

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

10 juin 2015 (*)

«Renvoi préjudiciel – Article 49 TFUE – Liberté d'établissement – Législation fiscale – Impôt sur les sociétés – Titres de participation – Réglementation d'un État membre exonérant les plus-values et, corrélativement, excluant la déductibilité des moins-values – Cession par une société résidente de titres détenus dans une filiale non-résidente – Moins-value résultant d'une perte de change»

Dans l'affaire C-686/13,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Högsta förvaltningsdomstolen (Cour administrative suprême, Suède), par décision du 18 décembre 2013, parvenue à la Cour le 27 décembre 2013, dans la procédure

X AB

contre

Skatteverket,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M^{me} R. Silva de Lapuerta, président de chambre, MM. J.-C. Bonichot (rapporteur), A. Arabadjiev, J. L. da Cruz Vilaça et C. Lycourgos, juges,

avocat général: M^{me} J. Kokott,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

- pour X AB, par M^e R. Persson Österman, avocat,
- pour le Skatteverket, par M^e A. Berg, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement suédois, par M^{mes} A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson et K. Sparrman ainsi que par MM. E. Karlsson, L. Swedenborg et C. Hagerman, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement danois, par M. C. Thorning et M^{me} M. Wolff, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement allemand, par MM. T. Henze et J. Möller, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement espagnol, par M. L. Banciella Rodríguez-Miñón, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement français, par MM. D. Colas et J.-S. Pilczer, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement italien, par M^{me} G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. P. Gentili, avvocato dello Stato,

- pour le gouvernement néerlandais, par M^{mes} M. Bulterman et M. Gijzen, en qualité d'agents,
 - pour le gouvernement portugais, par MM. L. Inez Fernandes et J. Martins da Silva ainsi que par M^{me} M. Rebelo, en qualité d'agents,
 - pour le gouvernement finlandais, par M. J. Heliskoski, en qualité d'agent,
 - pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M. L. Christie, en qualité d'agent, assisté de M. R. Hill, barrister,
 - pour la Commission européenne, par MM. W. Roels et J. Enegren, en qualité d'agents,
- ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 22 janvier 2015,
- rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 49 TFUE et 63 TFUE.
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant X AB, société de droit suédois, au Skatteverket (administration fiscale) au sujet du refus de ce dernier d'accorder à X AB une déduction au titre d'une perte de change subie lors de la cession de titres de participation dans une filiale située au Royaume-Uni.

Le droit suédois

- 3 L'article 13 du chapitre 24 de la loi (1229:1999) relative à l'impôt sur le revenu [inkomstskattelagen (1999:1229), ci-après l'«IL»] définit la notion de «titre de participation» comme suit:

«Constitue un titre de participation une part sociale détenue dans une société par actions ou une société coopérative si elle remplit les conditions énumérées à l'article 14 et est détenue par une personne morale (l'entreprise détentrice) qui doit être:

1. une société par actions ou une société coopérative suédoise autre qu'une société d'investissement,
 2. une fondation ou une association sans but lucratif suédoise qui n'entre pas dans le champ d'application des dispositions en matière d'exonération fiscale du chapitre 7,
 3. une caisse d'épargne suédoise,
 4. une société mutuelle d'assurance suédoise, ou
 5. une société étrangère résidant dans un pays de l'Espace économique européen et qui est analogue à l'une des formes d'entreprises suédoises énumérées aux points 1 à 4.»
- 4 L'article 14 du même chapitre de l'IL prévoit:

«Le titre de participation doit constituer un actif isolé et remplir l'une des conditions suivantes:

1. Le titre ne doit pas faire l'objet d'une cotation.
2. Le nombre total des droits de vote attachés à l'ensemble des titres que détient l'entreprise détentrice dans la société détenue correspond à au moins 10 % du nombre total des droits de votes attachés à l'ensemble des parts sociales de ladite société.
3. La possession du titre est liée à l'activité de l'entreprise détentrice ou d'une entreprise qui peut être considérée comme lui étant proche compte tenu des conditions de propriété ou d'organisation.

