Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M[ME] JULIANE KOKOTT
présentées le 23 octobre 2014[1]

Affaire C-172/13

Commission européenne
contre

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

«Fiscalité — Liberté d'établissement — Article 49 TFUE et article 31 de l'accord EEE — Impôt national sur les sociétés — Régime fiscal des groupes de sociétés — Déduction de pertes dans un groupe ('group relief') — Déduction de pertes de sociétés non-résidentes du groupe — 'Exception Marks & Spencer' — Moment auquel il faut se placer pour déterminer l'absence de possibilité de prise en compte ultérieure de pertes à un autre titre»

I – **Introduction**

1. Dans le présent recours en manquement, l'arrêt Marks & Spencer[2] requiert à nouveau une interprétation. Dans cet arrêt, la Cour a énoncé, à partir de la législation du Royaume-Uni, les conditions auxquelles les États membres doivent permettre, dans leur impôt sur les bénéfices, la déduction de pertes d'un groupe même quand elles débordent du cadre national, au titre de l'exception dite «Marks & Spencer».

2. Ces conditions ne sont malheureusement pas du tout claires. On le voit dans les affaires dans lesquelles la Cour a dû clarifier leur application particulière[3]. De surcroît, tant l'avocat général Geelhoed que l'avocat général Mengozzi ont indiqué ne pas apercevoir clairement les conditions d'application et l'idée de l'exception Marks & Spencer[4]. Nous ne sommes pas seule à partager cette analyse[5] que de nombreux auteurs rejoignent aussi en défendant différentes interprétations de l'exception Marks & Spencer en doctrine[6].

3. Il n'est donc pas étonnant que la Commission européenne et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ne s'accordent pas sur la juste mise en œuvre qu'appelle l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763) bien que cet arrêt remonte à présent à près de neuf années.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — C-446/03, EU:C:2005:763.

3 — Voir en particulier arrêts Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278); A (C-123/11, EU:C:2013:84) et K (C-322/11, EU:C:2013:716). Voir également affaire Timac Agro Deutschland (C-388/14), pendante devant la Cour.

4 — Voir point 65 des conclusions que l'avocat général Geelhoed a présentées dans l'affaire Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139) ainsi que points 87 et 88 des conclusions que l'avocat général Mengozzi a présentées dans l'affaire K (EU:C:2013:183).

5 — Voir points 47 à 60 des conclusions que nous avons présentées dans l'affaire A (EU:C:2012:488).

6 — À ce jour, la Cour a recensé 142 publications scientifiques directement consacrées à ces arrêts. Consulter, à cet égard, la base de données «Jurisprudence» sur le site Internet de la Cour.

II – **Cadre juridique**

4. Le Royaume-Uni prélève un impôt sur les revenus des personnes morales. Les groupes ont la faculté de transférer à l'intérieur de l'Espace économique européen (EEE) une perte subie par une des sociétés du groupe au cours d'un exercice fiscal à une autre société du groupe qui peut ainsi imputer sur ses propres revenus la perte étrangère à sa société (ce qu'il est convenu d'appeler le «group relief»; ci-après le «dégrèvement de groupe»).

5. Si la perte est subie par une société du groupe établie dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'Association européenne de libre-échange (AELE) appartenant à l'EEE, le dégrèvement de groupe est néanmoins soumis à des conditions particulières définies à l'époque qui nous intéresse ici aux articles 111 et suivants de la loi relative à l'impôt sur les sociétés (Corporation Tax Act), de 2010 (ci-après le «CTA 2010»). Aux termes de l'article 119, paragraphe 2, du CTA 2010, une de ces conditions veut qu'aucune société du groupe établie à l'étranger ni aucun autre contribuable n'ait la possibilité d'imputer cette perte sur des bénéfices éventuels ultérieurs dans les impositions à intervenir à l'étranger au cours des exercices fiscaux postérieurs à l'année durant laquelle la perte a été subie. Aux termes de l'article 119, paragraphe 4, du CTA 2010, l'existence de cette faculté se vérifiera en se plaçant immédiatement après le terme de l'exercice durant lequel la perte a été subie.

III – **Contexte du recours et procédure devant la Cour**

6. Le Royaume-Uni avait récemment mis en place le dégrèvement de groupe transfrontalier – en modifiant tout d'abord la loi relative aux impôts sur les revenus et les sociétés (Income and Corporation Tax Act), de 1988, avec effet au 1er avril 2006 – pour se conformer aux exigences du droit de l'Union en matière de liberté d'établissement. Le Royaume-Uni les avait tirées de l'arrêt Marks & Spencer prononcé le 13 décembre 2005. La Cour y avait dit pour droit[7]:

«Les articles 43 CE et 48 CE ne s'opposent pas, en l'état actuel du droit communautaire, à une législation d'un État membre qui exclut de manière générale la possibilité pour une société mère résidente de déduire de son bénéfice imposable des pertes subies dans un autre État membre par une filiale établie sur le territoire de celui-ci, alors qu'elle accorde une telle possibilité pour des pertes subies par une filiale résidente. Cependant, il est contraire aux articles 43 CE et 48 CE d'exclure une telle possibilité pour la société mère résidente dans une situation où, d'une part, 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 fiscaux antérieurs et où, d'autre part, il n'existe pas de possibilités pour que ces pertes puissent être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices futurs soit par elle-même, soit par un tiers, notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci.»

