Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M ME JULIANE KOKOTT
présentées le 19 juillet 2012 [1]

Affaire C-123/11

A Oy

[demande de décision préjudicielle formée par le Korkein hallinto-oikeus (Finlande)]

«Droit fiscal — Liberté d'établissement — Directive 2009/133/CE — Droit national d'imposition des bénéfices — Fusion de deux sociétés résidant dans des États membres différents — Déductibilité des pertes de la société absorbée dans l'État membre de la société absorbante»

I – Introduction

1. Le nom Marks & Spencer évoque en réalité une chaîne de magasins. Dans la jurisprudence de la Cour en matière fiscale, cependant, ces noms symbolisent la reconnaissance expresse de ce que la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres peut justifier des restrictions à la libre circulation [2]. Dans la jurisprudence et la doctrine des États membres, en revanche, il semble que le nom Marks & Spencer soit aussi un synonyme de chaos et de désolation [3].

2. La raison tient en une phrase d'une centaine de mots que la Cour a émise dans la décision dénommée Marks & Spencer, qui décrit les circonstances dans lesquelles les États membres, exceptionnellement, peuvent être contraints de prendre en considération les pertes de filiales non-résidentes dans l'imposition de leur société mère résidente. En dépit de cette abondance de mots, l'extension de cette exception et son existence même – eu égard à la jurisprudence postérieure de la Cour – restent obscures.

3. La présente demande de décision préjudicielle pourrait offrir une occasion de mettre fin à la confusion qui est née de cette exception. L'assujettie finlandaise de la procédure au principal fait fond en effet sur l'exception dégagée par la Cour. Elle entend fusionner avec une filiale suédoise et utiliser ensuite en Finlande le report des pertes subies en Suède, ce que les règles fiscales finlandaises lui interdisent pourtant.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Voir arrêt du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Rec. p. I-10837).

3 — Voir, notamment, Cordewener, «Cross-Border Loss Relief and the 'Effet Utile' of EU Law: Are We Losing It?», *EC Tax Review*, 2011, p. 58.

II – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

1. La liberté d'établissement

4. L'article 49 TFUE régit ainsi la libre circulation:

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

5. L'article 54 TFUE élargit le champ d'application de la liberté établissement dans les termes suivants:

«Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

[…]»

2. La directive sur les fusions

6. La directive 2009/133/CE[4] (ci-après la «directive sur les fusions») régit les conséquences fiscales de certaines fusions transfrontalières de sociétés. Les considérants 2 et 3 explicitent ainsi la finalité de la directive sur les fusions:

«(2) Les fusions […] intéressant des sociétés d'États membres différents peuvent être nécessaires pour créer dans la Communauté des conditions analogues à celles d'un marché intérieur et pour assurer ainsi le bon fonctionnement d'un tel marché intérieur. Ces opérations ne devraient pas être entravées par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant en particulier des dispositions fiscales des États membres. […]

(3) Des dispositions d'ordre fiscal pénalisent actuellement ces opérations par rapport à celles qui intéressent des sociétés d'un même État membre. Il est nécessaire d'éliminer cette pénalisation.»

4 — Directive du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre (JO L 310, p. 34), refondant la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (JO L 225, p. 1). Il ne faut pas confondre cette directive avec la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (*JO L 310, p. 1),* qui traite des aspects de droit des sociétés de certaines opérations de fusions transfrontalières.

7. Le considérant 4 décrit la voie ouverte par la directive sur les fusions:

«Il n'est pas possible d'atteindre cet objectif par une extension, au plan communautaire, des régimes internes en vigueur dans les États membres, les différences entre ces régimes étant susceptibles de provoquer des distorsions. Seul un régime fiscal commun peut constituer une solution satisfaisante à cet égard.»

8. En ce qui concerne spécifiquement le traitement des pertes fiscales des sociétés, le considérant 9 dispose ce qui suit:

«Il convient également de définir le régime fiscal à appliquer à certaines provisions, réserves ou pertes de la société apporteuse et de régler les problèmes fiscaux qui se posent lorsqu'une des deux sociétés détient une participation dans le capital de l'autre.»

9. On notera enfin le considérant 14:

«L'un des objectifs de la présente directive est d'éliminer les entraves au fonctionnement du marché intérieur, telles que la double imposition. Dans la mesure où les dispositions de la présente directive ne permettent pas d'atteindre complètement cet objectif, les États membres devraient prendre les mesures nécessaires pour le réaliser.»

10. Le champ d'application de la directive sur les fusions s'étend, d'après son article 1er, sous a), aux «opérations de fusion […] qui concernent des sociétés de deux ou plusieurs États membres». L'article 2, sous a), iii), de ladite directive définit la «fusion» comme une opération par laquelle «une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à la société qui détient la totalité des titres représentatifs de son capital social». L'article 3 de la directive sur les fusions définit la notion de «société d'un État membre» au sens de cette directive.

11. En ce qui concerne les pertes de la société apporteuse, la directive sur les fusions ne les régit que dans son article 6:

«Dans la mesure où les États membres appliquent, lorsque les opérations visées à l'article 1er, point a), interviennent entre sociétés de l'État membre de la société apporteuse, des dispositions permettant la reprise, par la société bénéficiaire, des pertes de la société apporteuse non encore amorties du point de vue fiscal, ils étendent le bénéfice de ces dispositions à la reprise, par les établissements stables de la société bénéficiaire situés sur leur territoire, des pertes de la société apporteuse non encore amorties du point de vue fiscal.»

B – *Le droit finlandais*

12. Conformément à l'article 7, paragraphe 1, de la convention relative à la prévention de la double imposition en matière d'imposition du revenu et du patrimoine en vigueur entre la République de Finlande et le Royaume de Suède, le revenu commercial d'une société établie en Suède ne peut être imposé en Finlande que si la société reçoit ce revenu d'un établissement fixe en Finlande.

