Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M ME JULIANE KOKOTT
présentées le 13 mars 2014 [1]

Affaire C-48/13

Nordea Bank Danmark A/S
contre
Skatteministeriet

[demande de décision préjudicielle formée par l'Østre Landsret (Danemark)]

«Législation fiscale — Liberté d'établissement — Impôt national sur les bénéfices — Imposition des groupes — Imposition de l'activité d'établissements stables étrangers de sociétés résidentes — Prévention de la double imposition par imputation de l'impôt (méthode d'imputation) — Réintégration de pertes prises en compte antérieurement en cas de cession de l'établissement stable à l'intérieur du groupe et de disparition du pouvoir d'imposition»

1. La Cour est à nouveau appelée, dans la présente affaire, à se prononcer sur l'imposition transfrontalière des groupes par un État membre et sur la compatibilité de celle-ci avec la liberté d'établissement. La Cour devra encore une fois examiner le motif de justification constitué par la «préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres» qu'elle a admis pour la première fois expressément dans l'arrêt Marks & Spencer [2] et dont la portée ne semble toujours pas suffisamment claire.

2. Il est vrai que les affaires déférées sont de plus en plus complexes. Le présent renvoi préjudiciel en provenance du Danemark concerne l'imposition d'une société de droit national conjointement avec ses établissements stables situés dans d'autres États membres. L'activité de ces établissements stables étrangers était certes intégralement imposée au Danemark. L'impôt payé à l'étranger était cependant imputé sur l'impôt danois, conformément à la méthode dite «d'imputation». Or, dans le cas d'espèce, les établissements stables étrangers avaient uniquement généré des pertes. Ces pertes prises en compte dans le cadre de l'imposition de la société nationale doivent maintenant faire l'objet d'une réintégration dans le revenu imposable en vertu d'un régime particulier parce que les établissements stables ont été cédés à d'autres sociétés du groupe qui ne sont pas soumises au pouvoir d'imposition du Danemark.

3. Toutefois, le présent litige ne constitue pas un cas d'espèce exotique qui n'aurait pas de portée générale. Il se prête bien au contraire au développement de la jurisprudence de la Cour en matière de prise en compte transfrontalière des pertes, en général, ainsi que dans le cadre de l'application de la méthode d'imputation, en particulier.

1 — Langue originale: l'allemand.
2 — C-446/03, EU:C:2005:763.

I – Le cadre juridique

4. Au Danemark, un impôt est prélevé sur les bénéfices des sociétés qui ont leur siège dans cet État.

5. Si une telle société détient un établissement stable dans un autre État nordique (la Suède, la Finlande ou la Norvège), le Royaume de Danemark peut également, en vertu de l'article 7 de la convention contre la double imposition conclue entre les pays nordiques, imposer la société sur la part des bénéfices qui est imputable à cet établissement stable étranger. En vertu de l'article 25 de cette convention, l'impôt prélevé à l'étranger sur l'activité de l'établissement stable doit cependant être déduit de l'impôt danois, jusqu'à concurrence de l'impôt appliqué au Danemark aux bénéfices de l'établissement stable.

6. Conformément à la législation applicable au litige au principal, les pertes et les profits générés par les établissements stables étrangers des sociétés danoises devaient régulièrement être pris en compte aux fins de l'imposition au Danemark.

7. Toutefois, dans certains cas, il y avait lieu de procéder à une réintégration dans le revenu imposable des pertes prises en compte. L'article 33 D, paragraphe 5, de la loi relative à l'établissement de l'impôt d'État sur les revenus (ligningslov) prévoyait à cet égard:

«En cas de cession totale ou partielle d'un établissement stable situé dans un pays étranger […] à une société du même groupe […], les pertes déduites qui n'ont pas été compensées par des bénéfices ultérieurs sont prises en compte dans l'établissement du revenu imposable, quelle que soit la méthode de dégrèvement appliquée. […]»

8. Selon la juridiction de renvoi, cette disposition s'appliquait uniquement lorsque la société acquéreuse du même groupe n'était pas imposée conjointement à la société cédante. Il ressort des motifs du projet de loi que cette disposition visait à empêcher que des sociétés danoises puissent, dans un premier temps, prendre en compte des pertes de leurs établissements stables étrangers et vendre ensuite ces établissements stables, dès qu'ils commencent à générer des profits, à une société étrangère du même groupe afin de ne pas devoir acquitter d'impôt sur ces bénéfices au Danemark.

II – Le litige au principal

9. La requérante au principal est la société Nordea Bank Danmark A/S. Elle a succédé à une banque qui a fait l'objet, en l'an 2000, d'un regroupement avec des banques suédoise, finlandaise et norvégienne pour former le groupe Nordea.