7. La Commission doutant que les nouvelles règles britanniques soient conformes à l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763), elle a, par lettre du 19 juillet 2007, donné au Royaume-Uni l'occasion de présenter sa position. Dans son avis motivé du 23 septembre 2008, elle a fait grief au Royaume-Uni d'enfreindre la liberté d'établissement. L'infraction consiste à ses yeux en particulier dans le fait qu'il faille se placer à l'issue même de chaque exercice fiscal pour apprécier si les pertes sont susceptibles ou non d'être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices ultérieurs et dans le fait que les nouvelles dispositions ne doivent pas s'appliquer avant le 1er avril 2006. Un avis motivé complémentaire a suivi le 25 novembre 2010 au regard du nouveau CTA 2010 adopté qui avait repris en substance telles quelles les dispositions de la loi relative aux impôts sur les revenus et les sociétés de 1988 en cause jusque-là.

7 — EU:C:2005:763, dispositif.

8. Le Royaume-Uni ne s'étant pas conformé dans le délai imparti de deux mois à la mise en demeure de la Commission lui enjoignant de modifier sa législation, la Commission a saisi la Cour le 5 avril 2013 au titre de l'article 258, deuxième alinéa, TFUE, en concluant à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater qu'en imposant, à l'égard de la compensation transfrontalière pour les groupes, des conditions telles qu'elles rendent quasiment impossible, dans la pratique, le bénéfice de ce type de dégrèvement et en limitant ce dégrèvement aux périodes postérieures au 1er avril 2006, le Royaume-Uni a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 TFUE et de l'article 31 de l'accord EEE;

— condamner le Royaume-Uni aux dépens.

9. Le Royaume-Uni conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours et

— condamner la Commission aux dépens.

10. La République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, le Royaume des Pays-Bas et la République de Finlande ont été autorisés à intervenir. Ils concluent à l'appui des conclusions du défendeur.

11. Les parties et les parties intervenantes ont présenté des mémoires et participé à l'audience de plaidoiries qui s'est tenue le 15 juillet 2014.

IV – **Appréciation**

12. La Commission fait grief au Royaume-Uni d'une infraction à la liberté d'établissement tant du TFUE que de l'accord EEE. Elle développe deux moyens à ce titre.

13. Les dispositions combinées des articles 49 TFUE et 54 TFUE ainsi que des articles 31 et 34 de l'accord EEE interdisent en substance à l'identique toute restriction à la liberté d'établissement [8]. Dans l'examen des moyens, nous ne ferons dès lors pas de distinction entre ces dispositions.

A – *Sur le premier moyen: impossibilité pratique de déduire des pertes entre sociétés d'un groupe établies dans des États membres différents*

14. Dans son premier moyen, la Commission considère une infraction à la liberté d'établissement en ce que la législation du Royaume-Uni interdit en pratique de déduire des pertes entre sociétés d'un groupe établies dans des États membres différents.

15. Aux termes de l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763), la déduction de pertes entre sociétés d'un groupe établies dans des États membres différents n'est certes pas dictée en principe par le droit de l'Union. Y font toutefois exception, toujours selon la Commission, les pertes d'une filiale étrangère qui ne sont pas susceptibles d'être prises en compte par la fiscalité étrangère dans des exercices antérieurs ou ultérieurs. Elle rappelle que l'article 119, paragraphe 4, du CTA 2010 impose néanmoins de se placer à l'issue même de l'exercice fiscal durant lequel la perte a été subie pour déterminer s'il est possible de faire jouer la perte ultérieurement à un autre titre. A ce stade, l'on ne peut toutefois parvenir à le déterminer que si l'État du siège de la filiale ne permet aucun report de perte ou si la filiale a été mise en liquidation au cours de l'exercice durant lequel la perte a été encourue. Aux yeux

8 — Voir arrêt A (C-48/11, EU:C:2012:485, point 21 et jurisprudence citée).

de la Commission, il sera de ce fait impossible de déduire la perte en particulier lorsque la filiale cesse ses activités *après* l'exercice durant lequel la perte a été subie. Elle ajoute que, du fait même du régime, l'on peut aussi uniquement transférer la perte propre à un seul exercice fiscal. Aux termes de l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763), indique la Commission, c'est en se plaçant uniquement au moment où le dégrèvement de groupe est sollicité qu'il faut examiner s'il est possible ou non de faire jouer une perte à un autre titre dans des exercices fiscaux ultérieurs.