13. En droit fiscal finlandais, les pertes constatées pendant une période fiscale peuvent être reportées sur les périodes fiscales suivantes. L'article 119, paragraphes 1 et 2, de la loi relative à l'impôt sur le revenu (Tuloverolaki) prévoit à cet effet ce qui suit:

«La perte résultant de l'exercice fiscal économique et agricole est déduite des résultats des activités économiques et agricoles pendant les dix exercices qui suivent au fur et à mesure que des revenus sont générés.

On entend par perte résultant d'activités économiques le résultat déficitaire calculé selon la loi sur l'imposition des revenus provenant d'activités économiques, et par perte agricole le résultat déficitaire calculé selon la loi relative à l'impôt sur le revenu.»

14. En cas de fusion de sociétés, l'article 123, paragraphe 2, de la loi relative à l'impôt sur le revenu comporte la disposition suivante sur le sort des pertes constatées d'une société apporteuse:

«Après que des personnes morales ont fusionné ou qu'une personne morale a été scindée, la personne morale résultant d'une telle opération a le droit de déduire de son revenu imposable la perte subie par la personne morale qui a été absorbée ou qui a été scindée de la manière décrite aux articles 119 et 120, si la personne morale résultant de l'opération ou ses actionnaires ou membres, ou la personne morale résultant de l'opération et ses actionnaires ou membres ensemble, possédaient dès le début de l'exercice déficitaire plus de la moitié des actions ou des parts de la personne morale absorbée ou scindée […]»

15. De plus, la jurisprudence finlandaise fait dépendre ce droit à reprise d'une perte de la société apporteuse de la condition que la fusion ne soit pas effectuée dans ce seul but.

III – Les faits et les questions préjudicielles

16. La procédure au principal porte sur une décision préalable relative à l'impôt sur le revenu des personnes morales (yhteisöjen tulovero). La société A Oy (ci-après l'«assujettie») avait demandé cette décision à la Keskusverolautakunta (commission fiscale centrale) afin de disposer d'une réponse liant l'administration sur une question fiscale afférente au transfert de pertes.

17. L'assujettie établie en Finlande détient toutes les parts de la société suédoise B AB. Cette filiale a mis fin à ses activités après avoir géré trois commerces de détail en Suède. Elle a cependant toujours des obligations résultant de deux contrats de bail à long terme concernant des locaux commerciaux. En raison de cette activité, la filiale a constaté aux fins de la procédure fiscale suédoise des pertes de 44,8 millions de couronnes suédoises pour les exercices 2001 à 2007, c'est-à-dire quelque 5 millions d'euros au cours actuel.

18. L'assujettie envisage maintenant une fusion avec sa filiale suédoise. La fusion doit aboutir à la dissolution de la filiale suédoise et à la reprise de la totalité de son patrimoine par l'assujettie.

19. Dans sa décision préliminaire du 25 mars 2009, la commission fiscale centrale a estimé que, après la fusion, l'assujettie ne pouvait pas faire valoir les pertes de sa filiale suédoise dans le cadre de l'impôt sur le revenu des personnes morales.

20. De la même manière, le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême, Finlande), désormais saisi du litige, a constaté que les dispositions finlandaises n'autorisaient pas la reprise des pertes d'une société absorbée qui avait son siège à l'étranger et qui ne pouvait imputer ses pertes à un établissement finlandais. Il se demande cependant si cette interprétation est compatible avec le droit de l'Union et, en particulier, avec la liberté d'établissement. Dans ce contexte, il a saisi la Cour de deux questions préjudicielles:

«1) Les articles 49 TFUE et 54 TFUE exigent-ils qu'une société absorbante puisse, dans son imposition, déduire les pertes résultant d'une activité exercée, pendant les années qui ont précédé la fusion, dans un autre État membre par la société absorbée, qui y était établie, dès lors que la société absorbante ne dispose pas d'un établissement fixe dans l'État de résidence de la société absorbée et que les règles nationales autorisent une société absorbante à déduire les pertes d'une société absorbée si celle-ci est une société nationale ou si les pertes sont nées dans un établissement fixe situé sur le territoire national?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, les articles 49 TFUE et 54 TFUE ont-ils une incidence sur le point de savoir si le montant de la perte déductible doit être calculé selon la législation fiscale de l'État de résidence de la société absorbante ou s'il convient de considérer comme des pertes déductibles les pertes subies par la société absorbée dans son État de résidence et constatées selon la législation de cet État?»

IV – Appréciation juridique

21. Les questions préjudicielles ont été posées – de manière recevable [5] – dans le contexte d'une procédure au principal relative aux conséquences fiscales d'une situation qui ne s'était pas encore concrétisée. C'est pourquoi nous nous fonderons pour y répondre sur l'état actuel du droit de l'Union.

A – *Sur la première question préjudicielle: la reprise du report de pertes*

22. Dans sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi souhaite, en substance, savoir si le droit de l'Union s'oppose à une réglementation nationale qui, en cas de fusion, autorise en principe l'utilisation du report des pertes de la société apporteuse par la société absorbante, mais qui exclut les pertes résultant d'une activité qui n'est pas soumise à imposition en Finlande (report de pertes étrangères).

23. Afin d'apporter à la juridiction de renvoi une réponse utile éclairant le droit de l'Union applicable [6], nous ne limiterons pas notre analyse à la liberté d'établissement régie par les articles 49 TFUE et 54 TFUE. En effet, le droit de l'Union possède, en ce qui concerne les conséquences fiscales des fusions transfrontalières, sa propre réglementation: la directive sur les fusions. C'est par cette réglementation plus spécifique que nous commencerons notre examen.

