

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} JULIANE KOKOTT

présentées le 4 septembre 2008¹

I — Introduction

1. Cette demande de décision préjudicielle du Conseil d'État (France) a pour objet des dispositions du code général des impôts français (ci-après le «CGI») relatives à la fiscalité des groupes de sociétés.

2. Ces dispositions permettent de bénéficier d'une «intégration fiscale», dont l'idée est d'assimiler un groupe constitué d'une société mère et de filiales à une entreprise ayant plusieurs établissements. Le régime fiscal d'un groupe permet à la société mère de globaliser les bénéfices et les pertes de toutes les sociétés du groupe en devenant alors l'unique redevable de l'impôt sur les sociétés pour le résultat global du groupe.

3. La requérante au principal, une société de droit français, entend mettre en œuvre une «intégration fiscale» avec ses sous-filiales de droit français. La particularité de l'affaire tient au fait que cette société contrôle ses sous-filiales au moyen d'une filiale néerlandaise. L'administration fiscale française a refusé l'«intégration fiscale» de cette société mère et de ces sous-filiales au motif qu'une filiale ne relevant pas, en France, de l'impôt sur les sociétés est interposée entre la société mère et les sous-filiales.

4. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi se demande si l'on doit y voir une restriction injustifiée à la liberté d'établissement.

5. Par souci de clarté, il convient de relever d'emblée que ce renvoi préjudiciel ne demande pas si la filiale néerlandaise doit elle aussi être incluse dans l'«intégration fiscale». La société mère s'est en effet contentée de demander une intégration avec ses sous-filiales françaises. Les faits de l'espèce se distinguent ainsi de ceux qui ont notamment donné lieu aux arrêts Marks & Spencer² et Oy AA³. Ces derniers concernaient

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Arrêt du 13 décembre 2005 (C-446/03, Rec. p. I-10837).

3 — Arrêt du 18 juillet 2007 (C-231/05, Rec. p. I-6373).

des questions liées à la prise en compte transfrontalière de bénéfices et de pertes réalisés par des sociétés d'un groupe établies dans différents États membres. Il s'agit en revanche ici de savoir si une société intermédiaire non-résidente peut établir le lien requis pour permettre une intégration fiscale entre une société mère résidente et des sous-filiales résidentes.

7. La société mère peut en principe définir librement le périmètre de la consolidation c'est-à-dire déterminer les sociétés appelées à prendre part à l'«intégration fiscale». D'après la décision de renvoi, il ressort toutefois des termes de l'article 223 A du CGI que, dans la définition du périmètre, la société mère du groupe ne peut inclure une société qu'elle détient indirectement que lorsque la société au moyen de laquelle elle la détient appartient elle-même au groupe et est soumise de ce fait, en France, à l'impôt sur les sociétés.

II — Le cadre juridique

6. Dans sa version applicable aux faits de la procédure au principal, l'article 223 A CGI dispose:

«Une société [...] peut se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés dont elle détient 95 % au moins du capital, de manière continue au cours de l'exercice, directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés du groupe. [...] Les sociétés du groupe restent soumises à l'obligation de déclarer leurs résultats qui peuvent être vérifiés dans les conditions prévues par les articles L. 13, L. 47 et L. 57 du livre des procédures fiscales [...]. Seules peuvent être membres du groupe les sociétés qui ont donné leur accord et dont les résultats sont soumis à l'impôt sur les sociétés [...].»

8. Aux termes de l'article 223 B du CGI:

«Le résultat d'ensemble est déterminé par la société mère en faisant la somme algébrique des résultats de chacune des sociétés du groupe, déterminés dans les conditions de droit commun ou selon les modalités prévues à l'article 217 bis [...].»

9. Il ressort de la décision de renvoi que les articles 223 B, 223 D et 223 F du CGI prévoient notamment la neutralisation d'opérations internes au groupe telles que les provisions pour créances douteuses ou pour risques entre sociétés du groupe, les abandons de créances ou les subventions internes au groupe, les provisions pour réduction de valeur de participations détenues dans d'autres sociétés du groupe, et les cessions d'immobilisations au sein du groupe.

III — Les faits et la procédure au principal

10. La requérante dans la procédure au principal, la société Papillon (ci-après «Papillon») est une société ayant son siège en France. Elle détenait 100 % du capital de la société néerlandaise Artist Performance and Communication (APC) BV. Cette dernière société détenait à son tour 99,99 % des parts de la société à responsabilité limitée Kiron (ci-après «Kiron»), ayant son siège en France. Kiron détenait à son tour d'autres sociétés françaises.

