

## 2 Intégration et pertes des filiales européennes : la jurisprudence « Marks & Spencer » revisitée

À propos de CJUE 19-6-2019 aff. 607/17, Skatteverket c/ Memira Holding AB et CJUE 19-6-2019 aff. 608/17, Skatteverket c/ Holmen AB

La CJUE considère que les pertes d'une filiale non résidente devenues définitives peuvent être transférées au sein de l'intégration fiscale de la société mère intégrante. Pour cela, il appartient à cette dernière de démontrer qu'il lui est impossible de valoriser ces pertes en faisant en sorte, notamment au moyen d'une cession, qu'elles soient fiscalement prises en compte au titre d'exercices futurs.



**Vincent RENOUX**

Avocat à la Cour, Stehlin & Associés

1 En France, le tribunal administratif de Montreuil a récemment admis que les pertes devenues définitives à la suite de la liquidation d'une filiale non résidente soient imputées sur le résultat fiscal intégré d'une société mère française (TA Montreuil 17-1-2019 n° 1707036, Groupe Lucien Barrière : RJF 4/19 n° 402).

Par deux décisions en date du 19 juin 2019, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) vient d'apporter des précisions sur la possibilité de transférer les pertes devenues définitives subies par une filiale ou une sous-filiale non résidente à la société tête d'un groupe intégré, revisitant ainsi la jurisprudence « Marks & Spencer » (CJUE 19-6-2019 aff. 607/17, Skatteverket c/ Memira Holding AB ; CJUE 19-6-2019 aff. 608/17, Skatteverket c/ Holmen AB : à paraître à la RJF 10/19 n°s 992 et 993).

### Le fondement jurisprudentiel du transfert de pertes d'un État membre à l'autre

2 Par un arrêt de grande chambre Marks & Spencer (CJUE 13-12-2005 aff. 446/03 : RJF 2/06 n° 227), la CJUE a jugé qu'une restriction à la liberté d'établissement tenant à une limitation du droit d'une société de déduire les pertes d'une filiale étrangère, alors que cette déductibilité est accordée à une filiale résidente, est justifiée par la nécessité de préserver la répartition équilibrée des pouvoirs d'imposition entre les États membres et de faire obstacle aux risques de double emploi des pertes ainsi que d'évasion fiscale (points 43 à 51).

Au point 55, la Cour a toutefois précisé que cette restriction serait disproportionnée lorsque la filiale non résidente a épuisé toutes les

possibilités de prise en compte de ses propres pertes et qu'il n'existe pas de possibilité pour que ces pertes puissent être prises en compte soit par elle-même, soit par un tiers au moyen d'une cession de la filiale à celui-ci.

3 Après des hésitations tenant à la fois au particularisme du régime fiscal en cause dans la jurisprudence Marks & Spencer (le « group relief » britannique organise un échange de pertes alors que l'intégration fiscale organise leur « agrégation ») et la jurisprudence « X Holding BV » (CJUE 25-2-2010 aff. 337/08 : RJF 5/10 n° 552), la CJUE a levé les doutes de la doctrine et du juge de l'impôt sur la portée de sa jurisprudence par deux décisions concernant des établissements stables dont les principes posés semblent, mutatis mutandis, transposables aux filiales (CJUE 12-6-2018 aff. 650/16, A/S Bevola : RJF 11/18 n° 1186 ; CJUE 4-7-2018 aff. 28/17, NN A/S : RJF 10/18 n° 1046). Dans « Bevola », la Cour transpose en effet la solution de Marks & Spencer à des établissements stables non résidents déficitaires. Mais, dans la décision « NN A/S » qui poursuit la logique de l'arrêt Marks & Spencer, la Cour applique cette notion à un groupe de sociétés en y incluant une filiale non résidente, situation jugée comparable à la situation d'un groupe purement national.

En effet, les restrictions au principe fondamental de la liberté d'établissement, clé de voûte du marché unique européen, n'empêchent nullement une comparaison des situations entre différents systèmes aboutissant à la prise en compte de pertes entre sociétés d'un même groupe (intégration fiscale ou échange de pertes). Quant à l'arrêt X Holding BV, il concernait les conditions d'accès au régime de l'intégration fiscale, mais ne visait pas la question de l'exclusion définitive des sociétés non résidentes au regard des avantages fiscaux dont bénéficient les sociétés membres du groupe fiscal intégré. Dans cette décision, il a été jugé qu'était compatible avec les principes européens le fait pour une société mère néerlandaise de ne pas inclure une filiale non résidente dans sa propre intégration fiscale, dès lors que les bénéfices dégagés par cette filiale ne sont pas soumis à la loi fiscale néerlandaise.