1. Application de la directive sur les fusions

24. D'après son article 1er, sous a), les États membres appliquent la directive sur les fusions à toutes les opérations de fusion qui concernent des sociétés d'États membres différents. D'après l'article 2, sous a), iii), de la directive, il y a une fusion en cas de reprise d'une filiale à 100 %. L'assujettie établie en Finlande envisage de reprendre sa filiale suédoise, dont elle détient la totalité des parts. La juridiction de renvoi a constaté en outre que les deux sociétés remplissent les critères de forme sociale, de sorte que sont satisfaites les conditions formelles fixées par l'article 3, sous a), de la directive sur les fusions, en combinaison avec son annexe I, partie A, pour être reconnues comme des «sociétés d'un État membre». De plus, les conditions des points b) et c) dudit article 3, relatives au domicile fiscal et à l'assujettissement à la loi relative à l'impôt sur le revenu devraient être remplies en l'occurrence. La directive sur les fusions est donc applicable à une situation telle que celle de l'affaire au principal.

25. La question se pose donc des conséquences juridiques prévues par la directive sur les fusions aux fins de la prise en compte transfrontalière de pertes. La juridiction de renvoi observe à ce sujet que la directive sur les fusions ne comporte pas de dispositions concernant le traitement par l'État membre de résidence de la société absorbante des pertes constatées subie par la société apporteuse dans un autre État membre. C'était aussi le point de vue des participants à la procédure. Il semble que l'on doive en tirer la conclusion que la directive sur les fusions ne régit pas le cas visé par la procédure au principal et que l'on ne saurait donc en tirer d'enseignements sur la compatibilité de la réglementation finlandaise avec le droit de l'Union.

5 — Voir arrêt du 18 novembre 1999, X et Y (C-200/98, Rec. p. I-8261, points 21 et 22), ayant trait au droit suédois, comparable au droit finlandais sur le point pertinent.

6 — Sur la possibilité d'une interprétation large d'une demande de décision préjudicielle, voir, entre autres, arrêts du 12 juillet 1979, Union laitière normande (244/78, Rec. p. 2663, point 5), et du 26 avril 2012, van Putten (C-578/10 à C-580/10, point 23).

26. Ce point de vue mérite d'être rectifié. Ainsi que nous l'avons déjà constaté, un cas tel que celui visé par la procédure au principal entre dans le champ d'application de la directive sur les fusions. Cette directive, d'après ses considérants 2 à 4, a pour vocation de créer un régime fiscal commun afin d'éliminer, dans l'intérêt du marché intérieur, les désavantages en termes fiscaux des fusions transfrontalières par rapport aux fusions intérieures. Le considérant 9 inclut expressément dans cet objectif la prise en considération fiscale des pertes.

27. Par conséquent, cette directive comporte également, à son article 6, une réglementation relative à la reprise, par la société absorbante, de pertes, non encore prises en compte fiscalement, de la société apporteuse. D'après cette disposition, la société bénéficiaire de la fusion peut transférer des pertes non encore amorties du point de vue fiscal de la société apporteuse résidant dans un autre État membre à un établissement stable situé dans cet État membre pour autant qu'un tel transfert soit possible aussi entre sociétés de cet État membre.

28. L'article 6 de la directive sur les fusions ne prévoit donc la prise en considération d'un report de pertes de la société apporteuse que dans son propre État membre, et non pas dans l'État membre de la société absorbante. D'après cette disposition, l'assujettie dans la procédure au principal aurait le droit, aux conditions prévues par la législation fiscale suédoise, d'utiliser dans le cadre de la procédure fiscale le report de pertes de sa filiale suédoise à la suite d'une fusion, par le biais d'un établissement stable situé en Suède. Ce droit existant en Suède n'a toutefois apparemment pas d'intérêt pour l'assujettie puisque, d'après les informations communiquées par la juridiction de renvoi, elle ne possédera plus d'établissement stable en Suède après la fusion. En effet, elle ne disposait déjà pas d'un tel établissement en Suède et elle ne pourra pas reprendre un établissement de la société apporteuse, étant donné que celle-ci a cessé son activité commerciale en Suède.

29. En conclusion, on observera cependant que la directive sur les fusions régit le cas visé par la procédure au principal. Cependant, elle n'envisage pas la solution qui aurait les faveurs de l'assujettie, à savoir l'utilisation du report de pertes suédoises dans le cadre de l'imposition finlandaise. D'après la directive sur les fusions, seule est possible l'utilisation du report de pertes suédoises dans le cadre de l'imposition suédoise. En conséquence, l'État membre de la société absorbante n'est justement pas tenu, en vertu de la directive sur les fusions, de prendre en considération le report des pertes de la société apporteuse provenant d'un autre État membre.

2. Infraction à la liberté d'établissement

30. Cependant, cette constatation ne répond pas encore à la question de savoir si le droit de l'Union s'oppose globalement à une règle nationale qui exclut la reprise de reports de pertes étrangères. Il est possible, en effet, qu'une telle exclusion soit incompatible avec la liberté d'établissement de la société absorbante qui est garantie par les articles 49 TFUE et 54 TFUE.

31. Dans ce cas, le législateur de l'Union, en adoptant la directive sur les fusions, n'aurait pas fait tout ce qui était nécessaire, au sens du traité, pour assurer le fonctionnement du marché intérieur en éliminant les désavantages fiscaux des fusions transfrontalières. Le fait est que le législateur de l'Union avait au moins envisagé cette possibilité, ainsi qu'il le dit expressément au considérant 14 de la directive sur les fusions. Les États membres y sont en effet invités à prendre, le cas échéant, des mesures unilatérales pour éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur.

32. Il convient donc d'éclaircir, dans les développements qui suivent, le point de savoir si le refus, prévu par le droit fiscal finlandais, de la reprise des reports de pertes étrangères en cas de fusion est contraire à la liberté d'établissement.

a) Restriction de la liberté d'établissement

33. Aux termes des articles 49 TFUE et 54 TFUE, les restrictions de la liberté d'établissement de sociétés fondées selon le droit d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre sont, en principe, interdites.

34. Il est de jurisprudence constante que doivent être considérées comme des restrictions à la libre circulation toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté [7]. Même si, selon leur libellé, les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement visent à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, il est aussi de jurisprudence constante qu'elles s'opposent à ce que l'État membre d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre de l'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation [8]. La Cour considère qu'une telle entrave existe lorsque l'État membre d'origine traite cette société différemment, par rapport à des sociétés ayant une activité purement nationale, et que cette différence de traitement est de nature à décourager cette société d'exercer son droit d'établissement dans un autre État membre [9].