11. À compter du 1^{er} janvier 1989, Papillon a opté pour le régime de l'«intégration fiscale». Le groupe à la tête duquel était Papillon incluait Kiron et plusieurs filiales françaises de Kiron. L'administration fiscale française lui a toutefois refusé en définitive le bénéfice du régime de l'«intégration fiscale». Elle a justifié ce refus au motif que Papillon ne peut pas constituer un groupe avec des sociétés détenues indirectement au moyen d'une société ayant son siège aux Pays-Bas, dès lors que cette dernière n'est pas soumise, en France, à l'impôt sur les sociétés et ne peut, de ce fait, pas faire partie elle-même de l'«intégration fiscale». Papillon a été imposée à hauteur des bénéfices propres qu'elle avait déclarés, sans avoir pu les compenser, par voie d'«intégration fiscale», avec les résultats des autres sociétés du groupe intégré.

12. Papillon a contesté les suppléments d'impôt sur les sociétés ainsi que les pénalités mises à sa charge au titre de trois exercices. Par jugement du 9 février 2004, le tribunal administratif de Paris⁴ a rejeté le recours de Papillon pour le surplus en litige après dégrèvement partiel accordé par l'administration fiscale en cours d'instance. La cour administrative d'appel de Paris⁵ a elle aussi rejeté en deuxième instance les demandes de Papillon pour le surplus après avoir de nouveau constaté un non-lieu à statuer à hauteur des sommes dégrévées en cours d'instance et prononcé une décharge partielle des impositions et pénalités en litige.

13. C'est contre cet arrêt de la cour administrative d'appel de Paris que Papillon s'est pourvue en cassation devant la juridiction de renvoi, à savoir le Conseil d'État.

IV — Le renvoi préjudiciel

14. Par arrêt du 10 juillet 2007, parvenu au greffe de la Cour le 12 septembre 2007, le Conseil d'État a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

4 — Cette note n'intéresse pas la version en langue française.

5 — Cette note n'intéresse pas la version en langue française.

«1) Dans la mesure où l'avantage fiscal résultant du régime de l'intégration fiscale' produit ses effets dans l'imposition de la société mère du groupe, qui peut compenser les profits et les pertes réalisés par l'ensemble des sociétés du groupe intégré et bénéficiaire de la neutralisation fiscale des opérations internes à ce groupe, l'impossibilité, résultant du régime défini par les articles 223 A et suivants du [CGI], d'inclure dans le périmètre d'un groupe fiscal intégré une sous-filiale de la société mère, dès lors qu'elle se trouve détenue par l'intermédiaire d'une filiale qui, étant établie dans un autre État membre [...] et n'exerçant pas d'activité en France, n'est pas soumise à l'impôt français sur les sociétés et ne peut donc elle-même appartenir au groupe, constitue-t-elle une restriction à la liberté d'établissement en raison de la conséquence fiscale du choix de la société mère de détenir une sous-filiale par l'intermédiaire d'une filiale française ou plutôt par l'intermédiaire d'une filiale établie dans un autre État membre?

restant nécessairement exclue de l'application du régime de groupe puisque ne relevant pas de l'impôt français, soit par toute autre raison impérieuse d'intérêt général?»

15. Dans la procédure devant la Cour, des observations écrites et orales ont été présentées par Papillon, les gouvernements allemand, français et néerlandais ainsi que la Commission des Communautés européennes. Le gouvernement espagnol a de surcroît présenté des observations orales.

V — Appréciation juridique

2) Dans l'affirmative, une telle restriction peut-elle être justifiée soit par la nécessité de maintenir la cohérence du système de l'intégration fiscale', notamment les mécanismes de neutralisation fiscale des opérations internes au groupe, eu égard aux conséquences d'un système qui consisterait à regarder la filiale établie dans un autre État membre comme appartenant au groupe pour les seuls besoins de la condition de détention indirecte de la sous-filiale, tout en

16. Par ses deux questions préjudicielles, la juridiction de renvoi souhaite savoir en substance si les dispositions (françaises) litigieuses comportent une restriction à la liberté d'établissement et, le cas échéant, si celle-ci est susceptible d'être justifiée.

A — *Observations liminaires*

17. Les dispositions litigieuses ont pour objet l'imposition de sociétés et, de ce fait, un impôt direct. Il convient donc de rappeler au préalable la jurisprudence constante de la Cour voulant que, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire⁶.

18. Il convient au reste de constater que c'est à juste titre que la juridiction de renvoi considère que les faits de l'espèce relèvent du champ d'application de la liberté d'établissement au sens de l'article 43 CE et non pas de la libre circulation des capitaux au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE.

