CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. L. A. GEELHOED
présentées le 29 juin 2006 [1]

I — Introduction

1. La présente affaire, qui a pour objet une demande de décision préjudicielle introduite par la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Royaume-Uni), est relative à la compatibilité avec les dispositions du traité CE concernant la liberté de circulation des «règles relatives à la sous-capitalisation», maintes fois modifiées, par lesquelles le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord limite la déductibilité des intérêts payés par les filiales britanniques à des sociétés non-résidentes, qu'il s'agisse de sociétés mères ou d'autres membres du même groupe.

2. Cette affaire soulève une nouvelle fois le problème de la compatibilité avec les dispositions relatives à la liberté de circulation des législations nationales «anti-abus» prises en matière d'impôts directs; la question est abordée en particulier dans l'arrêt Lankhorst-Hohorst de 2002 (relatif aux règles allemandes en matière de sous-capitalisation) et elle fait l'objet de l'affaire Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (sur la législation du Royaume-Uni relative aux sociétés étrangères contrôlées), actuellement pendante [2]. L'arrêt Lankhorst-Hohorst n'a cependant pas entièrement clarifié les limites de ce qui pouvait être admis en matière de restrictions à la sous-capitalisation, de sorte que certains États membres, dont le Royaume-Uni et l'Allemagne, ont étendu leur législation en la matière aux paiements nationaux internes à un groupe, malgré le fait qu'aucun abus n'est concevable dans des situations à caractère purement national. C'est pourquoi, et dans la mesure où les règles britanniques litigieuses diffèrent sur plusieurs points importants de la législation allemande contestée dans l'affaire Lankhorst-Hohorst, la présente affaire nous impose de réexaminer le problème.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Arrêt du 12 décembre 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Rec. p. I-11779), et affaire Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, pendante devant la Cour, voir les conclusions présentées par l'avocat général Léger le 2 mai 2006).

II — Contexte juridique

Le droit applicable au Royaume-Uni

1. Le contexte et la raison d'être des règles en matière de sous-capitalisation

3. Il y a deux principaux modes de financement pour les entreprises: l'emprunt et les capitaux propres. Nombreux sont les États membres qui font une distinction en ce qui concerne l'imposition directe de ces deux formes de financement. En cas de financement par l'emprunt, les sociétés sont généralement autorisées à déduire les intérêts de leur bénéfice imposable (c'est-à-dire du bénéfice avant impôts), au motif qu'il s'agit d'une dépense courante, nécessaire à la poursuite des activités de l'entreprise. En cas de financement par actions cependant, les sociétés ne sont pas autorisées à déduire les dividendes payés aux actionnaires de leur bénéfice avant impôt; au contraire, ces dividendes sont payés au moyen des bénéfices après impôt.

4. Cette différence de traitement fiscal signifie que, dans un groupe d'entreprises, il peut être avantageux pour une société mère de financer l'un des membres du groupe en lui accordant des prêts, plutôt qu'au moyen de fonds propres. L'incitation fiscale pour ce faire est particulièrement évidente lorsque la filiale est établie dans un pays où la fiscalité est relativement lourde et que la société mère (voire une autre société du même groupe, qui fournit le prêt) est établie dans un pays où la fiscalité est moindre. Dans de telles circonstances, ce qui est en fait un investissement de fonds propres peut être déguisé en dette afin d'obtenir un traitement fiscal plus favorable. Ce phénomène est qualifié de «sous capitalisation». En manipulant ainsi la façon dont les capitaux sont fournis, une société mère peut de fait choisir l'endroit où elle souhaite que ses bénéfices soient imposés.

5. Considérant la sous-capitalisation comme abusive, nombreux sont les États à avoir adopté des mesures pour combattre cet abus. Ces mesures aboutiront typiquement à ce que, d'un point de vue fiscal, les emprunts remplissant certains critères soient assimilés à des capitaux propres déguisés. Autrement dit, les intérêts payés sont requalifiés en bénéfices distribués, empêchant ainsi la filiale de déduire tout ou partie de l'intérêt payé de son bénéfice imposable, et le paiement effectué sera soumis aux dispositions applicables en matière d'imposition des dividendes [3].

3 — Au sein de la Communauté, la directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JO L 225, p. 6) interdit d'appliquer une retenue à la source sur les dividendes versés par une filiale à sa société mère.

2. Les dispositions applicables au Royaume-Uni jusqu'en 1995

6. Conformément à l'article 209, paragraphe 2, sous d), de la loi britannique de 1988 sur l'impôt sur le revenu et sur l'impôt sur les sociétés (Income and Corporation Taxes Act 1988, ci-après la «TA»), tout intérêt payé par une société en rémunération d'un prêt était considéré comme une distribution de bénéfices lorsqu'il représentait plus qu'un rendement économique raisonnable du prêt [4]. La règle s'appliquait peu importe que le paiement soit effectué à un prêteur résident ou non-résident. Elle signifiait que la fraction de l'intérêt qui excédait le rendement économique raisonnable n'était plus déductible des bénéfices imposables, mais était traitée comme un dividende versé à partir des bénéfices après impôt. De ce fait, la société emprunteuse devenait en outre redevable de l'impôt anticipé sur les sociétés (advance corporation tax — ACT), dès qu'elle avait effectué le paiement [5].

7. Pour sa part, l'article 209, paragraphe 2, sous e), iv) et v), de la TA qualifiait de distribution tout intérêt, autre que celui qualifié de distribution en vertu de la point d), payé à une société non-résidente appartenant au même groupe (tel que préalablement défini). En particulier, cet article s'appliquait aux prêts accordés par une société non-résidente à une société résidente filiale à 75 % de la société prêteuse, ou lorsque les deux sociétés étaient des filiales à 75 % d'une tierce société non-résidente. En conséquence, en vertu des dispositions applicables au Royaume-Uni jusqu'en 1995, et sans tenir compte de l'effet d'éventuelles conventions bilatérales de double imposition («CDI»), que nous examinerons ci-dessous, les intérêts payés par une société résidente du Royaume-Uni à une société membre du même groupe, mais non-résidente (telle que préalablement définie), étaient toujours traités comme une distribution de bénéfices, même si l'intérêt correspondait à un rendement économique raisonnable du prêt.

8. Les stipulations de certaines CDI conclues par le Royaume-Uni permettaient cependant d'écarter l'application du mécanisme ci-dessus, établi par l'article 209 de la TA, et de garantir que les intérêts payés puissent être déduits des bénéfices imposables dans certaines circonstances. De tels accords étaient applicables nonobstant les dispositions contraires de la législation nationale du Royaume-Uni [6]. Si le libellé des dispositions correspondantes de ces CDI peut varier, la juridiction nationale observe dans sa décision de renvoi qu'elles relèvent néanmoins en substance de deux catégories.

4 — Même si la TA et ses amendements se réfèrent en général à la remise de titres par l'emprunteur au prêteur, plutôt qu'à l'action d'emprunter, nous nous référerons dans les présentes conclusions, par souci de simplicité, à l'octroi d'un prêt par un prêteur à un emprunteur.

5 — Article 14 de la TA.

6 — Article 788, paragraphe 3, de la TA.

9. Les dispositions de la première catégorie mettent l'accent sur le point de savoir si le taux d'intérêt est conforme aux lois du marché, compte tenu du montant de la dette. Elles n'attachent aucune importance au point de savoir si le montant de la dette lui-même est conforme aux lois du marché. De telles dispositions peuvent être trouvées dans les CDI conclues notamment avec le Grand-Duché de Luxembourg, le Japon, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne et la République d'Autriche. À titre d'exemple, l'article XI, paragraphe 7, de la CDI conclue entre le Royaume-Uni et le Grand-Duché de Luxembourg dispose: «Si, par suite de relations spéciales existant entre le débiteur et le créancier ou que l'un et l'autre entretiennent avec de tierces personnes, le montant des intérêts payés, compte tenu de la créance pour laquelle ils sont versés, excède celui dont seraient convenus le débiteur et le créancier en l'absence de pareilles relations, [...], la partie excédentaire des paiements reste imposable conformément à la législation de chaque État contractant et compte tenu des autres dispositions de la présente Convention».

10. Les dispositions de la seconde catégorie posent la question plus générale de savoir si le montant de l'intérêt dépasse, pour quelque raison que ce soit, ce qui serait payé dans une situation de pleine concurrence. Cela inclut la question de savoir si le montant du prêt lui-même excède ce qui aurait été prêté en l'absence de relations spéciales. De telles dispositions peuvent être trouvées notamment dans les CDI passées par le Royaume-Uni avec les Etats-Unis d'Amérique, l'Irlande, la Confédération suisse, le Royaume des Pays-Bas, la République française et la République italienne. À titre d'exemple, l'article XI, paragraphe 5, de la CDI conclue par le Royaume-Uni avec les États-Unis d'Amérique dispose: «Si, par suite de relations spéciales existant entre le débiteur et le bénéficiaire des intérêts ou que l'un et l'autre entretiennent avec une tierce personne, le montant des intérêts payés excède, pour quelque raison que ce soit, celui qui aurait été payé en l'absence de pareilles relations [...] la partie excédentaire des paiements reste imposable conformément à la législation de chaque État contractant et compte tenu des autres dispositions de la présente Convention».

11. La portée plus étendue de la deuxième catégorie de dispositions de la CDI est confirmée par l'article 808 A, paragraphe 2, de la TA [7], qui dispose que, pour déterminer si l'on a affaire à de telles «relations spéciales», il convient de prendre en compte l'ensemble des facteurs, y compris la question de savoir si, en l'absence de telles relations, le prêt aurait été accordé et, dans l'affirmative, pour quel montant et à quel taux. En ce qui concerne les deux catégories de CDI, l'article 808 A, paragraphe 3, prévoit que la disposition relative aux relations spéciales doit être interprétée comme imposant au redevable de démontrer l'absence de relations spéciales ou (selon le cas) de faire la preuve du montant qui aurait été payé en intérêts en l'absence de telles relations. Ces dispositions s'appliquent aux intérêts payés après le 14 mai 1992.

7 — Inséré par l'article 52 de la loi de finances (Finance Act) (N° 2) 1992.

3. Les modifications intervenues en 1995

12. Les dispositions de l'article 209, paragraphe 2, sous e), iv) et v), de la TA ont été abrogées par la loi de finances 1995 et remplacées par l'article 209, paragraphe 2, sous da), de la TA, qui prévoyait en substance que seraient qualifiés de bénéfices distribués les intérêts versés entre membres d'un groupe (au sens de la définition) lorsqu'ils dépassaient le montant qui aurait été payé entre personnes ne faisant pas partie d'un même groupe [8]. Cet article s'applique lorsque l'emprunteur est une filiale à 75 % du prêteur ou lorsqu'ils sont tous deux des filiales à 75 % d'une tierce société.

13. Conformément à l'article 212, paragraphes 1 et 3, dans leur version modifiée, l'article 209, paragraphe 2, sous da), de la TA ne s'applique pas lorsque le débiteur de l'intérêt et son bénéficiaire relèvent tous deux du champ d'application de l'impôt sur les sociétés du Royaume-Uni.

14. L'article 209, paragraphe 8B), précise les critères qu'il convient d'utiliser pour déterminer si des versements d'intérêts doivent être qualifiés de sommes distribuées. Ces critères incluent: le niveau d'endettement global de l'emprunteur; la mesure dans laquelle on pouvait s'attendre à ce que l'emprunteur et un cocontractant soient devenus parties à une transaction impliquant l'émission de titres par la société émettrice ou l'octroi d'un prêt, ou d'un prêt d'un montant déterminé, à cette société; le taux d'intérêt et toute autre condition susceptible de s'appliquer dans un cas déterminé à une telle transaction. Le paragraphe 8A) de l'article 209, pris en combinaison avec les paragraphes 8D) à 8F), détermine la mesure dans laquelle des sociétés peuvent être regroupées pour déterminer le niveau de leurs emprunts sur une base consolidée. En substance, ces dispositions ne permettent pas une telle consolidation dans le cas de sous-groupes du Royaume-Uni faisant partie d'un groupe étranger plus large: la capacité d'emprunt de chaque sous-groupe du Royaume-Uni est déterminée de façon indépendante [9].

4. Les modifications intervenues en 1998

15. L'annexe 28AA de la TA, introduite par la loi de finances 1998, prévoit un code

8 — Cet article s'applique lorsque tout ou partie du prêt «représente un montant qui n'aurait pas été payé à l'autre société si les sociétés avaient été des sociétés entre lesquelles il n'y avait, en dehors de ce que commandait les titres en question, aucune relation, aucun accord et aucun lien (formel ou informel), exception faite le cas échéant d'une distribution ne représentant pas un tel montant ou d'une distribution au sens du point d) ci-dessus ou de la distribution d'un montant représentant le principal garanti par les titres» [article 209, paragraphe 2, sous da), ii)].

9 — L'article 209, paragraphe 8A), sous b), dispose que, pour déterminer si les critères permettant de qualifier une opération de distribution, tels qu'ils sont exposés dans l'article 209, paragraphe 8B), sont remplis, il n'y a pas lieu de tenir compte des relations, accords ou liens (autres qu'entre l'emprunteur et le prêteur) entre l'emprunteur et une autre personne, à moins que cette personne i) n'ait aucun lien pertinent [au sens de l'article 209, paragraphe 8C)] avec l'emprunteur et ii) ne soit une société membre du même groupement de sociétés établies au Royaume-Uni [au sens défini dans l'article 209, paragraphe 8D)] que l'emprunteur.

détaillé de règles en matière de prix de transfert, qui s'applique également aux versements d'intérêts. Les règles en matière de prix de transfert s'appliquent si les conditions suivantes sont remplies: 1) en cas de «conditions convenues à l'occasion d'une transaction», ou d'une série de transactions, entre deux sociétés sous contrôle commun, cette dernière notion incluant la participation directe ou indirecte à la gestion, au contrôle ou au capital de toute société concernée [10], 2) lorsque les termes des conditions sont différents de ce qu'ils auraient été si les sociétés n'avaient pas été sous contrôle commun; et 3) lorsque les conditions procurent à l'une des personnes concernées un avantage potentiel au regard des dispositions fiscales du Royaume-Uni. Dans une telle hypothèse, les profits et pertes de la ou des personne(s) potentiellement favorisée(s) «sont calculés, aux fins de l'imposition, comme si les conditions avaient été convenues entre entreprises indépendantes» [11].