35. D'après les constatations de la juridiction de renvoi, les articles 119 et 123 de la loi relative à l'impôt sur le revenu excluent le transfert de pertes résultant d'une activité qui n'est pas imposable en Finlande. Alors qu'une société mère peut utiliser sur le plan fiscal le report de pertes d'une filiale nationale en cas de fusion en Finlande, cela ne lui est pas possible lorsqu'il s'agit du report de pertes d'une société étrangère résultant de l'activité de celle-ci dans un autre État membre. En raison de l'absence d'une telle possibilité de faire valoir sur le plan fiscal en Finlande les pertes engendrées par une activité dans un autre État membre, une société finlandaise pourrait être dissuadée d'emblée de fonder ou d'acquérir une filiale dans un autre État membre. La réglementation fiscale finlandaise est donc susceptible de dissuader les sociétés finlandaises d'entreprendre une activité commerciale dans d'autres États membres par l'intermédiaire d'une filiale. La réglementation fiscale finlandaise limite donc la liberté d'établissement.

36. Il convient de dissocier de cette observation la question de savoir si l'assujettie pourrait se référer à son droit d'établissement dans un cas tel que celui de l'affaire au principal. Le gouvernement du Royaume-Uni, notamment, a déclaré que, dans le cas d'espèce, en raison de l'arrêt de l'activité de la filiale suédoise, il ne s'agit plus de l'exercice du droit d'établissement, mais bien de son contraire. Certes, une réponse à cette question n'a de sens que s'il s'avère que la réglementation fiscale finlandaise constitue une violation de la liberté d'établissement. Il nous semble cependant clair, d'emblée, que des restrictions causées par les conséquences fiscales abstraites d'une fusion, qui déjà entravent le lancement d'une activité transfrontalière, ne peuvent être évitées concrètement qu'au moment de la fusion. À ce moment, l'assujettie a déjà fait usage de sa liberté d'établissement, en dépit de la limitation existante. Or, pour que la liberté d'établissement exercée puisse déployer tous ses effets, l'assujettie peut aussi se prémunir contre l'application concrète de la limitation. Elle peut donc, même dans le cas d'espèce, se référer à l'exercice de son droit à la liberté d'établissement.

7 — Voir, entre autres, arrêts du 15 janvier 2002, Commission/Italie (C-439/99, Rec. p. I-305, point 22), et du 29 novembre 2001, National Grid Indus (C-371/10, Rec. P. I-12273, point 36).

8 — Voir, entre autres, arrêts du 27 septembre 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Rec. p. 5483, point 16), et National Grid Indus (précité à la note 7, point 35).

9 — Voir, entre autres, arrêts du 11 mars 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Rec. p. I-2409, point 46), et National Grid Indus (précité à la note 7, point 37).

37. Le gouvernement du Royaume-Uni a cependant observé à juste titre qu'une limitation de la liberté d'établissement ne saurait être admise dans les cas où le droit finlandais ne fait pas de distinction en matière de reports de pertes selon que celles-ci sont nationales ou étrangères. C'est le cas, d'après les indications de la juridiction de renvoi, lorsque la reprise d'un report de pertes est l'unique motif de la fusion. En effet, dans ce cas, le droit finlandais interdit la reprise à toute société. Dans ces conditions, il y aurait lieu – faute de différence de traitement – d'exclure une limitation de la liberté d'établissement et, partant, une éventuelle violation des articles 49 TFUE et 54 TFUE par la disposition nationale.

38. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, dans le cas d'espèce, une telle situation se présente, rendant inutile une interprétation des articles 49 TFUE et 54 TFUE. Dans ce contexte, nous partirons cependant, dans notre réponse aux questions préjudicielles, de la prémisse que la question de la juridiction de renvoi sur l'interprétation de la liberté d'établissement se limite aux cas dans lesquels la reprise d'un report de pertes n'est pas l'unique motif de la fusion.

39. C'est pourquoi il n'y a pas lieu d'examiner plus avant, comme plusieurs des participants à la procédure, l'importance d'actions éventuellement abusives de la part de l'assujettie. En effet, et en tous cas, la seule circonstance qu'une décision de fusion qui est justifiée sur le plan économique entraîne la reprise d'un report de pertes de la société apporteuse ne saurait étayer un soupçon d'abus, alors que c'est précisément ce que le droit finlandais des fusions prévoit pour les reports de pertes nationales.

40. En lien avec la constatation d'une différence de traitement, la Cour vérifie encore, dans certains cas, dans le cadre de la limitation de la liberté d'établissement, la comparabilité objective des situations [10]. Le contenu que donne la Cour de cette condition dans des cas où – comme en l'espèce – il s'agit d'examiner une limitation du droit d'établissement par l'État membre d'origine et, partant, la comparabilité avec la situation des résidents, nous semble cependant de moins en moins clair. S'il suffit, aux yeux de la Cour, que, dans les deux cas, les assujettis résidents souhaitent avoir le bénéfice d'une règle fiscale [11], la vérification de cette condition sera de pure forme puisqu'elle sera remplie dans tous les cas – comme en l'espèce. Cela s'applique également si la Cour constate que les situations sont objectivement comparables, sans justifier cette observation [12].

41. Dans ce contexte, il nous semble sensé de suivre l'exemple donné dans certains arrêts de la Cour et de renoncer à vérifier la comparabilité objective des situations dans le cadre de la constatation d'une limitation de la liberté d'établissement par l'État membre d'origine [13]. Cela se justifie en outre par le fait qu'une vérification de la comparabilité objective des situations ne saurait, à notre avis, être exhaustive sans traiter du motif de la différence de traitement. Or, cela constitue justement une question de justification d'une restriction, que nous allons analyser dans le point suivant.