19. Pour savoir si une législation nationale relève de l'une ou de l'autre des libertés de circulation, il y a lieu de prendre en considération l'objet de la législation en cause⁷.

20. Les dispositions nationales qui ne trouvent à s'appliquer qu'à la détention d'une participation permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société et d'en déterminer les activités relèvent, d'après la jurisprudence de la Cour, de la liberté d'établissement⁸. C'est en cela que les règles régissant uniquement les relations internes d'un groupe d'entreprises intéressent essentiellement la liberté d'établissement⁹. À supposer que cette législation ait dans le même temps des effets restrictifs sur la libre circulation des capitaux, de tels effets seraient la conséquence inéluctable d'une éventuelle entrave à la liberté d'établissement et ne justifient pas, dès lors, un examen autonome de ladite législation au regard de l'article 56 CE¹⁰.

21. Il s'ensuit que seule la liberté d'établissement joue dans la présente affaire. En effet, d'après les dispositions litigieuses, l'intégration fiscale ne s'envisage qu'à l'égard des sociétés dont la société mère détient directement ou indirectement 95 % au moins du capital. Une participation aussi importante permet d'exercer sur les sociétés détenues une influence certaine et décisive.

6 — Voir, notamment, arrêts du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995, point 40); du 12 décembre 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Rec. p. I-11673, point 35); Oy AA, précité (point 18) et du 26 juin 2008, Burda (C-284/06, Rec. p. I-4571, point 66).

7 — Voir, notamment, arrêts du 3 octobre 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Rec. p. I-9521, points 34 et 44 à 49); du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Rec. p. I-2107, points 26 à 34) et du 24 mai 2007, Holböck (C-157/05, Rec. p. I-4051, points 22 et 23).

8 — Arrêts du 13 avril 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787, point 22); du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, Rec. p. I-10829, point 37) ainsi que arrêts précités Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (points 31 et 32); Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (point 27) et Oy AA (point 20).

9 — Arrêt du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753, point 118) ainsi que arrêts précités Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (point 33); Oy AA (point 23) et Burda (point 68).

10 — Arrêts précités Oy AA (point 24); Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (point 33) et Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (point 34).

B — *Restriction à la liberté d'établissement*

22. La liberté d'établissement comprend, pour les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté européenne, le droit d'exercer leur activité dans d'autres États membres par l'intermédiaire d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence¹¹.

23. Même si, selon leur libellé, les dispositions du traité CE relatives à la liberté d'établissement visent à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État membre d'accueil, elles s'opposent également à ce que l'État membre d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre de l'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation¹².

24. Par souci de clarté, il convient de relever une nouvelle fois que la juridiction de renvoi ne demande pas si l'impossibilité pour la

filiale néerlandaise d'être incluse dans l'«intégration fiscale» constitue une restriction à la liberté d'établissement. L'objet de la demande de décision préjudicielle est plutôt de savoir si le fait qu'une société mère française ne puisse pas constituer d'«intégration fiscale» avec ses sous-filiales françaises lorsque la filiale interposée est établie à l'étranger constitue une restriction.

25. Ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, le régime de l'«intégration fiscale» allège l'imposition de la société mère en permettant de compenser les bénéfices et les pertes de toutes les sociétés. Cette compensation permet en effet au groupe d'exploiter immédiatement les pertes de certaines sociétés. S'il n'y a pas d'intégration, cette perte ne pourrait être que reportée et ne pourrait être exploitée qu'au cours d'exercices fiscaux ultérieurs.

26. Aux termes des dispositions de l'article 223 A et suivants du CGI, cet avantage fiscal n'est toutefois pas accordé lorsque la société mère française détient, par le jeu de sa liberté d'établissement, sa sous-filiale, également établie en France, au moyen d'une filiale qui est établie dans un autre État membre et qui n'exerce pas d'activités en France.

11 — Voir arrêts du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-6161, point 35); du 14 décembre 2000, AMID (C-141/99, Rec. p. I-11619, point 20); du 23 février 2006, Keller Holding (C-471/04, Rec. p. I-2107, point 29) et du 15 mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Rec. p. I-3601, point 18).

12 — Voir arrêts Lidl Belgium (point 19); du 16 juillet 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695, point 21) et du 6 décembre 2007, Columbus Container Services (C-298/05, point 33).

