ne peuvent déduire en France les pertes réalisées par leurs filiales ou leurs établissements stables étrangers.

S'agissant plus particulièrement du cas des sociétés membres d'une intégration fiscale, le principe de territorialité est transposé à l'article 223 A du CGI, lequel conditionne le droit d'imputer sur le résultat d'ensemble du groupe les pertes subies par une filiale à son appartenance au groupe intégré. Dès lors, les dispositions de l'article 223 A du CGI excluent que le déficit de la filiale européenne d'une société française puisse être déduit au niveau du résultat d'intégration fiscale

en France, et ce, quelle que soit la nature - définitive ou non - et la raison - décision de l'État membre ou liquidation de la filiale - de ce déficit.

Ce principe de droit interne entre en contradiction avec le principe européen issu des dispositions combinées des articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui interdit les restrictions à la liberté d'établissement des sociétés d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre, cette interdiction s'appliquant tant à l'État d'accueil qu'à l'État d'origine de la société¹.

Comment combiner ce principe de territorialité inhérent aux droits nationaux avec le principe de liberté d'établissement, pilier du droit de l'Union ?

Pour que le principe de la liberté d'établissement posé par l'article 49 du TFUE soit respecté, il faudrait que les filiales européennes puissent faire partie du même groupe

1 V. not. CJCE, 27 sept. 1988, C- 81/87, *Daily Mail*, pt 16. - CJUE, 29 nov. 2011, C-371/10, *National Grid Indus BV*, pt 35. - CJUE, 17 juill. 2014, C-48/13, *Nordea Bank*, pt 18.

d'intégration fiscale que les filiales nationales, ce que ne permet l'article 223 A du CGI précité. Toutefois, afin d'éviter aux États membres d'encourir certains risques de nature à impacter leur régime fiscal national, l'article 49, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), autorise exceptionnellement des dérogations au principe de la liberté d'établissement. Ainsi, les filiales européennes peuvent, sans que cela ne soit contraire au TFUE, être exclues des intégrations fiscales nationales. En contrepartie d'une telle exclusion, les préjudices résultant de cette entrave à la liberté d'établissement doivent, lorsqu'ils surviennent, être « réparés » par les législations nationales.

2. Au travers de sa décision *Marks & Spencer* du 13 décembre 2005², la CJUE n'a fait qu'appliquer ces règles qui découlent directement du principe de liberté d'établissement. Après avoir qualifié d'entrave à la liberté d'établissement l'impossibilité pour une société mère britannique d'imputer les pertes de filiales européennes dans le cadre du régime du régime du *group relief*³, la CJUE a néanmoins considéré cette restriction comme temporairement justifiée afin d'éviter un risque de double déduction des pertes et d'évasion fiscale, ainsi que de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres en ne laissant pas le groupe choisir dans quel État il impute ses pertes.

La CJUE a nuancé son propos en précisant - point clé de la décision - que l'entrave à la liberté d'établissement devait cesser lorsqu'elle devenait disproportionnée, voire sans objet quand les risques qu'elle permettait d'éviter ont disparu, ce qui est notamment le cas lorsque « la filiale non-résidente a épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui existent dans son État de résidence » et qu'« il n'existe pas de possibilité pour que les pertes de la filiale étrangère puissent être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers, notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci »⁴.

Dans cette hypothèse, ce que l'on a surnommé l'« exception *Marks & Spencer* » impose à l'État de résidence de la société mère de réparer le préjudice subi du fait de l'entrave à la liberté d'établissement en autorisant l'imputation des pertes cumulées de la filiale européenne qui n'ont pas pu être imputées au fil des exercices passés au niveau du groupe, sous réserve bien entendu que ladite filiale remplisse les conditions qui lui auraient permis d'appartenir au groupe si elle avait été établie dans le même État que sa société mère. Nous visons ici notamment la condition de détention de la filiale.

2 CJCE, gde ch., 13 déc. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer plc c/ David Halsey* (Her Majesty's Inspector of Taxes).

3 Il s'agit du dispositif britannique de dégrèvement de groupe qui offre la possibilité de transférer aux sociétés mères résidentes les pertes excédentaires constatées au niveau individuel des filiales résidentes, ou non résidentes exerçant une activité économique au Royaume-Uni, mais exclut cette possibilité pour les autres filiales non résidentes.

4 *Ibidem*, pt 55.

II. Oscillation des jurisprudences postérieures : entre restriction et extension de l'exception *Marks & Spencer*

3. La décision *Marks & Spencer* a été suivie par deux courants de jurisprudence distincts : l'un reconnaissant la possibilité d'imputation des pertes européennes et tendant à préciser les cas d'application de l'exception *Marks & Spencer*, l'autre semblant refuser une telle possibilité et validant les régimes d'intégration fiscale qui n'autorisent pas l'imputation des pertes européennes au regard du principe de liberté d'établissement.