42. Il reste, en tant que conclusion intermédiaire, à constater qu'une réglementation nationale qui, en cas de fusion, autorise en principe la société absorbante à utiliser le report de pertes de la société apporteuse, tout en excluant pourtant cette possibilité dans le cas des pertes résultant d'une activité exercée dans un autre État membre, qui n'est pas soumise à l'impôt national, constitue une limitation de la liberté d'établissement.

10 — Voir, entre autres, arrêts du 25 février 2010, X Holding (C-337/08, Rec. p. I-1215, points 20 à 24), et National Grid Indus (précité à la note 7, point 38).

11 — Voir arrêt X Holding (précité à la note 10, point 24).

12 — Voir arrêt National Grid Indus (précité à la note 7, point 38).

13 — Voir arrêts du 15 mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Rec. p. I-3061, points 18 à 25), et du 23 octobre 2008, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Rec. p. I-8061, points 27 à 39).

b) Justification

43. Il est de jurisprudence constante qu'une limitation de la liberté d'établissement est néanmoins admise si elle est justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général [14]. Un tel motif justificatif peut, en vertu d'une jurisprudence consolidée, consister dans la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres [15]. En conséquence, il est permis aux États membres de prendre des mesures pour garantir l'exercice de leur compétence fiscale [16]. À cette fin, il peut être nécessaire d'appliquer, aux activités économiques des sociétés établies dans l'un desdits États, les seules règles fiscales de celui-ci pour ce qui est tant des bénéfices que des pertes [17].

44. Ainsi que nous l'avons déjà mentionné dans nos conclusions dans l'affaire Philipps Electronics, la compétence fiscale d'un État membre est affectée par la prise en compte de pertes nées dans le cadre de la compétence fiscale exclusive d'un autre État membre [18]. Les pertes dont la prise en considération est envisagée dans la présente affaire sont nées de l'activité d'une société suédoise en Suède. Cette activité est soumise, d'après l'article 7, paragraphe 1, de la convention relative à la double imposition, applicable ici, à la seule compétence fiscale du Royaume de Suède. La prise en considération de ces pertes affecterait donc la compétence fiscale de la République de Finlande. Celle-ci devrait prendre en considération des pertes résultant d'une activité qu'elle n'a pas le pouvoir d'imposer. En principe, la République de Finlande est fondée à refuser pour cette raison à l'assujettie la prise en considération des pertes de la filiale suédoise.

45. La question, qui détermine la présente demande préjudicielle, est cependant de savoir si cela s'applique aussi dans le cas d'une fusion, au cours de laquelle la société apporteuse perd son existence juridique et, par là, toute possibilité d'utiliser son report de pertes dans le cadre de l'imposition suédoise.

i) La nécessité de la réglementation finlandaise

46. Dans cette mesure, la réglementation finlandaise pourrait aller au-delà de ce qui est nécessaire à la préservation de la répartition des compétences fiscales entre les États membres. Il est en effet de jurisprudence constante qu'une mesure restrictive ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché [19].

– De l'applicabilité de l'«exception Marks & Spencer»

47. Dans l'arrêt Marks & Spencer, la Cour, s'exprimant sur le thème de la nécessité et du débat sur les mesures moins contraignantes, a admis exceptionnellement une atteinte à la liberté d'établissement dans le cas de la filiale non-résidente qui a épuisé les possibilités de faire prendre en considération des pertes prévues dans son État membre et qui n'a aucun moyen d'y faire prendre ses pertes en considération à l'avenir [20]. La société mère résidente doit donc se voir garantir la faculté de déduire de son activité locale les pertes d'une filiale non-résidente «dans une situation où […] la filiale non-résidente a épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui existent dans son État de résidence au titre de l'exercice fiscal concerné par la demande de dégrèvement ainsi que des exercices

14 — Voir, entre autres, arrêts du 18 juillet 2007, Oy AA (C-231/05, Rec. p. I-6373, point 44), et du 13 octobre 2011, Waypoint Aviation (C-9/11, Rec. p. I-9697, point 27).

15 — Voir, entre autres, arrêts Marks & Spencer (précité à la note 2, point 45), et National Grid Indus (précité à la note 7, point 46).

16 — Voir, entre autres, arrêts du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995, point 56), et National Grid Indus (précité à la note 7, point 46).

17 — Arrêt X Holding (précité à la note 10, point 28).

18 — Voir conclusions du 19 avril 2012, dans l'affaire Philipps Electronics (C-18/11, pendante devant la Cour, points 50 et suiv.).

19 — Voir, entre autres, arrêts du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, Rec. p. I-10829, point 49); Marks & Spencer (précité à la note 2, point 53), et Waypoint Aviation (précité à la note 14, point 27).

20 — Voir Arrêt Marks & Spencer (précité à la note 2, points 54 et suiv.).

fiscaux antérieurs, le cas échéant au moyen d'un transfert de ces pertes à un tiers ou de l'imputation desdites pertes sur des bénéfices réalisés par la filiale au cours d'exercices antérieurs, et [où] […] il n'existe pas de possibilité pour que les pertes de la filiale étrangère puissent être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers, notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci» [21].

48. À notre avis, cette exception ne saurait être comprise que dans le contexte des motifs justificatifs examinés dans l'arrêt Marks & Spencer, précité. La Cour n'y a pas fondé la justification sur le but de préserver la répartition des compétences fiscales des États membres, mais, entre autres, aussi sur le droit pour les États membres de prévenir une double prise en considération des pertes [22]. Or, il n'y a plus lieu de craindre une double prise en considération des pertes lorsque les pertes d'une filiale étrangère ne peuvent plus être prises en considération dans son État de résidence. Partant, une réglementation nationale qui refuse en pareil cas l'utilisation de la perte par la société mère va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir une double prise en considération des pertes.

49. La jurisprudence de la Cour a toutefois évolué depuis l'arrêt Marks & Spencer, précité. Ainsi que nous l'avons déjà exposé dans nos conclusions sur l'affaire Philipps Electronics, à la suite de ce développement jurisprudentiel sur la justification, la seule chose décisive est, en fin de compte, le fait que la réglementation nationale poursuive l'objectif de préservation de la répartition du pouvoir d'imposition [23]. L'objectif de prévention d'une double prise en considération des pertes n'a, en revanche, pas de signification autonome [24].