27. Le bénéfice du régime de l'«intégration fiscale» est en effet tributaire de deux

conditions. D'une part, les sociétés dans lesquelles la société mère détient indirectement une participation ne peuvent être incluses dans l'«intégration fiscale» que lorsque la participation procède d'une filiale qui est elle-même incluse dans l'«intégration fiscale». Les participations doivent donc former une «chaîne ininterrompue». D'autre part, seules les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés peuvent être incluses dans l'intégration.

28. Une société mère française qui détient ses sous-filiales françaises au moyen d'une filiale étrangère ne peut donc jamais remplir les conditions d'une «intégration fiscale». La filiale étrangère ne peut pas être elle-même incluse dans l'«intégration fiscale» puisqu'elle n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés en France. La société mère et les sous-filiales ne remplissent en principe pas non plus, de ce fait, la première condition. Elles ne constituent pas une «chaîne ininterrompue» puisque la filiale étrangère est interposée.

29. En revanche, une société mère française a la faculté de constituer une «intégration fiscale» avec ses sous-filiales françaises lorsque la filiale intermédiaire est établie en France.

30. Les dispositions en cause dans la procédure au principal créent une inégalité de traitement à l'endroit de la faculté d'opter pour l'«intégration fiscale» selon que la société mère détient ses participations indirectes au moyen d'une filiale établie en France ou à l'étranger.

31. Le gouvernement néerlandais a certes indiqué à juste titre que la «chaîne ininterrompue» est aussi requise pour les groupes purement français. Il est toutefois loisible à une société mère française qui détient ses sous-filiales au moyen d'une filiale française d'inclure également cette filiale dans l'«intégration fiscale» en bouclant ainsi la chaîne. Si elle détient ses sous-filiales au moyen d'une filiale étrangère, elle est en principe privée de la possibilité de boucler la chaîne des participations en incluant ladite filiale. Cette dernière ne peut en effet être incluse dans l'intégration puisqu'elle n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés en France.

32. C'est la raison pour laquelle le gouvernement néerlandais estime que la restriction résulte non pas de la «chaîne ininterrompue» qui est requise mais plutôt du fait qu'une société étrangère ne peut pas être incluse dans une «intégration fiscale».

33. Mais le critère de la «chaîne ininterrompue» aboutit lui aussi à désavantager les

sociétés françaises qui détiennent des participations au moyen de sociétés étrangères. Et c'est uniquement cela qui fait l'objet de la présente demande préjudicielle, comme nous l'avons dit plus haut. Ce ne seront le plus souvent que des sociétés mères françaises ayant des filiales étrangères qui se trouveront solliciter une imposition de groupe dont sera exclue la filiale car les filiales étrangères ne peuvent d'emblée pas être incluses. Les groupes purement nationaux peuvent en revanche constituer une chaîne purement et simplement «ininterrompue».

34. Le gouvernement français estime que les deux situations traitées de manière différente par les dispositions litigieuses ne sont pas comparables. Il justifie cette position en relevant que, dans un cas comme celui de l'affaire au principal, la filiale est établie à l'étranger et n'est, de ce fait, pas soumise à l'impôt sur les sociétés en France.

35. Le caractère non comparable desdites situations ne peut toutefois pas se fonder sur le fait que la filiale au moyen de laquelle s'établit la participation n'a pas son siège en France. Admettre qu'un État membre puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre État membre viderait les règles relatives à la liberté d'établissement de leur contenu¹³.

36. Le seul fait que, en l'espèce, la filiale n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés en France du fait qu'elle a son siège aux Pays-Bas ne peut donc pas ruiner le caractère comparable. Ce qui doit être plutôt décisif est que les deux cas de figure soient comparables au vu de l'objectif poursuivi par les dispositions légales françaises sur l'imposition des groupes de sociétés¹⁴.

37. L'objectif des dispositions litigieuses est d'assimiler le plus possible à une entreprise ayant plusieurs établissements un groupe qu'une société mère constitue avec ses filiales. À cet effet, la législation française permet de consolider les résultats de chaque société. Une société mère française qui souhaite être consolidée avec ses sous-filiales françaises répond à cette ambition indépendamment de savoir si elle détient celles-ci au moyen d'une filiale établie en France ou à l'étranger. Il s'ensuit que les deux cas de figure sont comparables.

38. En résumé, on doit constater à ce stade que, sous l'empire des dispositions légales françaises, le régime fiscal d'une société mère qui détient ses sous-filiales au moyen d'une filiale étrangère est moins favorable que le régime d'une société mère qui détient ses sous-filiales au moyen d'une filiale établie en France. Le choix de la société mère de détenir ses sous-filiales au moyen d'une filiale française ou étrangère peut donc comporter des désavantages fiscaux.

