



2004 - 2006

Mémoire MBL
Professeur Yves Noël

**Le transfert des pertes commerciales entre entreprises
dans l'Union européenne : aspects fiscaux et conséquences de
l'arrêt *Marks & Spencer plc***

Alexandre Gachet
Juillet 2006



www.unige.ch/droit/mbl/



www.unil.ch/droit

Remerciements

Je souhaite remercier l'ensemble des personnes qui m'ont aidé à rédiger ce mémoire, en particulier le Professeur Yves Noël, qui a accepté de diriger ce travail, et Monsieur Pierre Curchod, responsable de la division juridique et législative de l'Administration Cantonale vaudoise des Impôts (ACI), qui a accepté de participer à la soutenance de ce mémoire en qualité d'expert.

Mes remerciements vont également à Alessia Schmid, pour ses nombreux conseils, ses précieuses critiques et son travail de relecture.

Notes

Le texte du présent travail tient compte de la jurisprudence rendue par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) jusqu'à l'arrêt *Marks & Spencer plc*. S'agissant de l'affaire *Cadbury Schweppes plc*, seules les conclusions de l'Avocat Général sont intégrées au texte. La décision de la Cour du 12 septembre 2006, rendue après l'achèvement de ce travail, est intégrée dans les notes de bas de page lorsqu'elle permet d'y apporter un éclairage.

Plan sommaire

| | | |
|----|--|----|
| 1. | Introduction..... | 3 |
| 2. | Les libertés fondamentales dans l'Union européenne et le principe de non discrimination..... | 5 |
| 3. | Les méthodes de transfert de pertes commerciales entre entreprises..... | 16 |
| 4. | La jurisprudence de la CJCE en matière de justifications aux restrictions apportées par les Etats au libre transfert des pertes entre entreprises..... | 26 |
| 5. | L'affaire <i>Marks & Spencer plc</i> | 50 |
| 6. | Conclusions..... | 61 |

1 Introduction

Les entreprises s'acquittent d'un impôt sur leur bénéfice net. Les résultats positifs qu'elles réalisent sont donc au centre de la fiscalité des entreprises. Toutefois, le droit fiscal ne se désintéresse pas complètement des pertes commerciales dégagées par une entité économique : de nombreuses législations permettent en effet à l'entité concernée d'utiliser fiscalement ce résultat négatif. Ainsi, il peut être autorisé de reporter des pertes réalisées antérieurement sur des exercices commerciaux bénéficiaires futurs. De même, il est envisageable de permettre à une société de compenser ses bénéfices par les pertes commerciales subies par ses établissements stables.

La perte commerciale est un instrument de planification fiscale que les entreprises ne négligent plus puisqu'il permet de réduire de façon parfois massive le montant d'impôt dû sur des bénéfices réalisés. Ainsi, lors d'opérations de concentrations d'entreprises, il est essentiel de s'assurer que les éventuelles pertes reportées puissent être utilisées par la nouvelle entité.

L'importance d'un tel instrument est mise en évidence dans le cadre des groupes de sociétés : dans un système juridique et législatif parfaitement libéralisé, reconnaissant la nature économique d'un groupe de sociétés, les pertes commerciales devraient pouvoir circuler librement entre les sociétés sœurs. Cela permettrait de neutraliser les effets fiscaux de la création d'un groupe de sociétés et de mettre en valeur sa particularité, qui est celle de former une entité économique unique.

Certains Etats, tel le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ont une législation fiscale qui reconnaît l'unité économique formée par le groupe de sociétés. De plus, de nombreux Etats permettent aux entreprises déficitaires d'utiliser fiscalement les pertes supportées.

Malheureusement, il est très rare que ces facilités soient reconnues dans le cadre de situations transnationales : il est possible qu'un groupe de sociétés puisse faire circuler des pertes commerciales entre les différentes entités qui le forment, mais souvent à la condition que ces dernières soient situées sur le même territoire. On exclut ainsi le transfert transnational de pertes commerciales.

Il est certain que le principe de souveraineté règne en droit fiscal : chaque Etat ne réglemente que la situation fiscale des pertes réalisées par des entreprises sises sur son propre territoire¹. Cependant, le droit européen, plus particulièrement le TCE², exige de chaque Etat de la Communauté qu'il prenne en considération les objectifs définis par le traité, soit, en particulier, la création d'un marché commun. Dès lors se pose la question de la validité, au regard du droit communautaire, d'une législation qui distinguerait le sort du transfert des pertes commerciales en fonction de leur provenance, respectivement de leur destination.

La CJCE³ a eu l'occasion de se prononcer sur cette problématique dans l'affaire *Marks & Spencer plc*⁴. Ce travail a pour objectif d'amener le lecteur à comprendre l'importance de la décision rendue par la Cour et à pouvoir en critiquer le raisonnement, tant s'agissant de la problématique du transfert des pertes commerciales que du point de vue des entraves posées par les Etats à la réalisation du marché commun dans le cadre de la fiscalité directe.

¹ Il existe toutefois des exceptions à ce principe : par exemple, l'article 6 alinéa 3 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct réglemente le traitement des pertes commerciales réalisées par des établissements stables situés à l'étranger mais utilisées par une entreprise suisse pour diminuer son résultat imposable.

² Traité instituant la Communauté Européenne, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

³ Cour de Justice des Communautés Européennes.

⁴ CJCE aff. C-446/03.

2 Les libertés fondamentales dans l'Union européenne et le principe de non discrimination

2.1 Introduction

Le marché commun occupe une place essentielle dans la construction européenne. Ainsi que le rappelle l'article 2 TCE, la Communauté européenne doit établir un marché commun. Cette notion fait appel à celle de marché intérieur. Le marché intérieur a pour objectif de rendre effectives les quatre libertés fondamentales que sont les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux (article 14 alinéa 2 TCE)⁵.

A cet égard, le principe de non discrimination joue un rôle décisif : il impose aux Etats membres de ne pas traiter de façon différente leurs ressortissants et ceux d'autres Etats membres exerçant leurs droits à la libre circulation.

La mise en œuvre des libertés fondamentales et le principe de non discrimination sont donc intimement liés dans la réalisation du marché commun.

Le présent chapitre définit de façon succincte les libertés de circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux ainsi que le principe de non discrimination. En revanche, le droit d'établissement, composante de la liberté de circulation des personnes, fera l'objet d'une analyse plus détaillée puisqu'il est au cœur de la jurisprudence relative aux transferts de pertes commerciales entre sociétés.

2.2 Les libertés fondamentales

2.2.1 La libre circulation des marchandises

2.2.1.1 Généralités

Chaque Etat, soucieux de protéger ses consommateurs ou certains secteurs de son économie, a réglementé la circulation des marchandises sur son territoire⁶ : il a pu prévoir des quotas d'importation, des droits de douane, des facilités à l'exportation ou encore des mesures d'hygiène selon les biens concernés.

⁵ BIEBER/MAIANI, p. 152.

⁶ BIEBER/MAIANI, p. 209.

Le marché commun s'oppose à ces réglementations qui empêchent ou restreignent une commercialisation libre des biens dans l'ensemble de l'Union européenne. Dans l'absolu, une entreprise devrait pouvoir s'approvisionner en matière première et commercialiser son produit fini dans l'Union comme si elle le faisait dans son propre Etat.

2.2.1.2 Le contenu de la libre circulation des marchandises

Stricto sensu, la libre circulation des marchandises suppose la réalisation d'une union douanière (article 23 TCE) et l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation, à l'exportation (articles 28 et 29 TCE) ainsi que les mesures d'effet équivalent.

Cette première série de mesures est complétée par d'autres exigences du TCE⁷: on peut citer l'interdiction des discriminations fiscales (article 90 TCE) ou des aides étatiques (article 87 TCE, par exemple des aides à l'exportation).

Il est à relever que les Etats ont tout de même la possibilité de déroger aux interdictions posées par le TCE : l'article 30 prévoit que "les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions et restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique [...]". La jurisprudence de la CJCE a encore élargi le champ des motifs justificatifs offerts aux Etats (par exemple, la défense des consommateurs)⁸.

2.2.2 La libre circulation des personnes

2.2.2.1 Généralités

Avec la libre circulation des marchandises, la libre circulation des personnes est l'un des piliers de la construction européenne. Elle est consacrée à l'article 18 alinéa 1^{er} TCE.

D'emblée, il est à relever que la Communauté européenne est une communauté économique : il en résulte que la libre circulation dont il est question dans ce chapitre est une liberté qui vise des personnes actives sur le marché du travail⁹.

⁷ BIEBER/MAIANI, p. 211.

⁸ BIEBER/MAIANI, pp. 224 et 225.

⁹ En tant que salarié ou indépendant.

D'une manière générale, la libre circulation des personnes comprend la libre circulation des personnes salariées, le droit d'établissement en tant qu'indépendant, l'exercice temporaire d'une activité non salariée et la possibilité d'obtenir un service dans un Etat membre autre que celui duquel la personne est ressortissante¹⁰. Il est cependant courant de différencier la liberté de circulation des personnes et celle des services. Cette dernière fera donc l'objet d'une analyse séparée¹¹, ainsi que le droit d'établissement, puisqu'il revêt une importance particulière dans cet exposé¹².

2.2.2.2 Le contenu de la libre circulation des personnes

D'effet direct, les droits découlant de la libre circulation des personnes peuvent être invoqués directement par les ressortissants des Etats membres devant leurs autorités, pour autant qu'ils aient effectivement exercé ces droits¹³.

La libre circulation des travailleurs est consacrée à l'article 39 TCE : il s'agit d'un droit d'entrée et de séjour sur le territoire d'un autre Etat membre, tant pour y chercher un emploi que pour y séjourner après y avoir exercé une activité lucrative.

Pour que cette liberté soit assurée, l'article 39 alinéa 2 TCE exige l'abolition de toute mesure discriminatoire à l'encontre de travailleurs provenant d'un autre Etat membre.

L'objectif est donc semblable à celui de la libre circulation des marchandises : le travailleur doit pouvoir appréhender l'Union européenne comme un marché du travail unique et être traité, dans chaque Etat membre, comme un travailleur salarié ressortissant dudit Etat.

L'ensemble de ces droits n'appartient en général qu'aux ressortissants d'Etats membres. Des exceptions sont toutefois prévues en faveur des membres de la famille d'un citoyen européen.

Il est également à relever que la libre circulation des personnes au sein de la Communauté peut être limitée par les Etats pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (article 39 alinéa 3 TCE). De plus, les emplois dans l'administration publique ne sont pas concernés par la libre circulation des travailleurs (article 39 alinéa 4 TCE).

¹⁰ BIEBER/MAIANI, p. 166.

¹¹ Voir le point 2.2.3.

¹² Voir le point 2.2.5.

¹³ BIEBER/MAIANI, p. 166.

2.2.3 La libre circulation des services

2.2.3.1 Généralités

Ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la libre circulation des services est une composante de la liberté de circulation des personnes. Elle figure d'ailleurs dans le titre III du TCE, comme cette dernière.

Dans un monde économique où le marché des services représente des volumes d'échange considérables, son importance n'est pas moindre que celle de la libre circulation des marchandises. Les deux sont d'ailleurs indissociables : on imagine difficilement un marché intérieur unique sans une libéralisation des prestations de services.

2.2.3.2 Contenu de la libre circulation des services

L'activité concernée par le TCE est la fourniture transfrontalière de service (article 49 TCE). La libre prestation de service active, soit la possibilité d'exercer son activité de façon temporaire dans un Etat membre autre que celui de résidence, la libre prestation de service passive, soit la possibilité de jouir d'un service dans un autre Etat membre que celui dont la personne est originaire, et la prestation transfrontalière de service sans déplacement de personne sont les trois activités soumises au TCE¹⁴.

Les dispositions du TCE sur le sujet ont toutefois un caractère subsidiaire par rapport aux autres libertés fondamentales (article 50 alinéa 1^{er} TCE).

D'une manière générale, le TCE interdit les restrictions à la libre prestation de services. Il implique donc le droit pour tout citoyen de l'Union de "fournir ou de recevoir, sans restriction ni discrimination, des services dans un autre Etat membre"¹⁵.

Les Etats demeurent toutefois libres de prévoir des restrictions à cette liberté pour des raisons impérieuses d'intérêt général¹⁶.

¹⁴ BIEBER/MAIANI, p. 179.

¹⁵ BIEBER/MAIANI, p. 180.

¹⁶ BIEBER/MAIANI, p. 180.

2.2.4 La libre circulation des capitaux

2.2.4.1 Généralités

La libre circulation des capitaux et des paiements (le libre "mouvement" selon l'article 56 TCE) fait partie intégrante de l'union économique et monétaire exigée par l'article 2 TCE. Son achèvement est plus récent que les libertés étudiées jusque-là, l'article 56 TCE, dans sa version révisée, étant entré en vigueur en 1994 seulement¹⁷.

Son importance est fondamentale : il est crucial pour une économie que les investissements financiers puissent être effectués librement, sans obstacle injustifié. Par exemple, la liberté d'établir une société dans un Etat membre serait vidée de son sens s'il n'était pas possible de faire appel à des capitaux étrangers pour financer ses activités. Son importance est d'ailleurs telle qu'elle s'étend aux transactions avec les pays tiers (article 56 alinéa 1^{er} *in fine* TCE).

La distinction entre la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux n'est pas toujours aisée, ainsi que nous le verrons plus loin : lorsqu'une société crée une filiale dans un autre Etat membre, exerce-t-elle sa liberté d'établissement ou sa liberté d'investir des capitaux dans un Etat membre étranger ? D'une manière générale, la réponse dépendra de l'influence que la société exerce sur la filiale : plus elle est importante, plus l'on se dirigera vers la liberté d'établissement¹⁸.

2.2.4.2 Contenu de la libre circulation des capitaux

L'article 56 TCE stipule que toutes les restrictions aux mouvements de capitaux sont interdites. Ceci s'étend aux mouvements de paiement¹⁹.

Chaque citoyen de l'Union a donc le droit d'investir des capitaux dans d'autres Etats membres dans les mêmes conditions que celles prévues pour les ressortissants desdits Etats.

Ces droits peuvent cependant être limités par les Etats membres, ainsi que le rappelle les articles 57 et 58 TCE. Nous mentionnerons tout particulièrement l'article 58 alinéa 1^{er} lettres a et b TCE qui prévoit des exceptions pouvant s'appliquer dans le domaine fiscal, soit parce que

¹⁷ BIEBER/MAIANI, p. 265.

¹⁸ Voir le point 2.2.5.3.

¹⁹ BIEBER/MAIANI, p. 264.

la situation de différents contribuables n'est pas semblable, soit afin de prévenir les infractions à leur législation fiscale.

2.2.5 La liberté d'établissement

2.2.5.1 Généralités

Du point de vue du marché unique, la liberté d'établissement est primordiale : elle permet à chacun, personne physique ou morale, de s'établir dans l'Etat membre de son choix afin d'y exercer une activité indépendante, ce choix pouvant s'effectuer selon des critères purement économiques. On permet donc aux ressortissants de la Communauté de déterminer le lieu de leur activité commerciale en fonction de critères directement liés aux facilités fiscales, commerciales, administratives, pratiques ou juridiques offertes par les Etats membres.

S'il est certain que les Etats peuvent craindre les effets d'une telle liberté²⁰, on ne saurait imaginer un marché intérieur unique sans liberté d'établissement : si les marchandises doivent pouvoir circuler librement dans l'Union et les travailleurs pouvoir exercer une activité lucrative partout dans la Communauté, il est évident que les personnes morales doivent pouvoir choisir l'endroit où elles s'établiront et les indépendants celui où ils exerceront. Il est important de relever que la liberté d'établissement engendre une vive concurrence entre les Etats membres qui cherchent à offrir le cadre le plus favorable au développement économique des entreprises. Ceci a donc également pour effet de tendre vers un standard minimal offert aux ressortissants de l'Union, permettant ainsi une harmonisation naturelle des législations.

Nous analyserons plus attentivement la liberté d'établissement car elle est au centre de la problématique liée au transfert des pertes entre sociétés. En effet, le fait pour un Etat membre d'empêcher le transfert, vers une société résidente, de pertes réalisées par une filiale non résidente peut s'analyser comme une restriction à la liberté d'établissement si cette possibilité est offerte à une filiale résidente. De même, le fait de distinguer les succursales étrangères des filiales étrangères doit également s'analyser sous l'angle de la liberté d'établissement dont dispose la société mère pour organiser le groupe qu'elle dirige.

²⁰ En particulier le risque de voir des entreprises s'implanter dans d'autres Etats membres.

2.2.5.2 Champ d'application de la liberté d'établissement

La liberté d'établissement appartient à tous les ressortissants des Etats membres, personnes physiques ou morales (article 43 alinéa 1^{er} TCE)²¹. Elle s'applique également dans certaines conditions aux membres étrangers de la famille d'un ressortissant²². S'agissant des personnes physiques, le lien avec un Etat membre s'établit par la nationalité. Pour les personnes morales, ce lien s'établit, conformément à l'article 48 alinéa 1^{er} TCE, par le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement²³.

Ce droit n'appartient en revanche pas aux sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif (article 48 alinéa 2 TCE)²⁴. Il n'est pas non plus possible d'invoquer l'article 43 TCE dans une situation purement interne²⁵. En revanche, il est tout à fait envisageable d'exercer sa liberté d'établissement contre son Etat de résidence et non, comme il est plus fréquent, contre l'Etat d'accueil²⁶ : ainsi, lorsque l'Etat de résidence de la société mère empêche cette dernière d'invoquer le régime fiscal applicable aux groupes de sociétés car ses filiales sont situées à l'étranger, il restreint son droit d'établissement²⁷.

2.2.5.3 Contenu de la liberté d'établissement

L'article 43 alinéa 1^{er} TCE, qui est d'effet direct²⁸, interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants de la Communauté ainsi que celles posées à la création d'agences, de succursales ou de filiales.

L'alinéa 2 de l'article 43 TCE définit la liberté d'établissement : elle comporte, pour les personnes physiques, l'accès aux activités non salariées et leur exercice ainsi que la possibilité de constituer et de gérer des sociétés, le tout conformément aux conditions posées par l'Etat d'établissement pour ses propres ressortissants. En vertu de l'article 48 alinéa 1^{er} TCE, les mêmes possibilités sont offertes aux sociétés.