4 Dans ces deux décisions de 2018, la CJUE, comme le rappelle le rapporteur public Cyril Noël dans ses conclusions sous la décision du TA de Montreuil précitée, s'est référée au principe de capacité contributive du groupe pour invalider une potentielle interdiction

générale d'imputation de pertes définitives de filiales non résidentes et non intégrées : « Dans l'hypothèse où il n'existe plus aucune possibilité de déduire les pertes de la filiale non résidente attribuables à l'établissement stable résident dans l'État membre où la filiale est établie, le groupe dont la filiale est située dans un autre État membre ne se trouve pas dans une situation différente de celle du groupe purement national au regard de l'objectif de prévention de la double déduction de ses pertes. La capacité contributive des deux groupes est alors affectée de la même manière par les pertes de leur établissement stable résident. »

C'est cette même capacité contributive que revisitent les nouvelles décisions de la CJUE rendues en juin 2019.

### « Marks & Spencer » ou le principe de la réparation d'un préjudice subi ?

5 Les deux décisions de juin 2019 réaffirment avec force les principes dégagés dans la jurisprudence fondatrice Marks & Spencer. En effet, aux termes des articles 49 et 54 TFUE, les restrictions à la liberté d'établissement des sociétés d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre sont interdites. Ce principe s'applique tant à l'État d'accueil qu'à l'État d'origine de la société. Pour que ce principe soit respecté, il faudrait donc que les sociétés résidentes d'un État membre et celles résidentes dans d'autres États membres puissent faire partie du même groupe d'intégration fiscale et bénéficient ainsi des mêmes avantages (ce qu'interdisent, par exemple en France, les dispositions de l'article 223 A du CGI). Du point de vue du groupe, la compensation des profits et des pertes pour déterminer une assiette fiscale « économiquement réaliste » constitue un avantage consubstantiel au régime de l'intégration fiscale, plus encore que, par exemple, les questions liées au traitement fiscal des dividendes entre sociétés du groupe. N'est-ce pas à cet égard le même objectif que tente d'atteindre le projet Accis visant à déterminer une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés ? L'arrêt Marks & Spencer est, en réalité, un précurseur d'Accis.

6 Nonobstant des décisions qui peuvent sembler sinueuses, ce principe jurisprudentiel est simple : afin d'éviter aux États membres des risques susceptibles d'impacter négativement leurs régimes fiscaux nationaux, s'agissant des différents régimes comparables d'agrégation ou d'échange des pertes, une restriction à la liberté d'établissement est acceptable, pourvu qu'elle soit proportionnée aux objectifs poursuivis.

Les États membres peuvent, en effet, craindre des situations de double déduction, d'évasion fiscale, de transfert de matière imposable heurtant leur recherche d'une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition et leur autonomie fiscale.

7 Mais lorsque les pertes en question, subies dans un autre État membre, disparaissent de cet État membre, conserver ce principe d'exclusion des filiales non résidentes deviendrait clairement disproportionné avec les objectifs poursuivis. Les risques en question, en cas de pertes définitivement inutilisables dans l'État membre de la filiale non résidente, ont en effet tout simplement disparu eux aussi (sachant que la nécessité de sauvegarder une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres ne saurait être invoquée pour refuser systématiquement tout avantage fiscal à une

société située dans un autre État membre : CJUE 29-3-2007 aff. 347/04 Rewe Zentralfinanz eG : RJF 6/07 n° 776). Pour le dire simplement, il ne peut pas y avoir **double déduction de pertes qui n'existent plus**.

8 La CJUE ne peut toutefois pas rétrospectivement inclure la filiale non résidente dans l'intégration fiscale de la société mère située dans l'autre État membre et imposer un calcul rétroactif des impositions qui découleraient de la prise en compte des pertes, exercice par exercice.

C'est la raison pour laquelle une lecture simple et claire de cette jurisprudence consiste à la comprendre comme s'attachant à la réparation du préjudice subi. Les pertes accumulées par la filiale deviennent alors intégralement imputables dans l'autre État membre, sur le résultat de l'exercice au cours duquel elles sont devenues définitivement inutilisables. Nul besoin d'imaginer une correspondance entre imposition des profits et imputation des pertes. C'est une fausse piste. À notre avis, le fondement de cette jurisprudence est la réparation du préjudice causé par l'acceptation temporaire d'une exception à un principe fondateur de l'Union européenne.