50. Cependant, en ce qui concerne le motif justificatif de préservation de la répartition du pouvoir d'imposition, dont la jurisprudence a reconnu entre-temps le caractère autonome [25], l'exception que la Cour a développée dans ledit arrêt Marks & Spencer n'est plus adaptée. En effet, il est sans importance, pour préserver la répartition des compétences fiscales des États membres, qu'il existe ou non une possibilité de prise en considération des pertes dans l'État membre qui a le pouvoir d'imposer une certaine activité. Il s'agit seulement de savoir de quelle activité et, partant, de quelle compétence fiscale, une perte relève.

51. Une focalisation sur le motif justificatif de la répartition des compétences fiscales des États membres donne une tout autre perspective s'il s'agit d'apprécier la nécessité d'une mesure nationale. Au regard de ce motif justificatif, on n'est pas, en effet, en présence d'une mesure moins contraignante si l'État membre qui ne dispose pas de pouvoir d'imposition est tenu de prendre en considération des pertes qui sont nées sous l'empire de la souveraineté fiscale d'un autre État membre dans le cas où une telle possibilité n'existe plus dans cet autre État. Dans ce cas, en effet, l'objectif de préservation de la répartition des compétences fiscales n'est plus atteint du tout.

52. L'affinement du sens des motifs justificatifs qui ont d'abord été avancés en parallèle dans l'arrêt Marks & Spencer, précité, a donc aussi déplacé le champ d'application de l'exception qui y avait été dégagée. Il ne peut être fait référence à cette exception aux fins d'évaluer la nécessité d'une mesure nationale que pour autant que la prévention de la double prise en considération des pertes soit reconnue comme un motif justificatif autonome. Si, en revanche, la justification n'est fondée que sur la répartition des compétences fiscales des États membres, l'«exception Marks & Spencer» ne saurait plus trouver application au vu des nouveaux développements jurisprudentiels.

21 — Arrêt Marks & Spencer (précité à la note 2, point 55).

22 — Voir arrêt Marks & Spencer (précité à la note 2, points 47 et suiv.).

23 — Voir conclusions dans l'affaire Philipps Electronics (précitée à la note 18, points 40 à 42).

24 — Voir conclusions dans l'affaire Philipps Electronics (précitée à la note 18, points 58 et suiv.).

25 — Voir arrêts X Holding (précité à la note 10, points 28 à 35), et National Grid Indus (précité à la note 7, points 45 à 49); dans le même sens, déjà, arrêt du 7 septembre 2006, N (C-470/04, Rec. p. I-7409, point 42).

53. C'est conformément à cette conception que la Cour a motivé son plus récent arrêt sur la prise en considération de pertes transfrontalières. Alors que, dans l'arrêt X Holding, elle n'avait fondé la justification que sur le but de préserver la répartition des compétences fiscales, elle n'a plus, logiquement, mentionné l'exception dégagée dans l'arrêt Marks & Spencer, précité, bien qu'elle ait traité en détail de la nécessité de la règle nationale [26].

54. C'est pourquoi la limitation de la liberté d'établissement par le refus de reprise de reports de pertes étrangères est nécessaire au regard du but de préserver la répartition des compétences fiscales, sans qu'il soit besoin d'aborder la question de savoir si la filiale suédoise dispose encore dans son État de résidence d'une possibilité de faire prendre en considération son report de pertes.

– De l'application de l'«exception Marks & Spencer»

55. Même si l'on continuait néanmoins à attribuer de l'importance à cette question, il y a lieu de constater que, dans le cas d'une fusion telle que celle qui nous intéresse ici, les conditions dégagées selon l'arrêt Marks & Spencer, précité, pour la prise en considération à titre exceptionnel d'une perte de la filiale non-résidente dans l'État membre de la société mère ne sont pas remplies.

56. Il est clair que la Cour n'a voulu reconnaître une exception dans ledit arrêt Marks & Spencer qu'en tant qu'ultima ratio. Cela transparaît aussi dans le fait que la Cour envisageait d'autres mesures, moins contraignantes, dont elle a cependant laissé explicitement l'adoption au législateur [27]. C'est pour cette raison que l'exception est formulée d'une manière très restrictive. D'après l'arrêt, dans l'État de résidence de la filiale, la simple possibilité qu'une perte dans le chef de celle-ci ou dans celui d'un tiers soit prise en compte lors d'exercices fiscaux passés ou à venir doit être exclue [28].

57. Certes, il y a lieu de constater, dans le cas de la fusion qui nous intéresse, que la filiale, en mettant fin à son existence juridique, perdrait toute possibilité de faire prendre ses pertes en considération dans la procédure fiscale suédoise. Ce ne serait pourtant que la conséquence de la décision de fusionner. La fusion elle-même reposait au contraire sur une libre décision de la société mère. Si l'on voulait imputer l'absence de possibilité de faire prendre en considération des pertes aux seules conséquences de la décision de fusionner, toute action de la filiale dans la procédure fiscale suédoise – comme, par exemple, une demande consciemment limitée dans le temps de faire valoir un report de pertes ou la renonciation à cette demande – pourrait justifier une exclusion de la possibilité d'utiliser des pertes au sens de l'«exception Marks & Spencer».

58. Dans ce contexte, l'assujettie se priverait donc elle-même de la faculté de faire prendre des pertes en considération au Royaume de Suède en décidant de fusionner avec sa filiale. Or, la Cour a souligné plus d'une fois qu'un assujetti n'était pas libre de choisir le système fiscal applicable à ses filiales, ni le lieu de prise en compte des pertes [29]. Ainsi que l'a observé à juste titre le gouvernement finlandais, il y aurait pourtant, en l'occurrence, une telle liberté de choix si les pertes de la filiale suédoise après une fusion devaient être prises en compte aussi aux fins de l'imposition finlandaise.