16. Le Royaume-Uni rétorque que le dégrèvement transfrontalier de groupe n'est pas impossible en pratique. Si les conditions requises sont certes restrictives, c'est uniquement en raison de la jurisprudence de la Cour. Cette jurisprudence veut en particulier que l'on se place à l'issue de l'exercice fiscal pour examiner s'il est possible ou non de faire jouer la perte à un autre titre. Cela n'exclut pas selon lui de pouvoir aussi prendre en compte dans l'examen la cessation des activités ou la volonté, au terme d'un exercice fiscal, de mettre rapidement la filiale en liquidation. Au reste, un examen qui ne se ferait qu'au moment de la demande de dégrèvement de groupe aurait pour effet de permettre au contribuable de choisir, au mépris de la jurisprudence, dans quel État membre ses pertes sont prises en compte. Avant d'introduire cette demande, il lui est loisible en effet d'organiser les choses de telle sorte qu'au moment de la demande il ne puisse plus faire jouer la perte à un autre titre.

17. Nous estimons que le premier moyen est énoncé en termes ambigus. La Commission fait en effet grief au Royaume-Uni de ne permettre de déduction de pertes au titre de l'article 119, paragraphe 4, du CTA 2010 que si l'État du siège de la filiale ne permet pas de reporter la perte ou si la liquidation de la filiale est entamée au cours de l'année durant laquelle la perte a été encourue. Ce dernier cas de figure se rencontrant incontestablement dans la pratique, ce que la Commission a finalement en vue, ce n'est pas tant que la législation du Royaume-Uni rende pratiquement impossible la compensation de pertes entre sociétés établies dans différents États membres, mais que cette législation n'envisage pas tous les cas de figure dictés selon elle par la liberté d'établissement.

18. Il convient dès lors d'examiner dans le premier moyen si l'article 119, paragraphe 4, du CTA 2010 enfreint la liberté d'établissement en ce qu'il n'admet pas à suffisance le dégrèvement transfrontalier de pertes en raison du moment auquel il faut se placer pour vérifier si les pertes peuvent être prises en compte dans son État de résidence au titre des exercices ultérieurs. L'on doit préciser au reste que tel qu'il est défini dans les écritures de la Commission, l'objet du recours vise, premièrement, la faculté de transférer les pertes d'une *filiale* étrangère uniquement et non pas d'autres société du groupe et, deuxièmement, uniquement des pertes afférentes à une activité *étrangère* et ne concerne pas des pertes qu'une filiale étrangère a encourues au Royaume-Uni dans une succursale [9].

1. Restriction de la liberté d'établissement

19. Le régime critiqué restreint la liberté d'établissement en compliquant le droit aux avantages du dégrèvement de groupe lorsque la société mère a établi sa filiale non pas dans le pays mais dans un autre État membre [10].

20. Cette restriction concerne deux avantages du dégrèvement de groupe qu'il convient de distinguer dans la suite de l'analyse. Le premier favorise la trésorerie car le dégrèvement de groupe accélère la compensation des pertes dans un groupe [11]. Tant que les sociétés du groupe continuent à enregistrer des bénéfices, toutes choses restant égales par ailleurs, le groupe ne versera certes pas moins d'impôts au Royaume-Uni en raison des possibilités offertes par le dégrèvement de groupe mais plus tard. En

9 — Voir, sur les pertes d'une succursale, arrêt Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532).

10 — Voir arrêts ICI (C-264/96, EU:C:1998:370, points 20 à 23); Marks & Spencer (EU:C:2005:763, points 28 à 34) et Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, points 17 à 21).

11 — Voir arrêts Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 32) et Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (EU:C:2014:200, point 19).

effet, le transfert de la perte d'une filiale à la société mère a aussi pour effet de priver la filiale de pertes reportées qu'elle peut imputer sur des bénéfices propres ultérieurs imposables. La diminution de l'impôt de la société mère dans un exercice fiscal sera ainsi compensée par l'augmentation de l'impôt de la filiale dans un exercice fiscal ultérieur.

21. Le dégrèvement de groupe comporte encore un second avantage plus important. Tant que la filiale clôt globalement tous ses exercices fiscaux par une perte (ci-après la «perte globale») le dégrèvement de groupe confère plus qu'un simple avantage de trésorerie. Dans ce cas, le dégrèvement de groupe permet à la société mère de soustraire ses bénéfices à l'impôt à concurrence de la perte globale de sa filiale et cela pour toujours. Il en va de même lorsque la filiale ne rencontre pas de difficulté économique mais ne peut juridiquement reporter qu'une partie de ses pertes en sorte qu'elle ne peut pas faire jouer fiscalement les pertes qu'elle a encourues.

22. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la restriction de la liberté d'établissement induite par l'article 119, paragraphe 4, du CTA 2010 ne saurait être admise que si elle concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables (voir ci-après, sous 2) ou si elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général [12] (voir ci-après, sous 3).

2. Situations objectivement comparables

23. Il convient donc de vérifier tout d'abord si la situation d'une société mère ayant une filiale résidente dont les pertes seront transférées dans une déduction de pertes interne au groupe est objectivement comparable à celle d'une société mère ayant une filiale non-résidente dont les pertes doivent connaître le même sort. L'on peut en douter car le Royaume-Uni n'impose en principe que les activités d'une filiale résidente et non pas celles d'une filiale non-résidente.