13 — Voir, en ce sens, arrêts du 28 janvier 1986, *Commission/France* (270/83, Rec. p. 273, point 18) et du 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.* (C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727, point 42).

14 — Voir, en ce sens, arrêts précités *Oy AA* (point 38) et *Metallgesellschaft e.a.* (point 60).

39. Cette différence de traitement selon le lieu du siège de la filiale constitue une restriction à la liberté d'établissement dès lors qu'elle rend moins attrayant l'exercice de cette liberté en sorte que les sociétés mères pourraient renoncer de ce fait à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale dans un autre État membre¹⁵.

d'établissement découlant des dispositions litigieuses peut être justifiée par la nécessité de préserver la répartition de la compétence fiscale entre les États membres. Elle serait de surcroît nécessaire pour empêcher une double prise en compte des pertes et lutter contre le risque d'évasion fiscale.

C — *Justification de la restriction*

40. Une restriction à la liberté d'établissement ne saurait être admise que si elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. Encore faut-il, dans cette hypothèse, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif¹⁶.

1. Préservation de la répartition de la compétence fiscale entre les États membres

41. Les gouvernements allemand et néerlandais estiment que la restriction à la liberté

42. La Cour a admis ces causes de justification dans son arrêt *Marks & Spencer*¹⁷. Dans cet arrêt et dans ceux qui ont suivi, il s'agissait toutefois de la possibilité de prendre en compte des bénéfices et des pertes au-delà des frontières.

43. Le cas de figure de la présente affaire s'en distingue. L'objet de la question de la juridiction de renvoi n'est en effet pas de savoir si la filiale néerlandaise doit être incluse dans le régime de l'«intégration fiscale», c'est-à-dire si ses bénéfices et ses pertes doivent eux aussi être inclus dans la consolidation fiscale. Le cas échéant, la répartition du pouvoir d'imposition des États membres et la double prise en compte des pertes seraient incontestablement les causes de justification à envisager.

15 — Voir en ce sens, notamment, arrêt *Lidl Belgium*, précité (point 25).

16 — Voir arrêts précités *Lidl Belgium* (point 27); *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (point 64); *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas* (point 47) et *Marks & Spencer* (point 35).

17 — Arrêt *Marks & Spencer*, précité (point 51). Sur la question de savoir si ces trois causes de justification doivent jouer de manière cumulative pour justifier une restriction, voir pour une réponse négative, arrêt *Lidl Belgium*, précité (point 40), et point 18 des conclusions de l'avocat général Sharpston du 14 février 2008 dans cette affaire.

44. Les gouvernements allemand et néerlandais estiment que l'on doit en l'espèce examiner tout d'abord si l'«intégration fiscale» doit aussi être admise au-delà des frontières. Ils examinent si la liberté d'établissement commande en principe d'inclure aussi la filiale néerlandaise dans ladite intégration. Cet examen ne livre toutefois pas de conclusion absolue pour répondre à la véritable demande de décision préjudicielle. L'objet des questions préjudicielles n'est en effet que de savoir si les dispositions litigieuses heurtent la liberté d'établissement en ce qu'elles ne permettent pas d'«intégration fiscale» entre deux sociétés françaises entre lesquelles est interposée une société étrangère. La société étrangère ne serait ainsi pas elle-même incluse dans l'«intégration fiscale» mais ferait uniquement le lien entre la société mère et les sous-filiales.

45. La société étrangère ne devant pas être incluse en l'espèce dans l'«intégration fiscale», cela ne suscite pas directement de problème au regard de la répartition de la compétence fiscale entre les différents États membres. On n'aperçoit en l'espèce aucun élément indiquant que les bénéfices et les pertes de la société néerlandaise sont pris en compte en France au-delà des frontières.

46. La société néerlandaise ne sera en particulier pas incluse dans l'«intégration fiscale» en France. On n'aperçoit dès lors pas de risque de voir les pertes et les bénéfices pris

doublément en compte au sens de l'arrêt Marks & Spencer, précité. La jurisprudence que la Cour a consacrée aux règles empêchant la double prise en compte de pertes a concerné à ce jour la prise en compte de la même perte dans deux États membres différents. Cela est logique, puisque la cause de justification tirée de la volonté d'éviter les doubles prises en compte de pertes est étroitement liée à la répartition du pouvoir d'imposition¹⁸. Il s'agit donc là de la prise en compte de la même perte par deux autorités fiscales différentes. En l'espèce, le gouvernement français ne relève que le risque que les pertes de sociétés françaises puissent être prises en compte à plusieurs reprises en France.