9 C'est ce même principe de réparation qui a guidé la CJUE dans l'affaire Steria puisque les dividendes des filiales non résidentes et non membres de l'intégration fiscale française étaient imposés (in fine) à hauteur d'une quote-part de frais et charges de 5 % tandis que la quote-part de 5 % était neutralisée pour les distributions des sociétés membres résidentes de France (CJUE 2-9-2015 aff. 86/14, Groupe Steria SCA : RJF 11/15 n° 972).

Toute la question est alors de déterminer s'il y a bien un préjudice définitivement subi. C'est cette question que les deux décisions de juin 2019 s'attachent à analyser.

### À quel moment des pertes sont-elles considérées comme définitivement perdues ?

10 Dans l'affaire Memira Holding, une société suédoise détenait une filiale allemande et envisageait une fusion transfrontalière en absorbant cette filiale. Elle ne conservait alors ni établissement stable ni activité en Allemagne. Le droit allemand n'autorisait aucun transfert de pertes en cas de fusion.

Dans l'affaire Holmen, une société suédoise détenait une filiale espagnole qui elle-même détenait une sous-filiale espagnole ayant accumulé, depuis 2003, 140 millions d'euros de pertes. Après liquidation des deux sociétés en Espagne, la société Holmen n'aurait plus eu aucune activité en Espagne. Les pertes, en vertu du droit espagnol, n'étaient pas transférables l'année de la liquidation.

11 Dans ces deux affaires, la Cour, dans la rigueur des principes contenus dans la décision Marks & Spencer, rejette la possibilité d'imputer les pertes dans l'autre État membre, sauf à ce que la société mère démontre « qu'il lui est impossible de valoriser ces pertes en faisant en sorte, notamment au moyen d'une cession, qu'elles soient prises en compte par un tiers au titre d'exercices futurs ». Notons à cet égard que le fait que des pertes se soient accumulées du fait de restrictions à leur utilisation n'est pas un problème en soi (principe qui pourrait s'appliquer au régime français de plafonnement d'utilisation de déficits fiscaux au-delà d'un million d'euros, tel que prévu à l'article 209, I-al. 3 du CGI) – remarque intéressante par rapport à la décision Agapes du Conseil d'État qui

a refusé l'imputation en France des pertes lorsque leur disparition résultait de la législation de l'autre État (CE 15-4-2015 n° 368135, Sté Agapes : RJF 7/15 n° 660).

Remarquons également que, s'agissant d'une **sous-filiale**, les développements de la Cour nous semblent indiquer que la filiale intermédiaire doit se situer dans l'un ou l'autre des deux États membres (celui de la mère ou celui de la sous-filiale), mais pas dans un troisième État membre car il y aurait alors un risque d'évasion fiscale.

**12** La **décision Oy AA** préfigurait la décision Memira Holding dans le cas d'un transfert de pertes transfrontalier d'une fille finlandaise vers sa société mère britannique (CJUE 18-7-2007 aff. 231/05, Oy AA : RJF 11/07 n° 1359). Mais à l'inverse, la **décision A Oy** a admis, contrairement aux conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, qu'une société mère finlandaise puisse déduire la perte de sa filiale suédoise qu'elle a absorbée (CJUE 21-2-2013 aff. 123/11, A Oy : RJF 5/13 n° 568).

**13** La décision Holmen est celle qui se rapproche le plus de la situation d'une intégration fiscale française puisqu'il s'agit d'un transfert de pertes transfrontalier d'Espagne vers la Suède dans le cadre d'un régime de groupe prévoyant un tel transfert. Mais la Suède refuse d'appliquer ce régime aux sous-filiales.

Cette fois, conformément aux conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, la CJUE a fait sienne la nécessité de prouver l'**absence de possibilité de cession des titres de la filiale** ou sous-filiale et donc des pertes fiscales à un tiers. Faut-il s'en inquiéter dans la mesure où Juliane Kokott indiquait que la jurisprudence Marks & Spencer est synonyme de « chaos et de désolation » ?

**14** La production d'une **preuve négative** reste une exigence à la fois obscure et complexe, pour ne pas dire la plupart du temps impossible. On pourrait penser que la liquidation d'une filiale est la preuve ultime que la cession à un tiers n'est pas possible. Un groupe quel qu'il soit ne se sépare pas facilement d'un actif potentiel d'impôt. Si la filiale est liquidée, c'est probablement qu'il n'y avait pas localement d'autre solution. Ou alors, il s'agirait, au moment même où le Conseil d'État a abandonné le concept d'acte anormal de gestion pour cause de « mauvaise gestion » (CE 13-7-2016 n° 375801, SA Monte Paschi Banque : RJF 11/16 n° 937) de réprimer un contribuable qui aurait, par dilettantisme, négligé de tenter de valoriser ses pertes fiscales ?