24. Dans l'arrêt Marks & Spencer, la Cour a déterminé que la circonstance qu'un État membre n'impose pas les bénéfices des filiales non-résidentes d'une société mère établie sur son territoire ne justifie pas, en soi, une limitation du dégrèvement de groupe aux pertes subies par les sociétés résidentes [13].

25. Cette appréciation a néanmoins été remise en cause par l'arrêt récent Nordea Bank Danmark (EU:C:2014:2087) qui concernait la prise en compte transfrontalière des pertes d'*établissements stables* non-résidents. La Cour y a énoncé pour la première fois le principe que les établissements stables non-résidents ne se trouvent pas dans une situation comparable aux établissements stables résidents à l'égard des mesures prévues par un État membre pour éviter les doubles impositions. La Cour a certes finalement admis que les situations fussent objectivement comparables, mais uniquement parce que l'État membre en question avait décidé de soumettre également à l'impôt les établissements stables non-résidents [14].

26. Ces indications, qui valent pour des établissements stables, suggèrent d'admettre *à plus forte raison* que des *filiales* résidentes et non-résidentes se trouvent d'autant moins dans une situation comparable au regard de la répartition des pouvoirs d'imposition entre les États membres. En effet, alors qu'un établissement stable non-résident demeure soumis à la fiscalité de l'État du siège de la société selon le principe internationalement reconnu du revenu mondial [15] et peut être imposé par celui-ci, tel n'est en

12 — Voir arrêt Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, point 23 et jurisprudence citée).

13 — EU:C:2005:763, point 40; fondé également sur celui-ci, arrêt A (EU:C:2013:84, points 34 et 35).

14 — EU:C:2014:2087, point 24.

15 — Voir arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 39).

principe pas le cas des filiales non-résidentes d'une société. Celles-ci ne sont soumises à l'impôt dans l'État du siège de la société mère que pour les activités qu'elles exercent dans le pays et, le cas échéant, au titre de règles exceptionnelles de réintégration visant à lutter contre les abus [16]. Ces situations exceptionnelles ne font pas l'objet du présent recours.

27. Le principe énoncé dans l'arrêt Nordea Bank Danmark (EU:C:2014:2087) prend aussi un relief particulier car nous avions proposé à la Cour d'abandonner tout examen de la comparabilité objective des situations [17]. Ce principe revient à dire qu'un État membre ne doit prendre en compte les pertes afférentes à une activité exercée à l'étranger que lorsqu'il impose également cette activité. Cela est conforme tant à la jurisprudence consacrée à la prise en compte de pertes avant l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763) qu'à la jurisprudence rendue sur d'autres aspects de la fiscalité. D'une part, la Cour a déterminé dès l'année 1997, dans l'arrêt Futura Participations et Singer, que la prise en compte des seules pertes réalisées dans le pays par l'établissement stable d'une société étrangère est conforme au principe fiscal de territorialité et ne saurait être considéré comme comportant une discrimination [18]. D'autre part, ce n'est que récemment que l'arrêt Kronos International a précisé, en matière d'impôt sur les dividendes, que les filiales résidentes et non-résidentes ne se trouvent pas dans une situation comparable face à la prise en compte d'un impôt sur la distribution de dividendes lorsque l'État membre n'impose pas la distribution de dividendes des filiales non-résidentes [19].

28. Qui plus est, une jurisprudence constante veut que la comparabilité objective des situations s'apprécie au regard de l'objectif du régime concerné [20]. L'objectif des régimes d'imposition des groupes est de permettre aux sociétés appartenant à un groupe, à des degrés divers, d'être imposées comme si elles constituaient un seul et unique contribuable [21]. La comparabilité objective des pertes de filiales résidentes et non-résidentes nous paraît également douteuse au vu de cet objectif. L'assimilation d'une société mère résidente et d'une filiale non-résidente à un seul et unique contribuable paraît en effet boiteuse tant que la filiale non-résidente n'est absolument pas assujettie à l'impôt dans le pays et n'est donc même pas elle-même contribuable.

29. Nous ne proposons cependant pas en l'espèce de récuser toute comparabilité objective des situations. L'examen de la comparabilité objective des situations devrait en effet recenser uniquement des inégalités de traitement qui se produisent manifestement et certainement à juste titre. La différence que nous avons montrée entre la situation d'une société mère et une filiale résidente ou non-résidente est certainement importante, et même décisive, dans l'examen d'une infraction à la liberté d'établissement. Elle n'exclut toutefois pas cette infraction de manière évidente comme en atteste déjà la conception inverse de la Cour dans l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763). Cette distinction doit dès lors être examinée comme cause éventuelle de justification d'une inégalité de traitement, ce qui implique d'examiner le caractère proportionné du régime national.

3. Justification

30. Il convient donc d'examiner si la condition restrictive de la déduction de pertes de filiales non-résidentes est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général.

16 — Voir arrêt Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544).

17 — Voir points 21 à 28 des conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Nordea Bank Danmark (EU:C:2014:153).

18 — Arrêt Futura Participations et Singer (C-250/95, EU:C:1997:239, points 21 et 22).

19 — Voir arrêt Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, point 81).

20 — Voir arrêts X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, point 22) et SCA Group Holding e.a. (C-39/13 à C-41/13, EU:C:2014:1758, point 28).