59. De plus, l'assujettie ne devrait pas non plus, à notre avis, être autorisée à faire valoir que, dès avant la fusion, il n'était plus possible d'utiliser le report des pertes suédoises en raison de la cessation de l'activité commerciale de la filiale suédoise. Elle dispose en effet toujours, en réalité, de la faculté d'utiliser à l'avenir les reports des pertes suédoises en reprenant une activité commerciale et en en tirant des bénéfices. Si l'on ne voulait, au contraire, considérer comme décisif que le seul fait de la cessation de l'activité commerciale par l'assujetti, cela voudrait dire, à nouveau, qu'il existerait une

26 — Voir arrêt X Holding (précité à la note 10, points 27 et suiv.).

27 — Voir arrêt Marks & Spencer (précité à la note 2, point 58).

28 — Voir arrêt Marks & Spencer (précité à la note 2, point 55).

29 — Voir arrêt X Holding (précité à la note 10, points 29 à 32); voir aussi, dans le même sens, arrêt Oy AA (précité à la note 14, points 64 et suiv.).

possibilité de choix dont l'assujetti, ainsi que nous l'avons vu, ne dispose pas en vertu de la jurisprudence de la Cour. En effet, en règle générale, il n'est pas possible de constater de manière objective si la cessation d'une activité commerciale s'impose pour des raisons économiques, parce qu'il n'y a plus de bénéfices à attendre de sa continuation.

60. Enfin, l'assujettie a déclaré elle-même, dans la procédure devant la Cour, que, dans certaines conditions, les pertes de sa filiale suédoise pouvaient aussi être transférées à une autre de ses filiales suédoises. Le cas échéant, ce serait à la juridiction de renvoi de rechercher dans quelle mesure cela représenterait une possibilité effective de faire valoir les pertes en Suède. Une telle possibilité ne saurait, en tout état de cause, être exclue parce que les conditions de transfert des pertes sont moins favorables en droit suédois qu'en droit finlandais. En effet, la Cour a déjà établi, dans le cas de la prise en considération de pertes d'un établissement stable étranger, qu'un État ne saurait être contraint, aux fins de son propre droit fiscal, de prendre en considération les effets, éventuellement défavorables, des particularités réglementaire d'un autre État [30].

ii) Le caractère proportionné de la réglementation finlandaise

61. Il convient de distinguer, de la nécessité, qui est établie, de la réglementation finlandaise pour atteindre le but de préserver la répartition des compétences fiscales entre les États membres, la question de savoir si les inconvénients causés dans le cadre de la liberté d'établissement sont démesurés par rapport au but à atteindre (proportionnalité au sens le plus étroit) [31].

62. Cela pourrait se révéler douteux, étant donné qu'il résulte jusqu'à présent de notre examen qu'un report de pertes étrangères causé par une fusion ne peut jamais être utilisé par la société absorbante dans le cadre de la procédure fiscale finlandaise. Il ne reste pas de cas dans lesquels, dans le cadre d'une fusion, un tel transfert de reports de pertes provenant d'une autre autorité fiscale serait possible.

63. Il nous semble cependant, ensuite, que la limitation apportée à la liberté d'établissement dans le cas d'espèce n'est pas particulièrement drastique. En substance, un assujetti doit, dans certains cas, supporter une perte fiscale définitive sur le plan économique. Un tel sort n'a rien d'extraordinaire dans les systèmes fiscaux des États membres, et il peut déjà résulter tout simplement de l'expiration des délais de report. Dans le cas de la réglementation finlandaise, seules quelques sociétés sont concernées, à savoir celles pour lesquelles, bien qu'elles ne disposent pas d'un établissement dans l'autre État membre après la fusion, et, partant, qu'elles n'aient pas la possibilité d'utiliser les pertes en vertu de l'article 6 de la directive sur les fusions, cette utilisation n'est pas le motif unique de la fusion.

64. Certes, on pourrait opposer à ce dernier point de vue le fait que l'atteinte ainsi faite à la répartition des compétences fiscales entre les États membres n'est pas grande non plus. On observera cependant ici que le législateur de l'Union, dans le domaine de la répartition de ces compétences fiscales, a déjà pris, dans la directive sur les fusions, certaines décisions fondamentales qu'il convient, à notre avis, de respecter.

65. Au point 4 des considérants de la directive sur les fusions, le législateur de l'Union a ensuite expliqué que, pour éviter des distorsions de concurrence, il préférait un régime fiscal commun de l'Union à une extension des régimes internes en vigueur dans les États membres. Or, une telle extension du système fiscal finlandais impliquerait une reprise des reports de pertes étrangères en cas de fusion. En conséquence, toutes les filiales établies dans l'Union de sociétés mères finlandaises bénéficieraient de la réglementation finlandaise sur l'utilisation des pertes lors d'une fusion. Hors de Finlande, cela entraînerait pourtant des distorsions de concurrence, dès lors que tous les États

30 — Voir arrêt Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (précité à la note 13, point 49).

31 — Voir, à ce propos, conclusions de l'avocat général Trstenjak du 8 mars 2011, dans l'affaire Commission/Autriche (arrêt du 16 juin 2011, C-10/10, Rec. p. I-5389, points 67 et suiv.), et nos conclusions dans l'affaire Oy AA (précitée à la note 14, points 32 et 66); voir aussi arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a. (C-379/08 et C-380/08, Rec. p. I-2007, point 86).

membres n'ont pas la même réglementation en matière de reprise des pertes que celle prévue par le droit finlandais [32]. C'est pourquoi des filiales établies, disons, en Suède, seraient traitées différemment au regard de la reprise d'un report de pertes en cas de fusion, en fonction du système fiscal de l'État membre de résidence de la société mère.