A. La jurisprudence européenne

4. S'agissant dans un premier temps de la jurisprudence européenne, plusieurs affaires ont été l'occasion pour la CJUE de délimiter progressivement le périmètre d'application de l'exception *Marks & Spencer*.

5. Cette exception a tout d'abord été étendue à la situation où les pertes avaient été générées par des établissements stables⁵.

Puis en 2010, l'arrêt *X Holding BV*⁶ a semé la confusion sur la portée exacte de la jurisprudence *Marks & Spencer*. Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur la compatibilité avec la liberté d'établissement du régime d'intégration fiscale néerlandais qui interdit la constitution d'une entité unique avec une filiale non-résidente, à l'instar du régime d'intégration fiscale français. La CJUE a considéré que l'entrave à la liberté d'établissement était justifiée par la nécessité de préserver une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres. En effet, « la société mère pouvant décider à son gré de constituer une entité fiscale avec sa filiale et de dissoudre cette entité tout aussi librement d'une année à l'autre, la possibilité d'inclure dans l'entité fiscale unique une filiale non-résidente reviendrait à lui laisser la liberté de choisir le régime fiscal applicable aux pertes de cette filiale et le lieu où celles-ci seraient prises en compte ».

Partant, la CJUE a validé le régime d'intégration fiscale néerlandais, dans son ensemble, sans se prononcer ni émettre de réserve quant à la prise en compte des pertes définitives d'une filiale non-résidente : « il y a lieu de répondre à la question posée que les articles 43 CE et 48 CE ne s'opposent pas à la législation d'un État membre qui ouvre la possibilité, pour une société mère, de constituer une entité fiscale unique avec sa filiale résidente, mais empêche la constitution d'une telle entité fiscale unique avec une filiale non-résidente dès lors que les bénéfices de cette dernière ne sont pas soumis à la loi fiscale de cet État membre »⁷.

5 CJUE, 15 mai 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*.

6 CJUE, 25 févr. 2010, C-337-08, *X Holding BV*.

7 CJUE, 25 févr. 2010, C-337-08, *X Holding BV*, pt 43.

Cet arrêt a par conséquent pu être interprété comme un refus de la part de la CJUE d'appliquer l'exception *Marks & Spencer* en présence d'un mécanisme de consolidation fiscale globale tels que les régimes d'intégration fiscale néerlandais et français.

6. Cependant, cette interprétation de l'arrêt *X Holding BV* doit, *a posteriori*, être nuancée dans la mesure où la Cour a précisé cinq ans plus tard dans une **décision Groupe Steria SCA** qu'« il ne saurait toutefois être déduit de l'arrêt *X Holding* [...] que toute différence de traitement entre des sociétés appartenant à un groupe fiscal intégré, d'une part, et des sociétés n'appartenant pas à un tel groupe, d'autre part, est compatible avec l'article 49 TFUE. En effet, dans ledit arrêt, la Cour a seulement examiné la condition de résidence en tant que condition d'accès à un régime d'intégration fiscale et a jugé que cette condition était justifiée, en tenant compte du fait qu'un tel régime permet le transfert des pertes à l'intérieur du groupe fiscal intégré. En ce qui concerne les avantages fiscaux autres que le transfert des pertes à l'intérieur du groupe fiscal intégré, il convient, par conséquent, d'examiner séparément [...] la question de savoir si un État membre peut réserver ces avantages aux sociétés faisant partie d'un groupe fiscal intégré et, partant, les exclure dans des situations transfrontalières »⁸.

La **jurisprudence A Oy**⁹ de 2013 avait également entre temps donné un nouvel espoir aux groupes intégrés français en autorisant, dans le cadre d'une opération de fusion transfrontalière, l'imputation par la société mère absorbante des pertes de sa filiale européenne absorbée dès lors que cette dernière avait épuisé les possibilités de prise en compte des pertes existantes dans son État de résidence. Bien que cette décision ait été rendue au sujet d'une fusion transfrontalière, un raisonnement par analogie permettait d'en tirer des conséquences pour le régime de l'intégration fiscale.

Les jurisprudences *A Oy* et *Groupe Steria SCA* ont ainsi permis de confirmer l'absence de portée générale de l'arrêt *X Holding BV*.