La première phrase de l'article 43 alinéa 1^{er} TCE se réfère au *primary establishment* (soit la création d'un premier établissement pour débiter une activité commerciale), alors que la

²¹ BIEBER/MAIANI, p. 164 ; DAHLBERG, p. 139 ; EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 3 ; EU-K. SCHWARZE, SCHLAG, N. 27.

²² EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 3.

²³ DAHLBERG, p. 142.

²⁴ DAHLBERG, p. 142.

²⁵ DAHLBERG, p. 140.

²⁶ DAHLBERG, p. 141. CJCE aff. C-107/94, *Asscher*.

²⁷ CJCE aff. C-446/03, *Marks & Spencer plc*, paragraphe 33.

²⁸ BIEBER/MAIANI, p. 167.

seconde fait référence au *secondary establishment* (soit, par exemple, la création d'une succursale ou d'une filiale) : les deux activités sont couvertes par la liberté d'établissement²⁹.

La liberté d'établissement permet d'une part, ainsi que l'indique l'article 43 alinéa 2 TCE, d'accéder à une activité indépendante, de l'exercer, de constituer une entreprise et de la gérer aux mêmes conditions que celles applicables aux ressortissants de l'Etat d'établissement. Il s'agit donc d'une interdiction de discrimination³⁰, concrétisation de l'article 12 TCE. Cette interdiction vise tant les discriminations directes, soit celles fondées sur la nationalité ou le siège de la société, que les discriminations indirectes, soit celles qui opèrent des distinctions selon d'autres critères mais aboutissent au même résultat³¹.

D'autre part, l'article 43 alinéa 1^{er} TCE interdit les restrictions posées à la liberté d'établissement : en plus d'exiger que les Etats membres traitent de façon semblable leurs ressortissants et ceux d'autres Etats membres, on exige également qu'ils ne restreignent pas le droit d'établissement des citoyens européens³². De ce point de vue, la liberté d'établissement se rapproche de la libre prestation de services³³.

Cette approche a été confirmée par la jurisprudence de la CJCE³⁴, selon laquelle "il importe de préciser, en outre, que, même si, selon leur libellé, les dispositions relatives à la liberté d'établissement visent notamment à assurer le bénéfice du traitement national dans l'Etat membre d'accueil, elles s'opposent également à ce que l'Etat d'origine entrave l'établissement dans un autre Etat membre d'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation (...)". Désormais, le texte de l'article 43 TCE ne laisse plus de doute sur la portée à donner à cette liberté. Mais la CJCE avait déjà franchi ce pas en s'écartant de la règle du traitement national avant même le changement législatif.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, la liberté d'établissement doit être distinguée de la libre prestation de services et de la libre circulation des capitaux et des paiements.

²⁹ BIEBER/MAIANI, p. 177 ; DAHLBERG, p. 138 ; EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 2 ; EU-K. SCHWARZE, SCHLAG, N. 19.

³⁰ BIEBER/MAIANI, p. 167 ; EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 5 ; EU-K. SCHWARZE, SCHLAG, N. 3.

³¹ BIEBER/MAIANI, p. 167 ; EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 5 ; EU-K. SCHWARZE, SCHLAG, N. 3.

³² BIEBER/MAIANI, p. 177 ; EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 7 ; EU-K. SCHWARZE, SCHLAG, N. 3.

³³ EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 7. Voir l'article 49 TCE.

³⁴ CJCE aff. C-264/96, *ICI*, paragraphe 21.

La notion d'établissement a été définie par la CJCE³⁵ : il s'agit de la situation dans laquelle le "ressortissant d'un Etat membre exerce, de façon stable et continue, une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat". L'élément de stabilité est déterminant pour distinguer la liberté d'établissement de la libre prestation de services. Or, comme nous l'avons vu ci-dessus³⁶, les dispositions sur la libre prestation de services ont un caractère subsidiaire. Ainsi, si un ressortissant communautaire se déplace dans un autre Etat membre pour y offrir un service de façon durable, il exerce sa liberté d'établissement.

S'agissant de la libre circulation des capitaux, la distinction s'opère selon l'influence exercée sur l'entité étrangère. Un ressortissant use de sa liberté d'établissement lorsqu'il exerce une certaine emprise sur l'entreprise étrangère concernée³⁷ : un simple investissement ne suffit pas à créer un lien fondé sur le droit d'établissement. La jurisprudence a confirmé ce point de vue, ainsi que l'a rappelé l'Avocat Général Léger³⁸ : "il ressort de la jurisprudence que lorsque le ressortissant d'un Etat membre détient dans le capital d'une société établie dans un autre Etat membre une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités, ce sont les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement qui trouvent à s'appliquer et non celles ayant trait à la libre circulation des capitaux".

Ainsi que nous avons pu le constater pour l'ensemble des libertés étudiées ci-dessus, les Etats ont tout de même la possibilité d'apporter des restrictions à la liberté d'établissement. Cependant, ces restrictions doivent poursuivre "un objectif légitime compatible avec le traité" et se justifier "par des raisons impérieuses d'intérêt général". Elles doivent de plus être propres "à garantir la réalisation de l'objectif en cause" et ne pas aller "au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif"³⁹. Nous verrons dans le chapitre 4 du présent texte que les motifs justificatifs invoqués par les Etats dans le cadre de la fiscalité directe sont relativement nombreux.

³⁵ EU-K. LENZ, SCHEUER, N. 2. CJCE aff. C-55/94, *Gebhard*, paragraphe 25.

³⁶ Voir le point 2.2.3.2.

³⁷ DAHLBERG, p. 154.

³⁸ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 32.

³⁹ CJCE aff. C-250/95, *Futura Participations et Singer*, paragraphe 26.

2.3 Le principe de non discrimination

2.3.1 Généralités

Ainsi que nous avons pu l'observer en décrivant brièvement les différentes libertés fondamentales offertes aux ressortissants de l'Union, le marché européen se veut un marché unique et commun.

Dès lors, la condition indispensable à la réalisation d'un tel marché est que les Etats traitent les marchandises, les capitaux ou les ressortissants étrangers de la même manière que des produits ou des ressortissants indigènes.

Cette obligation de non discrimination à raison de la nationalité est un principe général de la Communauté européenne. Il est exprimé à l'article 12 TCE et a pour vocation d'irradier l'ensemble du traité.

Ce principe a cependant une portée trop restreinte dans certains domaines. C'est pourquoi des dispositions particulières du traité imposent des obligations supplémentaires aux Etats, par exemple dans le domaine du droit d'établissement, où l'on exige, en plus d'une interdiction des discriminations en fonction de la nationalité, une interdiction des restrictions au droit d'établissement.

2.3.2 Le principe général de l'article 12 TCE

L'article 12 TCE interdit toute discrimination fondée sur la nationalité. Il prohibe ainsi tant les discriminations directes que les formes dissimulées de discrimination⁴⁰.

Ce principe général exige que les Etats membres traitent les ressortissants d'autres Etats membres comme les leurs dans la mesure où ils se trouvent dans une situation semblable.

Cet article a cependant une portée subsidiaire : les dispositions du traité concernant les libertés fondamentales représentent des *lex specialis* et sont applicables en premier lieu⁴¹. Cette précision est importante dans la mesure où la CJCE a refusé de faire de l'article 12 TCE

⁴⁰ BIEBER/MAIANI, p. 150.

⁴¹ BIEBER/MAIANI, p. 151 ; EU-K. SCHWARZE, HOLOUBEK, N. 11.

une interdiction générale des restrictions⁴² : il demeure une interdiction générale des discriminations.

Malgré cela, la place centrale qu'occupe cet article dans le TCE fait de lui un principe général d'interprétation⁴³ : *a priori*, aucune mesure nationale ne devrait frapper plus sévèrement un ressortissant étranger qu'un ressortissant national. Dans le doute, la volonté d'obtenir un marché unique et de supprimer toute discrimination seront des facteurs clés d'analyse.

2.4 Conclusions intermédiaires

Ce rapide survol des grandes libertés offertes aux citoyens européens permet de mieux comprendre le fonctionnement du marché unique : si les Etats conservent un nombre important de compétences, dont la fiscalité directe⁴⁴, il n'en reste pas moins qu'ils doivent s'abstenir de traiter différemment des situations comparables qui auraient comme seule particularité d'être transfrontalières. Nous avons également vu que certaines dispositions exigeaient encore plus des Etats, leur demandant de supprimer toute restriction à la liberté en question.

En matière de fiscalité directe, l'opposition est donc vive entre la compétence qui appartient aux Etats de prélever des impôts et les grandes libertés qui souhaiteraient faire de l'Union une zone de libre circulation et de libre échange inégalée.

Une telle ambivalence est parfaitement exprimée par cette phrase maintes fois répétées par la CJCE dans ses décisions relatives à la fiscalité directe⁴⁵ : "selon une jurisprudence constante, si la fiscalité directe relève de la compétence des Etats membres, il n'en reste pas moins que ces derniers doivent l'exercer dans le respect du droit communautaire et, donc, s'abstenir de toute discrimination ostensible ou déguisée fondée sur la nationalité".

Les chapitres suivants tenteront de déterminer jusqu'où les compétences étatiques peuvent être exercées en matière de fiscalité directe, plus particulièrement dans le domaine des transferts de pertes entre sociétés.

⁴² EU-K. SCHWARZE, HOLOUBEK, N. 44.

⁴³ EU-K. SCHWARZE, HOLOUBEK, N. 5.

⁴⁴ Voir, par exemple, CJCE aff. C-264/96, *ICI*, paragraphe 19.

⁴⁵ CJCE aff. C-250/95, *Futura Participations et Singer*, paragraphe 19.

3 Les méthodes de transfert de pertes commerciales entre entreprises

3.1 La problématique

3.1.1 Introduction

Le transfert des pertes commerciales entre sociétés est un sujet délicat car il frappe des domaines sensibles tels que le pouvoir d'imposition des Etats ou la capacité fiscale et économique des entreprises. Il est cependant d'un intérêt essentiel pour ces dernières, en particulier dans les groupes de sociétés. Notre propos se concentrera en effet principalement sur les groupes de sociétés, qui sont au coeur de la problématique du transfert des pertes entre entreprises.

3.1.2 Le transfert de pertes au sein d'un groupe de sociétés

D'un point de vue économique, les sociétés d'un même groupe forment une entité unique. Cette dernière se voit d'ailleurs souvent imposer des obligations supplémentaires en raison de sa structure particulière⁴⁶ et de nombreux Etats cherchent à tenir compte de la réalité économique que représente un groupe de sociétés. Pour ces raisons, il nous semble justifier de traiter fiscalement l'ensemble des sociétés d'un même groupe comme un contribuable unique⁴⁷.

Malheureusement, le traitement fiscal d'un groupe de sociétés en tant que contribuable unique n'est que très rarement admis. Ceci pour plusieurs raisons : tout d'abord, il n'est pas toujours évident que la législation nationale connaisse la notion de groupe de sociétés. *A fortiori*, cette notion restera inconnue en droit fiscal⁴⁸. Plus fréquemment, l'Etat tiendra compte de la réalité juridique⁴⁹ : la filiale d'une société mère, indépendante juridiquement, se verra imposée séparément comme entité juridique distincte et indépendante.

Ces problèmes se multiplient au plan international : tout d'abord, il faudrait que les Etats s'accordent sur une notion commune du "groupe de sociétés"⁵⁰. Une telle définition ne va pas de soi, dans la mesure où de nombreux paramètres peuvent entrer en considération (par exemple, le taux nécessaire de détention des sociétés filles).

⁴⁶ Par exemple, la tenue de comptes consolidés.

⁴⁷ Voir à cet égard le point 3.2.2 qui traite de l'imposition consolidée d'un groupe de sociétés.

⁴⁸ MICHELSEN, p. 108.

⁴⁹ MICHELSEN, p. 107.

⁵⁰ MICHELSEN, p. 107.

A ceci s'ajoute le risque de diminution des recettes fiscales pour les Etats à fort taux d'imposition⁵¹ : en effet, le risque est grand que les pertes soient invariablement ventilées vers les entreprises situées dans des Etats à fort taux d'imposition. A notre avis, la perte des recettes fiscales n'est pas une justification suffisante pour refuser le transfert des pertes commerciales. Tout d'abord, ceci peut entraîner une concurrence fiscale entre les Etats dont les bénéficiaires seront les entreprises et, d'une manière générale, l'économie. De plus, des restrictions pourraient être posées à cette ventilation des pertes, par exemple en exigeant que seules les pertes d'origine commerciale puissent être transférées ou qu'elles ne le soient que vers des entités exerçant effectivement des activités commerciales.

Il est certain qu'une prise en compte internationale des pertes réalisées par une entité nécessiterait des aménagements : par exemple, il serait nécessaire de déterminer de quelle façon les Etats pourraient éviter qu'une perte ne soit utilisée deux fois, une fois auprès de la société réclamante et une fois, lors d'exercices bénéficiaires ultérieurs, auprès de la société cédante. Il s'agirait également de s'accorder sur la méthode de transfert des pertes entre sociétés, ce qui pourrait donner lieu à de nombreuses querelles entre les Etats : il est probable que les Etats à faibles taux d'imposition privilégieraient une méthode de consolidation des comptes, sachant que la société mère résiderait certainement sur leur territoire, méthode qui ne conviendrait que peu aux Etats à taux d'imposition plus élevés⁵².

Ainsi, il apparaît que le transfert de pertes entre sociétés d'un même groupe soulève de nombreuses questions. Pourtant, plusieurs arguments plaideraient en sa faveur. D'abord, la réalité économique : il est possible que le résultat consolidé du groupe soit négatif mais que des impôts doivent tout de même être payés par les sociétés bénéficiaires du groupe.

De plus, dans un marché unique en plein développement, le fait de poser des obstacles au transfert de pertes entre sociétés d'un même groupe est une limitation importante. Comme le rappelle MICHELSEN⁵³, "on considère que la suppression ou la limitation dans toute la mesure possible des distorsions et des obstacles aux arrangements financiers transfrontaliers, tels que, par exemple, les restrictions à la possibilité d'imputer les pertes liées à une activité

⁵¹ MICHELSEN, p. 107.

⁵² Voir le point 3.2 s'agissant des différentes méthodes de transfert de pertes entre entreprises.

⁵³ MICHELSEN, p. 103.

économique dans un pays sur les revenus de la même société ou du même groupe dans un autre pays, constitue un acte essentiel dans la mise en œuvre du marché unique au sein de l'Union européenne".

Les Etats craignent souvent les abus qu'une telle solution pourrait engendrer, bien que la planification fiscale et l'économie d'impôt ne soient pas illicites⁵⁴. Il en va même d'une certaine cohérence : si le TCE permet à chacun d'établir son domicile professionnel, ses filiales, ses succursales ou encore ses agences dans l'Etat membre qui lui semble le plus avantageux⁵⁵ (administrativement, commercialement mais aussi fiscalement), on ne voit pas en quoi le fait de permettre à un groupe de ventiler ses pertes selon des motifs purement fiscaux serait condamnable. De plus, les motifs fiscaux ne sont pas les seuls paramètres qui dictent le lieu d'établissement d'une entreprise : par exemple la proximité de centres de recherche, la possibilité de trouver des investisseurs, la stabilité monétaire, politique et économique d'un pays sont autant d'atouts qui peuvent dicter ce choix.

Il est à relever que le problème des transferts de pertes à l'intérieur d'un groupe de sociétés ne se pose pas dans une même mesure selon la forme juridique des sociétés filles⁵⁶. En effet, si une société dispose de succursales dans différents pays et que l'Etat de résidence de celle-ci l'impose sur l'ensemble de ses revenus mondiaux, les résultats, négatifs ou positifs, des dites succursales seront automatiquement intégrés dans ses revenus. Ainsi, le transfert de pertes s'effectue directement auprès de la société principale. Le problème se situe alors à un autre niveau : *quid* de la double imposition des bénéficiaires de la succursale ou de la double utilisation des pertes réalisées par celle-ci ? Ces questions trouveront des réponses dans les législations nationales ou dans une convention de double imposition.

En revanche, lorsque la société mère décide de s'implanter à l'étranger par le biais de filiales, ces entités étant juridiquement distinctes, nous sommes précisément dans la problématique exposée ci-dessus.

La question pourrait se poser de savoir si le traitement différencié par un Etat membre d'une société mère résidente selon qu'elle s'implante à l'étranger par le biais de filiales ou de

⁵⁴ OBERSON, p. 50, N. 17.

⁵⁵ Voir CJCE aff. C-212/97, *Centros*.

⁵⁶ TERRA/WATTEL, p. 659.

succursales constitue une restriction à sa liberté d'établissement. Dans l'affaire *Marks & Spencer plc*⁵⁷, l'Avocat Général a considéré que les filiales et les succursales, au regard de la législation britannique, ne se trouvaient pas dans des situations semblables et que, par conséquent, une différence de traitement se justifiait. MICHELSEN⁵⁸ va dans le même sens en affirmant que "la différence de traitement des pertes d'un ES (*établissement stable*) étranger et d'une filiale étrangère ne peut être incompatible avec le droit de l'Union européenne". Cette question est examinée plus en détail ci-dessous⁵⁹.

La problématique étant exposée, nous allons maintenant présenter différentes méthodes envisageables permettant de transférer des pertes d'une entreprise à une autre. Nous commencerons par les solutions qui avaient été proposées par la Commission européenne en 1990 pour ensuite nous intéresser à d'autres méthodes pouvant aboutir, directement ou indirectement, au même résultat.

3.2 Les méthodes de transfert de pertes entre entreprises

3.2.1 La proposition de Directive du Conseil du 6 décembre 1990

3.2.1.1 Généralités

Ainsi que nous l'avons vu précédemment⁶⁰, les restrictions au transfert de pertes entre entreprises d'un même groupe sont une entrave à la construction du marché commun.

C'est pourquoi la Commission a préparé en 1990 une Proposition de Directive du Conseil "relative à un régime de prise en compte par les entreprises des pertes subies par leurs établissements stables et filiales situés dans d'autres Etats membres"⁶¹.