10. De 1996/1997 à 2000, la société à laquelle la requérante a succédé détenait des établissements stables, sous la forme d'agences bancaires, en Suède, en Finlande et en Norvège. Ces succursales avaient généré des pertes pendant toutes ces années. Au total, 204 402 324 DKK – ce qui correspond, au cours actuel, à environ 27 millions d'euros – ont par conséquent été déduits de l'assiette de l'impôt danois.

11. Ces agences bancaires ont été fermées à la suite de la création du groupe Nordea. La moitié, environ, du personnel a été reprise par des sociétés suédoises, finlandaises et norvégiennes du groupe Nordea, de même qu'une partie de la clientèle. Les pertes générées antérieurement par les établissements stables ne pouvaient plus être utilisées par les sociétés acquéreuses dans le cadre de l'imposition de leurs propres bénéfices.

12. Les autorités fiscales danoises ont considéré ces opérations comme une cession partielle d'établissements stables à des sociétés du même groupe au sens de l'article 33 D, paragraphe 5, de la ligningslov. Elles ont par conséquent ajouté à l'assiette de l'impôt pour l'an 2000 la somme des pertes qui avaient été déduites au cours des années précédentes. Toutefois, de l'avis de Nordea Bank Danmark, cette disposition est contraire tant au droit de l'Union qu'à l'accord sur l'Espace économique européen (ci-après l'«accord EEE»).

III – La procédure devant la Cour

13. L'Østre Landsret, saisi du litige, a posé à la Cour, conformément à l'article 267 TFUE, la question préjudicielle suivante:

«Les articles 49 TFUE et 54 TFUE (anciennement articles 43 CE et 48 CE), ainsi que les articles 31 et 34 [de l'accord] EEE, s'opposent-ils à ce qu'un État membre, qui aurait permis à une société résidente de déduire régulièrement les pertes générées par un établissement stable situé dans un autre État membre, réintègre dans le revenu imposable de ladite société toutes les pertes de l'établissement stable (dans la mesure où celles-ci n'ont pas été compensées par des bénéfices les années ultérieures) lorsque l'établissement stable cesse d'exister en raison du fait qu'une partie de ses activités a été cédée à une société appartenant au même groupe et ayant sa résidence dans le même État membre que l'établissement stable, et lorsque toutes les possibilités de prise en compte desdites pertes devraient être considérées comme épuisées?»

14. Nordea Bank Danmark, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, l'Autorité de surveillance de l'AELE et la Commission européenne ont déposé des observations écrites dans le cadre de la procédure devant la Cour.

IV – Appréciation juridique

15. Dans la présente affaire, la Cour est appelée à clarifier le point de savoir si la réintégration décrite des pertes d'un établissement stable étranger dans le cadre de l'imposition au Danemark des bénéfices des sociétés résidentes est compatible avec la liberté d'établissement consacrée par le traité CE ou l'accord EEE, applicables au litige au principal.

16. À cet égard, il n'est pas nécessaire d'opérer en l'espèce une distinction entre l'examen de l'existence d'une violation de la liberté d'établissement d'une société dans les États membres, qui doit être appréciée au regard des dispositions combinées des articles 43 CE et 48 CE, et cet examen en ce qui concerne la Norvège, à laquelle les dispositions combinées des articles 31 et 34 de l'accord EEE sont applicables. En effet, les deux ensembles de dispositions interdisent les restrictions à la liberté d'établissement de manière identique [3].

17. Tout d'abord, nous partageons l'avis de toutes les parties à la procédure selon lequel il y a lieu de constater en l'espèce que nous nous trouvons en présence d'une restriction à la liberté d'établissement.

3 — Voir arrêt A (C-48/11, EU:C:2012:485) en ce qui concerne l'article 49 TFUE.

18. La liberté d'établissement confère notamment à une société le droit d'exercer son activité dans d'autres États membres par l'intermédiaire d'une succursale [4]. En principe, il est également interdit à l'État membre d'origine d'une société d'entraver l'établissement de celle-ci dans un autre État membre [5]. Cet établissement dans un autre État membre est entravé s'il fait l'objet d'un traitement différent qui est désavantageux par rapport au simple établissement sur le territoire national [6].

19. Au Danemark, les sociétés détenant des succursales étrangères et celles qui détiennent des succursales résidentes étaient traitées de manière différente par les dispositions de l'article 33 D, paragraphe 5, de la ligningslov. Lorsqu'une société danoise exploitait une succursale résidente et la cédait à une société du même groupe qui n'était pas imposée au Danemark, les pertes de cette succursale résidente qui avaient été prises en compte antérieurement n'étaient pas réintégrées dans le revenu imposable, contrairement à ce qui se passait dans le cas d'une succursale étrangère. L'exploitation d'une succursale dans un autre État membre faisait ainsi l'objet d'un traitement fiscal défavorable.

20. Il ressort de la jurisprudence qu'une telle différence de traitement désavantageuse est cependant compatible avec la liberté d'établissement soit lorsqu'elle concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables (voir sous A), soit lorsqu'elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général (voir sous B) [7].