7. Si cela n'avait pas suffi à en convaincre certains quant à la pérennité de l'exception *Marks & Spencer* (notamment l'Avocat général Kokott qui n'a cessé de la critiquer et a même proposé son abandon pur et simple¹⁰), la CJUE a réaffirmé, dans la **décision Commission c/ Royaume-Uni du 3 février 2015**¹¹, la possibilité pour une société résidente d'un État membre de prendre en compte les pertes réalisées par une filiale résidente d'un autre État membre lorsque ces pertes sont devenues définitives, en se référant explicitement à sa jurisprudence *Marks & Spencer*. La CJUE a également précisé la notion de « pertes définitives » au sens de cette jurisprudence en refusant la déduction des pertes lorsque l'État de résidence de la filiale exclut toute possibilité de report des pertes (la possibilité d'utilisation des pertes par la filiale dans son État de résidence n'ayant alors jamais existé juridiquement) ou

que ladite filiale percevait des recettes, mêmes minimales (en effet, tant que la filiale continue de percevoir des recettes, il existe une possibilité d'utilisation de ses pertes dans son État de résidence).

8. Toutefois, il a fallu attendre deux arrêts rendus en 2018 pour que la CJUE se prononce pour la première fois sur l'application de l'exception *Marks & Spencer* dans le contexte particulier d'une intégration fiscale et d'établissements stables non-résidents :

- dans l'**arrêt A/S Bevola du 12 juin 2018**¹², la CJUE a statué sur la déduction des pertes définitives d'un établissement stable non résident. La législation danoise litigieuse ne permettait pas, en l'absence d'option pour l'intégration fiscale « internationale », l'imputation des pertes devenues définitives d'un établissement stable non résident sur le résultat fiscal du groupe national. La CJUE a jugé cette législation contraire à la liberté d'établissement lorsque la preuve du caractère définitif des pertes de l'établissement stable est établie, transposant ainsi l'exception *Marks & Spencer* au cas des établissements stables non résidents déficitaires. En plus d'étendre la jurisprudence *Marks & Spencer*, la CJUE a complété les motifs pouvant mener à caractériser de disproportionnée une restriction à la liberté d'établissement en invoquant la notion de « capacité contributive ». Elle a en effet jugé qu'« une législation telle que celle en cause au principal va au-delà de ce qui est nécessaire pour poursuivre les objectifs visés aux points 41 à 53 du présent arrêt. En effet, l'adéquation entre l'imposition et la capacité contributive de la société est davantage garantie si la société qui détient un établissement stable dans un autre État membre est autorisée, dans ce cas précis, à déduire de son résultat imposable les pertes définitives attribuables à cet établissement »¹³ ;

- dans l'**arrêt NN A/S du 4 juillet 2018**¹⁴, cette exception *Marks & Spencer* a été étendue aux pertes de l'établissement stable danois d'une filiale suédoise, elle-même détenue par un groupe intégré danois dont elle n'était pas membre. La CJUE a en effet jugé que, dans l'hypothèse où il n'existe plus aucune possibilité de déduire les pertes de la filiale non résidente attribuables à l'établissement stable résident, dans l'État membre de ladite filiale, alors, empêcher la déduction de ces pertes au niveau du groupe intégré est contraire à la liberté d'établissement. À nouveau, la CJUE s'est référée à la notion de capacité contributive, cette fois-ci pour démontrer la comparabilité des situations entre un groupe purement national et un groupe détenant un établissement stable déficitaire par l'intermédiaire d'une filiale non résidente : « il importe néanmoins de réserver l'hypothèse où il n'existe plus aucune possibilité de déduire les pertes de la filiale non-résidente attribuables à l'établissement stable résident dans l'État membre où la filiale est établie. En effet, dans cette hypothèse, le groupe dont la filiale est située dans un autre État membre ne se trouve pas dans une situation différente de celle du groupe purement national au regard de l'objectif de prévention de la

8 CJUE, 2 sept. 2015, C-386/14, Groupe Steria SCA, pts 27 et 28.

9 CJUE, 21 févr. 2013, C-123/11, A Oy.

10 V. not. les conclusions de l'Avocat général Kokott sous les affaires *A Oy* (pts 1 à 3) et *Commission c/ Royaume-Uni* (pts 50 à 52).

11 CJUE, 3 févr. 2015, C-172/13, Commission c/ Royaume-Uni.

12 CJUE, gde ch., 12 juin 2018, C-650/16, A/S Bevola.

13 *Ibidem*, pt 59.

14 CJUE, 4 juill. 2018, C-28/17, NN A/S.

double déduction de ses pertes. **La capacité contributive des deux groupes est alors affectée de la même manière par les pertes de leur établissement stable résident** »¹⁵.