Cette proposition de Directive n'a pas été adoptée par le Conseil, malgré la recommandation du rapport de la Commission d'experts Ruding⁶².

⁵⁷ Conclusions de l'Avocat Général dans l'affaire C-446/03, paragraphes 48 et 49.

⁵⁸ MICHELSEN, p. 122.

⁵⁹ Voir le point 5.3.2.

⁶⁰ Voir le point 3.1.2.

⁶¹ JO no. C 53 de février 1991, COM (90) 595. COMMUNIER, p. 399 ; MICHELSEN, p. 103 ; TERRA/WATTEL, p. 661.

⁶² COMMUNIER, p. 399 ; MICHELSEN, p. 103.

Malgré tout, les solutions qu'elle proposait étaient intéressantes et propices à obtenir un consensus auprès des Etats membres. C'est pourquoi il nous semble utile de les présenter.

Ces solutions sont au nombre de deux : la méthode du crédit (article 6 Directive) et la méthode de la déduction des pertes et de la réincorporation des bénéficiaires subséquents (article 7 Directive). Dans le cadre d'un rapport entre société mère et établissement stable, l'Etat membre concerné disposait d'un choix entre les deux méthodes⁶³. En revanche, dans une relation entre société mère et filiale, l'Etat membre devait obligatoirement opter pour la seconde méthode⁶⁴.

Il faut relever que la Proposition de Directive ne libérait pas complètement le régime transfrontalier des pertes. Par exemple, les pertes ne pouvaient être prises en compte que dans le chef de la société mère, et non dans celui d'une société sœur. Il n'était pas non plus possible de faire transférer des pertes depuis la société mère vers la société fille⁶⁵. La Directive comprenait donc un certain nombre de faiblesses, mais elle avait tout de même le mérite de proposer des solutions unifiées, premier pas vers un régime de libre de transfert des pertes entre sociétés.

3.2.1.2 La méthode du crédit

La méthode du crédit se base sur la pratique d'une taxation mondiale des revenus de la société principale : on inclut directement dans les résultats de cette dernière les résultats, aussi bien positifs que négatifs, de ses établissements stables situés à l'étranger⁶⁶. Puis, afin d'éviter que le groupe ne soit imposé deux fois sur les mêmes bénéficiaires (une fois auprès de la société dans son Etat de résidence et une seconde fois auprès de l'établissement stable dans son Etat d'établissement), on impute sur l'impôt à payer par la société principale les impôts payés dans les différents Etats sur les territoires desquels sont situés les établissements stables bénéficiaires.

Ainsi, les pertes d'une succursale sont automatiquement portées en compensation d'éventuels bénéfices réalisés par la société principale ou par d'autres établissements. Quant aux bénéfices, ils subissent le même sort et sont automatiquement intégrés dans les résultats de la

⁶³ MICHELSEN, p. 103 ; TERRA/WATTEL, p. 661.

⁶⁴ MICHELSEN, p. 118.

⁶⁵ MICHELSEN, p. 119.

⁶⁶ MICHELSEN, p. 104 ; TERRA/WATTEL, p. 661.

société résidente. On comprend donc aisément pourquoi ce système ne pouvait pas être choisi dans le cas de relation entre une société mère et ses filiales, car il aurait fallu passer outre l'indépendance juridique de ses dernières. Or les Etats membres n'étaient pas (et ne sont toujours pas) prêts à cela.

3.2.1.3 La méthode de la déduction des pertes et de la réincorporation des bénéfices subséquents

Cette méthode permet à la société mère de déduire de son bénéfice imposable les pertes réalisées par ses établissements stables ou filiales situés à l'étranger. Toutefois, s'agissant des filiales, "les pertes ne peuvent être imputées sur les revenus de la société mère qu'en proportion du holding que celle-ci détient dans son capital"⁶⁷.

Puis, par la suite, lorsque la filiale ou l'établissement stable étranger réalise des bénéfices, ceux-ci sont réincorporés dans les résultats de la société mère, jusqu'à hauteur de la déduction initiale⁶⁸. Les Etats pouvaient d'ailleurs prévoir un mécanisme de réincorporation automatique dans certains cas, par exemple lorsqu'une réincorporation totale n'avait pas pu être effectuée dans un délai de cinq ans (article 8 Directive)⁶⁹.

Cette méthode se distingue de la méthode du crédit en tout cas sur deux points : tout d'abord, les résultats des établissements stables et filiales situés à l'étranger sont déterminés selon les règles de leur Etat d'établissement, l'Etat de résidence de la société mère devant les accepter. Ceci n'est pas vrai dans la méthode du crédit, où le résultat est calculé selon les règles de l'Etat de résidence de la société mère⁷⁰. Nous savons que la méthode de déduction des pertes et de réincorporation des bénéfices subséquents étaient obligatoires pour les filiales situées à l'étranger : par conséquent, les Etats de résidence des sociétés mères auraient été obligés d'inclure des pertes réalisées à l'étranger et calculées selon des méthodes étrangères, sans pouvoir effectuer de correctifs. Cet inconvénient a grandement contribué à l'échec de la proposition⁷¹.

⁶⁷ MICHELSEN, p. 118.

⁶⁸ MICHELSEN, p. 104 ; TERRA/WATTEL, pp. 661 et 662.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ MICHELSEN, pp. 104 et 118 ; TERRA/WATTEL, pp. 661 et 662.

⁷¹ MICHELSEN, p. 119 ; TERRA/WATTEL, p. 662.

La seconde différence réside dans le traitement des bénéfices : dans la méthode du crédit, ils sont également transférés en direction de la société mère, ce qui n'est pas vrai pour la seconde méthode prévue par la Directive. Ceci explique également pourquoi la méthode du crédit ne pouvait être appliquée aux relations entre société mère et filiales, car il aurait fallu passer outre l'indépendance juridique de la filiale.

3.2.2 L'imposition consolidée⁷²

L'imposition consolidée (ou "conjointe") d'un groupe de sociétés est la forme la plus aboutie de reconnaissance d'un groupe comme entité économique unique.

En effet, les résultats de toutes les sociétés du groupe sont mis en commun – consolidés – et un impôt unique sera dû par le groupe. L'on évite ainsi de devoir faire face à un groupe qui, dans son ensemble, est déficitaire mais doit tout de même payer des impôts par le biais de ses succursales ou filiales bénéficiaires. De plus, cela permet d'aboutir à un système fiscal neutre, puisque la forme de l'implantation du groupe n'engendrera aucune conséquence fiscale.

Dans sa forme la plus élaborée, le système devrait tenir compte des filiales et succursales étrangères, avec des mécanismes permettant d'éviter la double imposition ou la double utilisation des pertes (une convention de double imposition ou des dispositions dans la législation fiscale le permettraient).

MICHELSEN⁷³ donne quelques exemples d'Etats pratiquant l'imposition consolidée, à des degrés divers : les Pays-Bas, les Etats-Unis d'Amérique, la France ou encore le Danemark. Ces deux derniers Etats permettent même de consolider les résultats de filiales étrangères, donnant ainsi une dimension transnationale à leur régime de consolidation⁷⁴.

3.2.3 Le transfert des bénéfices et des pertes⁷⁵

Sans aller aussi loin qu'une imposition consolidée, les Etats peuvent tenir compte de la nature particulière d'un groupe de sociétés en permettant le transfert des bénéfices ou des pertes d'une société du groupe vers une autre.

⁷² MICHELSEN, pp. 109, 112 et 113.

⁷³ MICHELSEN, p. 109.

⁷⁴ Il faut toutefois noter que le régime français nécessite l'accord du Ministre des Finances.

⁷⁵ MICHELSEN, p. 110.

De nombreux paramètres doivent alors être pris en considération : le régime peut inclure les succursales et filiales étrangères ou se limiter aux entreprises résidentes, permettre le transfert entre toutes les sociétés du groupe ou seulement en direction de la société mère, exiger que les sociétés réclamantes détiennent une participation minimum dans les sociétés cédantes, etc.

Il est à relever que les Etats peuvent choisir de permettre le transfert des pertes, mais aussi le transfert des bénéfices : ainsi, une entreprise bénéficiaire pourra transférer tout ou partie de son bénéfice à une société déficitaire du groupe, jusqu'à ce que cette dernière obtienne un résultat équilibré⁷⁶.

3.2.4 La cession de créances fiscales⁷⁷

La Société néerlandaise de science fiscale a avancé cette idée dans un rapport de 1996⁷⁸ : le principe est qu'une société déficitaire se fasse racheter sa créance d'impôt par une autre société du groupe. Cette dernière obtient, pour le montant de l'achat, un crédit d'impôt. Elle peut alors diminuer son résultat du montant du crédit.

Ce n'est toutefois qu'un report d'impôt. En effet, dès que la société déficitaire commence à réaliser des bénéfices, elle doit rembourser la société qui avait acquis sa créance d'impôt, ce remboursement étant imposable auprès de cette dernière. L'impôt qui avait pu être différé auprès de la société bénéficiaire est ainsi récupéré par les autorités fiscales à ce moment-là. Afin d'éviter que l'impôt économisé ne soit jamais récupéré, faute de remboursement de la part de la société déficitaire, on prévoit un mécanisme de réincorporation de ce montant passé un certain délai (en général de cinq ans).

Ce système est ingénieux car il laisse une latitude importante aux groupes pour gérer leurs obligations fiscales. En effet, contrairement à des systèmes qui rendent obligatoires la consolidation fiscale, cette méthode repose sur la volonté d'une société du groupe d'acheter les créances fiscales d'une autre. Il n'y a plus de risque de voir les pertes invariablement ventilées vers les Etats à fort taux d'imposition, puisqu'il ne s'agit que d'un report d'impôt, et non d'une perte définitive de celui-ci. Dès lors, cela devrait encourager les Etats à reconnaître le transfert transfrontalier des pertes commerciales.

⁷⁶ Exemple : la Norvège. MICHELSEN, p. 110.

⁷⁷ MICHELSEN, pp. 119 et 120.

⁷⁸ MICHELSEN, p. 119.

Par conséquent, aussi bien les Etats que les entreprises sont avantagés : les premiers ne perdent pas de rentrées fiscales, les secondes peuvent gérer intelligemment leur flux de trésorerie, en utilisant efficacement les pertes réalisées par le groupe. De plus, on ne diabolise plus la planification fiscale comme trop souvent les Etats le font. En adoptant un tel système, le législateur national accepte que les sociétés gèrent leurs obligations fiscales en fonction de leurs propres intérêts, sans que chaque transfert de perte ne soit perçu comme un moyen de contourner la législation fiscale.

3.2.5 L'amortissement par la société actionnaire de sa participation dans la société déficitaire

La méthode que nous allons présenter est une méthode indirecte de prise en considération des pertes réalisées par une société : en effet, il ne s'agit pas de diminuer directement le résultat imposable d'une société du groupe du montant de la perte réalisée par une société sœur, respectivement fille, mais de tenir compte de façon indirecte de cette perte⁷⁹.

D'une manière générale, une société qui réalise des pertes perd de la valeur. Il semble donc juste de permettre à celui qui détient des participations dans cette société de pouvoir réduire, dans son bilan, la valeur de cette participation⁸⁰. C'est l'idée sous-jacente de la méthode présentée ici : la société mère va amortir la participation qu'elle détient dans la société déficitaire, de manière à tenir compte de la perte de valeur de cette dernière. L'amortissement réduira ainsi le résultat de la société mère.

Il est aussi possible de tenir compte de cette valeur par la création d'une provision, avec un résultat semblable⁸¹.

Cette méthode s'écarte des solutions proposées ci-dessus. Premièrement, il n'est pas possible de tenir compte exactement du montant de la perte réalisée : la valeur d'une participation n'est pas uniquement fonction du résultat positif ou négatif de la société détenue. De plus, il serait erroné de croire que chaque résultat, positif ou négatif, permettrait de modifier la valeur de la participation : tant le droit commercial que le droit fiscal posent des limites à l'amortissement des valeurs du bilan. De ce point de vue, la création d'une provision peut paraître plus

⁷⁹ FUCHS, p. 167.

⁸⁰ FUCHS, p. 168.

⁸¹ FUCHS, p. 168.

judicieuse et, surtout, mieux acceptée par les autorités fiscales: on pourrait imaginer que la provision doive être dissoute dans un certain délai si elle ne l'a pas été auparavant, faute de résultat positif de la société déficitaire.

Quoiqu'il en soit, l'amortissement de la participation détenue dans une société déficitaire peut être une solution lorsque la législation nationale ne permet pas de tenir compte de pertes réalisées par d'autres sociétés du groupe. L'on pense en particulier aux résultats négatifs de sociétés non résidentes. Mais elle demeure aléatoire et soumise à des exigences strictes du droit commercial et du droit fiscal.

3.2.6 Conclusions intermédiaires

L'analyse des différentes méthodes de transfert de pertes entre sociétés démontre que même si les Etats acceptent de tenir compte dans une certaine mesure de l'unité économique que représente un groupe de sociétés au sein de leur territoire, ils redoutent les effets transnationaux que pourrait engendrer la reconnaissance de groupes internationaux.

Or, ainsi que nous l'avons observé ci-dessus⁸², la réticence à traiter de la même façon des situations transnationales et des situations nationales constitue un frein important à la création d'un marché intérieur européen.

Pour quels motifs les pertes réalisées par une société non résidente devraient-elles être traitées différemment de celles de sociétés résidentes ? Comment justifier le fait de traiter différemment deux sociétés mères pour l'unique raison que l'une dirige un groupe de sociétés actif uniquement sur le territoire de résidence de la société mère et l'autre un groupe de sociétés actifs également à l'étranger? Le chapitre suivant va tenter de mettre en exergue les principales justifications avancées par les Etats membres dans le domaine de la fiscalité directe, plus particulièrement en relation avec la problématique des transferts de pertes entre entreprises.

⁸² Voir le point 2.

4 La jurisprudence de la CJCE en matière de justifications aux restrictions apportées par les Etats au libre transfert des pertes entre entreprises

4.1 Introduction

La Communauté européenne ne dispose d'aucune compétence en matière de fiscalité directe. Les Etats membres sont donc seuls compétents dans ce domaine.

Cependant, les Etats membres se sont engagés à respecter l'instauration d'un marché commun en ratifiant le Traité instituant la Communauté européenne. Ils ont donc admis de restreindre, directement ou indirectement, leurs pouvoirs souverains. A cet égard, les libertés fondamentales consacrées par le marché intérieur ont entraîné des conséquences non négligeables pour les Etats membres, y compris dans des domaines qui leur étaient pourtant réservés.

Depuis plus de vingt ans⁸³, la CJCE est régulièrement confrontée à de délicates controverses concernant les législations fiscales des Etats membres. En effet, le droit fiscal est un domaine dans lequel le principe de territorialité s'exprime pleinement : chaque Etat est unique souverain sur son territoire fiscal, mais il ne l'est que sur celui-ci. Cette vision unilatérale de la politique fiscale ne pouvait qu'entraîner des conflits avec les grands principes développés lors de la construction européenne.

Les dispositions fiscales étatiques relatives au transfert transfrontalier des pertes ont régulièrement été mises en cause devant les juridictions européennes. Nous pouvons citer les affaires *Futura Participations et Singer*⁸⁴, *ICI*⁸⁵, *AMID*⁸⁶, *X & Y SA*⁸⁷ et *Marks & Spencer plc*⁸⁸, les cinq concernant des personnes morales. Mais, d'une manière générale, l'ensemble de la jurisprudence relative aux restrictions des libertés fondamentales dans le domaine de la fiscalité directe est intéressante, car les principes y développés sont aisément transposables.

⁸³ Le point de départ pouvant être l'affaire suivante : CJCE aff. C-270/83, *Avoir fiscal*.

⁸⁴ CJCE aff. C-250/95.

⁸⁵ CJCE aff. C-264/96.

⁸⁶ CJCE aff. C-141/99.

⁸⁷ CJCE aff. C-200/98.

⁸⁸ CJCE aff. C-446/03.

C'est pourquoi nous ferons également référence à d'autres affaires que celles mentionnées ci-dessus.

Plusieurs auteurs ont tenté de déterminer la marche à suivre permettant de déterminer si une mesure nationale contrevient aux dispositions du traité⁸⁹. La CJCE a également développé une méthode d'analyse. Pour la suite de l'exposé, nous nous référerons principalement à la méthode suivie par la jurisprudence européenne. Elle déterminera le plan de ce chapitre et peut se présenter de la manière suivante : il s'agit, dans un premier temps, de déterminer si le réclamant peut se prévaloir des dispositions du traité (4.2.2). Ensuite, il est nécessaire de déterminer clairement les libertés fondamentales qui sont mises en cause par la mesure nationale litigieuse (4.2.3). Dans un troisième temps, la CJCE doit établir si cette mesure étatique est susceptible d'entraîner une discrimination sur la base de la nationalité ou si elle peut restreindre l'exercice du droit aux libertés consacrées (4.2.4). Si tel est le cas, l'Etat membre dispose de la faculté de justifier sa législation (4.2.5). Enfin, dans la mesure où l'Etat parvient à démontrer que l'intérêt public défendu est plus important que le respect de la liberté fondamentale violée, un examen de la proportionnalité de la disposition discutée sera effectué (4.2.6).

4.2 Les motifs justificatifs invoqués par les Etats dans le cadre des restrictions apportées aux libertés fondamentales

4.2.1 Introduction

Ce chapitre se concentre principalement sur les motifs justificatifs invoqués par les Etats lorsque leur législation fiscale contrevient aux dispositions du TCE sur les libertés fondamentales.

Il nous a cependant paru important de traiter l'ensemble des étapes qui permet à la Cour de se déterminer sur la licéité d'une mesure fiscale étatique. Cela à fin de mieux saisir la place centrale qu'occupent les motifs justificatifs dans la jurisprudence.