16. Les conditions étaient réputées n'apporter d'avantage potentiel à aucune des personnes concernées lorsque notamment l'autre partie à la transaction était assujettie à l'impôt britannique sur le revenu ou sur les sociétés, sous réserve que certaines autres conditions soient également remplies. Ces conditions étaient les suivantes: 1) la personne ne devait avoir droit à aucune exonération de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés pour tout ou partie du revenu obtenu ou des bénéfices réalisés sur le territoire britannique [12]; 2) lorsque cette personne était assujettie à l'impôt sur le revenu pour les profits réalisés grâce à ces activités, elle devait avoir résidé au Royaume-Uni pendant les périodes fiscales en cause [13]; 3) la personne ne devait pas avoir eu droit [14], au cours d'aucune période fiscale, à un crédit d'impôt pour des impôts payés à l'étranger au titre de ou sur des bénéfices réalisés grâce aux activités pertinentes et elle devait être dans une situation excluant l'ouverture d'un tel droit à l'avenir, si de tels bénéfices étaient réalisés ou si ces bénéfices dépassaient un certain plafond [15]; 4) les montants pris en compte dans le cadre du calcul des bénéfices ou des pertes réalisés par la personne au moyen des activités en cause au cours d'une période fiscale donnée ne devaient pas inclure de revenu dont le montant avait été réduit au titre de l'article 811, paragraphe 1, de la TA (déduction pour impôt payé à l'étranger, ouverte en l'absence de possibilité de faire valoir un crédit d'impôt).

17. Cette règle a été modifiée par la loi de finances 2004, de sorte qu'elle s'applique lorsque les deux parties à la transaction sont soumises à l'impôt britannique.

10 — Annexe 28AA(1)(1)(b).

11 — Annexe 28AA(1)(2). Aux termes des dispositions de l'annexe 28AA(5) de la TA, cette condition était remplie dans le chef d'une personne donnée chaque fois que l'adoption ou l'imposition de la stipulation avait, au cours d'une période fiscale donnée, pour effet de réduire le montant des bénéfices imposables et/ou d'accroître celui des pertes pour cette personne.

12 — Annexe 28AA(5)(3)(b) de la TA.

13 — Annexe 28AA(5)(3)(c) de la TA.

14 — Au titre d'un accord de double imposition ou de l'article 790, paragraphe 1, de la TA.

15 — Annexe 28AA(5)(4) de la TA.

III — Les faits, tels qu'ils sont décrits dans la décision de renvoi

A — *Groupe Lafarge: les faits pertinents*

18. Le présent litige collectif concerne des actions en restitution et/ou en compensation pour des désavantages fiscaux et autres conséquences fiscales défavorables subis par suite du régime appliqué au Royaume-Uni en matière de sous-capitalisation, tel qu'il est décrit ci-dessus. Ces actions ont été introduites devant la High Court of Justice (England & Wales) à la suite de l'arrêt prononcé dans l'affaire Lankhorst-Hohorst, par lequel la Cour a déclaré contraires à l'article 43 CE les règles appliquées en Allemagne en matière de sous-capitalisation [16]. Aux fins de la présente demande de décision préjudicielle, différentes structures de sociétés sont représentées par des affaires pilotes, dont les parties ont établi les faits d'un commun accord. Toutes les affaires pilotes concernent une filiale résidente du Royaume-Uni qui est la propriété directe ou indirecte, au moins à 75 %, d'une société mère non-résidente et, dans toutes ces affaires, la société emprunteuse a reçu un prêt soit de la société mère, soit d'une autre société non-résidente qui est elle aussi une filiale contrôlée directement ou indirectement à 75 % par la société mère. En définitive, les questions déférées sont formulées sur la base d'une transaction donnée dans une affaire pilote, celle du groupe Lafarge, et sur la base des différences pertinentes entre cette affaire et les autres affaires pilotes.

19. Lafarge SA, une société anonyme dont le siège est en France, est à la tête d'un groupe multinational de sociétés produisant des matériaux de construction. Pour ce qui nous importe ici, le groupe Lafarge a notamment pour membres les sociétés suivantes: 1) Financière Lafarge SA (la société prêteuse, ci-après «Financière Lafarge»), qui a son siège en France et qui est indirectement contrôlée à 100 % par la société Lafarge SA; 2) Lafarge Building Materials Limited (ci-après «Lafarge Building Materials»), une société holding résidant au Royaume-Uni, qui coiffe la plupart des membres du groupe Lafarge résidant au Royaume-Uni et qui est elle-même une filiale directe de Financière Lafarge [17]. La procédure concerne aussi neuf autres sociétés demanderesses du groupe Lafarge, toutes résidentes du Royaume-Uni et filiales directes ou indirectes de Lafarge Building Materials (propriétaire de plus de 50 % du capital social de chacune de ces sociétés).

20. En décembre 1997, le groupe Lafarge a acquis les actions de Redland plc (ci-après «Redland»), une société résidente du Royaume-Uni. Pour financer cette acquisition, Financière Lafarge disposait de différentes facilités de crédit — en dernier ressort

16 — Arrêt précité à la note 2.

17 — À tous les stades de la période pertinente, Financière Lafarge était propriétaire de plus de 75 % des actions émises par Lafarge Building Materials.

garanties par la société mère — auprès de banquiers externes au groupe Lafarge, qui lui ont permis d'accorder des prêts à des sociétés du groupe ou qui permettaient aux filiales habilitées à cette fin d'obtenir un financement direct. Pour financer l'acquisition de Redland, Financière Lafarge a en particulier accordé un prêt à court terme à Lafarge Building Materials, qui a à son tour accordé un prêt similaire à Minerals UK, un autre membre du groupe Lafarge. Au total, ce prêt (octroyé par le truchement de Financière Lafarge et de Lafarge Building Materials) a financé environ 50 % du prix d'achat des actions de Redland, l'autre moitié provenant de prélèvements directs opérés par Minerals UK sur les lignes de crédit dont le groupe disposait auprès de ses banquiers externes. La plupart de ces prélèvements directs ont été remboursés en 1998 au moyen de prêts concédés par Lafarge SA à Minerals UK, à la suite du refinancement par Lafarge SA et Financière Lafarge de leurs facilités de crédit externes moyennant l'émission d'obligations, dans le but d'obtenir de meilleures conditions de financement.

21. Comme, à la suite de la finalisation de l'acquisition de Redland, il avait été averti par ses conseillers fiscaux du Royaume-Uni que les autorités fiscales de ce pays considéreraient à tout le moins une partie des intérêts versés sur ces prêts par Lafarge Building Materials comme des bénéfices distribués, conformément à l'article 209, paragraphe 2, sous da), de la TA, le groupe Lafarge a réduit l'endettement de Lafarge Building Materials vis-à-vis de Financière Lafarge en convertissant, vers le mois de mars 1998, en fonds propres quelque 75 % du montant qui avait été accordé. Cette opération a été réalisée par une augmentation du capital social de Lafarge Building Materials effectuée par l'émission d'actions souscrites par des sociétés du groupe Lafarge, et en majorité par Financière Lafarge. Les montants dégagés par la libération de ces actions par les sociétés du groupe venaient compenser la dette de Lafarge Building Materials vis-à-vis de Financière Lafarge, à concurrence de la même valeur.

22. Les services fiscaux du Royaume–Uni ont entamé une enquête relative à l'acquisition de Redland en mars 1999. Rejetant les thèses de Lafarge selon lesquelles une banque externe aurait normalement accordé des facilités semblables dans des conditions analogues à celles appliquées entre Financière Lafarge et Lafarge Building Materials et entre Minerals UK et Lafarge SA, le fisc prétendait qu'une partie des intérêts versés soit requalifiée en distribution au sens de l'article 209, paragraphe 2, sous da), de la TA. Les rencontres entre les conseils de Lafarge et l'administration fiscale ont abouti à un accord, en vertu duquel certains des versements d'intérêts effectués par Lafarge Building Materials à Financière Lafarge et par Minerals UK à Lafarge SA étaient requalifiés en sommes distribuées, en particulier lorsque le rapport du total net de la dette au bénéfice d'exploitation excédait certains seuils.

B — *Autres parties demanderesses dans les procédures pilotes: les faits pertinents*

23. Les autres affaires pilotes sélectionnées aux fins de la présente procédure préjudicielle concernent les groupes de sociétés indiqués ci-dessous.

24. Parmi les autres affaires pilotes, la première est relative au groupe Volvo, dont les membres concernés en l'espèce sont notamment: 1) AB Volvo, la société mère suédoise, dont les actions sont cotées en Bourse; (2) Volvo Treasury AB (ci-après «Volvo Treasury»), une société résidente de Suède et une filiale directe qui est l'entière propriété d'AB Volvo; 3) Volvo Truck and Bus Limited (ci-après «Volvo Truck and Bus), une société résidente du Royaume-Uni, filiale indirecte et entière propriété d'AB Volvo, par l'intermédiaire de sociétés résidentes de Suède et des Pays-Bas; 4) VFS Financial Services (UK) Limited, une société résidente du Royaume-Uni et filiale indirecte, propriété intégrale d'AB Volvo par l'intermédiaire de sociétés résidentes de Suède. En particulier, l'affaire pilote concerne un financement accordé par Volvo Treasury en octobre 1999 sous la forme d'un contrat de prêt à Volvo Truck and Bus. Dans des conditions semblables à celles du groupe Lafarge, résumées ci-dessus, en décembre 1999, une partie de cette dette a été convertie en une participation dans Volvo Truck and Bus. En 2000, le groupe Volvo a conclu avec l'administration fiscale britannique un accord sur les conditions auxquelles les intérêts versés dans le cadre de cette opération ne seraient pas requalifiés en sommes distribuées.

25. Parmi les autres affaires pilotes, la deuxième concerne le groupe PepsiCo, dont les membres concernés en l'espèce sont notamment: 1) PepsiCo Inc., la société mère résidente des États-Unis; 2) PepsiCo Finance Europe Limited, une société constituée au Royaume-Uni, résidente du Luxembourg, opérant en Suisse par le truchement d'une succursale et propriété intégrale de Pepsi Co Inc., à travers des sociétés holdings résidentes d'Irlande ou d'autres pays tiers; 3) PepsiCo Holdings, une société résidente du Royaume-Uni qui était la filiale indirecte propriété intégrale de PepsiCo Inc., par l'intermédiaire de sociétés résidentes d'États membres et de pays tiers. À partir de 1999, PepsiCo Finance Europe Limited a, par le truchement de sa succursale suisse, accordé à PepsiCo Holdings des prêts dont les intérêts étaient soumis à la CDI conclue en 1968 entre le Royaume-Uni et le Grand-Duché de Luxembourg.

26. Parmi les autres affaires pilotes, la troisième et la quatrième concernent toutes deux le groupe Caterpillar, qui a introduit deux actions, dont chacune a formé un type d'affaire pilote.

27. Pour ce qui concerne la troisième affaire pilote supplémentaire, les membres concernés du groupe Caterpillar incluent notam-

ment les sociétés suivantes: 1) Caterpillar Inc., une société résidente des États-Unis; 2) Caterpillar International Finance plc, une société résidente d'Irlande, propriété à 100 % de Caterpillar Inc., par l'intermédiaire de sociétés holdings résidentes du Royaume-Uni ou des États-Unis, dont la Caterpillar Financial Services Corporation, une société résidente des États-Unis; 3) Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, une société résidente du Royaume-Uni, elle aussi propriété à 100 % de Caterpillar Inc., par l'intermédiaire de sociétés holdings résidentes soit du Royaume-Uni, soit des États-Unis, dont l'une est Caterpillar Financial Services Corporation. En particulier, Caterpillar International Finance plc a accordé à Caterpillar Financial Services (UK) Ltd un prêt, dont les intérêts étaient soumis à la CDI conclue en 1976 entre le Royaume-Uni et l'Irlande.

28. Dans le groupe Caterpillar, les membres concernés par la quatrième affaire pilote supplémentaire sont les sociétés suivantes: 1) Caterpillar Inc.; 2) Caterpillar Overseas SA, une société résidente de Suisse, filiale à certains moments directe et à d'autres indirecte (dans ce dernier cas, par l'intermédiaire de sociétés holdings résidentes des États-Unis), mais toujours propriété intégrale de Caterpillar Inc.; 3) Caterpillar Peterlee Limited, une société résidente du Royaume-Uni, propriété intégrale de Caterpillar Inc., par l'intermédiaire de sociétés holdings résidentes du Royaume-Uni. En particulier, Caterpillar Overseas SA a accordé à Caterpillar Peterlee Limited un prêt, dont les intérêts étaient soumis à la CDI conclue en 1977 entre le Royaume-Uni et la Confédération suisse.

IV — Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

29. Après que les parties eurent établi d'un commun accord les faits des affaires pilotes, la juridiction de renvoi a sursis à statuer le 21 décembre 2004 et a saisi la Cour des questions suivantes:

«1) Les articles 43 CE, 49 CE ou 56 CE s'opposent-ils à ce qu'un État membre ('l'État de la société emprunteuse') maintienne en vigueur et applique des dispositions telles que celles des articles 209 et 212 et de l'annexe 28AA de l'Income and Corporation Taxes Act 1988 (TA) qui imposent des restrictions à la possibilité, pour une société résidente de cet État membre ('la société emprunteuse') de déduire, à des fins fiscales, des intérêts versés en rémunération de fonds empruntés à une société mère directe ou indirecte résidente d'un autre État membre alors que la société emprunteuse n'aurait pas été soumise à de telles restrictions si la société mère avait été résidente de l'État de la société emprunteuse?

2) Quelle différence, s'il en existe une, les circonstances exposées ci-après peu-

vent-elles apporter aux fins de la réponse à la première question:

a) les fonds empruntés sont fournis non par la société mère de la société emprunteuse mais par une autre société ('la société prêteuse'), appartenant au même groupe de sociétés, ayant en commun avec la société emprunteuse une société mère directe ou indirecte et tant cette société mère commune que la société prêteuse sont résidentes d'États membres différents de celui de la société emprunteuse;

b) la société prêteuse est résidente d'un État membre différent de celui de la société emprunteuse, mais toutes les sociétés apparentées communes, directes ou indirectes, de la société emprunteuse et de la société prêteuse sont résidentes d'un pays tiers;

c) toutes les sociétés apparentées communes, directes ou indirectes, de la société prêteuse et de la société emprunteuse sont des sociétés résidentes de pays tiers et la société prêteuse est résidente d'un État membre différent de celui de la société emprunteuse; cependant, la société prêteuse octroie à la société emprunteuse un financement sous forme de prêt émanant d'une succursale de la société prêteuse établie dans un pays tiers;

d) la société prêteuse et toutes les sociétés apparentées communes, directes ou indirectes, de la société prêteuse et de la société emprunteuse sont résidentes d'un pays tiers?