9. Dans une autre affaire jugée en 2018, *Sofina*¹⁶, dans laquelle les dividendes versés par une société française à trois sociétés belges déficitaires avaient subi une retenue à la source de 15%, objet du litige, la CJUE a considéré que « la réglementation nationale en cause au principal est susceptible de procurer un avantage aux sociétés résidentes en situation déficitaire, dès lors qu'il en résulte à tout le moins un avantage de trésorerie, voire une exonération en cas de cessation d'activités, alors que les sociétés non-résidentes subissent une imposition immédiate et définitive indépendamment de leur résultat »¹⁷. **La Cour s'est donc fondée sur l'existence à la fois d'un préjudice de trésorerie** (résultant de la différence de traitement entre les sociétés françaises déficitaires dont les dividendes ne sont pas imposés, et les sociétés non-résidentes qui subissent une retenue à la source malgré leur situation déficitaire) **et d'un risque d'imposition définitive** (dans le cas où la société non-résidente déficitaire cesse son activité) **pour admettre que la réglementation française en matière de retenue à la source constituait une entrave non justifiée à la libre circulation des capitaux**.

Même si la jurisprudence *Sofina* ne concerne pas directement la question de l'imputabilité des déficits d'une filiale non résidente, elle traduit une mouvance de la CJUE vers la reconnaissance de la spécificité des sociétés européennes en situation déficitaire¹⁸ ; spécificité que les principes du droit de l'Union doivent alors régir.

10. En résumé, si l'on nuance la décision *X Holding BV*, sujette à controverse, l'orientation jurisprudentielle de la CJUE est plutôt encline à l'application extensive de la jurisprudence *Marks & Spencer*.

B. La jurisprudence française

11. S'agissant dans un second temps de la jurisprudence française, deux décisions ont défrayé la chronique, la première semblant refuser l'application de l'exception *Marks & Spencer* dans le contexte de l'intégration fiscale française, la seconde acceptant à l'inverse son application.

12. Dans la **décision Sté Agapes du 15 avril 2015**¹⁹, le Conseil d'État, infirmant la position adoptée plus tôt dans la même affaire par la Cour administrative d'appel de Versailles, a validé, au regard de la liberté d'établissement, le régime de

l'intégration fiscale française empêchant l'imputation sur le résultat d'ensemble d'un groupe des pertes subies par une filiale polonaise et une sous-filiale italienne qui étaient devenues inutilisables dans leur État de résidence en vertu des législations polonaise et italienne.

Si cette jurisprudence a pu être interprétée comme un refus de la part du Conseil d'État de transposer la jurisprudence *Marks & Spencer* au régime d'intégration fiscale français, il convient toutefois de nuancer ce propos car, **en réalité, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la solution qu'il aurait rendu si les pertes des filiales et sous-filiales non-résidentes avaient été définitives, dès lors qu'elles ne l'étaient pas en l'espèce**. Les législations polonaise et italienne auxquelles étaient soumises les sociétés non résidentes avaient en effet empêché le report des déficits, et les sociétés continuaient d'exister et surtout de produire des recettes. Dans ces conditions, il est impossible de savoir ce qu'aurait jugé le Conseil d'État si les pertes de la filiale et de la sous-filiale non résidentes avaient été définitives. En outre, il faut noter que le Conseil d'État n'a pas posé de question préjudicielle, ce qui peut être considéré comme validant la thèse d'une décision limitée dans sa portée aux pertes devenues définitives du fait de la législation interne de l'autre État membre, ce qui a déjà été clairement jugé par la CJUE²⁰.

En revanche, les conclusions d'Emilie Bokdam-Tognetti sur cette affaire méritent que l'on s'y attarde car, contrairement à la décision du Conseil d'État qui laisse planer un doute quant à la déductibilité des pertes définitives de filiales non résidentes, les conclusions du rapporteur public sont limpides et rejettent catégoriquement la possibilité d'imputer des pertes définitives : « Si l'on jugeait que le fait de réserver l'imputation des pertes dans le cadre de l'intégration fiscale aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés en France n'est compatible avec la liberté d'établissement qu'à la condition de réserver le cas des pertes finales - dont on sait depuis l'arrêt du 3 février 2015 [jurisprudence *Commission c/ Royaume-Uni*] qu'il ne peut s'agir que des pertes de filiales ayant cessé définitivement toute activité - **cela reviendrait à dire qu'il faudrait intégrer la filiale dans le groupe fiscal une fois qu'elle est liquidée - ce qui peut sembler étrange... - et surtout à admettre la dissociation de la prise en compte des bénéfices et de l'imputation des pertes, c'est-à-dire à dénaturer le régime d'intégration pour le transformer en simple mécanisme d'imputation des pertes passées. [...]** En réalité, la réserve *Marks & Spencer* ne nous paraît adaptée que pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'établissement de systèmes se bornant à autoriser les cessions intragroupes de pertes qui sont ainsi "échangées" entre sociétés liées [à l'instar du group relief britannique], les bénéfices restant quant à eux distincts et imposables au niveau de chaque société, **mais n'est pas transposable aux régimes d'intégration fiscale globaux tels les régimes néerlandais et français, aboutissant à l'imposition d'un résultat fiscal unique au niveau de la tête de groupe** ».