A – *Sur la nécessité d'examiner la comparabilité objective des situations*

21. Traditionnellement, il conviendrait dès lors d'examiner tout d'abord si des sociétés ayant une succursale résidente et celles qui ont une succursale située dans un autre État membre se trouvent, objectivement, dans une situation comparable, et ce en tenant compte de l'objectif poursuivi par les dispositions nationales en cause [8].

22. Bien que nous ayons nous-mêmes procédé à de telles vérifications dans le passé [9], il nous semble que l'heure est venue de nous écarter de cette pratique [10]. En effet, d'une part, il n'est pas possible de distinguer cet examen de la vérification de l'existence d'un motif de justification et nous ne discernons pas non plus de critères permettant de définir des cas dans lesquels la comparabilité objective des situations devrait être totalement exclue. D'autre part, une telle constatation faisait également obstacle à la réalisation d'un juste équilibre entre la liberté fondamentale et l'élément justifiant la différence de traitement.

4 — Voir, notamment, arrêt Impacto Azul (C-186/12, EU:C:2013:412, point 32 et jurisprudence citée).

5 — Voir, entre autres, arrêts Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, point 16); AMID (C-141/99, EU:C:2000:696, point 21), et Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447, point 20).

6 — Voir, notamment, arrêts AMID (EU:C:2000:696, point 27); Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, points 16 à 23), et Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, points 20 à 34).

7 — Arrêts X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, point 20); Commission/Belgique (C-250/08, EU:C:2011:793, point 51); Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, point 17), et A (C-123/11, EU:C:2013:84, point 33); voir, en ce qui concerne la libre circulation des capitaux, arrêt K (C-322/11, EU:C:2013:716, point 36 et jurisprudence citée).

8 — Arrêts X Holding (EU:C:2010:89, point 22); Philips Electronics UK (EU:C:2012:532, point 17), et A (EU:C:2013:84, point 33).

9 — Voir notamment, en dernier lieu, nos conclusions Philips Electronics UK (EU:C:2012:222, points 31 et suiv.) et Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, points 56 et suiv.).

10 — Voir, déjà, nos conclusions A (EU:C:2012:488, points 40 et 41) et Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen e.a. (C-39/13 à C-41/13, EU:C:2014:104, point 32).

23. L'exigence de la comparabilité objective peut être vue comme un reliquat dogmatique datant de l'époque où la Cour n'acceptait, en matière de liberté d'établissement, que les motifs de justification expressément prévus dans le traité [11]. De nombreux éléments qui étaient invoqués, du point de vue d'un État membre, à l'appui d'un traitement différent des situations nationales et des situations transfrontalières pouvaient uniquement être examinés dans le cadre de la comparabilité objective des situations.

24. Toutefois, depuis que la Cour admet également les motifs de justification non écrits, une nouvelle situation est apparue. Les motifs qui plaident en faveur d'une différence de traitement sont désormais régulièrement soupesés dans le cadre de l'examen des divers éléments de justification admis – ou, le cas échéant, à admettre à l'avenir. Il n'est donc pas étonnant que la Cour, lorsqu'elle procède sérieusement à la vérification de la comparabilité objective des situations, examine en substance la même chose que ce qu'elle vérifiera encore ensuite sous l'angle de la justification [12].

25. Dans ce contexte, l'intensité du contrôle de la comparabilité des situations était très variable récemment, en particulier dans le cadre des décisions en matière fiscale. Ainsi, d'une part, la Cour a jugé qu'il y avait comparabilité objective du seul fait qu'un avantage fiscal était recherché dans les deux situations [13]; d'autre part, dans d'autres cas, le régime en vigueur dans l'État membre en question a été analysé de manière approfondie [14]. Toutefois, il arrive également que la Cour renonce totalement à vérifier la comparabilité objective des situations [15] ou conclue à la comparabilité sans motiver cette constatation [16].

26. De manière générale, la jurisprudence de la Cour n'indique pas dans quelles circonstances une différence entre les situations comparées s'opposerait à leur comparabilité objective. Par exemple, force est de constater dans le cas d'espèce que la situation d'une succursale étrangère et celle d'une succursale résidente se distinguent objectivement par le fait qu'un impôt étranger est uniquement imputé sur l'impôt danois dans le cas où la succursale étrangère fait l'objet d'une imposition. En vertu de quels critères convient-il cependant de décider s'il s'agit là d'une différence pertinente du point de vue de la réintégration des pertes?

27. En outre, s'il était constaté en définitive que les situations ne sont pas objectivement comparables, cela ferait obstacle à la vérification de la proportionnalité de la différence de traitement entre les situations internes et les situations transfrontalières – effet qui ne se produit pas dans le cadre de l'examen d'un motif de justification. Par conséquent, un juste équilibre entre les objectifs qui sont liés à la liberté fondamentale et ceux qui sous-tendent le motif de la différenciation entre les situations internes et les situations transfrontalières ne serait plus possible. Ce n'est que lorsque le motif de la différence de traitement est considéré dans le cadre de la vérification d'un élément de justification qu'une solution équilibrée est garantie.