**15** D'un autre côté, les deux décisions de la Cour ne veulent-elles pas tout simplement dire que ce n'est qu'après avoir tout essayé que les pertes deviennent réellement inutilisables et que ce n'est pas à l'autre État membre de supporter la charge des pertes subies localement, qui auraient pu connaître un sort meilleur si l'actionnaire avait tenté quelque chose plutôt que de céder à la facilité de l'imputation dans son propre État (encore que l'incertitude qui entoure ce courant jurisprudentiel n'est pas de nature à rendre l'actionnaire particulièrement serein quant à la réalité d'une telle imputation) ?

On retrouve ainsi la **question de la capacité contributive du groupe** : ces pertes sont-elles ou non valorisables localement ?

## Proposition d'une grille de lecture : transfert économiquement justifié ou but principalement fiscal

**16** L'exigence d'une preuve négative laisse perplexe. On a le sentiment qu'il s'agit d'un tour de passe-passe, permettant de conserver la jurisprudence pour ne jamais, en pratique, l'appliquer. Comment rétrospectivement montrer qu'on a tenté de céder des titres mais sans succès ?

**17** Viennent alors les questions autour de l'**impact des droits nationaux** applicables aux filiales non résidentes. L'interdiction de transférer les pertes est-elle alors une preuve ou un piège ? Car le juge pourrait rétorquer, comme dans la **décision « Agapes »**, que la loi de l'État de la filiale qui limite l'utilisation des pertes n'a pas à obliger l'autre État du siège de la mère à supporter les effets de cette décision. En effet, dans l'arrêt Agapes, les règles applicables aux filiales étrangères italiennes et

polonaises entraînaient la péremption des déficits fiscaux reportables en avant. Quid de règles locales qui aboutissent à la disparition des déficits fiscaux en cas de changement de contrôle ?

À ce titre, une indication intéressante contredisant la décision Agapes nous est donnée dans la **décision Holmen** (le Conseil d'État n'avait pas posé de question préjudicielle, pourtant il semble bien que, pour la CJUE, le caractère définitif des pertes subies par une filiale non résidente ne peut résulter du fait qu'un État membre où réside la filiale exclut toute possibilité de report des pertes : CJUE 3-2-2015 aff. 172/13, Commission européenne c/ Royaume-Uni : RJF 4/15 n° 373 ; CJUE 17-12-2015 aff. 388/14, Timac Agro Deutschland GmbH : RJF 3/16 n° 305).

Dans la décision Holmen, malgré la limitation des possibilités de « carry-back » – ou de « carry-forward » – qui gonfle ainsi les pertes reportables, une telle limitation nationale n'a pas d'impact sur le principe même d'imputation des pertes dans l'autre État membre (contrairement à la position de Juliane Kokott exprimée aux points 82 et 83 de ses conclusions, aux termes desquels les pertes qui n'ont pu être reportées ne peuvent être qualifiées de définitives et sont donc non transférables). On pourrait en déduire que la disparition des déficits fiscaux, en cas de changement de contrôle revenant à interdire leur transfert à un tiers, valide la preuve de l'impossibilité de les céder à des tiers et la pleine application de la logique de l'arrêt Marks & Spencer, les pertes étant alors transférées dans l'État de la société mère.

**18** En réalité, la question du transfert des pertes fiscales à des fins exclusivement ou principalement fiscales a toujours été dans le viseur des États. D'où, chez les uns et les autres, des législations restrictives pour éviter l'apparition d'un marché des déficits fiscaux. Les législations restrictives existantes ne sont donc que le reflet de ce que la CJUE veut combattre, à savoir l'**optimisation fiscale agressive**. Elles sont le rempart contre l'utilisation abusive de pertes fiscales au travers de montages fiscaux artificiels (voir CJUE 12-9-2006 aff. 196/04, Cadbury Schweppes : RJF 12/06 n° 1644), au travers d'un transfert de déficits fiscaux liés à des activités qui n'ont rien à voir d'un contribuable cédant à l'autre, cessionnaire.

## “ L'accumulation de pertes du fait de restrictions à leur utilisation n'est pas un problème en soi

**19** Dans un contexte de lutte contre l'évasion fiscale (Beps, Atad et taxe Gafa), il serait pour le moins paradoxal que le message de la CJUE consiste à encourager la création d'un vaste marché européen de vente de déficits fiscaux.