3) Les première et deuxième questions appelleraient-elles des réponses différentes s'il pouvait être démontré que les emprunts constituaient un abus de droit ou faisaient partie intégrante d'un montage artificiel destiné à tourner la législation fiscale de l'État membre de la société emprunteuse? Si tel était le cas, quelles orientations la Cour de justice estimerait-elle opportunes afin de permettre d'identifier ce qui constitue un abus ou un montage artificiel dans le contexte de situations du type de celles qui se présentent en l'espèce?

4) Dans l'hypothèse d'une restriction au mouvement des capitaux entre les États membres et les pays tiers visée par l'article 56 CE, cette restriction existait-

elle le 31 décembre 1993 aux fins de l'application de l'article 57 CE?

5) À supposer que l'une ou l'autre des mesures décrites aux première et deuxième questions soient contraires aux articles 43 CE, 49 CE ou 56 CE, si la société emprunteuse ou d'autres sociétés du groupe de la société emprunteuse (les 'parties demanderesses') introduisent les actions suivantes:

a) une action en remboursement du surplus d'impôt sur les sociétés payé par la société emprunteuse par suite du refus d'admettre, en déduction de son bénéfice imposable au titre de l'impôt sur les sociétés, les intérêts versés à la société prêteuse, alors que ces versements d'intérêts auraient été considérés comme déductibles du bénéfice de la société emprunteuse si la société prêteuse avait elle aussi été résidente de l'État de la société emprunteuse;

b) une action en remboursement du surplus d'impôt sur les sociétés payé par la société emprunteuse lorsque le montant intégral des intérêts rémunérant le prêt a été effectivement versé à la société prêteuse et que, toutefois, la demande de déduction relative à ces intérêts a été réduite, dû aux dispositions nationales ou à l'application qu'en a donnée l'administration fiscale;

c) une action en remboursement du surplus d'impôt sur les sociétés payé par la société emprunteuse lorsque le montant des intérêts rémunérant les prêts de la société prêteuse, déductible du bénéfice de la société emprunteuse, a été réduit en raison de la souscription de fonds propres plutôt que de fonds empruntés, ou que des fonds propres ont été substitués à des capitaux empruntés existants, dû aux dispositions nationales ou à l'application qu'en a donnée l'administration fiscale;

d) une action en remboursement du surplus d'impôt sur les sociétés payé par la société emprunteuse lorsque le montant des intérêts rémunérant les prêts de la société prêteuse, déductible du bénéfice de la société emprunteuse, a été réduit par suite de la réduction du taux d'intérêt dû sur les fonds empruntés (ou parce que ces prêts ont été exemptés d'intérêt), dû aux dispositions nationales ou à l'application qu'en a donnée l'administration fiscale;

e) une action en restitution ou en compensation des pertes ou d'autres dégrèvements fiscaux ou de crédits d'impôt de la société emprunteuse

(ou auxquels ont renoncé, en les cédant à la société emprunteuse, d'autres sociétés du groupe de la société emprunteuse qui étaient elles aussi résidentes de l'État de la société emprunteuse) utilisés par la société emprunteuse pour être déduits du surplus d'impôt sur les sociétés visé ci-dessus aux points a), b) ou c), alors que, autrement, ces pertes, dégrèvements ou crédits d'impôt auraient été disponibles aux fins d'une utilisation différente ou pour faire l'objet d'un report;

f) une action en remboursement de l'impôt anticipé sur les sociétés non utilisé, payé par la société emprunteuse sur les versements d'intérêts à la société prêteuse qui ont été requalifiés en distributions;

g) une action en restitution ou en compensation des sommes payées au titre de l'impôt anticipé sur les sociétés dans les circonstances mentionnées ci-dessus sous f) qui, toutefois, ont été ultérieurement déduites des impositions au titre de l'impôt sur les sociétés de la société emprunteuse;

h) une action en compensation des coûts et dépenses encourus par les parties demanderesses pour se conformer aux dispositions nationales ou à l'application qu'en a donnée l'administration fiscale;

i) une action en restitution ou en compensation des pertes de rendement des capitaux empruntés investis en fonds propres (ou convertis en fonds propres) dans les circonstances décrites ci-dessus sous c); et

j) une action en restitution ou en compensation de toute imposition encourue par la société prêteuse dans son État de résidence sur les recettes, alléguées ou imputées, en intérêts versés par la société emprunteuse qui ont été requalifiés en distribution en vertu des dispositions nationales mentionnées dans la première question,

de telles actions doivent-elles être considérées, du point de vue du droit communautaire, comme:

des actions en restitution ou en remboursement de sommes indûment perçues, qui apparaissent comme une conséquence et un accessoire de l'infraction aux dispositions précitées du droit communautaire, ou

des actions en compensation ou en réparation de dommages, ou

des actions en paiement d'une somme représentant un avantage indûment refusé?

6) Pour le cas où, en réponse à l'une ou l'autre des parties de la cinquième question, les actions sont qualifiées d'actions en paiement d'une somme représentant un avantage indûment refusé:

a) ces actions sont-elles une conséquence et un accessoire du droit conféré par les dispositions de droit communautaire précitées; ou

b) convient-il de satisfaire à tout ou partie des conditions énoncées dans l'arrêt [du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029)] en matière de réparation; ou

c) convient-il de satisfaire à d'autres conditions?

7) La circonstance que, dans le cadre du droit national, les actions introduites visées à la sixième question le sont au titre d'actions en restitution ou sont introduites, ou doivent l'être, au titre d'actions en réparation d'un dommage entraîne-t-elle une quelconque différence?

8) Quelles sont les orientations, s'il y a lieu, que la Cour de justice considère qu'il conviendrait de donner dans les présents litiges et quelles sont les circonstances que la juridiction nationale devrait prendre en compte lorsqu'elle est amenée à déterminer s'il y a violation suffisamment caractérisée au sens de l'arrêt [Brasserie du pêcheur et Factortame, précité], en particulier quant à la question de savoir si, en l'état actuel de la jurisprudence relative à l'interprétation des dispositions pertinentes du droit communautaire, cette violation présentait un caractère excusable?

9) En principe, peut-il y avoir un lien de causalité direct (au sens de l'arrêt [Brasserie du pêcheur et Factortame, précité]), entre une quelconque viola-

tion des articles 43 CE, 49 CE et 56 CE et des pertes relevant des catégories mentionnées à la cinquième question, sous a) à h), qui en découlent, ainsi que le soutiennent les parties demanderesses? Dans l'affirmative, quelles sont les orientations, s'il y a lieu, que la Cour de justice considère qu'il conviendrait de donner quant aux circonstances que la juridiction nationale devrait prendre en compte lorsqu'elle est amenée à déterminer si un tel lien de causalité direct existe?

10) Aux fins de déterminer la perte ou le préjudice dont la réparation peut être accordée, la juridiction nationale a-t-elle la faculté de prendre en compte la question de savoir si les personnes lésées ont fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter ou limiter leur perte, en particulier en utilisant des voies légales de recours qui auraient pu établir que les dispositions nationales n'avaient pas pour effet (en raison des conventions préventives de la double imposition) d'imposer les restrictions exposées dans la première question? La réponse à cette question est-elle influencée par les convictions des parties, aux moments pertinents, relatives à l'effet des conventions préventives de la double imposition?»

30. Conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice, des observations écrites ont été présentées par les parties demanderesses au principal, par le gouvernement du Royaume-Uni, par le gouvernement allemand et par la Commission des Communautés européennes. Des observations orales ont également été présentées par chacune de ces parties ainsi que par le gouvernement néerlandais au cours de l'audience du 31 janvier 2006.

V — Analyse

A — *Les disposition(s) pertinente(s) du traité*

31. Comme la juridiction nationale a soulevé le problème de la compatibilité de la législation britannique en cause avec les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement, à la libre prestation de services et à la libre circulation des capitaux (articles 43 CE, 49 CE et 56 CE), il convient de se demander en premier lieu à l'aune de laquelle de ces dispositions du traité la législation en question doit être évaluée. Cette question est importante pour deux raisons. Premièrement, si les articles 43 CE et 49 CE s'appliquent uniquement aux restrictions à l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services entre États membres, l'article 56 CE interdit également les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et les pays tiers. Deuxièmement, le champ d'application temporel de l'article 56 CE est

différent de celui des articles 43 CE et 49 CE: en particulier, l'article 56 CE est entré en vigueur, avec effet direct, le 1er janvier 1994, sous réserve d'une clause de «standstill» (article 57 CE) concernant les États tiers (même si le principe de la libre circulation des capitaux avait déjà été établi par la directive 88/361/CEE [18]).

32. Dans sa jurisprudence relative à l'article 43 CE, la Cour a constamment jugé qu'exerce son droit d'établissement une société établie dans un État membre et détenant dans le capital d'une société établie dans un autre État membre une participation «lui conférant une influence certaine sur les décisions de la société» et lui permettant «d'en déterminer les activités» [19].

33. Dans la présente affaire, il nous semble que, de par le libellé de chacune des versions successives soumises à la Cour, la législation nationale en cause s'applique uniquement à des situations où une société a (ou avait, à l'époque des faits pertinents) une influence certaine sur les décisions d'une autre société, au sens de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, dans la législation en vigueur jusqu'aux amendements introduits en 1995, l'article 209, paragraphe 2, sous c), de la TA s'appliquait en particulier aux prêts accordés par une société non-résidente du Royaume-Uni à une filiale résidente, propriété à 75 % de la société prêteuse, ou lorsque les deux sociétés étaient des filiales à 75 % d'une tierce société non-résidente (c'est-à-dire lorsque le prêt était octroyé par le truchement d'une autre filiale de la société mère). Cette condition d'applicabilité a été maintenue à la suite des amendements introduits par la loi de finances 1995 [20].

34. La situation a quelque peu évolué avec la Finance Act 1998, qui a soumis des transactions relevant auparavant de ses règles spécifiques en matière de sous-capitalisation aux règles générales applicables au Royaume-Uni en matière de prix de transfert. Toutefois, ces dernières ne s'appliquent qu'en présence d'un ensemble de conditions convenues ou imposées par voie de transaction entre deux sociétés soumises à un contrôle commun, c'est-à-dire lorsque l'une d'entre elles participe directement ou indirectement à la gestion, au contrôle ou au capital de l'autre, ou lorsque la même personne participe directement ou indirectement à la gestion, au contrôle ou au capital des deux sociétés [21]. À nos yeux, cette condition est suffisante pour indiquer que le critère de l'«influence certaine» est rempli en l'espèce. En toute hypothèse, chacune des affaires pilotes met en cause une filiale résidente au Royaume-Uni qui est la pro-

18 — Directive du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO L 178, p. 5).

19 — Arrêt du 13 avril 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787, point 22). Même s'il est vrai que cette affaire concernait une participation détenue par un ressortissant d'un État membre, et non par une société, le principe s'applique aussi aux sociétés établies dans cet État. Voir, également, l'article 58, paragraphe 2, CE, qui prévoit que la libre circulation des capitaux «ne préjuge pas la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec le présent traité».

20 — Voir article 209, paragraphe 2, sous da), de la TA.

21 — Annexe 28AA(1)(1)(b) de la TA.

priété, directe ou indirecte, à au moins 75 % d'une société mère non-résidente ou d'une autre société non-résidente, qui est également contrôlée, directement ou indirectement, à 75 % par la société mère. De fait, on pourrait dire que, tant qu'elle est fondée sur le libellé exprès de la législation britannique, la conclusion que l'article 43 CE s'applique est corroborée par ce qui est la raison d'être même des règles nationales en matière de sous-capitalisation et de prix de transfert, qui, comme nous l'avons observé ci-dessus, reposent sur l'idée qu'il peut, dans certaines circonstances, être avantageux pour la situation fiscale globale de groupes transfrontaliers de poursuivre, sur les termes ou la nature d'une transaction, un accord autre que celui qui serait passé dans des conditions de pleine concurrence. Cette idée n'est valable que dans des situations impliquant des groupes, c'est-à-dire lorsque les sociétés mères (et/ou celles qui font écran entre la société mère et la filiale indirecte) ont une influence certaine sur les filiales directes ou indirectes [22].

35. Partant, la législation britannique en cause doit être examinée au regard de sa compatibilité avec les règles du traité sur la liberté d'établissement. Cela signifie que l'article 49 CE, qui présuppose une présence non pas permanente, mais temporaire dans un autre État membre, n'est pas applicable [23]. En revanche, il est en principe possible d'appliquer les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux concurremment avec celles sur la liberté d'établissement [24]. À cet égard, nous renvoyons aux conclusions prononcées dans l'affaire Baars, où l'avocat général Alber a soutenu que, lorsque la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement sont toutes deux potentiellement d'application, la Cour doit déterminer laquelle de ces libertés est directement restreinte par les règles nationales. Ainsi, lorsque les deux libertés sont directement affectées, l'avocat général a estimé que les règles nationales doivent être examinées au regard de leur compatibilité avec les articles 43 CE et 56 CE. Par contre, en présence d'une atteinte directe à la liberté d'établissement, qui entraîne indirectement une réduction des flux de capitaux entre États membres en raison de l'obstacle mis à l'établissement, seules les dispositions relatives à la liberté d'établissement sont applicables [25]. Nous nous permettons respectueusement de nous rallier à ce raisonnement.

36. Pour appliquer ce critère à la présente affaire, nous observons que, même si l'exercice de leur droit d'établissement par des sociétés mères non-résidentes du Royaume-

22 — Voir, également, l'article 4, paragraphe 1, de la convention d'arbitrage, selon lequel l'application des règles relatives aux prix de transfert contenues dans cette convention est subordonnée à la condition qu'une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un autre État contractant ou que les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise d'un autre État contractant. Voir, dans le même sens, l'article 9, paragraphe 1, de la version révisée du modèle de convention de l'OCDE concernant les impôts sur le revenu et sur la fortune, avec les commentaires article par article, OCDE, Paris, 1977.

23 — Voir, par exemple, arrêt du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne (C-205/84, Rec. p. 3755).

24 — Arrêt du 14 novembre 1995, Svensson et Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955).

25 — Arrêt précité à la note 19, point 26. Voir, également, nos conclusions dans l'affaire Reisch e.a. (arrêt du 5 mars 2002, C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, Rec. p. I-2157, point 59).

Uni au moyen de la création d'une filiale résidente implique inévitablement un flux de capitaux vers le Royaume-Uni, dans la mesure de ce qui est nécessaire pour créer cette filiale, ce flux de capitaux n'est qu'une conséquence purement indirecte de cet établissement. Il s'ensuit que la législation britannique en cause doit être examinée uniquement au regard de sa compatibilité avec l'article 43 CE.