28. Par voie de conséquence, dès lors que l'examen de la comparabilité objective des situations n'est pas nécessaire et que cet examen ne débouche pas sur des résultats appropriés, la Cour devrait y renoncer à l'avenir. La légitimité d'une différence de traitement devrait uniquement être appréciée au regard du point de savoir s'il existe un élément susceptible de justifier de manière proportionnée la différence de traitement.

11 — Voir, par exemple, arrêt Royal Bank of Scotland (C-311/97, EU:C:1999:216, point 32).

12 — Voir arrêt K (EU:C:2013:716, points 37 et suiv. ainsi que 49 et suiv.).

13 — Arrêt X Holding (EU:C:2010:89, point 24).

14 — Arrêt K (EU:C:2013:716, points 37 et suiv.).

15 — Voir arrêts Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, points 18 à 26); Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, points 27 à 39), et Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, points 18 à 34).

16 — Arrêt National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, point 38).

B – *La justification*

29. Par conséquent, c'est uniquement si elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général que la différence de traitement désavantageuse des succursales étrangères ne constitue pas, en l'espèce, une violation de la liberté d'établissement consacrée par le traité CE ou l'accord EEE.

30. Les États membres qui ont pris part à la procédure sont d'avis que nous nous trouvons en présence d'une telle justification. Ils invoquent les motifs de justification, admis par la Cour, qui sont tirés de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres (voir sous 1), de la préservation de la cohérence d'un régime fiscal (voir sous 2) et de la prévention de l'évasion fiscale (voir sous 3).

1. La répartition du pouvoir d'imposition

31. La préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres est un élément de justification reconnu par une jurisprudence constante de la Cour [17].

32. Le Royaume de Danemark estime que la réintégration des pertes dans le revenu imposable est justifiée par cet élément de justification, combiné à l'objectif résidant dans la prévention de l'évasion fiscale. En effet, elle vise à empêcher qu'un groupe puisse, dans un premier temps, utiliser au Danemark les pertes d'un établissement stable étranger et faire en sorte, dans un deuxième temps, à la suite de la cession de l'établissement à l'intérieur du groupe, que les bénéfices soient imposés dans un autre État membre dont la législation fiscale est plus avantageuse.

33. Les autres États membres qui ont pris part à la procédure estiment que l'élément de justification tiré de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres est surtout décisif du point de vue de la symétrie entre la prise en compte des bénéfices et celle des pertes dans un même État membre. L'établissement stable étranger ayant été soustrait au pouvoir fiscal du Danemark du fait de sa cession, cette symétrie serait rompue, étant donné que les bénéfices futurs de cet établissement ne pourraient plus être imposés au Danemark.

34. L'accent n'étant pas mis sur les mêmes aspects, il faut tout d'abord déterminer quel est le contenu exact de l'élément de justification tiré de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres.

35. À cet égard, il convient, au préalable, de distinguer entre la répartition du pouvoir d'imposition elle-même et la préservation de cette répartition. En effet, la Cour a rappelé dans une jurisprudence constante que la question de savoir *comment* le pouvoir fiscal était réparti entre les États membres était laissée au soin de ceux-ci. De fait, en l'absence de mesures d'harmonisation adoptées par l'Union européenne, les États membres demeurent compétents pour définir, par voie conventionnelle, mais aussi unilatérale, les critères de répartition de leur pouvoir de taxation [18].

36. Certes, lorsqu'elle a admis pour la première fois cet élément de justification dans l'arrêt Marks & Spencer, la Cour a souligné qu'une répartition *équilibrée* du pouvoir d'imposition était digne de protection [19] et elle a également réitéré ce point de vue dans des décisions ultérieures [20].

17 — Voir, notamment, arrêts National Grid Indus (EU:C:2011:785, point 45); Commission/Espagne (C-269/09, EU:C:2012:439, point 76); DI VI Finanziaria di Diego della Valle & C. (C-380/11, EU:C:2012:552, point 43); Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, point 50); Imfeld et Garcet (C-303/12, EU:C:2013:822, point 68) ainsi que DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, point 46).

18 — Voir, notamment, arrêts Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, point 25); National Grid Indus (EU:C:2011:785, point 45); Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, point 50), et DMC (EU:C:2014:20, point 47).

19 — EU:C:2005:763, point 46.

20 — Voir, notamment, arrêts Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, point 58) et Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, point 53).

37. Il est toutefois possible de partir du principe que la Cour ne remet pas en question la façon dont les États membres ont réparti entre eux, dans un cas déterminé, leurs compétences fiscales et, partant, qu'elle prend celle-ci pour point de départ dans le cadre de la «*préservation* de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres» [21]. Il est à présumer qu'il en est également ainsi dans le cas d'espèce, dans lequel l'établissement stable étranger d'une société est imposé tant dans l'État de la source, dans lequel il est situé, que dans l'État de résidence de la société, à savoir le Danemark, après imputation, dans ce dernier cas, de l'impôt déjà acquitté dans l'État de la source.