Si les motifs justificatifs avancés par les Etats sont relativement nombreux, il faut reconnaître que la CJCE a souvent posé des conditions strictes à leur application, rendant relativement rare leur admissibilité. Ceci s'explique d'abord par le fait que l'objectif fondamental du TCE

⁸⁹ Par exemple : CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, pp. 218 et 219 ; TERRA/WATTEL, p. 41.

est de créer un marché commun. A cet égard, les dispositions fiscales, bien que relevant de la compétence des Etats, sont un facteur essentiel de la réussite de ce marché. Ensuite, le fait que les motifs justificatifs permettent de déroger aux libertés fondamentales du traité exige qu'ils ne soient admis que de manière restrictive.

4.2.2 L'applicabilité du TCE

Avant toute chose, il est essentiel de s'assurer que celui qui, personne physique ou morale, invoque le traité puisse effectivement s'en prévaloir⁹⁰.

Ceci implique deux choses : premièrement, le demandeur doit être un ressortissant de la Communauté européenne. Pour les personnes physiques, ce lien avec un Etat membre est établi par la nationalité⁹¹. Pour les personnes morales, ainsi que l'indique l'article 48 alinéa 1^{er} TCE, la société doit avoir son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement sur le territoire d'un Etat membre.

Secondement, le traité ne peut être invoqué dans des situations purement internes. Nous l'avons vu ci-dessus⁹², cette condition n'empêche nullement un citoyen ou une personne morale d'invoquer les dispositions européennes à l'encontre de son Etat d'origine. En revanche, un élément transnational est nécessaire⁹³ : c'est le cas lorsque des restrictions sont posées au transfert de pertes entre des sociétés situées dans deux Etats membres différents ; ce n'est en revanche pas le cas lorsque la législation nationale ne prévoit pas de régime particulier pour les groupes de sociétés établis sur son territoire.

4.2.3 L'exercice effectif des libertés fondamentales

Celui qui prétend être entravé dans l'exercice de ses libertés fondamentales doit démontrer qu'il a effectivement exercé la liberté concernée.

Cela signifie tout d'abord que la liberté doit être identifiée⁹⁴. Cette identification n'est pas sans importance : ainsi, la liberté d'établissement, contrairement à la liberté de circulation des

⁹⁰ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 218 ; TERRA/WATTEL, p. 41.

⁹¹ Eventuellement par le rattachement familial à un ressortissant d'un Etat membre.

⁹² Voir le point 2.2.5.1.

⁹³ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 218.

⁹⁴ Nous renvoyons le lecteur au point 2.2.5.3 s'agissant de la distinction entre la liberté d'établissement et les libertés de circulation des capitaux et de libre prestation de service.

capitaux, ne s'étend pas aux Etats tiers. De plus, il est nécessaire d'identifier la liberté concernée afin de savoir si le ressortissant l'a effectivement exercée.

Cette exigence de l'exercice effectif de la liberté invoquée permet d'éviter que les Etats ne soumettent à la CJCE, à titre de question préjudicielle, des états de fait purement théoriques.

Il n'est pas fréquent que la CJCE refuse d'entrer en matière pour le motif que la liberté invoquée n'aurait pas été exercée. Mais il arrive que les Etats soulèvent cette circonstance dans leurs déterminations : par exemple, dans l'affaire *De Lasteyrie du Saillant*⁹⁵ qui concernait l'imposition de toutes les plus-values latentes sur les titres détenus par le contribuable lors de son départ de France pour la Belgique, les gouvernements allemands et néerlandais ont souligné "que l'ordonnance de renvoi ne contenait pas d'éléments propres à établir que M. de Lasteyrie aurait fait usage de la liberté d'établissement"⁹⁶. En l'occurrence, la Cour a considéré que M. de Lasteyrie avait bien exercé la liberté en question en quittant la France pour s'installer en Belgique⁹⁷

4.2.4 Les discriminations fondées sur la nationalité et les restrictions aux libertés fondamentales

4.2.4.1 Généralités

Il est admis, selon la formule classique employée par la Cour, que "si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les Etats membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire"⁹⁸.

Les Etats doivent donc tenir compte des conséquences que pourrait avoir leur législation fiscale sur le marché intérieur lorsqu'ils réglementent le domaine de la fiscalité directe⁹⁹.

S'agissant du droit d'établissement, coeur de la problématique du transfert des pertes entre entreprises, la Cour l'a d'abord envisagé sous l'angle restreint de la non discrimination à raison

⁹⁵ CJCE aff. C-9/02.

⁹⁶ CJCE aff. C-9/02, paragraphe 19.

⁹⁷ CJCE aff. C-9/02, paragraphes 12 et 48.

⁹⁸ Voir, par exemple, CJCE aff. C-279/93, *Schumacker*, paragraphe 21.

⁹⁹ Conclusions de l'Avocat Général dans l'aff. C-446/03, *Marks & Spencer plc*, paragraphe 24.

de la nationalité : ainsi, dans l'affaire *Futura Participations et Singer*¹⁰⁰, elle a relevé que les Etats membres devaient exercer leur compétences fiscales dans le respect du droit communautaire "et, donc, s'abstenir de toute discrimination ostensible ou déguisée fondée sur la nationalité". Ainsi, la CJCE appliquait l'article 12 TCE au droit d'établissement. Cette approche était contestable, car elle excluait de la protection du traité toutes les entraves au droit d'établissement qui ne comportaient aucune discrimination : il était par exemple possible de prévoir une taxe de sortie pour tous les émigrants sans que cela ne soit contraire à la liberté d'établissement, vu le caractère non discriminatoire de la mesure¹⁰¹.

Le 31 mars 1993, la Cour a modifié sa jurisprudence¹⁰² : l'affaire concernait un ressortissant allemand qui avait obtenu un titre universitaire auprès d'un établissement britannique. Selon la législation allemande, les titulaires de diplômes délivrés par des établissements supérieurs étrangers devaient obtenir une autorisation du Land concerné afin de s'en prévaloir en République fédérale d'Allemagne, contrairement aux titulaires de diplômes délivrés par des établissements allemands. Il n'existait donc pas de discrimination fondée sur la nationalité du titulaire du diplôme mais selon le lieu de situation de l'établissement d'enseignement.

La Cour a alors déclaré que "les articles 48 et 52 [s'opposaient] à toute mesure nationale [...] qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, [était] susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'Etat membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité"¹⁰³.

Cette façon d'appréhender la liberté d'établissement a été étendue à la fiscalité directe. Ainsi, dans l'affaire *ICI*, la CJCE affirme que même si "les dispositions relatives à la liberté d'établissement visent notamment à assurer le bénéfice du traitement national dans l'Etat membre d'accueil, elles s'opposent également à ce que l'Etat d'origine entrave l'établissement dans un autre Etat membre d'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation [...]"¹⁰⁴. Nous retrouvons ce raisonnement dans les affaires *De Lasteyrie du*

¹⁰⁰ CJCE aff. C-250/95, paragraphe 19.

¹⁰¹ TERRA/WATEL, p. 38.

¹⁰² CJCE aff. C-19/92, *Kraus*.

¹⁰³ *Ibidem*, paragraphe 32.

¹⁰⁴ CJCE aff. C-264/96, paragraphe 21.

*Saillant*¹⁰⁵, *AMID*¹⁰⁶, *X ET Y SA*¹⁰⁷ et *Marks & Spencer plc*¹⁰⁸ par exemple. De toute manière, la nouvelle mouture de l'article 43 TCE ne laisse plus de place à une interprétation différente puisqu'il interdit les "restrictions" à la liberté d'établissement¹⁰⁹.

Il est certain que l'objectif d'obtenir un marché intérieur unique nécessite d'aller au-delà d'une interdiction des discriminations, même s'il n'est pas possible d'exclure toute entrave au droit d'établissement¹¹⁰.

Une législation fiscale nationale sera donc appréciée en fonction de sa capacité à entraver l'exercice du droit d'établissement des ressortissants d'Etats membres, y compris des siens. A cet égard, la portée de la restriction importe peu, ainsi que l'a rappelé la Cour¹¹¹ : même une restriction de faible portée est prohibée par le traité.

La Cour a donc opéré un durcissement de sa jurisprudence en élargissant le cercle des mesures interdites par le TCE. Mais les Etats ne sont pas désarmés face à cela, puisqu'ils disposent de la possibilité de justifier leurs mesures.

4.2.4.2 Les exemples dans le cas de transfert de pertes entre entreprises

Il est possible d'illustrer ce que nous venons de voir par deux exemples dans le domaine du transfert de pertes entre entreprises.

Dans l'affaire *Futura Participations et Singer*¹¹², il a été jugé que le fait d'exiger d'un contribuable non résident qu'il tienne une comptabilité au lieu de situation de son établissement stable et selon les règles de cet Etat afin de pouvoir prendre en compte ses pertes antérieures était susceptible d'entraver sa liberté d'établissement.

¹⁰⁵ CJCE aff. C-9/02.

¹⁰⁶ CJCE aff. C-141/99.

¹⁰⁷ CJCE aff. C-200/98.

¹⁰⁸ CJCE aff. C-446/03.

¹⁰⁹ Que cela concerne des restrictions "à la sortie" ou "à l'arrivée".

¹¹⁰ Les Etats conservent en effet certaines prérogatives, qui, en soi, constituent des restrictions au droit d'établissement des ressortissants communautaires, telle que la détermination des taux d'imposition, mais qui échappent au contrôle de la Cour.

¹¹¹ CJCE aff. C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, paragraphe 43.

¹¹² CJCE aff. C-250/95.

Dans l'arrêt *ICI*¹¹³, la Cour a considéré que le fait de subordonner le dégrèvement fiscal à la condition que l'activité d'une holding ne consiste qu'en la détention de participations dans des sociétés résidentes entravait le droit d'établissement de la société mère détenant la holding.

4.2.5 Les motifs justificatifs de la mesure nationale

4.2.5.1 Introduction

Ainsi que nous le verrons tout au long de ce chapitre, les motifs justificatifs invoqués par les Etats membres sont nombreux. Or, l'article 46 TCE ne prévoit qu'un nombre limité de raisons pour lesquelles un Etat pourrait restreindre le droit d'établissement. Il s'agit donc dans un premier temps d'expliquer pourquoi la Cour a retenu une approche extensive des mesures de justification accordées aux Etats. Dans une seconde partie, nous traiterons plus spécifiquement des motifs justificatifs.

4.2.5.2 L'extension des motifs justificatifs offerts aux Etats membres

L'extension des motifs justificatifs offerts aux Etats membres trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour relative à la libre circulation des marchandises, plus particulièrement dans l'affaire *Cassis de Dijon*¹¹⁴. L'article 30 TCE contient en effet une série de motifs pour lesquels un Etat membre peut restreindre la libre circulation des marchandises. Il est cependant apparu ces motifs n'étaient pas suffisants. En particulier, il semblait correct de permettre aux Etats de justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises lorsque les objectifs poursuivis étaient conformes aux buts que le traité cherchait à atteindre. La Cour a alors permis des entraves à la liberté en question pour "satisfaire à des exigences impératives"¹¹⁵, élargissant ainsi le cercle des mesure justificatives.

Cette pratique est connue sous l'appellation de la *rule of reason*¹¹⁶ : elle permet aux Etats membres d'invoquer des motifs d'intérêt public nationaux (dans un sens large) non mentionnés dans les dispositions spécifiques du traité.

Cette extension des motifs justificatifs offerts aux Etats n'a pas tardé à s'étendre aux autres libertés fondamentales. C'est ainsi que les Etats, dans le cadre de litiges concernant la fiscalité

¹¹³ CJCE aff. C-264/96.

¹¹⁴ CJCE aff. C-120/78.

¹¹⁵ BIEBER/MAIANI, p. 224.

¹¹⁶ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 220 ; TERRA/WATTEL, p. 41.

directe, ont pu invoquer des motifs qui ne relevaient pas de l'article 46 TCE, soit de l'ordre public, de la sécurité ou de la santé publique.

A l'origine, la *rule of reason* ne s'appliquait qu'aux mesures non discriminatoires¹¹⁷. S'agissant des mesures opérant des discriminations à raison de la nationalité, les motifs justificatifs devaient être prévus explicitement par le traité.

Cette restriction n'est cependant pas valable en matière de fiscalité directe. Ainsi que le relève l'Avocat Général Léger¹¹⁸, "[...] en matière fiscale, la constatation de l'existence d'une différence de traitement fondée sur le siège social des sociétés n'exclut pas que cette inégalité de traitement puisse être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général". Une confirmation de ce propos nous est donnée par la Cour elle-même : dans l'affaire *ICI*¹¹⁹, une distinction fondée sur le siège social des filiales était opérée. La Cour a pourtant analysé différents moyens de justification soulevés par l'Etat en cause qui ne relevaient pas de l'article 46 TCE, ratifiant ainsi l'idée selon laquelle la *rule of reason* était également applicable dans le cas de distinction établie selon le siège des sociétés.

Ainsi, les Etats membres ne sont pas limités dans le choix des motifs justificatifs qu'ils peuvent avancer devant la Cour. Ceci nous paraît absolument justifié, dans la mesure où les intérêts mentionnés à l'article 46 TCE, soit l'ordre public, la sécurité et la santé publique, ne sont que peu concernés par les exigences du droit fiscal. Il est bien plus question d'intérêt public et de raisons impérieuses d'intérêt général.

Le chapitre suivant va nous permettre d'analyser ces motifs justificatifs.

4.2.5.3 Les motifs justificatifs

4.2.5.3.1 Généralités

La jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe contient plusieurs motifs justificatifs avancés par les Etats dans l'espoir de rendre leur législation fiscale compatible avec le droit européen. Nous en exposerons sept qui nous paraissent intéressants en raison de la régularité avec laquelle ils sont invoqués et/ou admis par la Cour. Les développements

¹¹⁷ BIEBER/MAIANI, pp. 224 et 225.

¹¹⁸ Conclusions de l'Avocat Général dans l'aff. C-196/04, paragraphe 64.

¹¹⁹ CJCE aff. C-264/96.

jurisprudentiels ne tiennent pas compte, à dessein, de l'arrêt *Marks & Spencer plc*¹²⁰, dans la mesure où une analyse détaillée de ses conséquences sera faite dans le chapitre 5 du présent texte.

4.2.5.3.2 Le principe de territorialité

Le premier principe que nous allons traiter est ambigu. D'une part, la terminologie employée par la Cour peut paraître trompeuse et ne pas refléter exactement ce que recouvre une telle notion¹²¹. D'autre part, nous ne sommes pas certains que ce principe constitue véritablement un motif justificatif au sens où nous l'entendons.

Le principe de territorialité¹²² est apparu pour la première fois dans l'affaire *Futura Participations et Singer*¹²³, puis dans les affaires *Bosal*¹²⁴ et *Manninen*¹²⁵. Il n'a toutefois pas été admis par la Cour dans ces deux derniers cas.

Il paraît utile de décrire brièvement l'état de fait de l'affaire *Futura Participations et Singer* : une société française (Futura Participations SA) détenait une succursale au Luxembourg (Singer). Au Luxembourg, la loi fiscale prévoit que les sociétés non résidentes ne s'acquittent d'un impôt que sur les revenus indigènes, c'est-à-dire réalisés par leurs établissements situés au Luxembourg. S'agissant des pertes antérieures réalisées par les contribuables non résidents, elles peuvent être déduites du total de leurs revenus nets, mais à condition qu'elles soient en relation économique avec des revenus indigènes et que la comptabilité soit tenue à l'intérieur du pays.

Futura Participations SA a ventilé différentes pertes effectuées entre les années 1981 et 1986, sans tenir compte du lien devant exister entre elles et les revenus indigènes. Les autorités luxembourgeoises ont par conséquent refusé d'admettre ces pertes en déduction des revenus réalisés par la succursale Singer, au motif qu'il ne pouvait être établi aucun lien entre les pertes portées en déduction et les revenus réalisés au Luxembourg.

¹²⁰ CJCE aff. C-446/03.

¹²¹ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 220.

¹²² CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 220 ; DAHLBERG, p. 263 ; TERRA/WATTEL, p. 670.

¹²³ CJCE aff. C-250/95.

¹²⁴ CJCE aff. C-168/01.

¹²⁵ CJCE aff. C-319/02.

La question préjudicielle posée à la CJCE était de savoir si une telle exigence, à savoir un lien entre les pertes et les revenus indigènes, constituait une entrave à la liberté d'établissement d'un contribuable non résident.

A cette question, la Cour va répondre par la négative. A notre avis, et contrairement aux différents auteurs qui ont examiné cette question¹²⁶, le principe de territorialité dont il est question ici n'est pas un motif justificatif à une entrave à la liberté d'établissement. La Cour l'affirme elle-même, puisqu'elle considère qu'"un tel régime, qui est conforme au principe fiscal de territorialité, ne saurait être considéré comme comportant une discrimination, ostensible ou déguisée, interdite par le traité"¹²⁷. Il n'est donc guère question de justifier une discrimination opérée par les dispositions fiscales luxembourgeoises. En accord avec la Cour, nous sommes d'avis que la législation luxembourgeoise ne constitue pas un obstacle à la liberté d'établissement : tout d'abord, la loi fiscale luxembourgeoise n'a pas pour effet de faire perdre à la société mère son droit à déduire des pertes réalisées antérieurement. La situation aurait peut-être été différente si Futura Participations SA n'avait plus pu utiliser les pertes réalisées antérieurement, en raison de son établissement au Luxembourg. De plus, si Futura Participations SA avait décidé de s'implanter au Luxembourg par le biais d'une filiale, cette dernière aurait dû payer des impôts sur l'ensemble de ses revenus mondiaux et aurait pu déduire l'ensemble de ses pertes réalisées antérieurement, mais la société mère n'aurait pas pu reporter ses propres pertes sur la filiale. Il n'y a ainsi pas d'obstacle posé au libre établissement de la société Futura Participations SA. Par conséquent, le principe de territorialité ne peut être considéré comme un motif justificatif : il exprime uniquement le fait qu'un Etat ne tient compte, dans la définition de l'assiette de l'impôt d'un contribuable non résident, que de l'activité déployée par l'établissement stable de ce dernier.

Le contexte était en revanche différent dans les deux autres affaires précitées : dans l'affaire *Bosal*¹²⁸, une société holding située aux Pays-Bas s'est vue refuser le droit de déduire les frais liés à la détention de ses participations dans des filiales étrangères, alors qu'une telle déduction était possible lorsque les filiales étaient situées aux Pays-Bas.