B — *La première question*

37. La première question vise à savoir si les articles 43 CE, 49 CE ou 56 CE s'opposent à ce qu'un État membre maintienne en vigueur et applique des dispositions telles que celles des articles 209 et 212 et de l'annexe 28AA de la TA de 1988, qui imposent des restrictions à la possibilité, pour une société résidente de cet État membre, de déduire, à des fins fiscales, des intérêts versés en rémunération de fonds empruntés à une société mère, directe ou indirecte, résidente d'un autre État membre, alors que la société emprunteuse n'aurait pas été soumise à de telles restrictions si la société mère avait été résidente de l'État de la société emprunteuse.

38. L'affaire pilote qui a donné lieu à cette question est celle du groupe Lafarge. Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous nous bornerons à examiner la législation en cause au regard de sa compatibilité avec l'article 43 CE.

39. Il est constant que, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire, qui inclut l'interdiction, énoncée à l'article 43 CE, de restreindre la création d'agences, de succursales ou de filiales, par des ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre [26]. L'article 43, deuxième alinéa, CE précise que la liberté d'établissement inclut la constitution et la gestion d'entreprises dans les conditions définies par la législation de l'État membre d'établissement pour ses propres ressortissants.

40. Ainsi que nous l'avons observé dans nos conclusions dans les affaires Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert et Morres, et Denkavit [27], l'article 43 CE s'applique lorsque la différence de traitement entre situations transfrontalière-

26 — Voir, par exemple, arrêt du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/05, Rec. p. I-10837, point 29 et jurisprudence citée).

27 — Voir nos conclusions du 23 février 2006 dans l'affaire Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, pendante devant la Cour), à partir du point 32); du 6 avril 2006 dans l'affaire Test Claimants in the FII Group Litigation, (C-446/04, pendante devant la Cour), à partir du point 37); du 6 avril 2006 dans l'affaire Kerckhaert et Morres, (C-513/04, pendante devant la Cour), points 18 et 19), du 27 avril 2006 dans l'affaire Denkavit International et Denkavit France (C-170/05, pendante devant la Cour), point 20.

res et situations purement internes n'est pas une conséquence directe et logique du fait que, au stade actuel de développement du droit communautaire, les obligations fiscales des redevables peuvent être différentes selon qu'il s'agit de situations transfrontalières ou de situations purement internes [28]. Cela signifie en particulier que, pour relever de l'article 43 CE, le traitement fiscal défavorable doit être le fruit d'une discrimination, directe ou occulte, résultant des règles propres à un système fiscal donné, et non simplement de disparités ou de la répartition des compétences fiscales entre les systèmes fiscaux de deux ou de plusieurs États membres ou encore de la coexistence d'administrations fiscales nationales (nous avons parlé à ce propos de «quasi-restrictions») [29].

41. Si nous appliquons ce critère à la présente affaire, la première question qui se pose est de savoir si les règles applicables au Royaume-Uni aboutissent, comme les parties demanderesses le soutiennent, à un traitement fiscal défavorable pour les filiales résidentes du Royaume-Uni, en raison du lieu du siège des sociétés qui les contrôlent directement ou indirectement. Dans l'affirmative, la question suivante est de savoir si ce traitement défavorable est exclusivement le résultat d'une quasi-restriction et échappe en conséquence au champ d'application de l'article 43 CE. Si tel n'est pas le cas, il restera à déterminer si le traitement fiscal défavorable est le résultat d'une discrimination et si cette discrimination peut être justifiée.

28 — Pour une analyse détaillée, voir points 31 à 54 de nos conclusions dans l'affaire Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, précitée.

29 — Ibidem, point 55; voir également nos conclusions dans l'affaire Denkavit, précitée, point 20.

1. Traitement fiscal défavorable des filiales résidentes du Royaume-Uni, fondé sur le lieu du siège des sociétés qui les contrôlent directement ou indirectement?

42. Il nous semble clair que, dans les versions qui ont été en vigueur jusqu'en 2004, les règles litigieuses conduisaient, par la différence de traitement fiscal qu'elles prévoyaient, à défavoriser les filiales résidentes de sociétés mères non-résidentes par rapport aux filiales résidentes n'ayant que des sociétés mères résidentes.

43. En premier lieu, la différence de traitement fiscal concernait bien les filiales résidentes du Royaume-Uni et elle était basée sur le lieu du siège de leurs sociétés mères. Ainsi:

— Sous l'empire des règles applicables jusqu'en 1995, les intérêts payés par une société — que ce soit à un prêteur résident ou à un prêteur non-résident — étaient en principe traités comme une distribution de bénéfices si et dans la mesure où ils excédaient le montant d'une rémunération commerciale raisonnable [30]; en revanche, lorsqu'ils étaient versés à une société non-résidente membre du même groupe de sociétés, ces intérêts étaient toujours

30 — Article 209, paragraphe 2, sous d), de la TA.

traités comme une distribution de bénéfices [31]. En d'autres termes, les intérêts versés à un prêteur non-résident n'étaient jamais traités fiscalement comme tels.

— Sous l'empire des règles applicables entre 1995 et 1998, la disposition assimilant à des bénéfices distribués les intérêts versés à un membre du même groupe de sociétés, lorsqu'ils dépassaient ce qui aurait été payé dans des conditions de pleine concurrence [32], ne s'appliquait pas lorsque le payeur et le bénéficiaire étaient tous deux assujettis à l'impôt britannique sur les sociétés [33]. (Bien évidemment, c'est lorsque le bénéficiaire a été juridiquement constitué ou opère principalement dans un État membre autre que le Royaume-Uni que la différence de traitement fondée sur son assujettissement ou non à l'impôt britannique sur les sociétés sera le plus susceptible de revêtir une pertinence.)

— Sous l'empire des règles applicables entre 1998 et 2004, les intérêts versés entre sociétés d'un même groupe tombaient sous le coup des règles générales établies par le Royaume-Uni en matière de prix de transfert [34]. Toutefois, les conditions convenues dans le cadre d'une transaction étaient réputées n'apporter aucun avantage potentiel à l'une des parties concernées, notamment lorsque l'autre partie à la transaction était assujettie à l'impôt britannique sur le revenu ou sur les sociétés (et si certaines autres conditions étaient également remplies) [35].

44. Toutefois, la loi de finances 2004 a modifié cette distinction en ce sens que les règles britanniques relatives aux prix de transfert s'appliquent désormais également lorsque les deux parties à la transaction sont assujetties à l'impôt britannique. Cela avait évidemment pour but et cela a eu pour effet de supprimer la différence de traitement décrite ci-dessus (même si, comme nous l'observons ci-après, cela a pu aboutir à étendre l'application de la législation en cause à des cas de figure étrangers à sa raison d'être). Le résultat est que, depuis 2004, la législation du Royaume-Uni ne relève plus du champ d'application de l'article 43 CE: les développements qui suivent s'appliquent donc uniquement à la législation qui était en vigueur jusqu'à cette date.

45. En second lieu, le traitement appliqué aux filiales liées aux sociétés non-résidentes du même groupe était clairement défavorable sur le plan fiscal. Du point de vue de la

31 — Article 209, paragraphe 2, sous e), point iv), de la TA.

32 — Article 209, paragraphe 2, sous da), de la TA.

33 — Article 212, paragraphes 1 et 3, de la TA, dans sa version modifiée.

34 — Annexe 28AA de la TA.

35 — Annexe 28AA(5)(2) de la TA.

filiale, le fait de requalifier (tout ou partie) des versements d'intérêts en distribution de bénéfices interdisait la déduction de ces versements du bénéfice imposable, de sorte que, toutes choses égales par ailleurs, les impôts qu'elle devrait payer au Royaume-Uni seraient plus élevés qu'ils ne l'auraient été en l'absence de requalification. En outre, dans les cas où le système britannique de l'impôt anticipé sur les sociétés s'appliquait encore (ce système a été aboli en 1999), la requalification signifiait que la filiale pourrait être tenue de payer l'impôt anticipé au moment où elle effectuait la «distribution».

46. À cet égard, le Royaume-Uni soutient que, dans la mesure où le critère de différenciation est la nationalité ou la résidence non pas de la filiale britannique, mais de la société mère, il ne saurait être question d'une distinction en raison de la nationalité au sens de l'article 43 CE. En outre, à supposer que la législation en cause soit de nature à dissuader des sociétés mères d'établir des filiales au Royaume-Uni lorsqu'elles le souhaitent, le Royaume-Uni affirme qu'une telle possibilité n'est pas une conséquence suffisamment directe et certaine de sa législation pour faire tomber celle-ci sous le coup de l'article 43 CE, par analogie avec la jurisprudence Keck et Mithouard (arrêt du 24 novembre 1995, C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097), relative à la libre circulation des marchandises. Selon le Royaume-Uni, il n'y avait aucun obstacle pratique à ce que des sociétés mères non-résidentes du Royaume-Uni créent des établissements secondaires dans ce pays, de même qu'il n'y a pas de preuve que les parties demanderesses aient réellement été dissuadées de créer un tel établissement. De fait, le Royaume-Uni affirme vouloir encourager de tels investissements sur son territoire. Sa législation aurait pour but de garantir l'égalité de traitement entre toutes les filiales résidentes en comblant une lacune dont ne pouvaient bénéficier que les groupes transfrontaliers, à l'exclusion des groupes purement britanniques.

47. Aucun de ces arguments ne nous paraît convaincant. Premièrement, le fait que la différence de traitement est fondée sur la résidence non de la filiale, mais de sa société mère, ne signifie pas qu'elle ne puisse constituer une différence de traitement pertinente aux fins de l'article 43 CE. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans des affaires comme Metallgesellschaft e.a. et Lankhorst-Hohorst, le champ d'application de l'article 43 CE englobe une législation qui établit une différence de traitement entre filiales résidentes du Royaume-Uni selon que la société mère a ou non son siège dans ce pays, lorsque cette différence de traitement conduit à accorder un avantage fiscal aux filiales dont les sociétés mères sont résidentes [36]. Deuxièmement, en ce qui concerne le prétendu effet indirect de la législation britannique sur les décisions des sociétés mères non-résidentes de créer une filiale au Royaume-Uni, nous observons que, pour que l'article 43 CE soit d'application, il suffit de la preuve d'une différence de traitement pertinente et d'un avantage fiscal. Il n'y a aucune obligation de prouver que des sociétés non-

36 — Voir, notamment, arrêts du 8 mars 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727, points 43 et 44), et Lankhorst-Hohorst, précité à la note 2, points 27 à 32.

résidentes données ont véritablement été dissuadées par la législation en question d'exercer leur droit d'établissement.

48. Nous ajouterons qu'il ne nous semble pas que la jurisprudence Keck Mithouard, développée en matière de libre circulation des marchandises, puisse être appliquée sans plus à l'examen de la compatibilité de mesures nationales d'imposition directe avec l'article 43 CE [37]. En particulier, ainsi que nous l'avons exposé dans nos conclusions dans l'affaire Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, la notion de «restrictions» indistinctement applicables utilisée dans la jurisprudence générale de la Cour en matière de libre circulation ne peut être valablement transposée telle quelle à la sphère des impôts directs. Comme les critères pour établir la compétence fiscale sont généralement basés sur la nationalité ou la résidence, la question est bien plutôt de savoir si l'imposition nationale directe revêt un caractère indirectement ou directement discriminatoire ou si elle constitue une «quasi-restriction» au sens décrit ci-dessus [38].

49. Cela ne veut nullement dire que la gravité de l'effet sur l'exercice de la libre circulation ne puisse être prise en compte à aucun stade de l'évaluation de la compatibilité avec l'article 43 CE. Cette gravité peut jouer un rôle important lors de l'analyse relative à la justification, et en particulier lors de l'examen de la proportionnalité de la mesure.

2. Le traitement fiscal défavorable est-il le résultat d'une quasi-restriction?

50. La question suivante est de savoir si le traitement fiscal défavorable appliqué aux filiales résidentes du Royaume-Uni qui sont contrôlées, directement ou indirectement, par une société non-résidente découle exclusivement de quasi-restrictions, c'est-à-dire de restrictions causées par des disparités entre systèmes fiscaux nationaux ou par la répartition des compétences fiscales entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux d'États membres différents (auquel cas l'article 43 CE ne s'applique pas), plutôt que d'une discrimination due aux règles d'un système fiscal donné.

51. À cet égard, le Royaume-Uni soutient que les règles attaquées visaient uniquement à répartir la compétence d'imposition entre lui-même et les pays avec lesquels il avait passé des CDI. Selon lui, il découle du raisonnement appliqué par la Cour dans l'affaire Gilly [39] que l'article 43 CE ne s'applique pas du tout en l'espèce: cet article s'appliquerait uniquement à l'exercice des

37 — Arrêt précité au point 46 des présentes conclusions.

38 — Arrêt précité à la note 27, à partir du point 32.

39 — Arrêt du 12 mai 1998 (C-336/96, Rec. p. I-2793).

pouvoirs nationaux d'imposition, non à leur répartition. En particulier, le Royaume-Uni soutient que les règles en cause reflétaient la répartition négociée dans le cadre des CDI applicables, dans la mesure où toutes les CDI qu'il a conclues avec d'autres États membres contiendraient une disposition permettant aux autorités compétentes respectives d'accepter un ajustement compensatoire, par lequel toute hausse des bénéfices imposables au Royaume-Uni a sa contrepartie dans une réduction d'un montant égal des bénéfices imposables du prêteur dans le pays où il est établi.

52. Cet argument ne nous convainc pas.

53. Il est vrai que, comme nous l'avons observé dans nos conclusions dans l'affaire Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation [40], au stade actuel du droit communautaire, le pouvoir de choisir des critères en matière de compétence d'imposition et de répartir celle-ci (par ordre de priorité) appartient exclusivement aux États membres (dans le cadre tracé par le droit fiscal international). La Cour l'a admis à maintes occasions, en particulier dans les arrêts Gilly et D [41]. À l'heure actuelle, le droit communautaire n'offre ni critère de substitution ni base pour établir de tels critères. De plus, la nécessité de répartir entre les États membres la compétence pour imposer le revenu d'opérateurs économiques transfrontaliers (scission de l'assiette d'imposition) est une conséquence inéluctable du fait que les systèmes d'imposition directe sont nationaux: les restrictions découlant d'une telle répartition doivent effectivement être considérées comme des quasi-restrictions étrangères au champ d'application de l'article 43 CE.