21 — Voir, sur la „fiscale eenheid" [entité fiscale] néerlandaise, arrêt SCA Group Holding e.a. (EU:C:2014:1758, point 51).

31. La circonstance selon laquelle l'activité exercée à l'étranger par des filiales non-résidentes n'est pas imposée au Royaume-Uni est une cause de justification de cet ordre. Selon une jurisprudence devenue constante dans l'intervalle, il n'appartient en principe à un État membre de prendre en compte une perte afférente à une activité exercée à l'étranger que lorsque cette activité est elle-même imposée, la Cour pouvant y voir la volonté de «préserver la cohérence d'un régime fiscal» [22], de «sauvegarder la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres» [23], de «sauvegarder la symétrie entre le droit d'imposition des bénéfices et la faculté de déduction des pertes» [24], d'éviter un «double emploi des pertes» [25] ou d'empêcher l'«évasion fiscale» [26] [27]. Cette jurisprudence est en plus confortée par les indications que la Cour a données sur la comparabilité objective des situations, qui accordent une importance majeure, on l'a vu [28], à la circonstance selon laquelle un État membre impose ou non une activité exercée à l'étranger.

32. Il s'ensuit que le Royaume-Uni est en principe fondé non seulement à compliquer la prise en compte dans les dégrèvements de groupe de pertes afférentes à l'activité que les filiales non-résidentes exercent dans un autre État membre, mais même à l'en exclure totalement à ce titre.

33. Le Royaume-Uni doit toutefois aussi respecter le principe de proportionnalité. Celui-ci impose aux États membres d'avoir recours à des moyens qui, tout en permettant d'atteindre efficacement l'objectif poursuivi par le droit interne, portent le moins possible atteinte aux objectifs et aux principes posés par la législation de l'Union en cause [29].

34. Dans l'arrêt Marks & Spencer, la Cour a déterminé à cet égard que l'exclusion complète des filiales non-résidentes du dégrèvement de groupe allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'«essentiel» des objectifs poursuivis et elle a créé à ce titre l'exception Marks & Spencer [30]. Celle-ci veut, en substance, que les pertes d'une filiale non-résidente puissent être transférées à la société mère lorsqu'elles ne peuvent être prises en compte dans l'État de résidence de la filiale dans des exercices fiscaux en cours ou antérieurs ni dans des exercices ultérieurs, étant entendu que le contribuable a la charge de la preuve et que les États membres peuvent empêcher les abus qui seraient faits de cette exception [31].

35. Le premier moyen concerne à présent la question de savoir si le régime dérogatoire britannique en cause, visant le transfert de pertes de filiales non-résidentes, répond à ces exigences de proportionnalité en ce qu'il considère, aux termes de l'article 119, paragraphe 4, du CTA 2010, qu'il faut se placer à l'issue de chaque exercice durant lequel les pertes ont été encourues pour apprécier si les pertes peuvent être prises en compte ultérieurement.

a) La jurisprudence relative à l'exception Marks & Spencer

36. La jurisprudence que la Cour a rendue à ce jour ne permet pas encore de répondre à cette question.

22 — Voir arrêt K (EU:C:2013:716, points 64 à 71).

23 — Voir arrêts Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 45); Lidl Belgium (EU:C:2008:278, point 31); X Holding (EU:C:2010:89, point 28); A (EU:C:2013:84, point 42); K (EU:C:2013:716, point 55) et Nordea Bank Danmark (EU:C:2014:2087, point 32).

24 — Voir arrêts National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, point 58) et Nordea Bank Danmark (EU:C:2014:2087, point 32 et jurisprudence citée).

25 — Voir arrêts Marks & Spencer (EU:C:2005:763, points 47 et 48); Lidl Belgium (EU:C:2008:278, points 35 et 36) ainsi que A (EU:C:2013:84, point 44).

26 — Voir arrêts Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 49) et A (EU:C:2013:84, point 45).

27 — Voir également arrêts National Grid Indus (EU:C:2011:785, point 80) et K (EU:C:2013:716, point 72), dans lesquels la Cour voit une identité à tout le moins partielle entre la cause de justification tirée de la cohérence fiscale et celle tirée de la répartition des pouvoirs d'imposition.

28 — Voir points 25 à 28 des présentes conclusions.

29 — Voir arrêt BDV Hungary Trading (C-563/12, EU:C:2013:854, point 30 et jurisprudence citée).

30 — Voir arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 55).

31 — Ibidem (points 56 et 57).

37. L'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763) lui-même ne donne aucune indication quant aux cas dans lesquels il est exclu de pouvoir prendre en compte des pertes ultérieurement ni à quel moment il faut le déterminer. D'une part, l'idée qui a présidé à l'arrêt pourrait avoir été qu'une société mère ne puisse pas tirer l'avantage de trésorerie du dégrèvement de groupe mais qu'en échange elle puisse bénéficier définitivement de l'imputation de pertes en cas de perte globale subie par la filiale [32]. Dans cette interprétation, le régime en cause serait en contradiction avec l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763). Il serait alors inapte à recenser la perte globale d'une filiale puisque celle-ci ne peut être déterminée qu'au terme de ses activités en considérant l'ensemble des exercices fiscaux. D'autre part, l'on ne trouve dans l'arrêt aucune indication qui se fonde sur la prise en compte de la perte globale. La Cour a vu au contraire la liberté d'établissement uniquement restreinte par le refus d'accorder l'avantage de trésorerie [33].