Tout d'abord, l'admission de l'imputation des pertes définitives des filiales non résidentes ne s'analyse pas comme

15 Ibidem, pt 35.

16 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, *Sofina SA, Rebelco SA et Sidro SA*.

17 Ibidem, pt 34.

18 Pour une interprétation intéressante de la portée de cette décision, v. CFE ECJ Task Force, Opinion Statement ECJ-TF 3/2019 on the CJEU decision of 22 November 2018 in Case C-575/17, *Sofina*, on withholding taxes, losses and territoriality, soumise aux institutions européennes le 10 octobre 2019.

19 CE, 15 avr. 2015, n° 368135, *Sté Agapes*.

20 V. la décision précitée *Commission c/ Royaume-Uni*.

une inclusion *a posteriori* de ces filiales dans le groupe intégré mais seulement comme le moyen d'éviter que la restriction apportée par le droit français à la liberté d'établissement ne présente un caractère disproportionné. En effet, si l'on interdit l'intégration en France des filiales européennes non résidentes, on ne peut pas ensuite rétroactivement leur demander de faire comme si elles avaient été intégrées. Il serait particulièrement délicat de demander rétroactivement à la société d'avoir fourni les éléments qui auraient dû être fournis si la filiale avait été résidente afin de pouvoir l'intégrer (lettre d'option, nouveau périmètre d'intégration par exemple), demande par nature impossible à satisfaire et qui reviendrait à inventer des conditions d'intégration d'une filiale non résidente qui n'existent pas. En effet, ce n'est pas à la société de subir les conséquences de l'inertie du législateur français qui n'a pas ressenti (contrairement au législateur britannique) le besoin de transposer la jurisprudence *Marks & Spencer* en droit interne en autorisant l'imputation des pertes définitives de la filiale européenne d'un groupe intégré français. Dès lors, faute de conditions spécifiques, l'imputation des pertes en France des filiales européennes non résidentes nous semble devenir libre.

Ensuite, la tendance au cantonnement de la jurisprudence *Marks & Spencer* au seul *group relief* britannique, au motif qu'il n'est pas identique au mécanisme de l'intégration fiscale française, fait penser à ce même cantonnement décidé par le Conseil d'État en matière de précompte/avoir fiscal²¹ et au refus de transposer le raisonnement de la CJUE élaboré à l'occasion d'une saisine sur un régime britannique²²; alors même que comme l'a vigoureusement rappelé la CJUE au Conseil d'État dans un arrêt en manquement rendu en 2018 contre la France²³, ce qui compte, ce n'est pas la similitude des régimes fiscaux en cause, mais la **similitude des principes applicables**.

Encore une fois, si l'on veut saisir le sens de la jurisprudence de la CJUE en la matière, il ne faut pas comprendre l'imputation des pertes en France comme le rattrapage rétroactif d'une inclusion dans une intégration fiscale existante, avec l'application de toutes les règles françaises en la matière (ce qui n'aurait pas de sens) mais comme un moyen de réparer un préjudice subi et de permettre à la France d'imposer un contribuable - *in fine* - par rapport à **sa capacité contributive réelle** (bénéfices - pertes subies).

13. Une décision, bien plus éclairante que la décision *Sté Agapes* du Conseil d'État, a été rendue début 2019 dans l'**affaire Groupe Lucien Barrière**²⁴ par le Tribunal administratif de Montreuil. Ce dernier a en effet admis l'imputation, sur le résultat d'ensemble d'un groupe intégré français, des pertes d'une filiale européenne devenues définitives à l'occasion de

la liquidation de cette filiale, au motif que les dispositions de l'intégration fiscale « *sont incompatibles avec la liberté d'établissement dans le cas où elles ont pour effet de priver un groupe français de toute possibilité effective de déduction de son résultat intégré de pertes définitives d'une filiale du groupe établie sur le territoire de l'Union européenne, qui répondrait aux autres exigences de l'intégration fiscale, alors que cette déduction aurait été possible pour une filiale française* ». Le Tribunal rejoint de ce fait la position retenue par la Cour administrative d'appel de Versailles dans l'affaire *Sté Agapes*, laquelle avait conclu que le déficit d'une filiale non résidente pouvait être imputé sur les bénéfices du groupe intégré « *lorsque l'impossibilité d'imputer les pertes ne résulte pas de l'application de la législation fiscale de l'État membre de résidence de la filiale et, notamment, en cas de liquidation de la filiale* »²⁵.