¹²⁶ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, pp. 220 et 221 ; DAHLBERG, pp. 263 et 264 ; TERRA/WATTEL, p. 670.

¹²⁷ CJCE aff. C-250/95, paragraphe 22.

¹²⁸ CJCE aff. C-168/01.

La Cour a considéré, avec raison, que la législation néerlandaise entravait la liberté d'établissement de la société mère, puisqu'elle rendait moins attractive l'implantation de filiales à l'étranger.

Le gouvernement néerlandais a tenté, sous le sceau du principe de territorialité, de justifier la mesure contestée en distinguant les deux cas de figure suivants : lorsque les filiales sont situées sur le territoire néerlandais, l'ensemble des activités du groupe y est imposable, ce qui n'est pas le cas lorsque des filiales sont établies à l'étranger. Ainsi, les déductions ne devraient être admises auprès de la société mère que dans la mesure où les bénéfices des filiales détenues pourraient également être imposés. On voit ainsi le parallèle qu'a tenté d'établir le gouvernement néerlandais avec le cas *Futura Participations SA et Singer* : n'accorder la déduction de pertes antérieures ou de frais liés à des participations que dans la mesure où il est possible de la compenser par l'imposition de bénéfices futurs. Cependant, les deux affaires ne sont pas comparables : ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, la loi luxembourgeoise n'entravait pas la liberté d'établissement de la société mère, contrairement à la loi des Pays-Bas.

Le même raisonnement peut être appliqué dans l'affaire *Manninen*¹²⁹, qui mettait en cause la législation finlandaise : cette dernière accordait aux actionnaires finlandais recevant des dividendes de sociétés finlandaises un avoir fiscal permettant d'atténuer les effets de la double imposition. Ce même avoir n'était en revanche pas accordé lorsque les dividendes provenaient de sociétés non résidentes.

Clairement, une telle législation décourageait l'investissement hors des frontières finlandaises.

Le gouvernement finlandais a défendu sa législation en affirmant, comme dans l'affaire *Bosal*, que les dividendes provenant de sociétés finlandaises ne pouvaient être comparés à des dividendes de sociétés étrangères, dans la mesure où la société finlandaise payait un impôt sur les bénéfices, contrairement aux sociétés non résidentes. Mais, là également, la tentative de parallèle avec l'affaire *Futura Participations et Singer* n'avait aucune chance d'aboutir, pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus.

¹²⁹ CJCE aff. C-319/02.

La différence fondamentale entre la première affaire jugée par la Cour et les deux suivantes est le nombre de contribuables concernés¹³⁰ : dans la première affaire, le seul contribuable est la société mère située en France, alors que dans les deux autres cas, deux contribuables sont concernés : la société mère et la filiale dans l'arrêt *Bosal*, la société distributrice et l'actionnaire dans l'affaire *Manninen*. Ceci explique que la Cour ait décidé que la législation luxembourgeoise ne contrevenait pas aux dispositions du traité, contrairement aux dispositions néerlandaises et finlandaises.

Si l'on se réfère aux deux derniers arrêts, qui sont en réalité les deux seuls intéressants en matière de justification, on s'aperçoit que, sous le couvert du principe de territorialité, les Etats ont cherché un nouveau moyen de justification : le principe de symétrie¹³¹. Selon ce principe, les Etats pourraient, par exemple, n'accepter la déduction de pertes réalisées par une filiale dans le chef de la société mère que dans la mesure où cette filiale pourrait être imposée ultérieurement sur ses bénéfices. C'est exactement l'idée qui était invoquée par les gouvernements néerlandais et finlandais dans les affaires précitées.

Cette conception est douteuse : DOERR¹³² explique par exemple que le principe de symétrie pourrait entraîner un traitement fiscal des pertes différents de celui des profits. En effet, si l'on permet à la filiale résidente de transférer ses pertes à la société mère et qu'on le refuse à la filiale non résidente, le traitement fiscal des bénéfices sera le même pour les deux filiales (imposition auprès de chacune d'elles), alors que le traitement des pertes sera différent (dans un cas, la perte sera traitée fiscalement auprès de la société mère, dans l'autre auprès de la filiale non résidente).

La Cour n'a d'ailleurs pas admis cette justification dans les affaires *Bosal* et *Manninen*, car elle reviendrait pratiquement à vider de son sens le droit d'établissement en matière fiscale : les Etats pourraient ainsi aisément justifier les différences de traitement qu'ils opèrent en fonction du lieu de situation des entités.

Nous sommes donc d'avis que le principe de territorialité ne devrait pas être appréhendé comme un motif justificatif et que le principe de symétrie, en tant que motif justificatif, ne

¹³⁰ TERRA/WATTEL, p. 670.

¹³¹ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 220 ; DOERR, p. 182.

¹³² DOERR, p. 182.

devrait pas être admis par la Cour, au risque de vider de toute substance le droit d'établissement dans le domaine de la fiscalité directe.

4.2.5.3.3 L'efficacité des contrôles fiscaux et les difficultés d'ordre administratif

La nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux est un motif justificatif admis depuis longtemps par la jurisprudence européenne¹³³. Il peut être révélé par l'affaire *Futura Participations et Singer*¹³⁴, dans laquelle la législation fiscale luxembourgeoise exigeait du contribuable qui souhaitait porter en déduction des pertes réalisées antérieurement qu'il ait tenu, pendant l'exercice déficitaire, une comptabilité dans l'Etat membre d'imposition conforme aux règles luxembourgeoises en la matière. Une telle condition n'était en revanche pas exigée s'agissant des profits, puisque le Luxembourg se contentait d'une ventilation de l'ensemble des profits effectuée par la société mère non résidente.

La Cour a considéré que cette condition constituait une entrave à la liberté d'établissement d'une société non résidente, puisqu'elle obligeait à tenir une seconde comptabilité pour les activités de sa succursale luxembourgeoise.

Le gouvernement luxembourgeois a alors justifié cette mesure au motif qu'elle serait "indispensable pour que les montants des revenus imposables dans un Etat membre puissent être vérifiés par les autorités fiscales de cet Etat membre"¹³⁵. La Cour va lui donner partiellement raison : en effet, en l'absence d'harmonisation des dispositions fiscales de chaque Etat membre, il est justifié pour un Etat de vouloir connaître le montant réel des pertes réalisées sur son territoire. En revanche, le moyen choisi par le Luxembourg a été considéré comme disproportionné : il suffisait d'exiger que le contribuable prouve, d'une manière ou d'une autre, le montant réel des pertes, sans qu'il ne puisse lui être demandé qu'il tienne une comptabilité conforme aux règles luxembourgeoises pendant la période déficitaire.

Cet argument a également été soulevé, par exemple, dans les affaires *Bachmann*¹³⁶ et *Lankhorst-Hohorst*¹³⁷, mais sans succès.

¹³³ DAHLBERG, p. 263. Voir, par exemple, CJCE aff. C-120/78, *Cassis de Dijon*.

¹³⁴ CJCE aff. C-250/95.

¹³⁵ *Ibidem*, paragraphe 27.

¹³⁶ CJCE aff. C-204/90, paragraphes 17 et 18.

¹³⁷ CJCE aff. C-324/00, paragraphes 43 et 44.

Il est à relever que la justification selon l'efficacité des contrôles fiscaux se heurte souvent à la Directive 77/799/CEE du Conseil (19 décembre 1977) concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs¹³⁸ : ainsi, dans l'affaire *Bachmann* précitée, la Cour a refusé de tenir compte de l'argumentation développée par le gouvernement belge au motif que des renseignements suffisants pouvaient être obtenus sur la base de cette directive, sans qu'il ne soit nécessaire de restreindre la liberté d'établissement.

Nous avons également choisi de mentionner dans ce chapitre les difficultés d'ordre administratif, qui se rapprochent beaucoup de la justification développée jusqu'ici. Ainsi, dans les affaires *Schumacker*¹³⁹ ("difficultés d'ordre administratif"), *Manninen*¹⁴⁰ ("différents obstacles pratiques") et *De Lasteyrie du Saillant*¹⁴¹ ("rendre problématique le recouvrement de l'impôt"), des difficultés d'ordre pratique ou administratif ont été avancées par les Etats pour justifier les restrictions qu'ils posaient aux libertés fondamentales. Elles ont cependant été écartées, soit parce que la directive mentionnée ci-dessus permettait de surmonter les difficultés rencontrées, soit parce que ces difficultés ne justifiaient pas d'entraver les libertés concernées.

A notre avis, l'efficacité des contrôles fiscaux peut encore servir de motif justificatif aux Etats. Il a d'ailleurs été admis plus d'une fois par la Cour. Il est vrai que la directive du Conseil 77/799/CEE permet déjà fortement de réduire les cas dans lesquels ce motif peut être invoqué. Mais tant que les législations fiscales ne seront pas harmonisées, une telle source de justification conservera sa place dans la jurisprudence européenne.

4.2.5.3.4 L'évasion fiscale ou la prévention des abus en matière fiscale

L'évasion fiscale est une des composantes d'un motif justificatif fréquemment invoqué par les Etats membres : la lutte contre l'usage abusif des libertés fondamentales.

L'une des décisions clés en la matière, même si elle ne concerne pas directement la fiscalité, est la décision de la Cour dans l'affaire *Centros*¹⁴², dans laquelle elle a admis la pratique de

¹³⁸ JO L 336.

¹³⁹ CJCE aff. C-279/93, paragraphe 43.

¹⁴⁰ CJCE aff. C-319/02, paragraphe 51.

¹⁴¹ CJCE aff. C-9/02, paragraphe 26.

¹⁴² CJCE aff. C-212/97.

citoyens danois qui avaient créé une société sans activité au Royaume-Uni (évitant ainsi l'exigence d'une libération minimale du capital imposée par le droit danois) et établi une succursale au Danemark depuis laquelle ils exerçaient l'ensemble de leurs activités commerciales. Le Danemark refusait d'inscrire la succursale dans le registre des sociétés, au motif que les époux avaient abusé du droit d'établissement. La Cour a donné tort au Danemark, arguant qu'une telle pratique aurait empêché la mise en oeuvre du *secondary establishment*¹⁴³.

La décision *Centros* démontre clairement qu'une société a le droit de choisir le territoire sur lequel elle souhaite s'établir et la forme sous laquelle elle va exercer selon des critères strictement commerciaux, administratifs et fiscaux. C'est pourquoi la jurisprudence européenne n'admet l'évasion fiscale comme motif justificatif que dans des conditions strictes. Selon la CJCE, la législation nationale en cause doit avoir "pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la loi fiscale"¹⁴⁴ en question. Ainsi, lorsque la législation fiscale n'a pas pour but principal, peut-être même exclusif, de combattre l'évasion fiscale, ce motif ne peut être invoqué devant la Cour.

En matière de transfert de pertes commerciales au sein d'un groupe de sociétés, la décision *ICI*¹⁴⁵ a permis à la Cour de rappeler les conditions dans lesquelles un Etat membre pouvait invoquer l'évasion fiscale comme motif justificatif : l'administration fiscale britannique avait refusé à la société ICI un dégrèvement fiscal à raison des pertes subies par une filiale de la société holding qu'ICI détenait au travers d'un consortium, pour le motif que la holding ne pouvait être qualifiée de "holding" au sens du droit applicable. En effet, pour être qualifiée de "holding", cette dernière devait détenir des participations dans des sociétés situées sur le territoire du Royaume Uni : la holding d'ICI ne détenant des participations que dans quatre sociétés résidentes, contre six résidentes de l'Union européenne et treize de pays tiers, l'administration fiscale britannique avait refusé de qualifier la société en question de "holding" et, par conséquent, refusé le dégrèvement à ICI.

Ces dispositions ont été considérées comme entravant la liberté d'établissement des sociétés résidentes au Royaume-Uni, puisqu'elles les décourageaient de créer des filiales à l'étranger.

¹⁴³ Voir le point 2.2.5.3.

¹⁴⁴ CJCE aff. C-264/96, *ICI*, paragraphe 26 ; CJCE aff. C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, paragraphe 50 ; CJCE aff. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, paragraphe 37.

¹⁴⁵ Voir note 126.

Le gouvernement du Royaume-Uni a alors invoqué, à titre de justification, le souhait de combattre l'évasion fiscale : en refusant le dégrèvement pour des pertes réalisées par des filiales situées hors du Royaume-Uni, la législation permettait d'empêcher le transfert systématique des pertes vers les sociétés résidentes et celui des bénéficiaires vers les sociétés situées dans des Etats fiscalement avantageux¹⁴⁶. La Cour a refusé un tel argument, expliquant que la loi fiscale en cause n'avait pas pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner dite loi : l'unique fait d'établir des filiales hors du Royaume-Uni n'impliquait pas, en soi, l'évasion fiscale¹⁴⁷. A noter que la Cour ne se prononce pas sur la question de savoir si un transfert des pertes vers des établissements sis dans des Etats à fort taux d'imposition constitue, en soi, une évasion fiscale. A notre avis, ce n'est pas le cas : puisque les libertés fondamentales permettent à chaque personne morale de s'installer dans le territoire de son choix et selon des critères purement commerciaux, l'on ne voit pas en quoi le fait de faire transiter des pertes entre les sociétés d'un même groupe constituerait une évasion fiscale.

La lutte contre l'évasion fiscale ne permet donc pas de justifier les législations dont le seul but est d'empêcher les pertes commerciales de circuler entre les sociétés d'un même groupe. Il faut que la loi mise en cause ait pour objet spécifique de lutter contre l'évasion fiscale : il ne suffit pas qu'elle permette, entre autres objectifs, d'atteindre ce but. Une telle solution paraît correcte, en particulier au regard de la proportionnalité.

Actuellement, un cas extrêmement intéressant est en attente d'une décision de la CJCE : l'affaire *Cadbury Schweppes plc*¹⁴⁸. Des réponses à des questions essentielles devraient être apportées par la Cour dans le cadre de ce litige qui oppose, d'une manière générale, le groupe Cadbury Schweppes aux autorités fiscales britanniques, au sujet de la loi britannique sur les "sociétés étrangères contrôlées" (SEC). Selon cette législation, les bénéficiaires de filiales étrangères détenues à plus de 50% par une société résidente au Royaume-Uni sont intégrés automatiquement dans les résultats de cette dernière, si l'Etat d'établissement de la filiale connaît un "niveau d'imposition inférieure" : tel est le cas lorsque la filiale s'acquitte d'un

¹⁴⁶ *Ibidem*, paragraphe 25.

¹⁴⁷ *Ibidem*, paragraphe 26.

¹⁴⁸ CJCE aff. C-196/04.

impôt qui n'atteint pas les trois quart de celui qu'elle aurait dû s'acquitter au Royaume-Uni. Cette législation sur les SEC connaît un certain nombre d'exceptions¹⁴⁹.

Cadbury Schweppes Overseas Ltd, résidant au Royaume-Uni, s'est vue appliquer la loi sur les SEC en raison de l'activité de l'une de ses filiales située en Irlande. Elle s'y oppose, estimant que la loi sur les SEC est contraire au droit d'établissement, à la libre prestation de services et à la libre circulation des capitaux.

La Cour sera amenée, entre autres, à répondre aux questions suivantes : le fait de constituer une société dans un autre Etat membre uniquement en raison d'un régime fiscal favorable constitue-t-il un exercice abusif du droit d'établissement ? Si ce n'est pas le cas et que la législation sur les SEC entrave une des libertés fondamentales de Cadbury Schweppes plc, peut-elle être justifiée par le fait qu'elle vise à prévenir l'évasion fiscale ?

A la première question, l'Avocat Général Léger répond par la négative¹⁵⁰, en se référant notamment à l'affaire *Centros*¹⁵¹ rencontrée plus haut. Selon lui, il suffit que les filiales situées en Irlande "exercent bien des activités réelles et effectives". Il rappelle également qu'en l'absence d'harmonisation, il existe une concurrence entre les différents régimes fiscaux dont les ressortissants européens ont le droit de profiter¹⁵². Ainsi, et conformément à notre point de vue, le fait d'utiliser la liberté d'établissement afin de profiter de facilités fiscales n'est pas constitutif, en soi, d'un usage abusif des dispositions du TCE¹⁵³.

Après avoir constaté que la législation sur les SEC entravait la liberté d'établissement des sociétés résidant au Royaume-Uni, l'Avocat Général se penche sur la question de la justification tirée de la lutte contre l'évasion fiscale¹⁵⁴ : selon le Royaume-Uni, le but de la loi sur les SEC est de lutter contre les détournements de bénéfices réalisés en créant des filiales dans des pays à faible taux d'imposition et en effectuant des transactions intragroupes en direction de ses filiales.

¹⁴⁹ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 16.

¹⁵⁰ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 40.

¹⁵¹ CJCE aff. C-212/97.

¹⁵² Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 55.

¹⁵³ La CJCE a confirmé les conclusions de l'Avocat Général sur ce point dans sa décision du 12 septembre 2006, en se basant sur l'arrêt *Centros* : CJCE aff. C-196/04, paragraphe 38.

¹⁵⁴ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphes 85 ss.

L'Avocat Général explique alors que dans l'affaire en cause, il est nécessaire de s'assurer que les filiales fournissent un véritable service au groupe auquel elles appartiennent¹⁵⁵. Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il ne devait y avoir qu'un montage artificiel destiné à transférer des bénéfices aux filiales établies en Irlande, il serait alors possible d'y voir une évasion fiscale.

Selon l'Avocat Général, la loi sur les SEC est bien propre à garantir l'effet escompté, soit la lutte contre les transferts fictifs de bénéfices vers des filiales situées dans des Etats fiscalement avantageux¹⁵⁶. Sur la question de la proportionnalité, l'Avocat Général rappelle la jurisprudence de la Cour : la loi ne doit viser que les montages artificiels destinés à contourner la loi nationale. Si elle va au-delà, alors la mesure nationale est disproportionnée¹⁵⁷.

La conclusion de l'Avocat Général est donc la suivante dans l'affaire *Cadbury Schweppes plc*¹⁵⁸ : si l'interprétation des exceptions prévues à l'application de la loi sur les SEC permet de ne l'appliquer que dans les cas de montages purement artificiels destinés à contourner la loi fiscale britannique, alors une telle loi est conforme au droit d'établissement¹⁵⁹.