47. Comme il ne s'agit précisément pas en l'espèce de l'«intégration fiscale» de la société néerlandaise, rien n'indique que les dispositions litigieuses en cause soient nécessaires pour empêcher l'évasion fiscale.

48. On doit donc conclure à ce stade qu'aucun élément n'a été présenté pour montrer que les dispositions litigieuses en cause seraient justifiées par les causes de justification tirées de la répartition de la compétence fiscale entre les États membres, par la double prise en compte de pertes ou par l'évasion fiscale. La juridiction de renvoi, les gouvernements espagnol et français ne se

¹⁸ — Voir point 54 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Oy AA, précité.

réfèrent donc pas non plus particulièrement à ces causes de justification mais se fondent sur la cohérence fiscale comme cause éventuelle de justification.

2. La cohérence du système fiscal

49. Le gouvernement français soutient que les dispositions litigieuses en cause sont nécessaires pour préserver la cohérence du régime de l'«intégration fiscale». Il expose que ce régime prévoit la consolidation fiscale des sociétés. En contrepartie, il prévoit la neutralisation de certaines opérations entre les sociétés du groupe conformément aux articles 223 B, 223 D et 223 F du CGI. L'interposition d'une société étrangère dans la chaîne des sociétés intégrées empêche de neutraliser les opérations internes au groupe et risque notamment de voir des pertes prises en compte à plusieurs reprises dans le calcul du résultat du groupe.

50. La Cour a admis en principe que la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal peut justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité¹⁹. Elle recourt cependant à cette cause

de justification avec une circonspection telle que certains ont supposé que la Cour l'avait abandonnée. La Cour l'a néanmoins examinée dans des décisions récentes²⁰.

51. Pour faire jouer cette cause de justification, la Cour exige un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé²¹. Le caractère direct d'un tel lien doit être établi, au regard de l'objectif poursuivi par la réglementation fiscale en cause, au niveau des contribuables concernés par une corrélation rigoureuse entre l'élément de déductibilité et celui afférent à l'imposition²².

52. L'autre condition voulant que l'avantage fiscal et le prélèvement doivent être concentrés sur un seul et même assujetti²³ semble avoir été abandonnée par la Cour dans son arrêt Manninen, précité²⁴. Au reste, cet autre critère pourrait tout de même être rempli en l'espèce, car il serait artificiel de ne pas considérer que les sociétés d'un groupe — qui

19 — Arrêts du 28 janvier 1992, *Bachmann* (C-204/90, Rec. p. I-249, point 28); et *Commission/Belgique* (C-300/90, Rec. p. I-305, point 21). Voir, également, arrêts du 7 septembre 2004, *Manninen* (C-319/02, Rec. p. I-7477, point 42) et *Keller Holding*, précité, (point 40).

20 — Arrêts du 11 octobre 2007, *Hollmann* (C-443/06, Rec. p. I-8491, point 56) et *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, précité (point 68); du 8 novembre 2007, *Amurta* (C-379/05, Rec. p. I-9569, point 46) et du 28 février 2008, *Deutsche Shell* (C-293/06, Rec. p. I-1129, point 37).

21 — Arrêts du 14 novembre 1995, *Svensson et Gustavsson* (C-484/93, Rec. p. I-3955, point 18) et *ICI*, précité (point 29). Voir, également, arrêts précités *Manninen* (point 42), *Keller Holding* (point 40) et les arrêts cités aux notes 19 et 20.

22 — Arrêt *Deutsche Shell*, précité (point 39), mentionnant l'arrêt du 11 août 1995, *Wielockx* (C-80/94, Rec. p. I-2493, point 24).

23 — Pour une critique de l'ancienne jurisprudence, voir points 53 et suiv. des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Manninen*, précité.

24 — L'avocat général Geelhoed a partagé cette analyse au point 88 des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, précité.

cherchent précisément à être traitées comme une entité fiscale — ne sont pas considérées comme les «mêmes» assujettis au sens de cette jurisprudence.

53. Ainsi que l'avocat général Poiares Maduro l'a développé à juste titre dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Marks & Spencer*, précité, la préservation de la cohérence fiscale sert à protéger l'intégrité des régimes fiscaux nationaux, dont la conception appartient à chaque État membre, pourvu qu'elle ne compromette pas le marché intérieur au-delà de ce qui est nécessaire²⁵. La cohérence doit d'abord être jugée au regard de la finalité et de la logique du régime fiscal mis en cause²⁶.