Dans ses conclusions sur cette affaire, le rapporteur public Cyril Noël donne un éclairage bienvenu sur la notion de capacité contributive, d'abord appliquée à une société et son établissement stable dans la jurisprudence *A/S Bevola*, puis étendue à un groupe de sociétés incluant une filiale non résidente dans la jurisprudence *NN/AS*, qui désigne selon lui le résultat de la société (incluant celui de son établissement non résident) relativement à l'impôt subi à la fois dans l'État de résidence de la société et de l'établissement stable. Il en déduit que « *faute de déduction des pertes dans l'État de son établissement non-résident, la préservation de la «capacité contributive» de la société commande de permettre une imputation du déficit dans son propre État* ». L'utilisation de la notion de capacité contributive revient par conséquent à raisonner au niveau de ce que l'on pourrait appeler un « groupe européen », qui se trouverait imposé, à tort, sur un bénéfice inexistant si l'on empêchait l'imputation des pertes de la filiale non résidente sur les bénéfices de la société mère, alors que ces pertes ne sont plus utilisables fiscalement dans l'État de résidence de la filiale. Ce raisonnement qui consiste à faire prévaloir l'intérêt économique du groupe est par conséquent parfaitement transposable à la situation d'un groupe intégré détenant une filiale non-résidente déficitaire²⁶.

14. Alors qu'une inflexion commençait ainsi à poindre, tant au niveau de la jurisprudence européenne que de la jurisprudence française, vers une extension de la jurisprudence *Marks & Spencer* aux régimes d'intégration fiscale, la CJUE est venue préciser et restreindre la notion de « pertes définitives » issue de ladite jurisprudence, au travers de deux affaires jugées en 2019.

21 CE, 10 déc. 2012, n° 317074, Rhodia, et n° 317075, Accor.

22 CJUE, 13 nov. 2012, C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation.

23 CJUE, 4 oct. 2018, C-416/17, Commission c/ France : FI 1-2019, n° 2, § 9 et n° 5, § 12.

24 TA Montreuil, 17 janv. 2019, n° 1707036, Groupe Lucien Barrière, concl. C. Noël : FI 2-2019, n° 4, § 22. Les auteurs précisent qu'ils sont intervenus en qualité de conseils du requérant. Un appel a été interjeté, enregistré sous le n° 19VE01012.

25 CAA Versailles, 26 févr. 2013, n° 10VE04169, *Sté Agapes*.

26 Contrairement à ce qu'écrivait Franck Locatelli en page 14 de son article « Déduction des pertes définitives transfrontalières : n'est-il pas temps de saisir la Cour de justice ? » (Dr. fisc. 2019, n° 20, 16 mai 2019).

III. Apports des jurisprudences *Memira Holding AB* et *Holmen AB* : des précisions - imprécises - sur la notion de pertes définitives

15. Aux prémices de ces affaires, deux avis défavorables rendus par la commission du droit fiscal suédoise sur des demandes de rescrit déposées par des sociétés suédoises.

Dans l'affaire *Holmen AB*, la société mère suédoise cherchait à limiter les conséquences de la liquidation envisagée d'une sous-filiale espagnole déficitaire, détenue par l'intermédiaire d'une filiale espagnole, et avait pour ce faire sollicité l'avis de la commission du droit fiscal suédoise sur le transfert des pertes de la sous-filiale au niveau du groupe suédois dans deux hypothèses, l'une, de liquidation de la filiale et des deux sous-filiales espagnoles, l'autre, de fusion à l'envers de la filiale dans la sous-filiale déficitaire puis de la liquidation du nouvel ensemble. Les pertes d'une société liquidée ne sont en effet pas transférables en vertu du droit espagnol. La commission a rendu un avis défavorable s'agissant du premier scénario de la société, au regard du droit suédois qui n'autorise la prise en compte des pertes étrangères que pour les filiales, or il s'agissait en l'espèce des pertes d'une sous-filiale.

Dans l'affaire *Memira Holding AB*, la société mère suédoise envisageait d'absorber sa filiale allemande déficitaire par une fusion transfrontalière, ce qui impliquait sa dissolution liquidation en Allemagne. Or, le droit allemand n'autorise pas le transfert des déficits dans le cadre d'une fusion. La société mère a par conséquent demandé à la commission du droit fiscal suédoise de se prononcer sur la prise en compte des pertes de la filiale allemande en Suède dans ce cas de figure. La commission a rendu un avis négatif au regard du droit suédois, qui autorise le transfert de pertes dans le cadre d'une fusion uniquement si la société absorbée est assujettie à l'impôt en Suède, condition non satisfaite en l'espèce.