38. La justification tirée de la «préservation» de la répartition du pouvoir d'imposition qu'ils ont opérée confère, partant, aux États membres le droit d'exercer et de sauvegarder ce pouvoir d'imposition qu'ils ont eux-mêmes défini. C'est également en ce sens qu'il y a lieu d'interpréter la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle cette justification permet «notamment» de prévenir des comportements de nature à compromettre le droit d'un État membre d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités réalisées sur son territoire [22]. Le recours à cette justification ne peut pas non plus être exclu lorsqu'un État membre impose des activités qui ne sont pas exercées sur son territoire, telles que l'activité des établissements stables étrangers dans le cas d'espèce. Dans le cas contraire, la Cour devrait dénier aux États membres le pouvoir d'imposer des activités qui sont exercées hors de leur territoire.

39. En ce qui concerne la question de savoir comment les États membres peuvent ensuite exercer et sauvegarder, dans leurs relations mutuelles, leur pouvoir d'imposition, deux cas de figure se dégagent de la jurisprudence de la Cour qui est relative à ce motif de justification.

40. Premièrement, les États membres peuvent empêcher que des revenus soient soustraits à leur pouvoir d'imposition du fait du déplacement de ceux-ci dans un autre État membre [23]. Cela inclut la lutte contre les montages fictifs ou frauduleux visant au transfert des recettes fiscales entre les États membres [24].

41. Deuxièmement et inversement, les États membres ne sont pas non plus tenus de prendre en compte les pertes afférentes à une activité qu'ils n'imposent pas, mais qui est imposée par un autre État membre. En effet, le motif de justification a pour objet de sauvegarder la symétrie entre le droit d'imposition des bénéfices et la faculté de déduction des pertes [25]. Le marché intérieur ne permet donc pas aux contribuables de choisir dans quel État membre leurs pertes seront prises en compte [26].

42. Ces cas de figure admis jusqu'à présent font apparaître que le motif de justification dit de la «préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres» n'est que l'une des expressions d'autres motifs de justification admis, et ce en ce qui concerne plus particulièrement la délimitation des compétences fiscales des États membres.

43. En effet, d'une part, l'idée selon laquelle la prise en compte des bénéfices ne saurait être dissociée de celle des pertes afférentes à la même activité n'est que l'expression du motif de justification tiré de la préservation de la cohérence d'un régime fiscal. Il découle de celui-ci que la restriction d'une liberté fondamentale peut être justifiée en présence d'un lien direct entre un avantage fiscal et la

21 — Voir aussi arrêt Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, point 38 et jurisprudence citée), aux termes duquel «les désavantages pouvant découler de l'exercice parallèle des compétences fiscales des différents États membres […] ne constituent pas des restrictions aux libertés de circulation».

22 — Arrêts Commission/Allemagne (C-284/09, EU:C:2011:670, point 77); Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 47); SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 45); Beker (C-168/11, EU:C:2013:117, point 57); Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, point 53), ainsi que Imfeld et Garcet (EU:C:2013:822, point 75).

23 — Voir arrêts Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, point 56); Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, point 87), et Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, point 55).

24 — Voir arrêts SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, points 60 à 63) et SIAT (EU:C:2012:415, points 45 à 47).

25 — Arrêt Philips Electronics UK (EU:C:2012:532, point 24).

26 — Voir arrêts Oy AA (EU:C:2007:439, point 55); X Holding (EU:C:2010:89, point 29), et A (C-123/11, EU:C:2013:84, point 43).

compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé [27]. La Cour a déjà constaté, dans le cadre de l'examen de ce motif de justification, qu'il existe en ce sens un lien direct entre la prise en compte des bénéfices et celle des pertes d'une activité dans un État membre [28]. À cet égard, c'est à juste titre que la Cour affirme que les exigences liées à la cohérence fiscale et à la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres se recoupent [29].

44. D'autre part, la prévention du transfert de revenus d'un État membre à l'autre par des montages fictifs ou frauduleux n'est qu'un cas particulier du motif de justification tiré de la prévention de l'évasion fiscale, lequel est déjà admis. En effet, en vertu d'une jurisprudence constante, une disposition nationale restreignant la liberté d'établissement peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné [30]. Dans le cadre de la «préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres», il ne s'agit pas d'empêcher qu'un contribuable échappe totalement à l'imposition, mais d'empêcher qu'il déplace les recettes fiscales dans un autre État membre par des montages artificiels. La Cour décèle elle-même ce lien lorsqu'elle se prononce au vu des deux éléments de justification «pris ensemble» [31].