Le message de la CJUE ne peut pas être celui-là. Une grille de lecture simple et claire est possible :

- soit les **pertes** sont **transférables** dans un contexte économique normal, c'est-à-dire la reprise d'activité par un acteur du secteur et la continuation de la même activité ;
- soit une telle **reprise** n'était **pas possible** ou envisageable et alors le transfert des pertes n'aurait obéi qu'à un but principalement fiscal, constituant le type même de montage artificiel que réprime la CJUE. Dans ce dernier cas de figure, la preuve réclamée par la CJUE serait considérée comme rapportée. Les pertes seraient alors transférables dans l'État membre de la société mère, puisque la seule manière de les transférer serait en commettant une forme d'abus de droit à but principalement fiscal.

### En conclusion

**20** Le jugement du tribunal administratif de Montreuil précité faisant l'objet d'un appel, nous aurons bientôt une réponse du juge national sur les modalités de détermination du caractère définitif des pertes.

Il reviendra aux **juges du fond** d'examiner l'application des principes dégagés par les deux décisions de la CJUE et aux contribuables de travailler sur cette démonstration. Quatorze ans après la décision Marks & Spencer, la saga continue.

**21** Espérons en tous les cas que le juge de l'impôt appliquera ces principes avec discernement et souplesse et permettra réellement aux entreprises d'apporter une preuve recevable démontrant que la cession des titres de la filiale en question et la valorisation des déficits fiscaux n'était pas possible au cas particulier.

Au moment où la France bat elle-même en brèche le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés (législation anti-hybrides prévue à l'article 212, I-b du CGI, projet franco-allemand d'imposition minimale, clauses de « switch over », taxe Gafa), il serait vraiment paradoxal que le non-respect du principe de liberté d'établissement (non-respect venant au secours du principe de territorialité) se traduise par une absence totale d'**indemnisation du préjudice subi**. Car si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers (y compris leur propre juge de l'impôt – CJUE 4-10-2018 aff. 416/17, Commission européenne c/ France : RJF 12/18 n° 1299) doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit européen. Droit européen dont toute l'importance vient d'être rappelée, en ce qui concerne l'article 115 quinquies du CGI, dans la décision récente du Conseil d'État du 10 juillet 2019 (CE 10-7-2019 n° 412581, Sté Cofinimmo : voir inf. 3 p. 9 du présent FR).

## LES DÉCISIONS

### 1<sup>re</sup> espèce

Afin d'apprécier le caractère définitif des pertes d'une filiale non résidente, au sens de la décision Marks & Spencer, n'est pas déterminante la circonstance que l'État membre dont relève la filiale ne permet pas de transférer des pertes d'une société à un autre assujetti en cas de fusion, alors qu'un tel transfert est prévu par l'État membre dont relève la société mère en cas de fusion entre sociétés résidentes, à moins que la société mère ne démontre qu'il lui est impossible de valoriser ces pertes en faisant en sorte, notamment au moyen d'une cession, qu'elles soient fiscalement prises en compte par un tiers au titre d'exercices futurs.

Dans l'hypothèse où cette circonstance deviendrait pertinente, est indifférent le fait qu'il n'existe alors aucune autre entité dans l'État de résidence de la filiale qui aurait pu déduire les pertes en cas de fusion si une telle déduction avait été autorisée.

CJUE 19-6-2019 aff. 607/07, Skatteverket c/ Memira Holding AB : à paraître à la RJF 10/19 n° 992

### 2<sup>e</sup> espèce

La notion de pertes définitives d'une filiale non résidente, au sens de la décision Marks & Spencer, ne s'applique pas à une sous-filiale, à moins que toutes les sociétés intermédiaires entre la société mère demandant un dégrèvement de groupe et la sous-filiale subissant des pertes susceptibles d'être regardées comme étant définitives ne soient résidentes du même État membre.

Afin d'apprécier le caractère définitif des pertes d'une filiale non résidente, la circonstance que l'État membre dont relève la filiale ne permet pas de transférer des pertes d'une société à un autre assujetti l'année d'une liquidation n'est pas déterminante, à moins que la société mère ne démontre qu'il lui est impossible de valoriser ces pertes en faisant en sorte, notamment au moyen d'une cession, qu'elles soient prises en compte par un tiers au titre d'exercices futurs.

Dans l'hypothèse où cette circonstance deviendrait pertinente, est indifférente la mesure dans laquelle la législation de l'État de la filiale accusant des pertes susceptibles d'être qualifiées de définitives a eu pour conséquence qu'une partie de celles-ci n'a pas pu être imputée sur les bénéfices courants de la filiale déficitaire ou sur ceux d'une autre entité du même groupe.

CJUE 19-6-2019 aff. 608/17, Skatteverket c/ Holmen AB : à paraître à la RJF 10/19 n° 993