54. À nos yeux cependant, les règles litigieuses vont au-delà d'une simple répartition de la compétence entre le Royaume-Uni et les pays avec lesquels il a passé des CDI. Avant 1998, ces règles imposaient en substance la requalification en distribution de bénéfices des prêts accordés par les sociétés mères étrangères à leurs filiales du Royaume-Uni (sauf clause contraire contenue dans une CDI, cette requalification a été systématique jusqu'en 1995; après 1995, elle a été requise lorsque les intérêts excédaient ce qui aurait normalement été payé dans des conditions de pleine concurrence). Cela représente à nos yeux un choix strictement unilatéral fait par le Royaume-Uni quant à la façon dont il souhaite qualifier des transactions à des fins fiscales, pour organiser sa fiscalité et prévenir les abus; autrement dit, le Royaume-Uni a choisi de la sorte la façon dont il souhaite exercer ses pouvoirs d'imposition. Cet objectif de base des règles concernées est clair, peu importe qu'il figure dans des lois nationales ou, comme cela a pu arriver avant 1995, dans une CDI. En outre, ce choix unilatéral a été fait dans le contexte d'un choix unilatéral antérieur, par lequel le même Royaume-Uni a décidé de faire une différence entre le

40 — Affaire précitée à la note 27, points 48 à 54.

41 — Arrêts Gilly, précité à la note 39, et du 5 juillet 2005 (C-376/03, Rec. p. I-5821).

traitement fiscal des intérêts versés (traités en droit britannique comme des versements déductibles effectués avant impôt) et les distributions de bénéfices (traités en droit britannique comme des versements non déductibles, effectués après impôt). De manière similaire, même si à compter de 1998 le Royaume-Uni a traité la question de la sous-capitalisation en lui appliquant la réglementation générale relative aux prix de transfert, plutôt qu'une législation spécifique, cela n'en demeure pas moins un choix unilatéral de traiter certaines transactions conclues entre sociétés du même groupe comme si elles avaient été conclues entre entreprises indépendantes, pour éviter que la législation fiscale ne soit tournée.

55. Nous ajouterons que le fait que de telles pratiques sont peut-être admises en droit fiscal international ne signifie pas nécessairement qu'elles doivent être assimilées à une règle de répartition de la compétence d'imposition ni qu'elles soient conformes à l'article 43 CE [42].

56. Cette analyse n'est en rien altérée par l'argument du Royaume-Uni selon lequel les CDI qu'il a conclues avec les États membres contiendraient des dispositions imposant au cocontractant de fournir une compensation pour toute requalification effectuée par les autorités britanniques. Il nous semble que de telles clauses visent à réduire, par le truchement d'une CDI bilatérale, la double imposition susceptible d'être provoquée par les règles britanniques unilatérales en matière de requalification (par exemple, pour éviter des cas où le Royaume-Uni requalifierait un versement d'intérêts en distribution, alors que l'État du siège de la société mère continuerait d'y voir un versement d'intérêts). Elles ne démentent pas le caractère unilatéral de la règle nationale sans laquelle la stipulation de la CDI n'aurait pas lieu d'être. Toutefois, comme nous l'avons observé dans nos conclusions dans les affaires Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation et Denkavit International et Denkavit France [43] et comme nous l'analyserons ci-après, l'effet de ces clauses de CDI sur la situation d'un contribuable donné devrait être pris en compte au moment de déterminer si la législation d'un État membre est discriminatoire, en particulier lorsqu'il y a en réalité entre les résidents et les non-résidents une différence effective de traitement aboutissant à un désavantage sur le plan fiscal.

57. Partant, le traitement fiscal défavorable que la réglementation britannique applique aux filiales résidentes contrôlées par des sociétés non-résidentes, par rapport à celles qui sont contrôlées par des sociétés résidentes, doit être considéré non pas simplement comme une quasi-restriction, mais comme

42 — Voir, par exemple, nos conclusions dans les affaires Kerkhaert et Morres, précitée à la note 27, point 37, et Denkavit International et Denkavit France, précitée à la note 27, point 43.

43 — Conclusions dans les affaires Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, précitée à la note 27, à partir du point 70, et Denkavit International et Denkavit France, précitée à la note 27, à partir du point 33.

une différence de traitement résultant exclusivement des règles propres à un système fiscal donné.

3. Le traitement fiscal défavorable est-il le résultat d'une discrimination?

58. La dernière question est de savoir si le traitement fiscal défavorable peut être considéré comme le résultat d'une discrimination. La Cour a défini la discrimination comme l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien comme l'application de la même règle à des situations différentes, sauf lorsque cette différenciation est justifiée [44].

59. Comme nous l'avons déjà observé, avant les changements intervenus en 2004, le Royaume-Uni appliquait des règles fiscales particulières et plus défavorables aux filiales résidentes contrôlées par des sociétés non-résidentes. Il y a donc manifestement eu une différence de traitement pour des entreprises se trouvant dans une situation comparable; le Royaume-Uni ne l'a d'ailleurs pas contesté dans ses observations. De par sa nature et de par sa portée, la compétence fiscale exercée par le Royaume-Uni sur des filiales résidentes contrôlées par des sociétés non-résidentes était en principe la même que celle exercée sur les filiales résidentes de sociétés résidentes. Dans l'exercice de cette compétence, l'article 43 CE imposait donc au Royaume-Uni de ne pas faire de différence entre les filiales résidentes du Royaume-Uni sur la seule base du lieu du siège de la société les contrôlant. À première vue, le Royaume-Uni n'a pas respecté cette obligation.

60. Toutefois, il est loisible au Royaume-Uni de prouver que cette différence de traitement était justifiée. Pour ce faire, il devra établir que 1) sa législation poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, 2) qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et 3) qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif [45].

61. À cet égard, le Royaume-Uni soutient que sa législation poursuivait de façon mesurée des objectifs politiques légitimes, qui peuvent ressortir notamment à la cohésion du régime fiscal (comme dans l'arrêt Bachmann [46]), à la prévention de l'évasion fiscale (comme dans l'arrêt ICI [47]) ou à la

44 — Voir, notamment, arrêt du 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651 et jurisprudence citée).

45 — Arrêt Marks & Spencer, précité à la note 26, point 35.

46 — Arrêt du 28 janvier 1992 (C-204/90, Rec. p. I-249).

47 — Arrêt du 16 juillet 1998 (C-264/96, Rec. p. I-4695).

nécessité d'empêcher les montages purement artificiels dont le but est de contourner la loi fiscale nationale. En substance, il estime que ces objectifs peuvent être regroupés sous l'objectif légitime d'assurer un traitement fiscal juste et cohérent, en particulier en imposant l'activité économique de la société emprunteuse dans le pays où elle s'est déroulée. Nous examinerons ces justifications à tour de rôle.

a) Justification fondée sur la lutte contre les pratiques abusives

62. La Cour a maintes fois reconnu qu'en principe les États membres peuvent adopter des mesures d'imposition directe qui seraient normalement considérées comme discriminatoires, lorsqu'elles sont justifiées par la volonté de prévenir les abus de droit (même si, à ce jour, elle n'a jamais retenu qu'aucune mesure nationale fût justifiée à ce titre). Cela est illustré en dernier lieu par l'arrêt Marks & Spencer, où la Cour a jugé qu'en principe une règle nationale limitant la déduction des pertes transfrontalières pouvait être justifiée par le risque d'évasion fiscale, en particulier par le risque que des transferts de pertes soient organisés au sein d'un groupe de sociétés en direction des sociétés établies dans les États membres appliquant les taux d'imposition les plus élevés et dans lesquels, par conséquent, la valeur fiscale des pertes est la plus importante [48]. La reconnaissance de cette justification se manifeste également dans les arrêts Lankhorst-Hohorst, X & Y, et ICI [49], ainsi que dans l'arrêt Leur-Bloem (sur la directive relative aux fusions), dans l'arrêt Halifax e.a. (sur les impôts indirects) et dans de nombreux autres arrêts prononcés sur des matières autres que fiscales [50].

63. La raison qui sous-tend l'acceptation d'une telle justification est la suivante. En principe, il est parfaitement légitime, et même fondamental du point de vue de la notion de marché intérieur, que les contribuables veuillent régler leurs affaires fiscales (transfrontalières) de la manière la plus avantageuse pour eux [51]. Toutefois, cela n'est admissible que dans la mesure où les dispositions qu'ils prennent sont loyales et ne constituent pas un montage purement artificiel dont le but serait de contourner la loi nationale ou de faire un usage abusif de ses dispositions [52]. À titre d'exemple, la

48 — Arrêt précité à la note 26, points 49 et 50.

49 — Arrêts Lankhorst-Hohorst, précité à la note 2; du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), et ICI, précité à la note 47.

50 — Arrêts du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161, et du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, Rec. p. I-1609). Voir, également, arrêts du 12 mai 1998, Kefalas e.a. (C-367/96, Rec. 1998, p. I-2843), et du 14 décembre 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Rec. p. I-11569).

51 — Voir, notamment, arrêt Halifax e.a., précité à la note 50, au point 73. Voir, également, arrêt du 26 octobre 1999, Eurowings Luftverkehrs (C-294/97, Rec. p. I-7447): «Un éventuel avantage fiscal résultant, dans le chef des prestataires de services, de la fiscalité peu élevée à laquelle ils seraient soumis dans l'État membre dans lequel ils sont établis ne saurait permettre à un autre État membre de justifier un traitement fiscal moins favorable des destinataires des services établis dans ce dernier État [...] Ainsi que l'a à juste titre relevé la Commission, de tels prélèvements fiscaux compensatoires porteraient atteinte aux fondements mêmes du marché intérieur» (points 44 et 45).

52 — Voir, en particulier, les formules employées par la Cour dans les arrêts Lankhorst-Hohorst, précité à la note 2, et ICI, précité à la note 47.

simple circonstance qu'une société résidente crée un établissement secondaire dans un autre État membre ne saurait fonder une présomption générale de fraude ou d'évasion fiscales [53], même lorsque cet État pratique un niveau d'imposition relativement faible (voire applique un régime ressortissant à la notion de «mesure dommageable» au sens du code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises) [54].

64. Le problème suivant est de savoir si la législation britannique est apte à atteindre cet objectif. La réponse est clairement affirmative: si le but poursuivi par le Royaume-Uni est d'éviter que des groupes transfrontaliers ne qualifient abusivement et artificiellement de versement d'intérêts sur des prêts ce qui est en réalité une distribution de bénéfices, la requalification de ces versements en distribution constitue bien évidemment un moyen efficace de lutter contre de tels abus.

65. Enfin, il y a lieu de déterminer si la législation britannique est proportionnée à cet objectif et si elle est appliquée de façon proportionnée.

66. À cet égard, nous considérons que, sous réserve de sa formulation et de l'application dont elle peut faire l'objet, une législation visant à éviter la sous-capitalisation peut en principe être une mesure proportionnée de lutte contre les abus. Certes, puisque les sociétés ont le droit de structurer leurs affaires comme elles l'entendent, elles devraient en principe être autorisées à financer leurs filiales par voie d'endettement ou par des fonds propres. Toutefois, cette faculté atteint ses limites là où le choix exercé par la société peut être assimilé à un abus de droit. Il nous semble que le principe de pleine concurrence («arm's length principle»), reconnu par le droit fiscal international comme le moyen approprié pour éviter les manipulations artificielles de transactions transfrontalières, est a priori un point de départ valide pour évaluer si une transaction a ou non un caractère abusif. Pour reprendre l'analyse faite par la Cour en matière d'impôts indirects et dans d'autres domaines non fiscaux, le critère de pleine concurrence représente dans ce contexte un élément objectif au moyen duquel il sera possible d'évaluer si le but essentiel de la transaction en cause est constitué par l'obtention d'un avantage fiscal [55]. Qui plus est, il nous semble légitime, voire digne d'encouragement, que les États membres fixent certains critères raisonnables à l'aune desquels ils mesureront la conformité d'une transaction au principe de pleine concurrence et que, si cette conformité fait défaut, ils présument que la transaction revêt un caractère abusif, sauf

53 — Voir conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, précitée à la note 2, points 53 et 56. Voir, également, arrêt X et Y, précité à la note 49, point 62.

54 — Voir conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, précitée à la note 2, point 54.

55 — Voir arrêt Halifax e.a., précité à la note 50, point 86.

preuve du contraire [56]. La fixation de tels critères nous semble être dans l'intérêt de la sécurité juridique des redevables ainsi que de l'applicabilité pratique de la réglementation pour les autorités fiscales. Cette approche s'oppose notamment au recours à un critère unique applicable dans tous les cas — par exemple un ratio emprunts/capitaux propres — qui interdirait la prise en compte de toute autre circonstance.

67. Cependant, la formulation et l'application pratique d'un tel critère doivent également être conformes aux exigences de la proportionnalité. Cela signifie à nos yeux que:

— le contribuable doit garder la possibilité de montrer que, même si la transaction a été conclue dans des conditions qui n'étaient pas de pleine concurrence, sa conclusion était néanmoins commandée par de véritables raisons commerciales, autres que l'obtention d'un avantage fiscal. En d'autres termes, ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'arrêt Halifax e.a., «l'interdiction de pratiques abusives n'est pas pertinente lorsque les opérations en cause sont susceptibles d'avoir une justification autre que la simple obtention d'avantages fiscaux» [57]. On pensera volontiers dans ce contexte à la situation dans l'affaire Lankhorst-Hohorst, où l'objectif du prêt était, ainsi que la Cour l'a reconnu, de sauver la filiale en réduisant ses dépenses et en économisant sur les charges en intérêts bancaires. Toutefois, des situations de ce genre (où une transaction n'a pas été conclue dans des conditions de concurrence, mais est cependant dépourvue de caractère abusif et n'avait pas pour objectif exclusif d'obtenir un avantage fiscal) sont sans doute relativement exceptionnelles [58];

— lorsque le contribuable invoque de telles raisons commerciales, leur validité doit être évaluée au cas par cas, pour voir si ces transactions doivent être considérées comme purement artificielles et destinées uniquement à obtenir un avantage fiscal;

— les renseignements exigés du contribuable pour réfuter la présomption ne doivent pas être disproportionnés ni rendre cette réfutation excessivement difficile ou impossible;

56 — Ce cas de figure peut être distingué d'affaires comme celle qui a donné lieu à l'arrêt Kefalas e.a. (précité à la note 50, à partir du point 26), où la Cour a jugé contraire au droit communautaire l'application d'une présomption de pratique abusive, parce que le contribuable n'avait pas eu un comportement déterminé [à savoir l'exercice d'un droit préférentiel au titre de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article [48], deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO 1977, L 26, p. 1)]. Dans de tels cas de figure, le facteur donnant lieu à la présomption ne peut — contrairement au critère de pleine concurrence dont il s'agit ici — être considéré comme un facteur objectif permettant d'évaluer si le but essentiel de la transaction en cause était constitué par l'obtention d'un avantage fiscal.

57 — Arrêt précité à la note 50, points 74 et 75.

58 — Arrêt précité à la note 2.