38. La jurisprudence de la Cour qui a suivi a de surcroît réduit à ce point le champ d'application de l'exception Marks & Spencer qu'il nous est très difficile, au bout du compte, d'apercevoir même encore un cas d'application. Le premier grief de la Commission permet de l'illustrer. Il reproche au régime britannique d'être trop restrictif en permettant la déduction transfrontalière de pertes uniquement si l'État du siège de la filiale ne permet pas de report de pertes ou si la liquidation de la filiale a été ouverte au cours de l'année durant laquelle les pertes ont été encourues. Il paraît constant entre les deux parties au présent recours que l'exception Marks & Spencer est à tout le moins remplie dans ces deux cas. Néanmoins tel n'est pas le cas selon la jurisprudence récente de la Cour.

39. L'on doit déduire tout d'abord de l'arrêt K qu'un État membre n'est pas tenu de prendre en compte des pertes afférentes à une activité exercée dans un autre État membre lorsque cette prise en compte y est juridiquement exclue [34]. Si la législation de l'État du siège d'une filiale non-résidente empêche celle-ci de reporter une perte, la perte ne peut plus y être prise en compte ultérieurement et les libertés fondamentales ne requièrent néanmoins pas le transfert de la perte à la société mère. À ce stade, l'on voit émerger l'influence d'une tendance dans la jurisprudence qui ne s'est développée qu'après l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763). La Cour a fait une première synthèse de cette tendance dans l'arrêt Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt en considérant que, dans l'application de sa propre législation fiscale, un État membre n'est pas tenu de compenser les conséquences éventuellement défavorables découlant des «particularités» de la fiscalité d'un autre État membre [35]. Certes, cela ne montre pas encore tout à fait clairement dans quels cas la fiscalité d'un État membre doit être considérée comme étant particulière dans le sens qui vient d'être indiqué, parce qu'elle déroge, par exemple, à un modèle de report de pertes qui reste à définir dans l'Union. Toutefois, le Bundesfinanzhof (Allemagne) notamment a déjà interprété cette jurisprudence en ce sens que toutes les restrictions juridiques du report de perte n'emportent pas impossibilité de prendre en compte les pertes à un autre titre au sens de l'exception Marks & Spencer [36].

40. Par ailleurs, dans l'arrêt A (EU:C:2013:84), la Cour a admis que la liquidation d'une filiale qui avait cessé l'essentiel de ses activités ne suffit pas en soi à admettre qu'il n'est plus possible de prendre en compte ses pertes dans l'État membre de son siège. Il en ira visiblement de même d'une fusion dans laquelle la filiale perd sa personnalité juridique. Pour admettre que les pertes puissent encore être prises en compte dans l'État du siège, il semble suffire au contraire que la filiale, si elle n'était pas liquidée, pourrait encore avoir des recettes, mêmes minimes [37]. Partant, la cessation des activités ne suffit pas en elle-même pour répondre à l'exception Marks & Spencer si des recettes sont encore

32 — Voir points 20 et 21 des présentes conclusions.

33 — Voir arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 32).

34 — EU:C:2013:716, points 76 à 81.

35 — Voir arrêt Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, point 49), qui se fonde sur les arrêts Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, point 51) et Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, point 42); voir ensuite également arrêt K (EU:C:2013:716, point 79).

36 — Voir arrêts du Bundesfinanzhof du 9 juin 2010, I R 100/09 (point 11), et du 9 juin 2010, I R 107/09 (point 17).

37 — Voir arrêt A (EU:C:2013:84, points 51 à 53).

réalisées. Telle est la situation qui se présente également en cas de liquidation volontaire d'une filiale, mais aussi en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité portant sur son patrimoine, car la réalisation des actifs de la société produira d'ordinaire encore des recettes. D'après l'arrêt A (EU:C:2013:84), la mise en liquidation de la filiale ne constitue donc pas non plus un cas de figure répondant clairement à l'exception Marks & Spencer et même pas la perte ultérieure de la personnalité juridique.

41. Le premier moyen ne peut donc s'apprécier que si la Cour précise dans le présent recours, au regard du principe de proportionnalité, si l'exception Marks & Spencer vaut encore et, le cas échéant, la teneur qu'elle a.

b) La vérification de l'exception Marks & Spencer

42. En s'inspirant du principe de la common law *stare decisis et non quieta movere* [s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas troubler la paix], l'on devrait certes s'en tenir en principe à la jurisprudence passée. L'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763) n'a toutefois pas fait la paix par le flou qui entoure toujours ses effets [38]. Nous estimons dès lors que l'on peut et que l'on doit même examiner le bien-fondé de l'exception Marks & Spencer [39].