45. Si, en définitive, l'élément de justification dit de la «préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres» n'est qu'un aspect particulier d'autres éléments de justification déjà admis, cela explique pourquoi la Cour applique dans certains cas la préservation de cette répartition en tant qu'élément de justification autonome [32] et, dans d'autres cas, semble uniquement l'admettre en combinaison avec d'autres éléments de justification [33].

46. Il est toutefois utile, dans l'intérêt de la clarté de la jurisprudence, que le véritable motif de justification d'une restriction des libertés fondamentales ne reste pas dissimulé, lors de l'examen, derrière l'étiquette de la «répartition du pouvoir d'imposition», mais apparaisse en pleine lumière. C'est pourquoi nous examinerons uniquement, dans ce qui suit, les motifs de justification dont les expressions spécifiques ont été résumées jusqu'ici par la formule «préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres», à savoir, en l'espèce, la préservation de la cohérence d'un régime fiscal (voir sous 2) et la prévention de l'évasion fiscale (voir sous 3).

2. La cohérence fiscale

47. Il résulte d'une jurisprudence constante que la nécessité de préserver la cohérence d'un système fiscal peut justifier la restriction d'une liberté fondamentale. Il est nécessaire pour cela que soit constatée l'existence d'un lien direct entre l'octroi d'un avantage fiscal et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé [34]. Dans un tel cas de figure, l'avantage fiscal peut être refusé au titulaire de la liberté fondamentale si ce dernier n'est pas également soumis au prélèvement fiscal directement lié à cet avantage. Le caractère direct du lien en question doit être apprécié au regard de l'objectif de la réglementation fiscale [35].

27 — Voir, notamment, arrêts Papillon (EU:C:2008:659, point 44); DI VI Finanziaria di Diego della Valle & C. (EU:C:2012:552, point 46), et Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, point 59).

28 — Arrêt K (EU:C:2013:716, point 69).

29 — Arrêt National Grid Indus (EU:C:2011:785, point 80).

30 — Voir, notamment, arrêts Aberdeen Property Fininvest Alpha (EU:C:2009:377, point 63) et SGI (EU:C:2010:26, point 65).

31 — Arrêt SGI (EU:C:2010:26, points 66 et 69).

32 — Voir arrêt National Grid Indus (EU:C:2011:785, point 48).

33 — Voir arrêts Marks & Spencer (EU:C:2005:763, point 51); Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, points 38 et suiv.), et A (EU:C:2013:84, point 46).

34 — Voir, notamment, arrêts Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, point 42); Papillon (EU:C:2008:659, points 43 et 44); DI VI Finanziaria di Diego della Valle & C. (EU:C:2012:552, point 46), et Welte (EU:C:2013:662, point 59).

35 — Voir, notamment, arrêts Papillon (EU:C:2008:659, point 44) et Argenta Spaarbank (EU:C:2013:447, point 42).

48. La Cour a déjà constaté qu'il existe en ce sens un lien direct entre la prise en compte des bénéfices et celle des pertes d'une activité dans un État membre [36].

49. Comme la Commission l'a exposé à bon droit, la symétrie entre la prise en compte des bénéfices et celle des pertes d'une activité imposée est sauvegardée en principe en l'espèce, sans qu'une réintégration des pertes dans le revenu imposable soit nécessaire. En effet, le Royaume de Danemark avait opté, au moment des faits du litige au principal, pour l'imposition des établissements stables situés à l'étranger et devait donc prendre en compte aussi bien les bénéfices liés à cette activité que les pertes.

50. Relève également de cette symétrie, comme l'a indiqué à juste titre Nordea Bank Danmark, le fait que, en cas de cession d'un établissement stable étranger, un éventuel bénéfice tiré de la vente doit être imposé au Danemark. Lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de sociétés liées qui souvent ne conviennent pas d'un prix de cession ou d'un prix de cession approprié, le bénéfice tiré de la vente peut – comme le prévoit le droit fiscal danois – être fixé, conformément au principe de pleine concurrence, en appliquant une valeur vénale objective. L'imposition correspond alors précisément au droit d'un État membre d'imposer les plus-values relevant de sa compétence fiscale [37].

51. Peu importe à cet égard que, – comme le relève le Royaume des Pays-Bas par exemple – en l'absence de la disposition danoise prévoyant la réintégration, la déduction des pertes devrait être accordée aux contribuables sans que les bénéfices ultérieurs correspondants puissent être imposés. Le fait que d'éventuels bénéfices ultérieurs ne puissent plus être imposés est une éventualité normale dans le cadre de l'imposition d'une activité, notamment lorsque l'activité se solde par un échec économique ou lorsque l'État membre ne dispose plus du pouvoir d'imposition du fait du transfert du siège.