La Cour suprême administrative suédoise saisie de ces deux affaires a décidé de surseoir à statuer et d'interroger la CJUE, par voie de questions préjudicielles.

16. Dans deux décisions rendues le 19 juin 2019²⁷, la CJUE a été amenée à préciser les contours de la notion de « pertes définitives ».

Pour mémoire, au point 55 de sa décision *Marks & Spencer*, la CJUE a considéré que la liberté d'établissement ne s'opposait pas à une législation qui permet à une société mère résidente d'un État membre d'imputer sur son bénéfice imposable uniquement les pertes subies par une filiale établie dans le même État membre, à l'exclusion des pertes réalisées par une filiale non résidente, **excepté lorsque les pertes de la filiale non-résidente sont devenues définitives, c'est-à-dire dans la situation où la filiale non résidente a épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui**

existent dans son État de résidence et qu'il n'existe pas de possibilité pour que ces pertes puissent être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers, notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci.

17. Dans les affaires *Holmen AB* et *Memira Holding AB*, la CJUE s'est fondé sur les termes précis employés au point 55 de l'arrêt *Marks & Spencer* pour en déduire, par le fruit d'une interprétation littérale, que la qualification de pertes définitives est subordonnée à la démonstration par la société mère « qu'il lui est impossible de valoriser ces pertes en faisant en sorte, notamment au moyen d'une cession, qu'elles soient prises en compte par un tiers au titre d'exercices futurs »²⁸.

L'exception *Marks & Spencer* ne s'appliquerait donc que sous réserve, pour la société mère, d'être en mesure de démontrer, à la fois qu'elle ne pouvait plus utiliser les pertes de sa filiale non-résidente du fait de sa cessation d'activité, mais également qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de valoriser lesdites pertes en les transférant à un tiers dans le cadre d'une cession dont le prix intègrerait la valeur fiscale des pertes.

La CJUE vise ici à éviter toute dérive de l'exception *Marks & Spencer* : l'État membre de la société mère ne doit en effet pas supporter la charge de pertes subies dans l'État de résidence de la filiale sous prétexte que la société mère aurait choisi la solution de la facilité consistant à liquider sa filiale non-résidente, alors que ces pertes auraient pu être valorisées dans le cadre d'une cession à un tiers.

Mais en essayant d'éviter la dérive de cette exception, la CJUE ne lui porte-t-elle pas un coup fatal ? Car se pose automatiquement la question de savoir comment, en pratique, rapporter la preuve d'une cession impossible ?

18. Les deux décisions de la CJUE ne doivent pas, selon nous, être prises au pied de la lettre, comme mettant à la charge de la société la démonstration *a posteriori* d'une preuve négative complexe, mais doivent au contraire recevoir l'interprétation suivante :

> soit le **transfert des pertes en cas de changement d'actionnaire n'est pas possible en vertu de la législation de l'État de résidence de la filiale** et l'on pourrait considérer, comme dans les décisions *Commission c/ Royaume-Uni et Sté Agapes*, que ce n'est pas à l'État de résidence de la société mère de supporter la charge de l'imputation des pertes uniquement parce que l'État de résidence de la filiale n'autorise pas leur transfert. Dans cette situation l'imputation des pertes de la filiale non résidente sur les bénéfices de la société mère ne serait pas possible ;

> soit le **transfert des pertes en cas de changement d'actionnaire est possible en vertu de la législation de l'État de résidence de la filiale**. Dans cette hypothèse, il faut à nouveau opérer une distinction :

- soit les **pertes sont transférables à un tiers pour des raisons économiques valables**, telles la reprise et continuation de l'activité de la filiale déficitaire. Dans cette hypothèse, la question reste entière de savoir quel type de preuve pourrait

27 CJUE, 19 juin 2019, C-608/17, *Holmen AB* et CJUE, 19 juin 2019, C-607/17, *Memira Holding AB*.

28 *Ibidem*, pt 40 et pt 28.

être *a posteriori* rapporté pour démontrer l'impossibilité d'une cession à un tiers ;

- soit **les pertes ne sont transférables à un tiers que pour des raisons fiscales relatives à l'utilisation des déficits**. Dans cette hypothèse, la démonstration serait faite par la société mère de l'impossibilité de valoriser les pertes de sa filiale par le biais d'une cession à un tiers. Une telle cession aurait en effet été constitutive d'un abus de droit. Or, les deux décisions de la CJUE ne sauraient être interprétées comme une invitation à commettre un abus de droit alors même que, par exemple, sa jurisprudence accepte des restrictions à la liberté d'établissement lorsqu'elles ont justement pour objet de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique²⁹. Autrement dit, la CJUE condamne elle-même l'abus de droit. Ce n'est pas pour le promouvoir au travers de ces deux décisions.