43. Dans l'arrêt Marks & Spencer, la Cour a voulu combler une lacune en créant cette exception. Elle a considéré que c'est au législateur de l'Union qu'il appartient de régler la compensation des pertes transfrontalières en harmonie avec les libertés fondamentales [40]. Tant que les choses n'auront pas été réglées, les avantages du dégrèvement de groupe devraient bénéficier à tout le moins en partie aux groupes ayant des activités transfrontalières et en particulier lorsque toutes les autres possibilités de prise en compte des pertes leur sont fermées.

44. Ce régime ne s'est toutefois pas révélé praticable. Ne protégeant pas ainsi le marché intérieur, il n'est dès lors pas non plus un moyen moins contraignant de garantir la souveraineté fiscale des États membres. Il n'aboutit en effet pas au final à faciliter la tâche des groupes transfrontaliers, mais est au contraire une source quasiment inépuisable de litige entre les contribuables et les autorités fiscales des États membres. Cela s'explique essentiellement par quatre raisons.

45. Premièrement, la possibilité en fait de prendre en compte les pertes à un autre titre n'est réellement exclue que lorsque la filiale n'a plus d'existence juridique. Ce n'est que si elle n'a plus de patrimoine et ne peut plus en acquérir que l'on aura la certitude qu'elle ne réalisera aucun bénéfice sur lequel des pertes peuvent être imputées. La liquidation d'une filiale peut néanmoins prendre parfois beaucoup de temps avant d'être complètement achevée. C'est la raison pour laquelle l'on a tenté de faire remonter ce moment à la cessation des activités ou à la mise en liquidation, ce qui implique néanmoins de devoir déterminer *provisoirement* l'impossibilité d'une prise en compte des pertes à un autre titre. Cela apparaît de manière particulièrement claire dans la proposition faite par la Commission dans la présente procédure de réintégrer à titre correctif dans le bénéfice de la société mère les bénéfices que la filiale réalise contre toute attente par la suite, et d'opérer une distinction entre les possibilités «réelles» et «théoriques» de prendre les pertes en compte à un autre titre. Tandis que la Cour a déjà rejeté dans l'arrêt Marks & Spencer la méthode correctrice proposée par la Commission [41], il se trouve que la distinction entre possibilités «réelles» et «théoriques» ne débouche que sur des probabilités, lesquelles ne sont pas aptes à créer la sécurité juridique.

38 — Voir points 2 et 37 à 40 des présentes conclusions.

39 — Voir, pour un examen de cette nature de la jurisprudence de la Cour, arrêt Keck et Mithouard (C-267/91 et C-268/91, EU:C:1993:905, points 14 à 16).

40 — Voir arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 58).

41 — EU:C:2005:763, points 54 à 58.

46. Deuxièmement, au cas où la prise en compte des pertes est juridiquement exclue dans l'État du siège de la filiale, l'exception Marks & Spencer se heurte à un autre enseignement de la jurisprudence. Bien que l'exclusion juridique, par l'État du siège de la filiale, du report de pertes, par exemple, dût être un cas manifeste d'application de l'exception Marks & Spencer, il se trouve que cela heurte un principe qui s'est développé dans une jurisprudence constante postérieure à l'arrêt Marks & Spencer (EU:C:2005:763), on l'a dit [42].

47. Troisièmement, l'impossibilité de prendre en compte des pertes à un autre titre peut être suscitée arbitrairement par le contribuable. Cette possibilité récuse la jurisprudence également citée par le Royaume-Uni voulant qu'un contribuable ne choisisse pas la fiscalité dont il relève [43]. C'est la raison pour laquelle, dans l'arrêt Marks & Spencer déjà, la Cour avait permis aux États membres d'empêcher les montages visant à éluder l'impôt [44]. Néanmoins il est difficile de déterminer dans chaque cas, par exemple, quand la liquidation d'une filiale est dictée par des raisons fiscales et quand elle ne l'est pas.

48. Quatrièmement, l'État membre de la société mère n'est tenu au titre de la liberté d'établissement qu'à une égalité de traitement. Pour chaque compensation de perte transfrontalière il faudrait ainsi établir a posteriori les résultats fiscaux que la filiale non-résidente aurait réalisés si elle avait été établie dans le pays. Dans certaines circonstances l'on doit ainsi remonter plusieurs décennies pour établir après coup une situation fiscale théorique.

c) L'abandon de l'exception Marks & Spencer

49. Une prise en compte de pertes de filiales non-résidentes praticable dans le marché intérieur ne pourrait s'envisager qu'à titre permanent en étant liée à la réintégration de bénéfices ultérieurs, comme elle a déjà été évoquée dans l'arrêt Marks & Spencer [45]. Pareille solution garantirait à la société mère à la fois l'avantage de trésorerie et celui de la prise en compte des pertes globales [46]. Cette solution déboucherait cependant largement sur une égalité de traitement des pertes des filiales résidentes et non-résidentes. Elle ferait ainsi table rase du principe établi dans la jurisprudence voulant qu'un État membre ne doive prendre en compte une perte afférente à une activité extérieure que lorsqu'il impose aussi cette activité [47].