— lorsque les paiements ont un caractère abusif avéré (distribution déguisée) au sens ci-dessus, seule la fraction des paiements qui dépasse ce qui aurait été convenu en application du principe de pleine concurrence devrait être requalifiée en distribution et imposée en conséquence dans l'État du siège de la filiale;

— le résultat de cet examen doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel [59].

68. Nous ne croyons pas non plus que, pour se conformer à l'article 43 CE, les États membres doivent nécessairement étendre la législation relative à la sous-capitalisation à des situations purement internes, où les risques d'abus sont absents. Nous trouvons extrêmement regrettable que le manque de clarté quant à la portée de la justification des infractions à l'article 43 CE par la lutte contre les pratiques abusives ait conduit à une situation où les États membres, ne sachant plus dans quelle mesure ils peuvent adopter des législations anti-abus qui sont à première vue «discriminatoires», ont jugé nécessaire, par précaution, d'étendre le champ d'application de leurs textes à des situations purement internes, dans lesquelles il n'y a aucun risque d'abus [60]. Une telle extension de la portée de la législation à des situations qui n'ont rien à voir avec sa raison d'être, et ce à des fins purement formalistes et au prix d'une charge administrative supplémentaire considérable pour les entreprises nationales et les autorités fiscales, est totalement inutile, voire contre-productive en termes d'efficacité économique. En tant que telle, elle va à l'encontre des principes du marché interne.

69. Nous ralliant sur ce point à la Commission, nous ajouterons que, pour que l'application des règles relatives à la sous-capitalisation soit proportionnée à leur objectif, l'État membre qui les applique doit veiller, par le truchement de CDI, à ce que la requalification de la transaction sur son territoire fiscal soit contrebalancée par une requalification équivalente, mais de signe opposé (c'est-à-dire en perception de dividendes, au lieu de perception d'intérêts), dans l'État membre du siège de la société mère. Négliger cet équilibre irait, à nos yeux, au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but des règles relatives à la sous-capitalisation et imposerait une charge disproportionnée (double imposition) au groupe dans son ensemble. Nous avons déjà observé dans d'autres circonstances que l'effet des CDI sur la situation d'un contribuable doit être pris en compte pour déterminer la compatibilité d'une législation nationale avec l'article 43 CE [61]. Cela ne

59 — Arrêt Leur-Bloem, précité à la note 50, point 41.

60 — À titre d'exemple, nous pouvons citer l'extension des règles allemandes en matière de sous-capitalisation à des situations purement internes à la suite de l'arrêt Lankhorst-Hohorst, précité à la note 2.

61 — Voir nos conclusions dans les affaires précitées à la note 27 Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, à partir du point 71, et Denkavit International et Denkavit France, à partir du point 33.

signifie cependant pas que, en cas d'action introduite pour violation de l'article 43 CE, on puisse exciper que l'autre État partie à la CDI a violé ses obligations au titre de cette convention en négligeant de traiter les paiements reçus par la société mère d'une façon qui soit en accord avec la requalification opérée au Royaume-Uni [62].

70. Il s'ensuit que le libellé de la législation relative à la sous-capitalisation et la façon dont elle s'applique dans la pratique sont des éléments cruciaux pour déterminer si cette législation satisfait au critère de proportionnalité.

71. À titre d'exemple, dans la seule autre affaire à ce jour dans laquelle la Cour ait examiné une législation nationale en matière de sous-capitalisation, à savoir l'affaire Lankhorst-Hohorst, la législation allemande contestée prévoyait que les paiements étaient requalifiés si le montant du prêt dépassait trois fois la valeur de la participation de l'actionnaire (soit un critère fixe), cette présomption ne pouvant être réfutée que si la filiale «avait la possibilité d'obtenir ces capitaux externes dans des conditions par ailleurs identiques auprès de tiers ou si les capitaux externes représentent un emprunt destiné à financer des opérations bancaires ordinaires» [63]. Autrement dit, comme nous l'avons observé ci-dessus, il était exclu de réfuter la présomption dans des cas où, même sans abus, le prêt ne satisfaisait pas au critère législatif (comme dans l'affaire précitée, où la Cour a déclaré que le prêt avait été accordé pour aider une filiale réalisant des pertes en réduisant la charge en intérêts résultant d'un prêt bancaire, et ce dans des circonstances où la perte excédait largement le montant des intérêts versés à la société mère). Par ailleurs, il semble que la législation nationale allemande ait eu pour effet de requalifier non pas seulement la fraction du paiement excédant ce qui aurait été versé dans des conditions de pleine concurrence, mais la totalité du paiement effectué par la filiale à la société mère. Enfin, il semble, d'après les termes de l'arrêt, qu'aucun mécanisme passant par les CDI ne permettait de veiller à ce que, pour éviter la double imposition, les autres États membres parties à la convention fassent en sorte de contrebalancer les requalifications appliquées aux intérêts en Allemagne.

72. Ainsi que le Royaume-Uni le note dans ses observations, la situation dans le cadre de la législation britannique en cause en l'espèce était (et reste) différente à bien des égards.

73. En ce qui concerne tout d'abord la législation britannique applicable jusqu'en 1995, tout intérêt — qu'il soit versé à un prêteur résident ou non-résident — excédant une rémunération commerciale raisonnable du prêt était considéré comme une distribution de bénéfices pour la fraction qui

62 — Voir, par exemple, conclusions dans l'affaire Denkavit International et Denkavit France, précitée à la note 27, point 43.

63 — Arrêt précité à la note 2, point 3.

excédait une telle rémunération [article 209, paragraphe 2, sous d), de la TA]. Toutefois, les intérêts payés à un prêteur non-résident membre du même groupe de sociétés [autres que les intérêts déjà qualifiés de distribution au titre de l'article 209 paragraphe 2, sous d)] étaient en toute hypothèse traités comme une distribution de bénéfices [64]. Cette disposition était clairement disproportionnée, dans le sens que nous avons indiqué ci-dessus, et ce pour deux raisons. Premièrement, un prêt accordé à une filiale britannique par une société mère résidente d'un autre État membre était toujours requalifié en distribution de bénéfices, sans évaluation de sa conformité au principe de pleine concurrence. Deuxièmement, il n'y avait aucune possibilité pour une telle filiale de prouver que le prêt avait été accordé pour des raisons commerciales légitimes et non abusivement, pour obtenir un avantage fiscal. Cette règle sans nuances allait au-delà de ce qui était raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de la législation du Royaume-Uni.

74. Le Royaume-Uni soutient cependant que les CDI qu'il a conclues avec d'autres États membres ont eu pour effet de rendre l'intérêt déductible, sauf si son taux était excessif et dans la mesure où il l'était. L'intérêt était excessif si, dans le cas des CDI plus anciennes fondées sur le modèle de 1963 de l'OCDE [65], le taux d'intérêt dépassait ce qui était commercial, compte tenu du montant de la dette, ou, dans le cas des CDI plus récentes fondées sur des modèles ultérieurs de l'OCDE [66], si le montant de l'intérêt excédait, pour quelque raison que ce fût, ce qui serait payé dans des conditions de pleine concurrence, parce que soit le taux, soit le montant du prêt n'était pas commercial. Par ailleurs, en ce qui concerne la deuxième catégorie de CDI, l'article 808 A de la TA a, à partir de 1992, fourni des orientations quant aux circonstances dans lesquelles le montant d'un prêt ou le taux d'intérêt doivent être considérés comme excédant ce qui aurait été convenu dans des conditions de pleine concurrence. Ces orientations imposaient de tenir compte de tous les facteurs au moment d'évaluer la conformité au principe de pleine concurrence, y compris de la question de savoir si le prêt aurait été accordé en l'absence de relations spéciales (entre le prêteur et l'emprunteur), du montant qui aurait été prêté sans de telles relations et du taux ainsi que des autres conditions qui auraient alors été appliquées [67].

75. Pour chacune de ces catégories, le libellé des CDI nous semble en principe proportionné à l'objectif de lutte contre les pratiques abusives affirmé dans la législation du Royaume-Uni. L'évaluation se base dans chaque cas en substance sur le principe de pleine concurrence. Il n'y a aucun critère fixe (tel qu'un ratio emprunts/capitaux propres fixe), énoncé en termes absolus, pour dire ce qui est permissible: chaque catégorie permet,

64 — Article 209, paragraphe 2, sous e), iv) et v), de la TA.

65 — Par exemple, les CDI conclues avec le Grand-Duché de Luxembourg, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne et la République d'Autriche.

66 — Par exemple, les CDI conclues avec le Royaume des Pays-Bas, la République française et la République italienne.

67 — Article 808 A, paragraphe 2, de la TA.

au vu des termes employés, de prendre en compte les circonstances de chaque cas particulier au moment de déterminer ce qu'il faut considérer comme commercial. En outre, seule la fraction excédentaire (par rapport à ce qui aurait été payé dans des conditions de pleine concurrence) du paiement transfrontalier est requalifiée en distribution. En principe, donc, de telles dispositions sont a priori justifiées au titre de l'article 43 CE. Cette conclusion s'entend cependant sous réserve des conditions ci-après, dont la vérification incombe à la juridiction nationale.

76. Premièrement, le contribuable doit avoir reçu l'occasion de démontrer, sans être soumis à une charge excessive pour cela, qu'une transaction a en fait été réalisée pour des raisons authentiquement commerciales, autres que la volonté d'obtenir un avantage fiscal. Même si, comme nous l'avons observé ci-dessus, les circonstances dans lesquelles cette démonstration est possible seront sans doute relativement limitées (un exemple étant l'aide accordée par la société mère à sa filiale déficitaire), les exemples de CDI présentés à la Cour ne nous permettent pas de dire avec certitude si la possibilité existait dans le cadre du système britannique. C'est un point qu'il appartiendra à la juridiction nationale de clarifier, sur la base des faits qui lui ont été soumis.

77. Deuxièmement, cette analyse est fondée uniquement sur le libellé formel des CDI soumis à la Cour. Si, à titre d'exemple, les autorités du Royaume-Uni appliquaient ces dispositions en pratique comme s'il s'agissait d'une règle absolument inflexible, sans tenir compte des circonstances du cas particulier et sans véritable possibilité pour le contribuable de présenter son point de vue et d'obtenir la prise en compte de ces circonstances [voire si lesdites autorités n'appliquaient pas du tout les dispositions de la CDI, mais l'article 209, paragraphe 2, sous e), iv) et v), de la TA] cela n'en resterait pas moins disproportionné. À cet égard, s'il faut saluer ce que la «procédure d'agrément préalable» — qui permet au contribuable d'établir sa situation avant que les dispositions relatives à la sous-capitalisation ne puissent lui être appliquées — apporte, dans l'intérêt d'une bonne administration, à la transparence et à la sécurité des régimes fiscaux des États membres, cette procédure n'est pas, à notre avis, un élément décisif pour se prononcer sur la compatibilité avec l'article 43 CE de règles nationales qui sont par ailleurs conformes au principe de proportionnalité. Nous observons qu'en l'espèce, les parties demanderesses au principal contestent l'efficacité et la fiabilité de la procédure d'agrément préalable invoquée par le Royaume-Uni à l'appui de son argumentation.

78. Troisièmement, l'analyse ne s'applique évidemment que dans la mesure où le Royaume-Uni a en fait conclu une CDI contenant une clause correspondante avec l'État membre en cause. La décision de renvoi ne précise pas le nombre de CDI similaires conclues entre le Royaume-Uni et des États membres.

79. Enfin, même dans les cas où de telles CDI sont applicables, la compatibilité des règles avec l'article 43 CE dépendra, comme nous l'avons observé ci-dessus, de la reconnaissance de la requalification faite au Royaume-Uni par l'autre État membre partie à la CDI (pour veiller en particulier à ce que la requalification n'entraîne pas de double imposition). Comme nous l'avons observé ci-dessus, le Royaume-Uni ne pourrait valablement exciper du fait que l'autre État contractant a violé ses obligations au titre de cette convention en ne traitant pas les paiements reçus par la société mère d'une façon tenant compte de leur requalification par le Royaume-Uni. Tout en constatant qu'en l'espèce le Royaume-Uni soutient qu'un tel ajustement a en fait presque toujours été effectué, nous estimons que c'est à la juridiction nationale qu'il appartient de vérifier si tel a effectivement été le cas dans l'affaire dont elle est saisie.

80. Nous ajouterons que, contrairement aux allégations des parties demanderesses, le fait que le critère national de requalification sur la base du principe de pleine concurrence, exposé dans l'article 209, paragraphe 2, sous d), de la TA, est peut-être différent du critère correspondant employé dans la CDI (et plus large que ce dernier) ne signifie pas en soi que les règles appliquées au Royaume-Uni auraient violé l'article 43 CE: comme nous l'avons observé ci-dessus, rien ne justifie de contraindre les États membres à mettre de ce point de vue sur un même plan les prêts intragroupe purement nationaux et les prêts intragroupe transfrontaliers. D'ailleurs, l'extension du champ de l'évaluation pour y inclure l'examen du point de savoir non seulement si le taux d'intérêt, mais également si le montant du prêt était conforme à des conditions commerciales normales nous semble parfaitement en accord avec l'objectif de lutte contre les pratiques abusives affirmé par la législation du Royaume-Uni, dans la mesure où accroître le montant d'un prêt jusqu'à lui donner des proportions non compatibles avec une décision commerciale peut en théorie constituer un moyen tout aussi efficace de «déplacer» l'imposition des profits vers un autre territoire fiscal.

81. Nous allons maintenant examiner la proportionnalité des amendements intervenus en 1995. Comme le Royaume-Uni le souligne, ces amendements ont en substance incorporé dans la législation le principe de pleine concurrence, qui s'appliquait auparavant en vertu de CDI. Ils prévoyaient notamment de requalifier en distribution les intérêts versés entre membres d'un même groupe, lorsque ces intérêts dépassaient ce qui aurait été versé dans des conditions de pleine concurrence [68]. Un prêt était réputé avoir été accordé autrement qu'en vertu du principe de pleine concurrence lorsque tout ou partie du prêt représentait un «montant qui n'aurait pas été payé à l'autre société si les sociétés avaient été des sociétés entre lesquelles il n'y avait, en dehors de ce que commandait les titres en question, aucune relation, aucun accord et aucun lien [...]» [69]. La législation contenait également une liste des critères à appliquer pour déterminer si le

68 — Article 209, paragraphe 2, sous da), de la TA.