Nous espérons que la Cour confirmera que le droit d'établissement permet de choisir le lieu d'établissement d'une filiale en fonction de critères purement fiscaux, ainsi qu'elle l'avait fait dans l'affaire *Centros* pour des motifs commerciaux. Quant au motif d'évasion fiscale, l'Avocat Général ne semble pas avoir voulu lui donner une portée plus étendue que ce que la jurisprudence n'avait fait jusqu'à aujourd'hui : une loi combattant l'évasion fiscale doit avoir pour "objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la loi fiscale"¹⁶⁰. Cette définition ne semble pas remise en cause par l'affaire *Cadbury Schweppes pl.*

¹⁵⁵ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 106.

¹⁵⁶ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 125.

¹⁵⁷ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 150.

¹⁵⁸ Conclusions de l'Avocat Général Léger dans l'aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphe 151.

¹⁵⁹ La CJCE a abouti à la même conclusion dans sa décision du 12 septembre 2006 : la loi sur les SEC n'est pas conforme au droit communautaire, à moins de ne s'appliquer qu'à des montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt national normalement dû : CJCE aff. C-196/04, paragraphe 76.

¹⁶⁰ CJCE aff. C-264/96, *ICI*, paragraphe 26 ; CJCE aff. C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, paragraphe 50 ; CJCE aff. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, paragraphe 37.

4.2.5.3.5 La baisse des recettes fiscales et l'érosion de l'assiette fiscale

Ainsi que nous venons de le voir dans le chapitre consacré à l'évasion fiscale, les dispositions nationales destinées à combattre la perte de revenus fiscaux en luttant contre l'évasion fiscale ne sont admissibles que dans des conditions strictes. A plus forte raison, les mesures nationales qui n'ont que pour seul objectif d'éviter la baisse de recettes fiscales ou l'érosion de l'assiette fiscale¹⁶¹, sans lutter spécifiquement contre l'évasion fiscale, ne peuvent être admises comme motif justificatif. Un tel motif ne peut être considéré comme une raison impérieuse d'intérêt général.

Bien qu'il n'ait jamais été admis par la Cour, ce motif est régulièrement avancé par les Etats membres afin de justifier les restrictions qu'ils apportent à la liberté d'établissement. On le rencontre par exemple dans les affaires *ICI*¹⁶², *Manninen*¹⁶³, *Verkooijen*¹⁶⁴, *Saint-Gobain*¹⁶⁵ ou encore *Lankhorst-Hohorst*¹⁶⁶. L'érosion de l'assiette fiscale comme justification à une entrave au droit d'établissement se retrouve dans l'affaire *Bosal*¹⁶⁷.

En accord avec la CJCE, la baisse des recettes fiscales ne peut être acceptée comme motif justificatif. Tout d'abord, la jurisprudence relative à la lutte contre l'évasion fiscale ne le permet pas. Ensuite, le droit d'établissement présuppose une certaine concurrence fiscale entre les Etats, du moins tant que les législations fiscales ne seront pas harmonisées : or cette concurrence va de pair avec la baisse de recettes fiscales pour les Etats les moins avantageux fiscalement. Mais nous savons que ces Etats peuvent faire valoir d'autres arguments pour tenter d'attirer des entreprises sur leur territoire. Il ne se justifie donc pas de donner une importance prédominante à la fiscalité par rapport à d'autres critères (administratifs, commerciaux, etc.) en permettant à un Etat d'entraver le droit d'établissement des ressortissants européens au motif que ses recettes fiscales en souffriraient.

4.2.5.3.6 La compensation

Le motif justificatif que nous allons étudier peut être révélé par l'affaire *AMID*¹⁶⁸ : AMID, société belge, disposait d'un établissement stable au Luxembourg. En 1981, la société belge a

¹⁶¹ Nous traitons les deux motifs dans le même chapitre, leur finalité étant la même. DAHLBERG, p. 271.

¹⁶² CJCE aff. C-264/96, paragraphe 28.

¹⁶³ CJCE aff. C-319/02, paragraphe 49.

¹⁶⁴ CJCE aff. C-35/98, paragraphe 59.

¹⁶⁵ CJCE aff. C-307/97.

¹⁶⁶ CJCE aff. C-324/00, paragraphe 36.

¹⁶⁷ CJCE aff. C-168/01, paragraphe 42.

¹⁶⁸ CJCE aff. C-141/99.

réalisé des pertes, qu'elle n'a pu compenser avec les résultats positifs de sa succursale luxembourgeoise en raison de la loi fiscale régissant cette dernière. L'année suivante, AMID a réalisé un exercice bénéficiaire. Elle a donc souhaité réduire les bénéfices obtenus en 1982 du montant des pertes commerciales de 1981. Cependant, la loi belge, par son système de priorité dans l'imputation des pertes, ne le permettait pas, estimant que la perte aurait dû être compensée avec les résultats de l'établissement stable l'année précédente.

La Cour a jugé cette législation contraire au droit d'établissement, puisqu'elle lésait les sociétés belges qui avaient des établissements stables à l'étranger.

Le gouvernement belge a alors cherché à justifier sa législation en affirmant que, certes, dans le contexte particulier la société AMID était désavantagée, mais que dans d'autres situations cette dernière pourrait être favorisée par la loi fiscale belge, par exemple si elle réalisait des bénéfices et l'établissement stable étranger des pertes, car il serait possible d'utiliser deux fois cette même perte. Ainsi, le système fiscal belge n'aurait-il aucune influence sur le choix de créer un établissement stable à l'étranger¹⁶⁹.

La Cour va écarter très rapidement cet argument¹⁷⁰ : en effet, il n'est apporté aucune justification à l'entrave au droit d'établissement. Il est peut-être vrai que la société AMID est favorisée dans certaines circonstances, mais cela ne fournit aucune justification aux situations dans lesquelles elle est traitée différemment qu'une société belge disposant d'un établissement stable résident. Il ne semble donc pas y avoir de place pour la compensation comme justification à une mesure nationale litigieuse.

4.2.5.3.7 Le défaut d'harmonisation

Le domaine de la fiscalité directe n'a pas fait l'objet de nombreuses mesures d'harmonisation¹⁷¹. Cette situation a poussé la Belgique à avancer cet argument comme justification dans l'affaire *Bachmann*¹⁷² : M. Bachmann, de nationalité allemande, occupait un emploi en Belgique. A ce titre, il y était imposé sur ses revenus. Il a souhaité déduire de son revenu imposable les cotisations versées en Allemagne au titre de divers contrats d'assurance.

¹⁶⁹ CJCE aff. C-141/99, paragraphe 24.

¹⁷⁰ CJCE aff. C-141/99, paragraphe 27.

¹⁷¹ DAHLBERG, p. 265.

¹⁷² CJCE aff. C-204/90.

Ceci lui a été refusé au motif que seules les cotisations versées à des institutions d'assurance belges pouvaient être portées en déduction du revenu imposable.

Le gouvernement belge a estimé que si, contrairement au droit belge, les rentes ou autres prestations d'assurance faisaient l'objet d'une imposition dans les autres Etats malgré le fait que l'assuré n'ait pu déduire les cotisations de son revenu imposable en Belgique, cette situation devait s'expliquer par le défaut d'harmonisation des législations fiscales des différents Etats membres et non par le refus de l'Etat belge de permettre la déduction des cotisations versées au titre d'assurance¹⁷³.

Cet argument n'a pas été accepté par la Cour : s'il est vrai qu'il suffirait que les Etats membres renoncent tous à l'imposition des rentes et autres prestations d'assurance, l'harmonisation "ne saurait être érigée en préalable de l'application de l'article 48 [actuellement l'article 39 TCE] du traité". L'absence d'harmonisation ne permettait pas de justifier l'entrave à la libre circulation des travailleurs.

4.2.5.3.8 La cohérence du régime fiscal

La cohérence du régime fiscal est un argument fréquemment invoqué par les Etats membres pour défendre une mesure nationale contestée¹⁷⁴. Pourtant, bien qu'il soit également l'objet d'une littérature conséquente, ce principe n'a joué que peu de rôle dans la jurisprudence européenne¹⁷⁵. Ce concept a vraisemblablement été victime d'une mauvaise interprétation de la part des Etats membres, qui y ont vu un motif justificatif pouvant résoudre tous leurs maux.

La cohérence du régime fiscal a été admise comme justification dans deux affaires parallèles¹⁷⁶ : l'affaire *Bachmann*¹⁷⁷ et l'affaire *Commission contre Belgique*¹⁷⁸. Ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre précédent, l'affaire *Bachmann* concernait un ressortissant allemand travaillant en Belgique qui avait demandé à pouvoir déduire de son revenu les cotisations versées en Allemagne au titre d'assurance. La Belgique s'y était opposée, ces déductions n'étant possibles qu'en cas de versement à des institutions d'assurance belges.

¹⁷³ CJCE aff. C-204/90, paragraphe 10.

¹⁷⁴ Voir, par exemple : CJCE aff. 152/03, *Ritter*, paragraphe 39 ; CJCE aff. C-279/93, *Schumacker*, paragraphe 40 ; CJCE aff. C-319/02, *Manninen*, paragraphe 42 ; CJCE aff. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, paragraphe 39 ; CJCE aff. C-168/01, *Bosal*, paragraphe 29.

¹⁷⁵ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 221.

¹⁷⁶ TERRA/WATTEL, p. 42.

¹⁷⁷ CJCE aff. C-204/90.

¹⁷⁸ CJCE aff. C-300/90.

La Cour a considéré que cette entrave à la libre circulation des travailleurs pouvait être justifiée par la cohérence du régime fiscal belge : en effet, il existait en Belgique un lien entre la déductibilité des cotisations versées et l'imposition des sommes dues par les assureurs¹⁷⁹. Selon la loi belge, si les déductions pour les cotisations versées n'étaient pas été obtenues, les prestations d'assurance n'étaient pas imposables. Dans le cas contraire, ces dernières étaient imposables. La législation fiscale établissait donc un lien direct entre la déductibilité des cotisations d'assurance et l'imposition des prestations reçues par la suite. Ainsi, comme M. Bachmann recevrait et verrait imposées ces prestations d'assurance en Allemagne, la loi belge impliquait qu'il ne puisse déduire les cotisations versées à ce titre.

Ces deux décisions ont été particulièrement critiquées, notamment en raison des caractéristiques du cas d'espèce¹⁸⁰ : ainsi, par exemple, des exceptions à ce lien entre la déductibilité des cotisations et l'imposition des prestations étaient prévues pour certains pays. D'autre part, même à supposer que les cotisations aient été versées en Belgique (et donc aient pu être déduites du revenu imposable de M. Bachmann), il n'était pas certain que les prestations d'assurance versées par la suite aient pu faire l'objet d'une imposition en Belgique, notamment en raison de la convention de double imposition passée avec l'Allemagne. D'ailleurs, d'une manière générale, la décision de la Cour ne tenait pas du tout compte de la situation internationale de la Belgique.

La CJCE a par la suite modifié de manière significative sa jurisprudence afin de prendre en considération cette dernière critique. Elle a ainsi déclaré, dans l'affaire *Wielockx*¹⁸¹, que "la cohérence fiscale étant assurée sur la base d'une convention bilatérale conclue avec un autre Etat membre, ce principe ne saurait être invoqué pour justifier le refus d'une déduction telle que celle en cause"¹⁸². A notre avis, cela signifie que désormais la cohérence fiscale doit être appréciée au regard de la situation interne et externe de l'Etat en question¹⁸³. L'affaire *Bachmann* était à ce titre révélatrice : la cohésion du système fiscal était battue en brèche par les différentes conventions de double imposition, ce dont la Cour n'avait pas tenu compte.

¹⁷⁹ CJCE aff. C-204/90, paragraphe 21.

¹⁸⁰ DAHLBERG, pp. 243 et 244.

¹⁸¹ CJCE aff. C-80/94.

¹⁸² *Ibidem*, paragraphe 25.

¹⁸³ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 221.

Il serait erroné de croire que ce principe permet de n'admettre des déductions fiscales que dans la mesure où il est possible d'imposer, par la suite, les prestations ou les bénéfices qui en résultent. Il semble pourtant que c'est l'interprétation que les Etats membres ont voulu donner à ce motif justificatif : ainsi, dans l'affaire *Bosal*¹⁸⁴, les Pays-Bas n'avaient pas permis à une holding de déduire ses frais liés à des participations dans des sociétés étrangères, alors que ceux liés à des participations dans des entités réalisant des bénéfices imposables aux Pays-Bas étaient déductibles.

Le gouvernement néerlandais a fait valoir que "le refus d'accorder aux sociétés mères n'ayant pas de filiales réalisant des bénéfices imposables aux Pays-Bas le droit de déduire de leur bénéfice imposable dans cet Etat membre les frais résultant du financement de participations dans le capital de leurs filiales [était], en tout état de cause, justifié par la nécessité de maintenir la cohérence du système fiscal néerlandais". Selon lui, il existait un lien direct entre les frais liés à la participation de la société mère dans une filiale et les bénéfices réalisés ensuite par cette filiale aux Pays-Bas¹⁸⁵.

Cet argument a été rejeté par la Cour¹⁸⁶ : selon elle, il faut un lien direct entre l'octroi d'un avantage fiscal (ici, la déduction des frais) et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal (ici, l'imposition des bénéfices de la filiale). De plus, ce lien doit concerner un seul et même contribuable, ce qui faisait manifestement défaut dans le cas présent.

Dans le contexte du transfert de pertes entre entités, il ne serait donc pas possible à un Etat membre de refuser le transfert de pertes d'une filiale non résidente vers une société mère résidente au motif que les bénéfices de la première ne pourraient faire l'objet d'une imposition dans l'Etat de résidence. En effet, le lien ne concernerait pas un seul et même contribuable, mais deux entités juridiquement distinctes.

L'absence de définition précise du concept de cohérence fiscale a vraisemblablement poussé les Etats à l'invoquer de manière infondée. En tout cas, il nous semble très peu probable de le voir admis par la Cour dans le cadre de la problématique du transfert de pertes entre sociétés. Mais il continuera certainement encore à servir de motif justificatif aux Etats qui, en

¹⁸⁴ CJCE aff. C-168/01.

¹⁸⁵ *Ibidem*, paragraphe 19.

¹⁸⁶ *Ibidem*, paragraphe 29.

accordant des avantages fiscaux, ne pourraient pas les compenser par une imposition ultérieure.

4.2.5.3.9 Conclusions intermédiaires

Alors que les raisons invoquées par les Etats pour justifier leur législation fiscale sont nombreuses, il est rare qu'elles soient considérées comme suffisantes par la Cour. Cela peut s'expliquer par le fait que le marché intérieur est un objectif essentiel de la Communauté européenne, qui ne peut être entravé que par des mesures défendant un intérêt public prépondérant. Cet intérêt défendu doit être majeur, primordial pour l'Etat en question. Or, en matière fiscale, la crainte de voir ses recettes fiscales diminuer est bien souvent la raison première aux entraves posées aux différentes libertés fondamentales. A juste titre, la Cour a considéré qu'un tel souci ne pouvait servir de motif pour freiner la création du marché commun, réduisant ainsi fortement le cercle des motifs justificatifs admissibles.

4.2.6 La proportionnalité

Dans le cas où un Etat membre réussit à justifier sa législation, encore faut-il qu'elle passe l'examen de la proportionnalité¹⁸⁷. Cet examen sert à vérifier que la mesure nationale contestée remplisse les trois critères suivants : qu'elle soit adéquate, c'est-à-dire apte à atteindre l'objectif recherché, nécessaire et, surtout, proportionnée, soit être la moins contraignante de toutes les mesures permettant d'atteindre ce but.

Un exemple nous est donné par l'affaire *Futura Participations et Singer*¹⁸⁸, dans laquelle la Cour avait admis la justification de la législation luxembourgeoise fondée sur l'efficacité des contrôles fiscaux mais avait estimé qu'exiger du contribuable qu'il tienne une comptabilité au Luxembourg et conforme aux règles luxembourgeoises était disproportionné.

¹⁸⁷ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 222.

¹⁸⁸ CJCE aff. C-250/95.

5 L'affaire *Marks & Spencer plc*

5.1 Introduction

Nous avons présenté dans les différents chapitres précédents un aperçu de la jurisprudence de la CJCE en matière de fiscalité directe, en particulier les grandes lignes de sa politique en matière de droit d'établissement et de justifications aux entraves posées par les Etats.

L'arrêt *Marks & Spencer plc*¹⁸⁹ a permis de mettre en évidence d'importantes questions dans le domaine du transfert des pertes entre entreprises. Le présent chapitre a pour objet l'étude de la décision de la Cour dans cette affaire. Il débutera par une brève présentation des faits (5.2). Nous nous intéresserons ensuite à la question du droit d'établissement en rapport avec le transfert des pertes entre entreprises (5.3). La troisième partie de cette analyse s'intéressera aux justifications apportées par les Etats membres (5.4). Dans un dernier temps, nous discuterons la décision de la Cour dans son ensemble (5.5).

5.2 Les faits

Marks & Spencer plc est une société située sur le territoire du Royaume-Uni. Elle dispose de nombreuses filiales dans les pays de la Communauté européenne. Certaines de ses filiales ont réalisé des pertes commerciales durant les exercices comptables 1998, 1999, 2000 et 2001. Marks & Spencer plc a alors demandé à pouvoir bénéficier du régime de dégrèvement de groupe (*group relief*) prévu par le Royaume-Uni. Cette requête a été rejetée, au motif que les filiales, situées sur les territoires allemand, belge et français, n'étaient pas résidentes.

Le système fiscal du Royaume-Uni présente les caractéristiques suivantes : lorsqu'une société résidente exerce une activité commerciale sur le territoire d'un autre Etat membre par l'intermédiaire d'une succursale, la société est imposée sur les résultats de cette dernière, avec un mécanisme de crédit d'impôt pour éviter la double imposition. Ainsi, les pertes de la succursale étrangère peuvent être imputées sur les résultats de la société établie au Royaume-Uni.

¹⁸⁹ CJCE aff. C-446/03.