54. L'objectif des dispositions litigieuses françaises relatives à l'«intégration fiscale» est la neutralité fiscale des effets de la constitution d'un groupe, en l'assimilant à une entreprise ayant plusieurs établissements. L'avantage tient à la consolidation des résultats des membres du groupe, c'est-à-dire au fait que les bénéfices et les pertes de toutes les sociétés sont globalisés au niveau de la société mère et c'est ce résultat consolidé qui constitue la base imposable. Le groupe

ne doit pas bénéficier d'un avantage supplémentaire qui permettrait de faire valoir certaines pertes à plusieurs reprises par le jeu de la consolidation. C'est la raison pour laquelle cette consolidation a logiquement pour corollaire, selon les dispositions litigieuses françaises, de garantir que les mêmes pertes ne puissent pas être prises en compte à plusieurs reprises dans le groupe. Une double prise en compte des pertes méconnaîtrait la neutralité voulue par le régime de l'«intégration fiscale». C'est pour éviter cette double prise en compte que le régime français neutralise certaines opérations.

55. Le gouvernement français a notamment exposé l'exemple suivant pour illustrer ces mesures de neutralisation. Une sous-filiale subit une perte. Cela incite la filiale à comptabiliser une provision pour dépréciation de sa participation dans la sous-filiale. La société mère comptabilise à son tour une provision à ce titre pour dépréciation de sa participation dans la filiale. On assiste ainsi à une perte dans une sous-filiale qui appelle donc une provision dans les comptabilités de la filiale et de la société mère. Si la société mère et la sous-filiale constituent une «intégration fiscale», cette perte serait prise en compte à deux reprises dans la consolidation des résultats. Une première fois en tant que perte directe dans la comptabilité de la sous-filiale et une nouvelle fois sous la forme cette fois d'une provision dans la comptabilité de la société mère au titre d'une perte de la filiale.

56. Pour empêcher cette double prise en compte des pertes, les dispositions litigieuses

25 — Point 66.

26 — *Ibidem* (point 71).

françaises relatives à l'«intégration fiscale» prévoiraient certaines mesures de neutralisation. Celles-ci auraient pour effet dans l'exemple susmentionné que les pertes ne seraient prises en compte qu'une seule fois. D'après le gouvernement français, si une filiale étrangère est interposée, les pertes seraient en revanche doublement prises en compte: une première fois sous la forme de pertes directes par la sous-filiale et une nouvelle fois sous la forme d'une provision constituée par la société mère pour la réduction de valeur de sa participation, car les opérations internes ne seraient pas neutralisées, selon lui, étant donné que la filiale étrangère ne fait pas partie du groupe.

57. On doit ainsi constater à ce stade que l'objectif et l'économie des dispositions litigieuses françaises relatives à l'«intégration fiscale» requièrent de neutraliser avant la consolidation certaines opérations passées dans le groupe. Existe-t-il un lien direct entre l'avantage fiscal, qui allège l'imposition du groupe, et la contrepartie que cet avantage trouve dans un prélèvement fiscal au sens de la jurisprudence de la Cour?

58. Dans l'arrêt *Bachmann*, précité, la Cour a établi un lien direct entre la déductibilité de primes d'assurance et l'imposition des indemnités dues par les compagnies d'assurance en exécution du contrat d'assurance en question. M. *Bachmann* ayant conclu en Allemagne un contrat d'assurance

dont l'exécution échappait à l'imposition en Belgique, les autorités belges étaient justifiées à refuser d'accorder la déduction fiscale des primes versées au titre de ces contrats.

59. Dans les affaires tranchées à ce jour, où la cohérence fiscale a été la cause de justifications décisives, le désavantage en ce sens consistait en un prélèvement à titre de compensation, c'est-à-dire en une imposition. Dans le présent cas de figure, le désavantage consiste par contre à neutraliser certaines opérations passées dans le groupe. On ne saurait y voir une imposition fiscale au sens strict, puisque les mesures de neutralisation ne constituent pas un prélèvement d'impôt. On doit néanmoins y voir un désavantage fiscal en ce que certaines opérations, notamment les provisions pour dépréciation de participations, ne sont pas prises en considération alors qu'elles le sont lorsque la société fonctionne de manière autonome. Il existe aussi un lien direct entre les dispositions de neutralisation et l'intégration fiscale en ce que la consolidation des résultats des différentes sociétés du groupe n'est en effet accordée que lorsqu'il est assuré dans le même temps que l'objectif poursuivi n'est pas ruiné par la prise en compte répétée de certaines pertes.