69 — Article 209, paragraphe 2, sous da), ii), de la TA.

versement d'intérêts devait être assimilé à une distribution de bénéfices. Ces critères étaient: le niveau d'endettement global de l'emprunteur; la mesure dans laquelle on pouvait s'attendre à ce que l'emprunteur et un cocontractant soient parties à une transaction impliquant l'émission de titres par la société émettrice ou l'octroi d'un prêt, ou d'un prêt d'un montant déterminé, à cette société; le taux d'intérêt et toute autre condition susceptible de s'appliquer à une telle transaction.

82. A priori, pour des raisons similaires à celles discutées en ce qui concerne la situation antérieure à 1995, les termes de cette législation nous semblent en principe proportionnés à l'objectif poursuivi, sous réserve des quatre conditions essentielles que nous avons exposées ci-dessus. La requalification est explicitement fondée sur le principe de pleine concurrence, comme indiqué dans la liste des critères. Nul n'a prétendu en l'espèce que ces critères, et la façon dont la législation est libellée, ne refléteraient pas correctement le principe de pleine concurrence. Nous répétons une fois encore que le fait que les dispositions ne s'appliquent pas si le payeur et le bénéficiaire de l'intérêt sont tous deux soumis à l'impôt britannique sur les sociétés [70] ne signifie pas en lui-même que ces dispositions revêtent un caractère disproportionné.

83. Les mêmes considérations très exactement s'appliquent à l'examen de la proportionnalité des amendements de 1998, qui incluent la question de la sous-capitalisation dans le domaine d'application des règles générales relatives aux prix de transfert. Le point de référence est derechef le critère de la pleine concurrence, reflété ici dans l'expression «différents de ce qu'ils auraient été si les sociétés n'avaient pas été sous contrôle commun». Là encore, il y a lieu d'appliquer les mêmes conditions que celles exposées ci-dessus.

84. Certes, le Royaume-Uni a modifié ses règles en matière de prix de transfert en 2004, pour les étendre aux cas où les deux parties à la transaction sont assujetties à l'impôt britannique, mais, comme nous l'avons déjà souligné, ce n'est en rien indispensable pour que les règles soient conformes à l'article 43 CE.

b) Justification par des raisons de cohésion fiscale?

85. Une autre justification invoquée par le Royaume-Uni est que la législation litigieuse serait nécessaire pour garantir la cohésion du système fiscal. Selon le Royaume-Uni, sa législation avait pour but de veiller à ce que les distributions occultes soient imposées une seule fois et sur le territoire fiscal

70 — Article 212, paragraphes 1 et 3, de la TA.

approprié (là où les bénéfices étaient générés). En outre, le Royaume-Uni soutient que, si l'on considère la cohésion fiscale au niveau du groupe de sociétés et à l'échelon communautaire, l'application de ses règles en matière de sous-capitalisation garantissait la cohésion en veillant à ce que les bénéfices ne puissent être «exportés» en utilisant un dispositif artificiel, pour être imposés là où ils n'avaient pas été réalisés.

86. Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur cet argument, tant il est vrai que, appliqué dans le présent contexte, il soulève, à nos yeux, très précisément les mêmes questions, avec les mêmes limitations, que les arguments discutés ci-dessus au sujet de la justification par des raisons tenant à la lutte contre les pratiques abusives.

87. Il offre néanmoins l'occasion de formuler quelques observations générales sur la nature et la fonction de l'argument de défense — au demeurant plutôt vague — tiré de la «cohésion fiscale». À ce jour, la Cour n'a explicitement fait droit à cet argument que dans l'affaire Bachmann [71], depuis laquelle il a pourtant été invoqué à maintes reprises, mais toujours sans succès. Dans l'arrêt Bachmann, la Cour a eu recours au concept pour exprimer l'idée que la Belgique pouvait valablement maintenir un «lien» entre la déductibilité de cotisations aux assurances vie et aux assurances vieillesse et la soumission à l'impôt belge des sommes versées aux bénéficiaires de tels contrats. La Belgique pouvait à bon droit limiter la déductibilité des cotisations aux cas où elle était en mesure d'imposer les sommes versées ultérieurement aux bénéficiaires. Depuis lors, la Cour a constamment déclaré que, pour pouvoir s'appuyer sur cet argument, il faut un «lien direct» entre l'avantage fiscal et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé. Dans des affaires comme l'arrêt Verkooijen, elle a souligné que, dans l'arrêt Bachmann, l'avantage fiscal et le désavantage fiscal avaient tous deux pour objet le même impôt et le même contribuable, et elle a écarté la possibilité d'appliquer le moyen de défense en question, parce qu'il s'agissait dans le cas d'espèce de deux impositions distinctes frappant des contribuables distincts [72]. Cette approche a également été suivie dans des affaires comme les affaires Baars et Bosal [73].

88. La réduction de la portée de cet argument de défense à la formule rigide «un impôt, un contribuable» a été critiquée notamment par l'avocat général Kokott dans ses conclusions dans l'affaire Manninen et par l'avocat général Maduro dans ses conclusions dans l'affaire Marks & Spencer [74]. De fait, dans les arrêts qu'elle a prononcés dans ces affaires, la Cour a semblé adopter une approche plus extensive de la notion. Tout en rejetant les conclusions présentées par la défense sur les faits de

71 — Arrêt précité à la note 46 (voir, également, arrêt parallèle du 28 janvier 1992, Commission/Belgique, C-300/90, Rec. p. I-305, qui porte sur des questions très similaires).

72 — Arrêt du 6 juin 2000 (C-35/98, Rec. p. I-4071, point 58).

73 — Arrêts Baars, précité à la note 19, et du 18 septembre 2003, Bosal (C-168/01, Rec. p. I-9409).

74 — Arrêts du 7 septembre 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477), et Marks & Spencer, précité à la note 26.

l'affaire Manninen, elle a jugé que la cohésion du système fiscal finlandais dans cette affaire restait garantie tant qu'il subsistait une corrélation entre l'avantage fiscal consenti à l'actionnaire (un crédit d'impôt) et l'impôt sur les sociétés dû sur les bénéfices. Cette corrélation ne pouvait avoir cessé du seul fait que l'impôt sur les sociétés avait été payé non pas en Finlande, mais en Suède [75]. Dans l'arrêt Marks & Spencer, la Cour a structuré son analyse de façon un peu différente, en recourant à la notion de «répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres» [76]. S'il est vrai qu'une législation nationale limitant les dégrèvements de groupe aux filiales résidentes d'une société mère résidente poursuit en principe l'objectif légitime de protéger cette répartition équilibrée du pouvoir d'imposition, dans la mesure où cet équilibre aurait été compromis si les filiales avaient reçu la faculté d'opter pour la prise en compte de leurs pertes dans l'État de leur établissement ou dans un autre État, la Cour a toutefois jugé que les moyens employés dans la législation du Royaume-Uni pour atteindre cet objectif dans le cas d'espèce étaient disproportionnés.

89. Au vu des considérations ci-dessus, il est excusable d'éprouver un sentiment d'incertitude quant à la portée et à la fonction de cet argument de défense. À nos yeux cependant, dans la vaste majorité des cas dans lesquels la Cour a rejeté l'applicabilité de cet argument (en réponse à des observations que les parties lui avaient spécifiquement présentées sur ce point), elle a en réalité simplement exprimé les principes fondamentaux de non-discrimination que nous avons soulignés dans nos conclusions dans les affaires Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerkhaert et Morres et Denkavit International et Denkavit France, à savoir que, 1) s'ils agissent en qualité d'État de résidence, les États membres ne doivent pas faire de discrimination entre revenus de source étrangère et revenus de source nationale lorsqu'ils exercent leur compétence d'imposition sur les premiers et que, 2) s'ils agissent en qualité d'État de la source, les États membres ne doivent pas faire de discrimination entre les revenus des non-résidents et ceux des résidents lorsqu'ils exercent leur compétence d'imposition sur les premiers [77]. Nous en voulons pour exemple les arrêts Verkooijen et Manninen, où la Cour a en substance confirmé l'obligation de non-discrimination pesant sur l'État de résidence en rejetant les arguments des gouvernements néerlandais et finlandais selon lesquels il n'y avait pas de lien suffisant entre l'avantage fiscal (constitué respectivement par une exemption et par un crédit d'impôt) et l'impôt payé (qui, en tant que revenu de source étrangère, avait été payé dans un autre État membre) [78]. De même, dans l'arrêt Marks & Spencer, la Cour a en substance tracé les limites de l'obligation de non-discrimination (pesant sur l'État de résidence), dans la mesure où, puisque le Royaume-Uni n'exerçait pas de compétence d'imposition sur les filiales non-résidentes de sociétés mères résidentes, il était en principe logique qu'il n'autorise pas la société mère britannique à déduire les pertes de ces filiales [79]. Toute «restriction» aux activités

75 — Arrêt précité à la note 74, point 46.

76 — Arrêt précité à la note 26, point 46.

77 — Voir note 27.

78 — Arrêts Verkooijen, précité à la note 72, et Manninen, précité à la note 74.

79 — Arrêt précité à la note 26.

transfrontalières due à de telles limites fixées en matière de déduction des pertes serait le résultat non pas d'une discrimination, mais de quasi restrictions.

90. Dans de telles affaires, l'évaluation de l'applicabilité de l'«argument de la cohésion fiscale» se confondait en fait avec la question de savoir si la législation nationale avait un caractère discriminatoire. On peut donc, dans la vaste majorité des cas, légitimement se demander si l'argument de la «cohésion fiscale» peut vraiment avoir une fonction spécifique de quelque utilité.

91. En l'espèce, l'examen de l'argument basé sur la cohésion fiscale nous mène, croyons-nous, très précisément aux mêmes conclusions que l'analyse de la justification relative à la lutte contre les pratiques abusives. En effet, même s'il peut en principe légitimement vouloir appliquer les règles fiscales en vigueur sur le territoire ressortissant à sa compétence (à savoir la différence de traitement fiscal entre les intérêts, d'une part, et les bénéfices distribués, d'autre part) et empêcher tout usage abusif de ces règles, qui prévoient une ventilation fondée sur le principe de pleine concurrence, le Royaume-Uni devra en tout cas le faire dans le respect du principe de proportionnalité.

4. Réponse à la première question

92. Pour l'ensemble de ces raisons, il convient de répondre à la première question posée par la juridiction nationale que l'article 43 CE ne s'oppose pas au maintien en vigueur et à l'application de dispositions fiscales nationales, comme les dispositions britanniques en cause, qui imposent des restrictions fondées sur le critère de pleine concurrence à la possibilité pour une filiale résidente du Royaume-Uni de déduire, à des fins fiscales, les intérêts d'un prêt payés à une société mère directe ou indirecte non résidente, alors que la filiale n'aurait pas été soumise à de telles restrictions si la société mère avait été résidente du Royaume-Uni, 1) pourvu que la filiale garde la possibilité de démontrer, sans que cela représente une charge excessive pour elle, que la transaction a en fait été réalisée pour des raisons authentiquement commerciales, autres que l'obtention d'un avantage fiscal, et 2) pourvu que le Royaume-Uni veille à ce que toute requalification qu'il effectuerait des intérêts versés par la filiale fasse l'objet d'une reconnaissance réciproque par l'État de résidence de la société mère.

C — La deuxième question

93. La deuxième question vise en substance à savoir si la réponse à la première question serait différente si le prêt était accordé à la

filiale résidente du Royaume-Uni non pas directement par sa société mère, mais par une société prêteuse intermédiaire, membre du même groupe, et si cette société prêteuse et/ou la société mère résidaient non pas dans un autre État membre, mais dans un pays tiers.

94. Comme nous l'avons observé ci-dessus, seule la question de la compatibilité de la législation britannique avec l'article 43 CE se pose, puisque cette législation s'applique uniquement lorsqu'une société déterminée exerce une influence certaine sur les décisions d'une autre société, au sens de la jurisprudence de la Cour. La disposition pertinente de cet article est l'interdiction des restrictions à la création de filiales par des 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 la Communauté [80].

95. Il en découle, nous semble-t-il, que tant que la société mère directe ou indirecte, dont la liberté d'établissement est prétendument restreinte, est résidente d'un État membre (autre que le Royaume-Uni), il y a lieu d'appliquer l'article 43 CE (et l'analyse exposée ci-dessus). La possibilité que la société prêteuse intermédiaire puisse être résidente d'un pays tiers ne change rien à cette conclusion. Partant, dans le scénario envisagé par la deuxième question, sous a) (le cas où la société mère et la société prêteuse sont toutes deux résidentes d'un autre État membre), l'analyse est exactement la même que celle de la première question.

96. En revanche, si la société mère directe ou indirecte est résidente d'un pays tiers, l'article 43 CE ne s'applique en principe pas, même si le prêt est en réalité accordé par le truchement d'un autre membre du groupe qui réside dans un autre État membre. En conséquence, dans le scénario envisagé par la deuxième question, sous d) (société mère et société prêteuse résidentes de pays tiers), l'article 43 CE ne s'applique pas (pas plus qu'aucune autre disposition du traité relative aux libertés de circulation).

97. Cette règle connaît une exception lorsque la société prêteuse exerce elle-même une influence certaine sur les décisions de la filiale britannique (c'est-à-dire lorsque la société britannique est en fait une filiale de la société prêteuse) et lorsque les règles britanniques constituent à l'encontre de la filiale britannique une discrimination en raison du lieu du siège de la société prêteuse. Dans une telle hypothèse, la restriction alléguée porterait sur le droit d'établissement de la société prêteuse et non de la société mère résidente d'un pays tiers. Partant, dans les scénarios envisagés aux points b) et c) de

80 — Voir article 48 CE.

la deuxième question (société prêteuse résidente d'un autre État membre, société mère résidente d'un pays tiers), l'analyse exposée ci-dessus pour l'article 43 CE s'applique uniquement lorsque l'emprunteur britannique est une filiale de la société prêteuse. C'est également vrai nonobstant la variante envisagée au point c) de la deuxième question (prêt émanant d'une succursale, établie dans un pays tiers, de la société prêteuse résidente d'un État membre), pourvu que la société prêteuse remplisse les conditions d'applicabilité de l'article 43 CE figurant à l'article 48 CE (c'est-à-dire être constituée en conformité avec la législation d'un État membre et avoir son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur de la Communauté).

98. Pour ces raisons, il y a lieu de répondre à la deuxième question posée par la juridiction nationale que l'article 43 CE et l'analyse exposée dans notre réponse à la première question s'appliquent a) lorsque les fonds empruntés sont fournis non par la société mère, mais par une société prêteuse, et que ces sociétés sont toutes deux résidentes d'un État membre autre que le Royaume-Uni; ou b) lorsque la société prêteuse est résidente d'un État membre autre que le Royaume-Uni et que la société emprunteuse est une filiale de la société prêteuse, même si leur société mère est résidente d'un pays tiers ou si la société prêteuse procure les fonds par l'intermédiaire d'une succursale située dans un pays tiers. Toutefois, l'article 43 CE ne s'applique pas a) lorsque la société prêteuse est résidente d'un État membre autre que le Royaume-Uni, tandis que la société emprunteuse n'est pas une filiale de la société prêteuse et que leur société mère à toutes deux est résidente d'un pays tiers; ou b) lorsque la société prêteuse et toutes les sociétés apparentées qui contrôlent directement ou indirectement la société prêteuse et la société emprunteuse sont résidentes de pays tiers.