Lorsque la société établie au Royaume-Uni exerce son activité commerciale à l'étranger par le biais d'une filiale, la société n'est pas imposée sur les résultats de cette dernière. Elle n'a donc pas le droit de tenir compte des pertes réalisées par la filiale pour diminuer ses résultats.

Le Royaume-Uni se caractérise toutefois par son régime de dégrèvement de groupe, qui permet à une société de transférer ses pertes à une autre société appartenant au même groupe. Ce système est toutefois limité aux sociétés résidentes. Il ouvre ainsi la possibilité à des transferts de pertes entre des entités juridiques distinctes : il est donc possible à une filiale de transférer ses pertes à une société mère, pour autant que les deux soient situées sur le territoire du Royaume-Uni.

Le litige porté devant la CJCE devait donc permettre de répondre aux deux questions principales suivantes¹⁹⁰ : premièrement, le fait de traiter différemment, s'agissant du traitement fiscal des pertes commerciales, une société résidente selon qu'elle s'établissait à l'étranger par l'intermédiaire d'un établissement stable ou d'une filiale constituait-il une entrave à sa liberté d'établissement ? Deuxièmement, le fait de traiter différemment, s'agissant du traitement fiscal des pertes commerciales, une société résidente selon qu'elle possédait des filiales résidentes ou des filiales non résidentes constituait-il une entrave à sa liberté d'établissement ?

S'agissant de la seconde question, la Cour a donné raison à Marks & Spencer plc : la législation du Royaume Uni constituait une entrave au droit d'établissement de la société résidente. Malheureusement, une entrave étant constatée, la Cour n'a pas analysé la première question, estimant que celle-ci était devenue sans objet¹⁹¹.

Ce litige était d'une importance cruciale dans le domaine du transfert des pertes entre entreprises : ainsi que nous le verrons ci-dessous, la Cour a donné raison à Marks & Spencer plc et a ainsi obligé les Etats membres disposant d'un régime de transfert de pertes entre les sociétés d'un même groupe à l'étendre à l'ensemble des filiales du groupe, y compris les filiales communautaires situées hors de l'Etat de résidence de la société mère. Les pertes commerciales, comme des marchandises, peuvent donc désormais circuler librement sur le

¹⁹⁰ Conclusions de l'Avocat Général Poiras Maduro, paragraphe 19. DAHLBERG, p. 207.

¹⁹¹ CJCE aff. C-446/03, paragraphe 60.

territoire de la Communauté, sous réserve des exceptions relevées par la Cour dans sa décision.

5.3 La licéité de la législation du Royaume Uni au regard de la liberté d'établissement de Marks & Spencer plc

5.3.1 Introduction

Nous allons, dans ce chapitre, essayer de répondre aux deux questions suivantes : tout d'abord, le droit d'établissement implique-t-il de traiter de la même manière une société résidente selon qu'elle s'établit à l'étranger par l'intermédiaire d'un établissement stable ou d'une filiale ? (5.3.2) Ensuite, le fait de ne pas appliquer le régime de dégrèvement de groupe à une société résidente parce qu'elle dispose de filiales étrangères, alors qu'il lui serait applicable si elle disposait de filiales résidentes, constitue-t-il une entrave à son droit d'établissement ? (5.3.3)

5.3.2 Le droit d'établissement : comparaison entre établissement stable et filiale

Dans l'affaire *Marks & Spencer plc*, il se posait la question de savoir si le fait de permettre à une société résidente de déduire les pertes des établissements stables dont elle dispose à l'étranger et de refuser cette déduction pour des filiales étrangères constituait une entrave à sa liberté d'établissement. Cette question revient à se demander si les établissements stables et les filiales sont dans des situations objectivement comparables. Il faut relever d'emblée que la Cour n'a pas traité cette question dans sa décision, pour les motifs expliqués ci-dessus¹⁹².

A notre avis, et conformément à ce qu'affirment DAHLBERG¹⁹³ et l'Avocat Général dans ses conclusions relatives à l'affaire *Marks & Spencer plc*¹⁹⁴, les établissements stables et les filiales ne sont pas dans des situations comparables¹⁹⁵, sauf dans certaines circonstances exceptionnelles¹⁹⁶.

En effet, deux paramètres au moins distinguent ces deux entités : tout d'abord, alors qu'une filiale, en tant qu'entité juridiquement indépendante, est assujettie de façon illimitée à l'impôt

¹⁹² Voir le point 5.2.

¹⁹³ DAHLBERG, pp. 154 et 155.

¹⁹⁴ Paragraphes 42 ss.

¹⁹⁵ *Contra* : CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 230.

¹⁹⁶ Voir par exemple : CJCE aff. C-307/97, *Saint-Gobain*.

sur son territoire, un établissement stable n'est assujéti que de façon limitée à cet impôt¹⁹⁷. L'établissement stable n'est en réalité que le prolongement de la société mère dans l'Etat d'établissement. L'approche est en revanche totalement différente pour une filiale, qui est dotée par sa maison mère de moyens spécifiques et dispose d'une autonomie qui en fait une véritable société indépendante. Elle est d'ailleurs, sur le plan juridique et fiscal, une personne morale différente de sa société mère.

De plus, le choix de la forme d'établissement représente également la volonté d'intégration souhaitée¹⁹⁸ : l'implantation d'une filiale sur le territoire d'un autre Etat membre suppose la mise en oeuvre de moyens beaucoup plus importants que l'établissement d'un bureau ou d'une succursale. Cela signifie que la société souhaite s'intégrer de façon plus soutenue dans l'économie du territoire d'établissement. Cette différence nous paraît fondamentale pour considérer que les deux formes d'implantation ne sont pas objectivement comparables.

D'une manière générale, et ainsi que la CJCE le considère pour les personnes physiques, nous sommes d'avis qu'une société résidente (dans notre exemple, la filiale d'une société étrangère) n'est pas dans une situation comparable avec une société non résidente (dans notre exemple, la société implantée par le biais d'un établissement stable). C'est donc avec raison que l'Avocat Général a considéré que la liberté d'établissement de la société Marks & Spencer plc n'était pas entravée par le fait que les pertes d'établissement stables étrangers étaient déduites du résultat des sociétés résidant au Royaume Uni alors que tel n'était pas le cas pour les pertes de filiales non résidentes : les deux situations n'étant pas objectivement comparables, une différence de traitement était possible. Malheureusement, la Cour n'a ni confirmé ni infirmé les propos de l'Avocat Général.

5.3.3 Le droit d'établissement : comparaison entre filiales résidentes et non résidentes

La liberté d'établissement permet à une société de créer une filiale dans un autre Etat membre et d'exiger que cette dernière soit traitée de la même manière que les sociétés résidentes de cet Etat. Mais la liberté d'établissement permet également d'exiger que l'Etat de résidence de la société mère n'entrave pas sa liberté d'établissement¹⁹⁹.

¹⁹⁷ DAHLBERG, p. 153.

¹⁹⁸ DAHLBERG, pp. 154 et 155.

¹⁹⁹ DAHLBERG, p. 141. On parle de restrictions "à la sortie". Voir, par exemple : CJCE aff. C-264/96, *ICI*, paragraphes 22 et 23.

Dans l'affaire qui nous concerne, la question était donc la suivante : le fait de refuser le dégrèvement de groupe à une société résidente du Royaume-Uni lorsqu'elle s'établit à l'étranger par le biais d'une filiale, alors qu'il lui aurait été accordé si elle ne disposait que de filiales résidentes, entravait-t-il sa liberté d'établissement ? La réponse est positive. Une telle législation décourageait l'implantation de filiales à l'étranger et constituait ainsi une restriction prohibée à la liberté d'établissement de Marks & Spencer plc²⁰⁰.

Ce point n'a d'ailleurs été que peu développé par l'Avocat Général²⁰¹ et par la Cour²⁰², tant il semblait incontestable au vu de la jurisprudence développée par la CJCE en matière de restrictions au droit d'établissement. Il ne faisait donc aucun doute que la législation du Royaume-Uni relative au dégrèvement de groupe constituait une restriction prohibée par le traité au droit d'établissement de la société Marks & Spencer plc.

Il s'agissait dès lors d'étudier les justifications que pouvaient apporter les Etats membres à une telle législation. Elles ne pouvaient reposer que sur la *rule of reason*, l'article 46 TCE n'étant ici d'aucune utilité. Ce point fait l'objet du prochain chapitre.

5.4 Les motifs justificatifs

5.4.1 Introduction

Si, jusqu'à présent, la décision de la CJCE correspondait parfaitement à la ligne qu'elle avait tracée en matière de fiscalité directe et de droit d'établissement, il faut admettre que le raisonnement opéré dans l'affaire *Marks & Spencer plc* en matière de justifications aux entraves posées par la législation du Royaume-Uni a marqué une profonde rupture avec la pratique passée et exposée plus haut²⁰³.

Nous allons analyser dans les chapitres suivants les motifs justificatifs qui ont été invoqués par les Etats et relevés par l'Avocat Général et la Cour. Il nous semble important de séparer l'analyse de l'Avocat Général et celle de la Cour, puisque le premier a suivi la jurisprudence classique en matière de fiscalité directe, alors que la seconde s'en est écartée.

²⁰⁰ CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 227 ; DAHLBERG, p. 219 ; WATHELET.

²⁰¹ Conclusions de l'Avocat Général, paragraphes 51 ss.

²⁰² Paragraphes 27 ss.

²⁰³ Voir le point 4.2.5.

5.4.2 Les arguments relevés par l'Avocat Général dans ses conclusions

5.4.2.1 La diminution des recettes fiscales²⁰⁴

Cette justification a été écartée rapidement, conformément à la jurisprudence classique de la Cour²⁰⁵. Nous y reviendrons toutefois dans le chapitre consacré aux arguments relevés par la Cour, car il a semblé bénéficier d'une certaine ouverture de la part de celle-ci.

5.4.2.2 Le principe de territorialité²⁰⁶

Nous l'avons expliqué ci-dessus²⁰⁷ : le principe de territorialité ne nous paraît pas être un motif justificatif. En revanche, le principe dissimulé par la territorialité semble être celui de symétrie. Cette conclusion est renforcée par l'argumentation du gouvernement du Royaume-Uni selon lequel "ce principe signifierait qu'il ne saurait offrir un avantage fiscal là où il ne dispose pas de pouvoir d'imposition"²⁰⁸.

Cet argument a été rejeté par l'Avocat Général, qui explique que le principe de territorialité sert uniquement à tenir compte de la coexistence de plusieurs souverainetés fiscales en matière d'assujettissement. Il ajoute en particulier que "le Royaume-Uni ne saurait soutenir que l'octroi d'un avantage fiscal est soumis à l'existence d'un pouvoir d'imposition correspondant et à la possibilité d'en retirer un bénéfice"²⁰⁹ : on ne peut pas refuser de tenir compte des pertes d'une filiale étrangère au seul motif que ses bénéficiaires ne pourront être imposés.

Les conclusions de l'Avocat Général sur ce point nous paraissent correctes : n'accorder un avantage fiscal que dans la mesure où il est possible d'en retirer un bénéfice viderait de son sens le droit d'établissement.

5.4.2.3 La cohérence du régime fiscal du Royaume-Uni²¹⁰

La cohérence du régime fiscal, en tant que principe justificatif, a fait l'objet d'un développement intéressant par l'Avocat Général. Celui-ci s'est rapidement écarté de la

²⁰⁴ Paragraphe 56.

²⁰⁵ Voir le point 4.2.5.3.5.

²⁰⁶ Paragraphes 58 ss.

²⁰⁷ Voir le point 4.2.5.3.2.

²⁰⁸ Conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro dans l'affaire C-446/03, paragraphe 58.

²⁰⁹ Paragraphe 63.

²¹⁰ Paragraphes 65 ss.

jurisprudence classique de la Cour qui remontait à l'affaire *Bachmann*²¹¹ et qui consistait à admettre ce motif lorsque la mesure nationale ne concernait qu'un seul contribuable (ce qui excluait de l'appliquer au cas présent) et qu'il existait un lien direct entre l'octroi de l'avantage et la possibilité d'une imposition ultérieure, au motif qu'elle lui paraissait trop rigide.

L'Avocat Général a préféré se fonder sur la finalité de la législation du Royaume-Uni, qui était de neutraliser les effets fiscaux dans le cadre des groupes de sociétés. Or, il paraissait difficile d'admettre que cette finalité était garantie par la non prise en compte systématique des pertes provenant de filiales étrangères. En revanche, le refus de prendre en considération les pertes qui pouvaient faire l'objet d'un double emploi (dans l'Etat de résidence de la société réclamante et dans l'Etat d'établissement de la filiale) était de nature à maintenir la cohérence du système.

Ainsi, l'Avocat Général est arrivé à la conclusion que le système généralisé d'exclusion des pertes étrangères ne pouvait être justifié par la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal. Ce ne pouvait être le cas que si les pertes étaient susceptibles de faire l'objet d'un double emploi.

5.4.3 Les arguments relevés par la Cour

5.4.3.1 Le principe de territorialité²¹²

La Cour a expliqué en un seul paragraphe que le Royaume-Uni respectait le principe de territorialité en imposant la société mère résidente sur l'ensemble de ses revenus mondiaux et les sociétés non résidentes uniquement sur les revenus provenant de leur activité au Royaume-Uni. Cependant, ce principe ne justifiait pas l'entrave apportée par le Royaume-Uni au droit d'établissement de *Marks & Spencer plc*. La Cour a ainsi confirmé l'idée selon laquelle la territorialité ne saurait être considérée comme un principe justificatif.

5.4.3.2 La répartition équilibrée du pouvoir d'imposition²¹³

La répartition équilibrée du pouvoir d'imposition est un des trois motifs qui, selon la Cour et pris dans leur ensemble, ont permis de justifier la législation du Royaume-Uni.

²¹¹ CJCE aff. C-204/90. Voir le point 4.2.5.3.8.

²¹² Paragraphe 39.

²¹³ Paragraphes 40 ss.

Il n'est pourtant pas exempt de contradiction : dans un premier temps, la Cour a rappelé que le principe de symétrie²¹⁴ et la perte de recettes fiscales²¹⁵ ne sauraient être considérés comme des motifs justificatifs. Puis, dans un second temps, elle a complètement renversé ces deux affirmations en déclarant que "la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres pourrait rendre nécessaire l'application, aux activités économiques des sociétés établies dans l'un de ces Etats, des seules règles fiscales de celui-ci, en ce qui concerne tant les bénéfices que les pertes"²¹⁶, consacrant ainsi le principe de symétrie. Quant à la réduction des recettes fiscales, elle a été admise indirectement par la Cour²¹⁷ qui a estimé que permettre aux sociétés de transférer librement leurs pertes dans les Etats membres augmenterait l'assiette d'imposition dans l'Etat de la société cédante et la réduirait dans celui de la société reprenante²¹⁸.

Ces deux motifs justificatifs ont été remplacés par le nouveau motif que serait la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres. Cependant, sa (brève) motivation démontre bien que le principe de symétrie et la réduction des recettes fiscales pourraient être amenés à jouer des rôles importants à l'avenir. Nous pensons que ces deux principes continueront à ne pas être admis, selon la jurisprudence classique, lorsque les montants en jeu pour les Etats seront de peu d'importance. Mais les risques sont grands que, lorsque les enjeux fiscaux seront conséquents, ces motifs soient à nouveau pris en considération par la Cour.

Ceci est regrettable²¹⁹, car le principe de symétrie ne peut permettre de justifier une mesure nationale litigieuse sans vider de sa substance le droit d'établissement. Quant aux motifs financiers, ils ne sauraient être qualifiés d'intérêt public prépondérant, à moins que le traité ne soit modifié.

5.4.3.3 Le risque de double emploi des pertes²²⁰

Le risque de double emploi des pertes a également été admis sans aucune justification par la Cour : selon elle, "un tel risque est effectivement encouru si le dégrèvement de groupe est

²¹⁴ Paragraphe 40.

²¹⁵ Paragraphe 44.

²¹⁶ Paragraphe 45.

²¹⁷ WATHELET.

²¹⁸ Paragraphe 46.

²¹⁹ WATHELET.

²²⁰ Paragraphes 47 et 48.

étendu aux pertes de filiales non résidentes. Il est écarté par une règle excluant un dégrèvement pour ces pertes²²¹.

A notre avis, le risque de double emploi des pertes est effectivement un risque que les Etats pourraient encourir : cependant, il est évident que le fait d'interdire systématiquement la prise en compte de pertes réalisées par des sociétés non résidentes va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour le prévenir²²². Aussi la Cour aurait-elle pu immédiatement sanctionner la législation du Royaume-Uni par rapport à ce motif justificatif, plutôt que l'admettre et le juger disproportionné dans un second temps.

5.4.3.4 Le risque d'évasion fiscale²²³

La Cour a à nouveau contredit sa jurisprudence antérieure : alors que le risque d'évasion fiscale n'entraîne en principe en considération que lorsque la législation avait "pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la loi fiscale"²²⁴ et qu'il était exclu lorsque la législation nationale était formulée en des termes trop généraux, comme dans le cas présent, la Cour a admis que la législation du Royaume-Uni était propre à empêcher le transfert de pertes vers les Etats membres à taux d'imposition plus élevés.

L'admissibilité d'un tel motif justificatif paraît douteux dans le cas présent : tout d'abord, la Cour a rompu avec sa jurisprudence traditionnelle. En effet, il a suffi que la législation nationale soit propre à empêcher des risques d'évasion fiscale, sans que cela n'ait été son unique but, pour être admise comme motif justificatif. Ensuite, nous ne sommes pas d'accord avec l'idée selon laquelle le transfert de pertes dans le cadre d'un groupe de sociétés puisse être qualifié d'évasion fiscale : le droit d'établissement implique le droit de choisir le lieu depuis lequel une société souhaite exercer ses activités commerciales selon des motifs purement fiscaux, commerciaux ou administratifs²²⁵. Aussi un groupe de sociétés, dans la mesure où le Royaume-Uni reconnaissait une telle entité, devait-il pouvoir gérer sa capacité économique selon des motifs purement fiscaux, commerciaux ou administratifs. Il nous semble particulièrement pertinent de relever que le Royaume-Uni reconnaissait les groupes de

²²¹ Paragraphe 48.