En d'autres termes, une cession qui n'aurait pu reposer sur aucun motif économique valable et aurait été motivée par un but exclusivement fiscal constituerait la preuve parfaite de l'impossibilité de céder les pertes fiscales à un tiers, telle que le conçoit la CJUE dans ses deux dernières décisions.

19. Par ailleurs, toujours s'agissant de la notion de pertes définitives, la décision *Holmen AB* vient préciser, dans la **situation où le transfert des pertes d'une sous-filiale est en jeu**, que « la notion de pertes définitives d'une filiale non-résidente, au sens du point 55 de l'arrêt *Marks & Spencer*, ne s'applique pas à une sous-filiale, à moins que toutes les sociétés intermédiaires entre la société mère demandant un dégrèvement de groupe et la sous-filiale subissant des pertes susceptibles d'être regardées comme étant définitives ne soient résidentes du même État membre »³⁰. La CJUE semble ainsi distinguer le cas où la filiale intermédiaire se situe dans l'un des États membres de la société mère ou de la sous-filiale, de celui où elle se situe dans un troisième État membre. Dans la première hypothèse, la société mère pourrait se prévaloir de l'exception *Marks & Spencer* (à supposer les autres conditions permettant de qualifier les pertes de définitives par ailleurs remplies). En revanche dans la seconde hypothèse, la société mère ne pourrait pas s'en prévaloir, les pertes de la sous-filiale n'étant alors pas considérées comme définitives. L'objectif de la CJUE à travers cette précision est bien évidemment d'éviter qu'un groupe puisse choisir l'État membre de prise en compte des pertes de la sous-filiale entre celui de la société mère et celui de toute autre filiale potentiellement interposée.

29 CJUE, 12 sept. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, pts 55 et 56.

30 CJUE, 19 juin 2019, C-608/17, *Holmen AB*, pt 32.

Conclusion

20. L'histoire sans fin de la déduction des pertes - elles définitives - des filiales européennes au sein de l'intégration fiscale se poursuit.

La prochaine étape se déroulera devant la Cour administrative d'appel de Versailles, qui sera bientôt amenée à se prononcer sur l'affaire *Groupe Lucien Barrière*, à la suite du Tribunal administratif de Montreuil, et aura un rôle décisif à jouer dans l'interprétation des jurisprudences *Holmen AB* et *Memira Holding AB*, que ce soit à son propre niveau, ou au niveau de la CJUE si elle juge nécessaire de lui soumettre une question préjudicielle.

Le transfert des pertes au sein de l'Union européenne soulève toujours plus de nouvelles interrogations, comme dernièrement celle de la compatibilité avec la liberté d'établissement d'une législation d'un État membre refusant à une société, ayant transféré son siège dans cet État, le transfert corrélatif de ses pertes³¹. Dans ses conclusions, parues tout récemment³², l'Avocat général Kokott est d'avis que la restriction à la liberté d'établissement qui découle d'une telle législation est justifiée par la sauvegarde de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, et n'est pas disproportionnée dans la mesure où les pertes litigieuses ne sont pas définitives.

En effet, selon Mme Kokott, « le présent cas de figure ne correspond pas à celui dans lequel la Cour a développé la notion de pertes définitives [...]. Cette notion est de toute façon controversée et a entraîné de nombreux problèmes, si bien qu'elle ne devrait pas être étendue à d'autres cas de figure. Deuxièmement, les pertes susceptibles d'être reportées ne sont généralement pas définitives [...]. Troisièmement, le caractère définitif des pertes est exclu en raison du maintien du siège statutaire aux Pays-Bas [...]. Quatrièmement, l'extension de la jurisprudence relative aux pertes définitives se traduirait par un conflit avec la jurisprudence relative à l'imposition à la sortie [...] »³³.

La CJUE suivra-t-elle les conclusions de l'Avocat général ?

V. RENOUX et A. DAMAS ■

31 Demande de décision préjudicielle présentée par le Nejvyšší správní soud (République tchèque) le 19 juin 2018, C-405/18, *AURES Holdings a.s./Odvolací finanční ředitelství* ; FI 3-2019, n° 2.1.2, § 18.

32 Concl. J. Kokott, présentées le 17 octobre 2019.

33 *Ibidem*, pt 55.