52. Le fait que l'imposition des bénéfices aurait un caractère plutôt formel en l'espèce milite cependant contre la symétrie, comme la République d'Autriche, notamment, l'a fait valoir. Étant donné que le Royaume de Danemark applique la méthode d'imputation à l'imposition des établissements stables étrangers, l'impôt déjà acquitté dans l'État de la source doit être déduit. Si le taux prévu au Danemark est égal ou inférieur à celui de l'État de la source, les bénéfices de l'établissement stable étranger ne sont en définitive pas du tout imposés au Danemark. Toutefois, toujours selon la République d'Autriche, même si le taux de l'impôt est inférieur dans l'État de la source, le Danemark ne dispose en tout cas pas d'un pouvoir d'imposition plein et entier.

53. Cette objection est légitime dans la mesure où l'imposition d'un établissement stable étranger conduit, dans le cadre de la méthode d'imputation, à des résultats fiscaux différents de ceux de l'imposition normale d'une activité interne. Les recettes fiscales que le Danemark tirera de l'imposition de l'établissement stable étranger seront généralement inférieures par comparaison. Il existe également un certain déséquilibre entre la prise en compte intégrale des pertes générées et l'imposition des bénéfices qui sera, en dernière analyse, tout au plus partielle.

54. Néanmoins, l'imposition d'un établissement stable étranger dans le cadre de la méthode d'imputation ne saurait être assimilée à la non-imposition de celui-ci en vertu de la méthode d'exemption. La Cour s'est penchée sur ce dernier cas de figure dans l'arrêt Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt et a permis en définitive à l'État membre de réintégrer a posteriori des pertes qui avaient été prises en compte en dépit de l'absence de pouvoir d'imposition du fait de l'exonération des revenus d'un établissement stable étranger [38]. Contrairement au point de vue de la

36 — Arrêt K (EU:C:2013:716, point 69).

37 — Voir arrêts National Grid Indus (EU:C:2011:785, point 46) et DMC (EU:C:2014:20, points 48 et 49).

38 — EU:C:2008:588.

République fédérale d'Allemagne, cet arrêt ne saurait cependant être transposé à la présente affaire, étant donné que le Royaume de Danemark entendait précisément exercer son pouvoir d'imposition à l'égard des établissements stables étrangers et qu'il existait tout au moins la possibilité que les bénéfices de ceux-ci soient également imposés partiellement.

55. Toutefois, il n'est pas nécessaire de trancher en l'espèce le point de savoir si, dans le cadre de la cohérence fiscale, le pouvoir d'imposition d'un État membre qui est limité par la méthode d'imputation autorise celui-ci à prendre en compte les pertes générées, ne serait-ce que de manière limitée. En effet, le but déclaré et discernable de la règle danoise de la réintégration n'est pas d'établir une juste proportion entre la prise en compte des bénéfices et celle des pertes des activités imposées dans le cadre de la méthode d'imputation. Cette règle vise uniquement – comme le Royaume de Danemark l'a lui-même exposé – à empêcher, dans un cas particulier, le recours abusif à la prise en compte intégrale des pertes dans le cadre de la méthode d'imputation. Toutefois, en règle générale, les contribuables bénéficient précisément, en vertu du droit fiscal danois, de cet avantage consistant en une prise en compte intégrale des pertes, même si, en l'absence de bénéfices ultérieurs, cette prise en compte des pertes ne devait plus être compensée.

56. Eu égard à la façon dont la législation danoise est aménagée, invoquer le motif de justification tiré de la préservation de la cohérence du régime fiscal serait également exclu au regard de la jurisprudence constante selon laquelle une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif recherché que si elle répond véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique, c'est-à-dire logique [39].

57. La présente restriction de la liberté d'établissement ne peut, par conséquent, pas être justifiée par la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal.

3. La prévention de l'évasion fiscale

58. Toutefois, en vertu d'une jurisprudence constante, une disposition nationale restreignant la liberté d'établissement en vue de prévenir l'évasion fiscale peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné [40]. S'il s'agit spécifiquement d'empêcher le transfert de bénéfices dans un autre État membre, la Cour semble même énoncer des conditions moins strictes. En effet, elle juge qu'une législation n'ayant pas pour objet spécifique d'empêcher des montages purement artificiels peut également être justifiée aux fins de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres [41].

59. La présente législation a pour objet, aux termes de l'exposé des motifs de la loi, d'empêcher un groupe de déduire fiscalement au Danemark, dans un premier temps, les pertes d'un établissement stable étranger et de faire en sorte, ensuite, que les bénéfices ultérieurs soient uniquement soumis à l'impôt dans un autre État. Il se conçoit aisément que cela puisse constituer une possibilité d'évasion, en particulier dans le cadre du déroulement classique d'un investissement, dans lequel, du fait des investissements de départ, une phase de pertes est suivie par une phase de bénéfices. C'est pourquoi le transfert de l'activité d'un établissement stable étranger à l'intérieur du groupe peut être avantageux, dans le cas où le taux de l'impôt étranger est plus faible que le taux danois, et ce même si les pertes afférentes à cet établissement ne peuvent plus être utilisées par la société acquéreuse.

39 — Voir, notamment, arrêt Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, point 39 et jurisprudence citée).