²²² CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 229.

²²³ Paragraphes 49 et 50.

²²⁴ Voir note 128.

²²⁵ Une confirmation de ce propos nous est donnée par la décision de la CJCE dans l'affaire *Cadbury Schweppes plc* : CJCE aff. C-196/04, paragraphe 38.

sociétés, mais refusait le dégrèvement à des sociétés étrangères uniquement parce qu'il ne disposait pas de pouvoir d'imposition sur celles-ci. Or, une législation luttant contre l'évasion fiscale ne devrait être admise que lorsqu'elle a pour unique but de prévenir l'évasion fiscale. Ainsi, à supposer que l'on puisse qualifier le transfert de pertes intragroupe d'évasion fiscale, ce qui nous paraît douteux, la législation du Royaume-Uni n'avait pas pour but de la combattre : elle souhaitait éviter que le Royaume-Uni ne perde des revenus fiscaux.

5.4.3.5 Conclusions de la Cour²²⁶

Selon la Cour, la législation du Royaume-Uni pouvait être justifiée pour les trois motifs suivants, pris dans leur ensemble : la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres, le risque d'un double emploi des pertes et celui d'évasion fiscale. Cependant, la CJCE a admis que cette législation était disproportionnée : dès lors que la société résidente pouvait démontrer qu'il n'était plus possible que les pertes de filiales étrangères puissent être utilisées, il était inadmissible de refuser l'application du régime favorable de dégrèvement de groupe.

5.5 Critiques de la décision de la Cour

A de nombreux égards, la décision de la Cour est remarquable : elle a imposé aux Etats membres d'ouvrir leur régime de transfert de pertes entre sociétés d'un même groupe à l'ensemble des sociétés du groupe, y compris aux filiales communautaires non résidentes. Il s'agit donc d'un grand pas en avant dans la création du marché intérieur et dans la reconnaissance de l'entité unique que forme un groupe de sociétés

Cependant, cette décision ne nous paraît pas correcte sur plusieurs points : tout d'abord, les conclusions auxquelles a abouti la Cour ne nous satisfont pas. Comme l'Avocat Général, la Cour a donné une prédominance à l'utilisation des pertes sur le territoire de l'Etat d'établissement de la filiale : en effet, selon elle, il suffit que les pertes puissent être utilisées par la filiale dans son Etat d'établissement pour que l'Etat de résidence ait le droit de refuser leur transfert. A notre avis, il aurait été plus juste de prévoir que la législation d'un Etat puisse refuser le transfert des pertes déjà utilisées mais pas des pertes "potentiellement utilisables", c'est-à-dire des pertes pouvant être utilisées dans les exercices ultérieurs : pour ces dernières, un mécanisme de réintégration des bénéfices ultérieurs paraît beaucoup moins contraignant et permet une meilleure prise en compte, par le groupe, des pertes des différentes entités le

²²⁶ Paragraphe 59.

composant, en particulier du point de vue de la gestion de la trésorerie. Le principe de proportionnalité semble d'ailleurs exiger une telle solution, qui entrave de façon moins significative le droit d'établissement des ressortissants européens que la solution de la Cour. A cet égard, la solution prévue par le droit suisse à l'article 6 alinéa 3 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, même si elle concerne la situation des établissements stables et non des filiales, est meilleure et plus respectueuse du principe de proportionnalité.

Ensuite, le raisonnement effectué par la Cour a remis en cause plusieurs principes pourtant admis depuis longtemps : elle a introduit les principes de symétrie et de réduction des recettes fiscales au titre de motifs justificatifs, ce qui ne nous semble pas du tout justifié. Elle a modifié sa pratique relative à l'évasion fiscale, qui paraît généreusement élargie. Enfin, elle a admis qu'une législation qui refusait le dégrèvement de groupe à une société résidente pour ses filiales situées hors du territoire était valable au regard du droit communautaire, sauf à être disproportionnée.

Selon nous, la réponse de la Cour aurait dû être la suivante : la législation du Royaume-Uni entravait le droit d'établissement de Marks & Spencer plc. A cette entrave, il ne pouvait être apporté aucune justification. Par conséquent, la mesure n'était pas licite au regard du droit communautaire, les seuls aménagements possibles étant ceux permettant d'éviter un double emploi des pertes.

Cette décision a donc abouti à un résultat favorable à Marks & Spencer plc, mais elle laisse place à de nombreuses incertitudes pour l'avenir. Peut-être seront-elles levées par la décision *Cadbury* à venir, en particulier s'agissant de la notion d'évasion fiscale. Les enjeux financiers étaient-ils trop importants²²⁷ ? Ce motif ne devrait pourtant pas influencer la CJCE.

²²⁷ BILEFSKY.

6 Conclusions

Que faut-il retenir de la décision de la Cour dans l'affaire *Marks & Spencer plc* ? Tout d'abord, nous l'avons constaté, la jurisprudence future devient incertaine pour les Etats membres et les citoyens européens. De nombreux concepts fréquemment invoqués par les Etats membres, tels que le principe de symétrie ou l'évasion fiscale, ont fait l'objet d'une interprétation différente par la Cour et devront être redéfinis par cette dernière.

De plus, si cette décision a marqué un pas en avant pour la création du marché intérieur dans le domaine de la fiscalité directe, il semble que la Cour ait redonné quelques latitudes aux Etats membres. Il est vraisemblable que le transfert des pertes entre sociétés d'un même groupe devra faire l'objet d'une mesure d'harmonisation communautaire. Mais nous avons pu remarquer que les Etats n'étaient pas forcément prêts à se voir imposer de telles directives dans le domaine de la fiscalité, d'autant que certains ne reconnaissent pas le groupe comme entité ou ne prévoient pas de régime de transfert de pertes entre sociétés : les obstacles sont donc nombreux, mais c'est une raison supplémentaire pour que les organes de la Communauté européenne élaborent une solution commune, afin que les personnes morales ne souffrent plus de ces divergences entre Etats membres.

Il n'est d'ailleurs pas exclu que la décision de la Cour dans l'affaire *Marks & Spencer plc* motive les Etats à renoncer à leur régime particulier prévu pour les groupes de sociétés : il n'est pas impossible, par exemple, que le Royaume-Uni, plutôt que d'étendre son régime de dégrèvement aux pertes réalisées par des filiales étrangères, supprime ce régime, au motif que les inconvénients priment les avantages. A ce titre, nous ne pouvons que regretter la décision de la Cour de ne pas entrer en matière sur la discrimination horizontale présentée dans le cas *Marks & Spencer plc*, soit la distinction opérée par le Royaume-Uni entre les filiales étrangères et les établissements stables étrangers²²⁸ : en effet, à supposer que le Royaume-Uni supprime son régime de dégrèvement de groupe applicable aux filiales résidentes et non résidentes, *quid* s'il continuait d'imposer les sociétés résidentes sur l'ensemble de leurs revenus mondiaux, c'est-à-dire également sur les bénéfices et les pertes de leurs établissements stables étrangers ? La Cour pourrait-elle considérer que le Royaume-Uni établit une discrimination inadmissible entre les établissements stables étrangers et les filiales étrangères, entravant ainsi

²²⁸ Voir le point 5.3.2. CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, p. 230.

le droit d'établissement de la société mère de façon injustifiée ? Cela semble très peu probable au regard de la décision de la Cour relative aux filiales résidentes et non résidentes.

Selon nous, le droit d'établissement implique que les pertes puissent être transférées sans restriction au sein de sociétés d'un même groupe : un groupe a le droit d'établir son centre stratégique où il le souhaite, ses filiales et ses établissements stables dans le lieu de son choix, et les pertes doivent pouvoir transiter librement au sein du groupe. Ce concept a d'ailleurs été admis par le Royaume-Uni sur son territoire, il n'est donc pas unimaginable qu'il puisse un jour valoir pour le droit communautaire. A ce titre, tous les Etats qui reconnaissent la notion de groupe devraient être en faveur d'un tel système, puisqu'ils ont reconnu l'unité économique, parfois juridique, que représente un groupe de sociétés. S'ils ne le font pas, c'est uniquement en raison de considérations protectionnistes, qui ne devraient pourtant pas avoir leur place dans l'Union européenne.

Tables des matières

| | |
|--|-----------|
| Remerciements | 1 |
| Notes | 1 |
| Plan sommaire | 2 |
| 1 Introduction | 3 |
| 2 Les libertés fondamentales dans l'Union européenne et le principe de non discrimination | 5 |
| 2.1 Introduction | 5 |
| 2.2 Les libertés fondamentales | 5 |
| 2.2.1 La libre circulation des marchandises | 5 |
| 2.2.1.1 Généralités..... | 5 |
| 2.2.1.2 Le contenu de la libre circulation des marchandises..... | 6 |
| 2.2.2 La libre circulation des personnes..... | 6 |
| 2.2.2.1 Généralités..... | 6 |
| 2.2.2.2 Le contenu de la libre circulation des personnes..... | 7 |
| 2.2.3 La libre circulation des services | 8 |
| 2.2.3.1 Généralités..... | 8 |
| 2.2.3.2 Contenu de la libre circulation des services | 8 |
| 2.2.4 La libre circulation des capitaux | 9 |
| 2.2.4.1 Généralités..... | 9 |
| 2.2.4.2 Contenu de la libre circulation des capitaux | 9 |
| 2.2.5 La liberté d'établissement | 10 |
| 2.2.5.1 Généralités..... | 10 |
| 2.2.5.2 Champ d'application de la liberté d'établissement | 11 |
| 2.2.5.3 Contenu de la liberté d'établissement | 11 |
| 2.3 Le principe de non discrimination | 14 |
| 2.3.1 Généralités..... | 14 |
| 2.3.2 Le principe général de l'article 12 TCE..... | 14 |
| 2.4 Conclusions intermédiaires..... | 15 |
| 3 Les méthodes de transfert de pertes commerciales entre entreprises | 16 |
| 3.1 La problématique | 16 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 3.1.1 | Introduction | 16 |
| 3.1.2 | Le transfert de pertes au sein d'un groupe de sociétés..... | 16 |
| 3.2 | Les méthodes de transfert de pertes entre entreprises | 19 |
| 3.2.1 | La proposition de Directive du Conseil du 6 décembre 1990 | 19 |
| 3.2.1.1 | Généralités..... | 19 |
| 3.2.1.2 | La méthode du crédit..... | 20 |
| 3.2.1.3 | La méthode de la déduction des pertes et de la réincorporation des bénéfices subséquents | 21 |
| 3.2.2 | L'imposition consolidée..... | 22 |
| 3.2.3 | Le transfert des bénéfices et des pertes | 22 |
| 3.2.4 | La cession de créances fiscales | 23 |
| 3.2.5 | L'amortissement par la société actionnaire de sa participation dans la société déficitaire | 24 |
| 3.2.6 | Conclusions intermédiaires | 25 |
| 4 | La jurisprudence de la CJCE en matière de justifications aux restrictions apportées par les Etats au libre transfert des pertes entre entreprises | 26 |
| 4.1 | Introduction | 26 |
| 4.2 | Les motifs justificatifs invoqués par les Etats dans le cadre des restrictions apportées aux libertés fondamentales | 27 |
| 4.2.1 | Introduction | 27 |
| 4.2.2 | L'applicabilité du TCE | 28 |
| 4.2.3 | L'exercice effectif des libertés fondamentales | 28 |
| 4.2.4 | Les discriminations fondées sur la nationalité et les restrictions aux libertés fondamentales | 29 |
| 4.2.4.1 | Généralités..... | 29 |
| 4.2.4.2 | Les exemples dans le cas de transfert de pertes entre entreprises..... | 31 |
| 4.2.5 | Les motifs justificatifs de la mesure nationale | 32 |
| 4.2.5.1 | Introduction | 32 |
| 4.2.5.2 | L'extension des motifs justificatifs offerts aux Etats membres | 32 |
| 4.2.5.3 | Les motifs justificatifs | 33 |
| 4.2.5.3.1 | Généralités..... | 33 |
| 4.2.5.3.2 | Le principe de territorialité..... | 34 |
| 4.2.5.3.3 | L'efficacité des contrôles fiscaux et les difficultés d'ordre administratif | 38 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 4.2.5.3.4 | L'évasion fiscale ou la prévention des abus en matière fiscale | 39 |
| 4.2.5.3.5 | La baisse des recettes fiscales et l'érosion de l'assiette fiscale | 44 |
| 4.2.5.3.6 | La compensation | 44 |
| 4.2.5.3.7 | Le défaut d'harmonisation | 45 |
| 4.2.5.3.8 | La cohérence du régime fiscal..... | 46 |
| 4.2.5.3.9 | Conclusions intermédiaires | 49 |
| 4.2.6 | La proportionnalité..... | 49 |
| 5 | L'affaire <i>Marks & Spencer plc</i> | 50 |
| 5.1 | Introduction | 50 |
| 5.2 | Les faits..... | 50 |
| 5.3 | La licéité de la législation du Royaume Uni au regard de la liberté d'établissement de Marks & Spencer plc..... | 52 |
| 5.3.1 | Introduction | 52 |
| 5.3.2 | Le droit d'établissement : comparaison entre établissement stable et filiale.... | 52 |
| 5.3.3 | Le droit d'établissement : comparaison entre filiales résidentes et non résidentes | 53 |
| 5.4 | Les motifs justificatifs | 54 |
| 5.4.1 | Introduction | 54 |
| 5.4.2 | Les arguments relevés par l'Avocat Général dans ses conclusions..... | 55 |
| 5.4.2.1 | La diminution des recettes fiscales..... | 55 |
| 5.4.2.2 | Le principe de territorialité..... | 55 |
| 5.4.2.3 | La cohérence du régime fiscal du Royaume-Uni | 55 |
| 5.4.3 | Les arguments relevés par la Cour | 56 |
| 5.4.3.1 | Le principe de territorialité..... | 56 |
| 5.4.3.2 | La répartition équilibrée du pouvoir d'imposition..... | 56 |
| 5.4.3.3 | Le risque de double emploi des pertes | 57 |
| 5.4.3.4 | Le risque d'évasion fiscale..... | 58 |
| 5.4.3.5 | Conclusions de la Cour | 59 |
| 5.5 | Critiques de la décision de la Cour | 59 |
| 6 | Conclusions | 61 |
| | Bibliographie..... | 66 |
| | Répertoire de jurisprudence | 67 |

Bibliographie

Ouvrages

BIEBER/MAIANI, *Précis de droit européen*, Staempfli Editions SA, Berne 2004.

COMMUNIER Jean-Michel, *Droit fiscal communautaire*, Bruylant, Bruxelles 2001.

DAHLBERG Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, Prof. Essers, Prof. Kemmeren et Dr. Meussen (édit.), volume 9 de l'EUCOTAX Series on European Taxation.

FUCHS Benjamin J., *Transnationaler Verlustausgleich bei internationalen Unternehmungen und Konzernen im Steuerrecht*, thèse St-Gall, Berne Stuttgart Vienne 1993.

LENZ/BORCHARDT (édit.), *EU- und EG-Vertrag Kommentar*, 3^{ème} éd., Bundesanzeiger Cologne, Helbing & Lichtenhahn Bâle Genève Munich et Ueberreuter Vienne 2003 (cité : *EU- K. Lenz*).

OBERSON Xavier, *Droit fiscal suisse*, 2^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2002.

SCHWARZE Jürgen (édit.), *EU-Kommentar*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000 (cité : *EU-K. Schwarze*).

TERRA/WATTEL, *European Tax Law*, 4^{ème} éd., Kluwer Law International, Deventer 2005.

Articles de revue

CORDEWENER/DAHLBERG/PISTONE/REIMER/ROMANO, "The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S and the Way Ahead", *European Taxation* 2004, p. 135 ss et 218 ss.

DOERR Ingmar, "A Step Forward in the Field of European Corporate Taxation and Cross-border Loss Relief : Some Comments on the Marks and Spencer Case", *International Tax Review*, volume 32, p. 180 ss.

MICHELSSEN Aage, "Tax treatment of corporate losses", *Cahiers de droit fiscal international*, volume LXXXIIIa.

Références électroniques

BILEFSKY Dan, "A tax case could cost EU billions", *International Herald Tribune Business*, disponible à l'adresse : <http://www.iht.com/articles/2005/12/12/business/eutax.php>.

SCHMITZ/TAFERNER/VANDEROSE/RESDIKIAN, "L'arrêt Marks & Spencer et son incidence sur le régime d'intégration fiscale luxembourgeois", disponible à l'adresse : <http://www.ey.com/>.

WATHELET Melchior, "Marks & Spencer ou la réduction transfrontalière des pertes en droit européen : nouvelle jurisprudence", disponible à l'adresse : <http://www.cms-bfl.com/>.

Répertoire de jurisprudence

CJCE aff. C-270/83 Avoir fiscal.

CJCE affaires jointes C-204/90 Bachmann et C-300/90 Commission/Belgique.

CJCE aff. C-19/92 Kraus.

CJCE aff. C-279/93 Schumaker.

CJCE aff. C-55/94 Gebhard.

CJCE aff. C-80/94 Wilcockx.

CJCE aff. C-107/94 Asscher.

CJCE aff. C-250/95 Futura Participations et Singer.

CJCE aff. C-264/96 ICI.

CJCE aff. C-336/96 Gilly.

CJCE aff. C-212/97 Centros.

CJCE aff. C-307/97 Saint-Gobain.

CJCE aff. C-311/97 Royal Bank of Scotland.

CJCE aff. C-35/98 Verkooijen.

CJCE aff. C-200/98 X et Y SA.

CJCE aff. C-410/98 Metallgesellschaft.

CJCE aff. C-141/99 AMID.

CJCE aff. C-324/00 Lankhorst-Hohorst.

CJCE aff. C-168/01 Bosal.

CJCE aff. C-9/02 De Lasteyrie du Saillant.

CJCE aff. C-319/02 Manninen.

CJCE aff. C-442/02 CaixaBank France.

CJCE aff. C-152/03 Ritter-Coulais.

CJCE aff. C-446/03 Marks & Spencer plc.

CJCE aff. C-196/04 Cadbury Schweppes plc.