60. Il s'ensuit qu'une disposition voulant empêcher la prise en compte répétée de pertes pour préserver la cohérence fiscale est en principe justifiée.

61. Les dispositions litigieuses françaises doivent tout de même répondre au principe de proportionnalité.

62. Il ne doit en particulier pas exister de moyen moins contraignant qui permettrait d'arriver à ce qu'une perte ne soit pas exploitée à plusieurs reprises. On devrait dès lors établir que, dans un cas de figure dans lequel une filiale étrangère est interposée entre la société mère et la sous-filiale, certaines opérations ne puissent pas être neutralisées comme dans un contexte purement français, pour éviter que des pertes soient exploitées à plusieurs reprises. Comme moyen moins contraignant, on songerait à neutraliser les opérations en question précisément de la même manière que dans un contexte purement français.

63. Le gouvernement français relève toutefois différentes difficultés pratiques qui se présenteraient pour déterminer la double prise en compte de pertes lorsqu'une société étrangère est interposée. D'après lui, il n'est guère aisé de repérer une éventuelle double prise en compte de pertes, car le montant d'une provision ne correspond généralement pas à l'importance de la perte de la filiale. De surcroît, il n'est tout simplement pas possible d'identifier l'origine exacte d'une provision. Pour pouvoir y parvenir, il faut en plus, selon lui, apporter des modifications à la loi.

64. Il convient à cet égard de relever, tout d'abord, que des difficultés pratiques ne peuvent pas justifier à elles seules l'atteinte portée à une liberté garantie par le traité²⁷.

65. Ensuite, la réglementation communautaire, à savoir la directive 77/799/CEE²⁸, permet aux États membres de solliciter des autorités compétentes des autres États membres toutes les informations susceptibles d'intéresser le calcul exact de l'impôt sur les sociétés en question.

66. On doit constater, de surcroît, que les autorités fiscales concernées ont la faculté de solliciter de la société mère les documents qui leur semblent nécessaires pour examiner si les provisions comptabilisées par la société mère pour dépréciation des participations doivent s'expliquer indirectement par une perte de la sous-filiale répercutée dans des provisions comptabilisées dans la société intermédiaire²⁹.

27 — Arrêts du 4 mars 2004, *Commission/France* (C-334/02, Rec. p. I-2229, point 30); *Test Claimants in the FII Group Litigation*, précité (points 155 à 157) et du 14 septembre 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (C-386/04, Rec. p. I-8203, point 48); ainsi que point 31 des conclusions présentées par l'avocat général Sharpston dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Lidl Belgium*, précité.

28 — Directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JO L 336, p. 15).

29 — Voir, en ce sens, arrêts du 30 janvier 2007, *Commission/Danemark* (C-150/04, Rec. p. I-1163, point 54); du 29 mars 2007, *Rewe Zentralfinanz* (C-347/04, Rec. p. I-2647, point 57); *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, précité (point 49) et du 11 octobre 2007, *Elisa* (C-451/05, Rec. p. I-8251, point 95). L'arrêt *Rewe Zentralfinanz*, précité, relève en particulier, à son point 58, qu'une société mère devrait pouvoir exiger tous les documents nécessaires directement de ses filiales étrangères.

67. Les présentes informations permettent de douter sérieusement que le refus complet d'une intégration fiscale entre une société mère et une sous-filiale dont la participation est détenue au moyen d'une filiale étrangère soit le moyen le moins contraignant d'empêcher une double prise en compte des pertes et de préserver ainsi la cohérence fiscale. Il

appartiendra donc à la juridiction de renvoi d'apprécier en définitive si l'objectif poursuivi, qui est d'empêcher la double prise en compte de pertes dans le contexte d'une «intégration fiscale», peut aussi être atteint par le moyen moins contraignant de la neutralisation même dans des cas de figure transfrontaliers.

VI — Conclusion

68. Par ces motifs, je suggère à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par le Conseil d'État:

- «1) Une réglementation nationale telle que l'«intégration fiscale» française au titre des articles 223A et suivants du code général des impôts, voulant qu'une société mère française ne puisse constituer une intégration avec sa sous-filiale française que si elle détient cette sous-filiale au moyen d'une filiale française et non au moyen d'une filiale étrangère, est une restriction à la liberté d'établissement.
- 2) Cette restriction peut être justifiée par des motifs tirés de la cohérence fiscale si l'exclusion est apte à empêcher une double prise en compte de pertes dans la consolidation des résultats de la société mère et des sous-filiales et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de cet objectif. Il appartient à la juridiction nationale de le vérifier.»