40 — Voir, notamment, arrêts Aberdeen Property Fininvest Alpha (EU:C:2009:377, point 63) et SGI (EU:C:2010:26, point 65).

41 — Arrêt SGI (EU:C:2010:26, point 66).

60. Toutefois, une législation nationale visant à la prévention de l'évasion fiscale ne peut pas non plus aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Par conséquent, d'une part, le contribuable doit être mis en mesure de produire des éléments concernant d'éventuelles raisons commerciales [42]. D'autre part, la mesure fiscale correctrice doit se limiter à la fraction qui dépasse ce qui aurait été généré en l'absence d'une situation d'interdépendance entre les sociétés [43].

61. Certes, dans le cas d'une procédure de masse telle que l'imposition, il n'est pas possible d'exiger que chaque cas particulier fasse nécessairement l'objet d'un examen individuel; des faits qui ont généralement une certaine conséquence ou qui découlent d'une certaine motivation doivent, au contraire, pouvoir être soumis à une réglementation générale.

62. Les limites dans lesquelles l'opération considérée peut licitement être qualifiée d'évasion fiscale sont cependant dépassées en tout cas en l'espèce. En premier lieu, le contribuable n'est absolument pas mis en mesure de prouver l'absence d'évasion, bien qu'il soit manifeste que, dans le cas d'un transfert intra-groupe d'un établissement stable, il peut y avoir des motifs commerciaux raisonnables de procéder à la cession, en particulier afin de supprimer des capacités qui font double emploi, comme le démontre d'ailleurs le cas d'espèce. En deuxième lieu, comme le montre également le cas d'espèce, il n'est pas proportionné, conformément au point de vue défendu par l'Autorité de surveillance de l'AELE, d'exiger la réintégration complète des pertes déduites antérieurement dans le cas de toute cession d'un établissement stable, même partielle. En effet, cela viserait également des cas dans lesquels l'établissement stable fait en substance simplement l'objet d'une liquidation.

63. En troisième lieu, enfin, la réintégration de l'ensemble des pertes déduites n'est pas proportionnée au manque à gagner fiscal sur les bénéfices futurs que la législation danoise vise à compenser. Le Royaume de Danemark ne peut légitimement frapper que des bénéfices qui sont déjà escomptés au moment de la cession. En effet, des perspectives accrues de profits ultérieurs relèveraient du pouvoir d'imposition de l'État membre qui serait alors compétent. Les bénéfices déjà escomptés au moment de la cession se reflètent cependant dans la détermination d'un prix de cession conformément au principe de pleine concurrence [44], comme la Commission l'a indiqué à juste titre.

64. Dans la mesure où le Royaume de Danemark considère pour sa part que cette valeur n'est pas appropriée parce que, à son avis, le transfert à l'intérieur d'un groupe peut avoir un plus grand intérêt que le transfert à un tiers, il y a lieu de préciser que cet éventuel intérêt plus grand n'existerait pas si l'établissement stable continuait à être exploité sous l'empire de la souveraineté fiscale du Danemark. Or, le maintien de l'établissement stable sous l'empire de la souveraineté fiscale du Danemark est précisément l'objectif qui est poursuivi par la législation examinée en l'espèce.

65. Par conséquent, l'objectif de prévenir l'évasion fiscale ne peut pas non plus justifier la présente restriction de la liberté d'établissement, étant donné que la législation danoise va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

4. Conclusion en ce qui concerne la justification

66. Par voie de conséquence, la présente restriction de la liberté d'établissement n'est pas justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Il n'y a donc pas lieu de répondre à l'argument de Nordea Bank Danmark selon lequel, par application de l'arrêt Marks & Spencer, une justification est en tout cas exclue par le fait qu'un contribuable ne saurait se voir refuser la prise en compte de pertes lorsque – comme en l'espèce, du fait de la fermeture des agences bancaires – toutes les possibilités de prise en compte des pertes dans l'État de la source ont été épuisées.

42 — Ibidem (point 71).

43 — Ibidem (point 72).

44 — Voir point 50 ci-dessus.

V – Conclusion

67. La question préjudicielle appelle par conséquent la réponse suivante:

Les dispositions combinées des articles 43 CE et 48 CE, ainsi que les dispositions combinées des articles 31 et 34 de l'accord sur l'Espace économique européen, s'opposent à ce qu'un État membre, qui permet à une société résidente, dans le cadre de la méthode d'imputation, de déduire régulièrement les pertes générées par un établissement stable situé dans un autre État membre, réintègre dans le revenu imposable de ladite société toutes les pertes de l'établissement stable (dans la mesure où celles-ci n'ont pas été compensées par des bénéfices au cours des années ultérieures) lorsque la réintégration est prévue dans tous les cas dans lesquels une partie des activités de la société en question a été cédée à une société appartenant au même groupe et ayant sa résidence dans le même État membre que l'établissement stable.