66. C'est pour cette raison que l'article 6 de la directive sur les fusions prévoit de manière uniforme, à l'échelle de l'Union, l'utilisation des reports de pertes dans l'État membre de résidence de la société apporteuse. Le législateur de l'Union a donc opté consciemment pour le principe de la prise en considération des pertes dans l'État membre de la société apporteuse en cas de fusion. Toutefois, lorsque les conditions de cette possibilité de principe ne sont pas remplies dans un cas d'espèce, l'hypothèse alternative, la prise en considération des pertes dans l'État membre de la société absorbante, contrecarrerait la décision de principe du législateur de l'Union et mettrait en cause l'effet des conditions fixées par l'article 6 de la directive sur les fusions [33].

67. Il nous semble enfin que mettre l'accent, dans le cas d'espèce, sur une démarcation claire entre les compétences fiscales des États membres sert la sécurité juridique. Des différenciations minutieuses, comme il en a été fait par exemple dans l'arrêt Marks & Spencer, précité, ne sont pas dans l'intérêt de la liberté d'établissement, lorsqu'elles amènent en réalité incertitudes juridiques et litiges. À ce propos, l'assujettie a exposé avec emphase, lors de l'audience, la complexité des questions de droit fiscal et de droit des sociétés qu'une telle règle dérogatoire peut susciter. Or, l'application uniforme du droit de l'Union serait mise en cause si le soin de trancher ces questions était laissé aux seules juridictions nationales – comme le suggère la Commission.

68. Tout bien considéré, les inconvénients de la législation finlandaise en termes de liberté d'établissement ne sont pas, à notre avis, démesurés par rapport à l'objectif recherché de préservation de la répartition des compétences fiscales entre les États membres.

3. Résultat intermédiaire

69. Il convient donc de répondre à la première question préjudicielle que ni la directive sur les fusions ni les articles 49 TFUE et 54 TFUE ne s'opposent à une règle nationale en vertu de laquelle une société nationale absorbante ne peut pas déduire dans le cadre de son imposition les pertes d'une société qui était établie dans un autre État membre et avec laquelle elle a fusionné, pertes résultant d'une activité exercée dans cet autre État membre et soumises au seul pouvoir d'imposition de celui-ci.

B – *Sur la seconde question préjudicielle: le calcul de la perte*

70. Dans sa seconde question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si le report de pertes étrangères, éventuellement à prendre en considération, doit être calculé selon le droit fiscal de l'État de résidence de la société absorbante ou selon celui de la société absorbée.

71. Eu égard à notre réponse à la première question préjudicielle, il n'y a plus lieu de répondre à la seconde. En effet, le droit de l'Union n'oblige pas l'État membre de la société absorbante à prendre en considération le report des pertes étrangères.

32 — Voir aussi la 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 États membres, du 24 janvier 1991 [COM(90) 595 final, considérant 12].

33 — Voir, à propos du caractère contraignant des conditions de fait, arrêt du 11 décembre 2008, A.T. (C-285/07, Rec. p. I-9329, point 27), sur l'article 8 de la directive sur les fusions.

72. Dans le cas, toutefois, où la Cour ne retiendrait pas notre proposition de réponse à la première question préjudicielle, et reconnaîtrait, au contraire, que la société absorbante peut obtenir la déduction des pertes de la société apporteuse, il y a lieu de répondre également à la seconde question préjudicielle.

73. La réponse à la seconde question préjudicielle devrait donc, à notre avis, être que les pertes à prendre en considération sont, *en principe,* calculées selon le droit fiscal de l'État de résidence de la société absorbante. En effet, ainsi que l'a fait valoir le gouvernement français, seule une telle solution aboutirait à traiter de manière égale des faits nationaux et transfrontaliers, donc à traiter de la même manière une fusion avec une filiale nationale et une fusion avec une filiale étrangère. Cette égalité de traitement écarterait la limitation à la liberté d'établissement qui, nous l'avons vu, est fondée précisément sur la différence de traitement des deux situations [34].

74. Dans ces conditions, on ne suivra pas les vues gouvernement finlandais et de la Commission, qui entendent que la perte soit prise en considération au plus à hauteur du calcul établi selon le droit fiscal de l'État de résidence de la société apporteuse, en l'occurrence le Royaume de Suède. Dans ce cas, l'égalité de traitement fiscal d'une fusion nationale et d'une fusion transfrontalière ne serait justement pas garantie. Il continuerait d'exister une limitation de la liberté d'établissement, étant donné que la prise en considération des pertes serait moindre lors de fusions transfrontalières que lors de fusions purement internes.

75. Il se peut cependant que le principe du calcul des pertes à prendre en considération selon le droit fiscal de l'État de résidence de la société absorbante doive être nuancé selon la cause d'un calcul de pertes s'écartant du résultat de l'entreprise. Des exceptions mises en œuvre, par exemple, au titre de mesures fiscales incitatives dans l'État de résidence de la société absorbante – par exemple, des amortissements majorés – pourraient entraîner une perte plus importante. Il n'est pas à exclure ici que la restriction de l'application de telles règles aux activités nationales ne soit justifiée en soi. Cela aurait pour conséquence qu'un calcul de pertes ne devrait pas être effectué selon les règles du droit fiscal de l'État de résidence de la société absorbante.

76. Étant donné cependant que la demande de décision préjudicielle ne comporte pas de précisions quant à d'éventuelles divergences entre le droit finlandais et le droit suédois en matière de calcul des pertes ni n'indique les dispositions y relatives dont l'application poserait des problèmes, il n'est pas possible de donner une réponse définitive à la juridiction de renvoi.

V – Conclusion

77. Nous suggérons en conclusion à la Cour de répondre ce qui suit aux questions posées par le Korkein hallinto-oikeus:

Ni la directive 2009/133/CE du Conseil, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, ni les articles 49 TFUE et 54 TFUE ne s'opposent à une règle nationale en vertu de laquelle une société nationale absorbante ne peut pas déduire dans le cadre de son imposition les pertes d'une société qui était établie dans un autre État membre et avec laquelle elle a fusionné, pertes résultant d'une activité exercée dans cet autre État membre et soumises au seul pouvoir d'imposition de celui-ci.

34 — Voir, ci-dessus, points 33 et suiv.