50. L'abandon de l'exception Marks & Spencer est sous cet angle la solution la plus équilibrée en ce qu'elle sauvegarde le principe jurisprudentiel précité et que, compte tenu des insuffisances de l'exception Marks & Spencer que nous avons dénoncées, il n'existe pas non plus de moyen moins contraignant. Trois autres raisons militent en plus en faveur de l'abandon de l'exception Marks & Spencer.

51. Premièrement, il résout un certain nombre de contradictions avec le reste de la jurisprudence fiscale de la Cour qui prévoit une délimitation nette des souverainetés fiscales entre les États membres. C'est ainsi que dans l'arrêt National Grid Indus (EU:C:2011:785), la Cour a dit pour droit qu'un État membre peut imposer les plus-values latentes d'une société à la faveur du transfert de son siège dans un autre État membre et n'est pas tenu de prendre fiscalement en compte les pertes subies après le transfert de son siège en raison de réductions de valeur de ses actifs. Il en va de même lorsque l'autre État membre ne prend pas en compte ce type de pertes, compte tenu de la symétrie à respecter

42 — Voir point 39 des présentes conclusions.

43 — Voir arrêt X Holding (EU:C:2010:89, points 29 à 32 et jurisprudence citée).

44 — EU:C:2005:763, point 57.

45 — Point 54.

46 — Voir points 20 et 21 des présentes conclusions.

47 — Voir point 31 des présentes conclusions.

entre le droit d'imposition des bénéfices et la faculté de déduction des pertes [48]. Dans l'arrêt X Holding, la Cour a permis tout aussi clairement au Royaume des Pays-Bas d'exclure intégralement et sans exception des filiales non-résidentes d'un régime d'imposition de groupe comportant également la prise en compte de pertes d'une filiale [49].

52. Deuxièmement, cette solution respecte le principe de la sécurité juridique qui est un principe général du droit de l'Union. Le principe de la sécurité juridique exige que les règles de droit soient claires et précises et que leur application soit prévisible pour les justiciables [50]. Cela doit également valoir pour les règles de droit issues de l'interprétation que la Cour fait des libertés fondamentales. Ainsi que l'ont montré les années écoulées, l'exception Marks & Spencer ne répond pas à l'impératif de sécurité juridique mais rend les conditions d'investissement imprévisibles et litigieuses.

53. Troisièmement, l'abandon de l'exception Marks & Spencer n'enfreint pas non plus le principe de la capacité contributive ainsi que la Commission l'a prétendu lors de l'audience de plaidoiries. Le régime fiscal qui nous occupe en l'espèce consiste en un regroupement théorique de différents contribuables en un seul contribuable. Néanmoins la société mère et la filiale ne sont en principe pas imposées conjointement car elles sont en effet des personnes morales distinctes ayant chacune leur capacité contributive propre. La filiale à tout le moins n'a aucun recours sur le patrimoine de la société mère. Dans ce contexte, nous n'estimons pas qu'un régime d'imposition de groupe s'impose d'emblée pour des raisons de capacité contributive.

d) Conclusion

54. En conclusion, le rejet intégral de la déduction de pertes d'une filiale non-résidente répond au principe de proportionnalité. Toute restriction de la déduction transfrontalière de pertes d'une filiale est ainsi justifiée par la préservation de la cohérence fiscale ou de la répartition des pouvoirs d'imposition entre les États membres [51].

4. Conclusion sur le premier moyen

55. Le régime de dégrèvement de groupe britannique en cause n'enfreint pas la liberté d'établissement dès lors qu'il va même au-delà des exigences du droit de l'Union en prévoyant une déduction transfrontalière des pertes dans certains cas. Il convient dès lors de rejeter le premier moyen.

B – *Sur le deuxième moyen: limitation dans le temps de la déduction transfrontalière de pertes dans un groupe*

56. Dans le deuxième moyen, la Commission fait grief au Royaume-Uni d'enfreindre la liberté d'établissement en limitant dans le temps la faculté d'opérer un dégrèvement de groupe transfrontalier qui est réservé aux pertes encourues après le 1er avril 2006.

57. Le deuxième moyen doit lui aussi être rejeté car le Royaume-Uni n'avait aucune obligation en droit de l'Union de modifier sa législation sur le dégrèvement de groupe.

48 — Arrêt National Grid Indus (EU:C:2011:785, points 58 et 61).

49 — EU:C:2010:89.

50 — Voir arrêt Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, point 127 et jurisprudence citée).

51 — Voir point 31 des présentes conclusions.

C – *Conclusion et dépens*

58. Aucun des deux moyens n'étant fondés, le recours doit être rejeté dans son intégralité.

59. Les dépens des parties seront réglés conformément à l'article 138, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour de justice et les dépens des parties intervenantes conformément à l'article 140, paragraphe 1, du règlement de procédure.

V – **Conclusion**

60. Nous proposons dès lors à la Cour de statuer comme suit sur le recours que la Commission européenne a engagé contre le Royaume-Uni:

1) Le recours est rejeté.

2) La Commission supportera les dépens.

3) La République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, le Royaume des Pays-Bas et la République de Finlande supporteront leurs propres dépens.