D — *La troisième question*

99. La troisième question vise à savoir si les première et deuxième questions appelleraient des réponses différentes s'il pouvait être démontré que les emprunts constituaient un abus de droit ou faisaient partie intégrante d'un montage artificiel destiné à tourner la législation fiscale de l'État membre de la société emprunteuse. Nous ne reviendrons pas sur cette question, puisque nous y avons répondu dans le cadre de l'examen de la première question, en particulier dans la section concernant l'applicabilité de la justification que le Royaume-Uni a tirée de la lutte contre les pratiques abusives.

E — *La quatrième question*

100. La quatrième question vise à savoir si, dans l'hypothèse d'une restriction au mou-

vement des capitaux entre les États membres et les pays tiers visée par l'article 56 CE, cette restriction existait le 31 décembre 1993 aux fins de l'application de l'article 57 CE. Nous ne reviendrons pas sur cette question, puisque la réponse a été donnée dans la section VA ci-dessus, où nous avons conclu que la législation du Royaume-Uni ne peut être examinée qu'au regard de sa compatibilité avec l'article 43 CE et non avec les articles 49 CE ou 56 CE.

F — *Les cinquième à dixième questions*

101. Les cinquième à dixième questions de la décision de renvoi sont relatives à la nature des actions en justice susceptibles d'être introduites par des filiales résidentes du Royaume-Uni ou par d'autres sociétés du même groupe, au cas où l'une des dispositions de la législation britannique en cause serait contraire à l'une des dispositions communautaires indiquées dans ces questions.

102. Il découle de notre réponse à la première question que le problème des actions en justice ne devrait se poser que dans des circonstances très limitées, puisque les règles du Royaume-Uni sont dans l'ensemble conformes à l'article 43 CE. Partant, le problème des actions en justice ne se posera que dans des cas suivants: 1) si un contribuable peut démontrer que des paiements requalifiés par le Royaume-Uni en application de ces règles ont en fait été effectués pour des raisons authentiquement commerciales, autres que l'obtention d'un avantage fiscal; 2) en ce qui concerne les situations régies par les règles applicables jusqu'en 1995, s'il n'y avait pas de CDI prévoyant une vérification au regard du principe de pleine concurrence et si le contribuable peut démontrer que des paiements requalifiés par le Royaume-Uni en application de ces règles étaient conformes au critère de pleine concurrence ou qu'ils ont en fait été effectués pour des raisons authentiquement commerciales, autres que l'obtention d'un avantage fiscal; ou 3) si la non-reconnaissance par l'État membre de la société mère de la requalification opérée par le Royaume-Uni entraîne une double imposition qui n'aurait sinon pas eu lieu.

103. Étant donné la portée limitée de ces circonstances et le fait que nous avons abordé des problèmes très similaires dans nos conclusions dans l'affaire Test Claimants in the FII Group Litigation [81], notre réponse à ces questions sera brève.

104. Ainsi que nous l'avons souligné dans nos conclusions dans l'affaire Test Claimants in the FII Group Litigation [82], il est de

81 — Affaire précitée à la note 27, à partir du point 125.

82 — Ibidem, point 126 et jurisprudence citée.

jurisprudence constante que le droit d'obtenir le remboursement de taxes perçues dans un État membre en violation des règles du droit communautaire est la conséquence et le complément des droits conférés aux justiciables par les dispositions communautaires telles qu'elles ont été interprétées par la Cour. L'État membre est donc tenu, en principe, de rembourser les taxes perçues en violation du droit communautaire [83]. En l'absence de réglementation communautaire en matière de recouvrement des taxes nationales indûment perçues, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, pour autant, d'une part, que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et, d'autre part, qu'elles ne rendent pas impossible ou excessivement difficile en pratique l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) [84].

105. Il se pose en l'espèce très exactement la même question que dans l'affaire Test Claimants in the FII Group Litigation, à savoir si les actions des demandeurs doivent être qualifiées d'actions en restitution, d'actions en dommages et intérêts ou d'actions visant à obtenir une somme forfaitaire correspondant à un avantage indûment refusé.

106. Dans cette affaire, nous avons observé (en nous référant à l'arrêt Metallgesellschaft e.a. [85]) que c'est en principe à la juridiction nationale qu'il appartient de décider comment les différentes actions dont elle est saisie doivent être qualifiées en droit national. Néanmoins, cette compétence est assortie de la condition que la qualification offre aux demandeurs une voie de recours effective leur permettant d'obtenir le remboursement ou le dédommagement de la perte financière qu'ils ont subie au profit des autorités de l'État membre concerné à la suite du paiement de l'impôt illégalement perçu. Cette obligation impose à la juridiction nationale, lorsqu'elle qualifie les demandes en droit national, de tenir compte du fait que les conditions de réparation du préjudice qui sont énoncées dans l'arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame, précité, peuvent ne pas être remplies dans un cas donné et qu'en pareille situation elles doivent assurer qu'une voie de recours effective est néanmoins garantie.

107. Pour appliquer ces règles en l'espèce, il nous semble que les chefs de demande des parties demanderesses doivent être évalués au regard des principes établis dans la jurisprudence de la Cour en matière de remboursement d'impôts illégalement perçus; autrement dit, le Royaume-Uni ne doit pas faire de bénéfice et les sociétés (ou les groupes de sociétés) requises de payer l'impôt illégal ne doivent pas subir de perte en raison de cet impôt [86]. En tant que telle, pour que la voie de recours offerte aux

83 — Ibidem et jurisprudence citée.

84 — Ibidem, point 127 et jurisprudence citée.

85 — Arrêt précité à la note 36, point 96.

86 — Voir conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire Metallgesellschaft e.a., précitée à la note 36, point 45.

demanderesses soit efficace et leur permette d'obtenir le remboursement ou la réparation de la perte financière qu'elles ont subie et dont les autorités de l'État membre concerné ont tiré profit, cette solution devrait, selon nous, s'étendre à toutes les conséquences directes de la perception illégale de l'impôt. A priori, cela inclut, nous semble-t-il, 1) le remboursement de l'impôt sur les sociétés indûment perçu [cinquième question, sous a), b), c) et d)]; 2) le rétablissement des mesures d'allégement fiscal destinées à compenser l'impôt sur les sociétés illégalement perçu [cinquième question, sous e)] et 3) le remboursement de l'impôt anticipé sur les sociétés non utilisé, payé sur des intérêts qui ont été indûment requalifiés en distribution [cinquième question, sous f)]. En tout état de cause, nous insistons sur le fait que c'est à la juridiction nationale de s'assurer que le dommage dont la réparation est demandée était une conséquence directe de la perception illégale de l'impôt.

108. Nous ajouterons que, dans l'affaire Test Claimants in the FII Group Litigation, qui concernait le traitement fiscal appliqué par le Royaume-Uni aux dividendes entrants, nous avons exprimé de sérieux doutes quant au point de savoir si les conditions de l'arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame [87] — et en particulier celle d'une violation suffisamment caractérisée — étaient remplies par les dispositions britanniques contraires au droit communautaire. Ces doutes sont encore plus prononcés en l'espèce. L'application de l'article 43 CE à la législation nationale sur la sous-capitalisation a été confirmée par la Cour en 2002, dans son arrêt Lankhorst-Hohorst [88], qui n'a cependant pas entièrement clarifié la portée de cette application. De surcroît, le Royaume-Uni a modifié sa législation à plusieurs reprises, pour rendre l'application de ses règles plus transparente et, apparemment, dans le cas des modifications intervenues en 2004, pour assurer la compatibilité de sa législation avec le droit communautaire. Cela ne semble pas suffisant pour constituer une méconnaissance grave et manifeste des limites de son pouvoir d'appréciation, au sens de la jurisprudence de la Cour.

109. Finalement, en réponse à la dixième question, relative au point de savoir si les personnes lésées doivent faire preuve d'une diligence raisonnable pour limiter leurs pertes, nous observons que, comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt Metallgesellschaft e.a. et conformément au principe général de l'autonomie nationale de procédure, les demandes telles que celles au principal sont soumises aux règles nationales de procédure, qui peuvent en particulier imposer aux demanderesses d'agir avec une diligence raisonnable afin d'éviter le préjudice ou d'en limiter la portée [89]. Là encore cependant, il faut que les règles de procédure ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'elles ne rendent pas impossible ou excessivement difficile en pratique l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Dans l'arrêt Metallgesell-

87 — Arrêt précité au point 29 des présentes conclusions.

88 — Arrêt précité à la note 2.

89 — Point 102 de l'arrêt Metallgesellschaf e.a., précité à la note 36.

schaft e.a. par exemple, la Cour a estimé que le principe d'effectivité n'est pas satisfait lorsqu'une juridiction nationale rejette ou réduit une demande en remboursement ou en réparation d'une perte financière au seul motif que les parties demanderesses n'ont pas sollicité de l'administration fiscale le bénéfice d'un régime d'imposition s'appuyant directement sur les droits qu'elles tirent du droit communautaire, alors que la législation nationale leur refusait «en tout état de cause» le bénéfice de ce régime d'imposition. À ce propos, force est d'observer que la décision de renvoi ne dit pas clairement si, dans un cas de figure donné, les dispositions nationales en cause, combinées aux CDI applicables, auraient en toute hypothèse conduit à la conclusion que les restrictions exposées dans la première question s'appliquent. C'est à la juridiction nationale qu'il appartient de déterminer si la règle de procédure en cause est en fait conforme au principe d'effectivité et au principe d'équivalence.

110. Voilà pourquoi nous proposons à la Cour de répondre aux cinquième à dixième questions que, en l'absence de réglementation communautaire en matière de restitution d'impôts indûment perçus, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, y compris la qualification des actions engagées par les demandeurs devant la juridiction nationale. Dans l'exercice de cette compétence, les juridictions nationales sont néanmoins tenues de garantir que les demandeurs disposent d'une voie de recours effective leur permettant d'obtenir le remboursement ou la réparation de la perte financière qu'ils ont subie en conséquence directe de l'imposition perçue en violation du droit communautaire.

G — *Limitation temporelle*

111. Dans les observations qu'il a présentées à l'audience, le gouvernement du Royaume-Uni a demandé que, dans l'hypothèse où la Cour estimerait qu'il a enfreint le droit communautaire, elle étudie la possibilité de limiter les effets de son arrêt dans le temps. Il soutient que le coût potentiel d'un arrêt en sa défaveur pourrait atteindre 300 millions d'euros, en raison du grand nombre de personnes impliquées dans l'affaire. Il demande également que les parties demanderesses au principal ne soient pas exemptées des conséquences de la limitation des effets de l'arrêt dans le temps.

112. À ce propos, nous nous bornerons à observer que, comme nous l'avons exposé ci-dessus, il résulte de la nature extrêmement limitée des circonstances dans lesquelles les règles litigieuses ont violé l'article 43 CE que

les montants concernés par l'arrêt seront très probablement considérablement inférieurs aux estimations du Royaume-Uni. En toute hypothèse, ainsi que nous l'avons relevé dans nos conclusions dans l'affaire Test Claimants in the FII Group Litigation, il appartient au Royaume-Uni d'appuyer une demande de limitation des effets d'un arrêt dans le temps sur des informations suffisantes pour que la Cour puisse se prononcer. Nous considérons que la Cour devrait rejeter la demande du gouvernement du Royaume-Uni pour des raisons similaires à celles que nous avons énoncées dans cette affaire, où le Royaume-Uni avait également soulevé la question de la limitation des effets dans le temps au stade de la procédure orale, sans indiquer la façon dont il avait évalué le coût potentiel de l'affaire et sans préciser la date à partir de laquelle l'arrêt devrait produire ses effets.

VI — Conclusion

113. C'est pourquoi je propose à la Cour de donner les réponses suivantes aux différentes questions que la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, lui a adressées:

«— L'article 43 CE ne s'oppose pas au maintien en vigueur et à l'application de dispositions fiscales nationales, comme les dispositions britanniques en cause, qui imposent des restrictions fondées sur le critère de pleine concurrence à la possibilité pour une filiale résidente du Royaume-Uni de déduire, à des fins fiscales, les intérêts d'un prêt payés à une société mère directe ou indirecte non-résidente, alors que la filiale n'aurait pas été soumise à de telles restrictions si la société mère avait été résidente du Royaume-Uni, 1) pourvu que la filiale garde la possibilité de démontrer, sans que cela représente une charge excessive pour elle, que la transaction a en fait été réalisée pour des raisons authentiquement commerciales, autres que l'obtention d'un avantage fiscal, et 2) pourvu que le

Royaume-Uni veille à ce que toute requalification qu'il effectuerait des intérêts versés par la filiale fasse l'objet d'une reconnaissance réciproque par l'État de résidence de la société mère.

— L'article 43 CE et l'analyse exposée dans notre réponse à la première question s'appliquent a) lorsque les fonds empruntés sont fournis non par la société mère, mais par une société prêteuse, et que ces sociétés sont toutes deux résidentes d'un État membre autre que le Royaume-Uni; ou b) lorsque la société prêteuse est résidente d'un État membre autre que le Royaume-Uni et que la société emprunteuse est une filiale de la société prêteuse, même si leur société mère est résidente d'un pays tiers ou si la société prêteuse procure les fonds par l'intermédiaire d'une succursale située dans un pays tiers. Toutefois, l'article 43 CE ne s'applique pas a) lorsque la société prêteuse est résidente d'un État membre autre que le Royaume-Uni, tandis que la société emprunteuse n'est pas une filiale de la société prêteuse et que leur société mère à toutes deux est résidente d'un pays tiers; ou b) lorsque la société prêteuse et toutes les sociétés apparentées qui contrôlent directement ou indirectement la société prêteuse et la société emprunteuse sont résidentes de pays tiers.

— En l'absence de réglementation communautaire en matière de restitution d'impôts indûment perçus, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, y compris la qualification des actions engagées par les demandeurs devant la juridiction nationale. Dans l'exercice de cette compétence, les juridictions nationales sont néanmoins tenues de garantir que les demandeurs disposent d'une voie de recours effective leur permettant d'obtenir le remboursement ou la réparation de la perte financière qu'ils ont subie en conséquence directe de l'imposition perçue en violation du droit communautaire.»