[...]»

- 5 Le chapitre 25a de l'IL, relatif, notamment, aux actions constituant des titres de participation, prévoit à son article 5:

«Un gain en capital n'est imposé que dans les conditions énoncées à l'article 9. [...]

Une perte en capital ne peut être déduite que si un gain en capital correspondant doit être imposé. [...]

- 6 En vertu des dispositions combinées des articles 9 et 18 de ce chapitre 25a, par dérogation à la règle générale fixée à l'article 5 dudit chapitre, les gains en capital réalisés sur des titres de participation sont soumis à l'impôt sur les sociétés lorsque la cession concerne des participations dans une société-écran ou est constitutive d'un abus de droit.

Le litige au principal et la question préjudicielle

- 7 Au cours de l'année 2003, X AB, qui a son siège en Suède, a créé au Royaume-Uni une filiale, Y Ltd, dont les parts sociales ont été émises en dollars des États-Unis.
- 8 Entre les années 2003 et 2009, Y Ltd a reçu des apports en capital au moyen d'émissions réservées à X AB. Cette dernière a ensuite, à deux reprises, cédé à sa propre société mère des parts qu'elle détenait dans Y Ltd. À la suite de ces cessions, X AB détenait des parts sociales d'Y Ltd à hauteur d'environ 45 %, en capital comme en droits de vote.
- 9 Il n'est pas contesté que ces parts sociales constituent des «titres de participation», au sens de l'article 13 du chapitre 24 de l'IL.
- 10 X AB souhaitant mettre fin aux activités d'Y Ltd, elle a projeté de céder lesdites parts sociales. Cette opération présentait toutefois un risque de perte de change tenant au fait que, entre les années 2003 et 2009, X AB avait apporté à Y Ltd du capital en numéraire à un taux de change plus avantageux que celui ayant cours à la date du projet de cession. X AB a dès lors préalablement recherché la déductibilité de cette perte potentielle, mais a été confrontée à la législation fiscale suédoise dont il résulte que les pertes en capital réalisées sur des «titres de participation» ne sont, en principe, pas déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés.
- 11 X AB a alors demandé à la Skatterättsnämnden (Commission du droit fiscal) un rescrit sur le point de savoir si une telle exclusion était compatible avec le droit de l'Union lorsqu'elle s'applique à une perte en capital résultant d'une perte de change sur un «titre de participation» dans une société résidant dans un autre État membre de l'Union européenne.
- 12 Dans un rescrit du 18 mars 2013, la Skatterättsnämnden lui a répondu par la négative, au motif que, en droit fiscal suédois, ni les gains ni les pertes en capital réalisés sur les parts sociales constitutives

de «titres de participation» ne sont, en principe, pris en compte pour le calcul de l'assiette de l'impôt sur les sociétés.

- 13 X AB a attaqué cette décision devant le Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative).
- 14 Au soutien de sa demande devant la juridiction de renvoi, X AB fait essentiellement valoir que, en raison de la réglementation suédoise, les investissements qu'elle a réalisés dans Y Ltd étaient plus risqués que des investissements domestiques comparables. Son argumentation repose principalement sur l'idée qu'un investissement en couronnes suédoises réalisé dans une société par actions suédoise n'encourrait aucun aléa équivalent au risque de change auquel peut être soumis un investissement dans un autre État membre. Le système fiscal suédois constituerait, de ce fait, une entrave à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, comme la Cour l'aurait jugé dans l'arrêt *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129), dont la solution serait transposable au litige au principal.
- 15 Dans ces conditions, le Högsta förvaltningsdomstolen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Les articles 49 TFUE et 63 TFUE s'opposent-ils à une réglementation nationale selon laquelle l'État de résidence d'une entreprise ne permet pas à celle-ci de déduire une perte de change inhérente à une perte en capital réalisée sur un titre de participation qu'elle détient dans une société ayant sa résidence dans un autre État membre, lorsque l'État de résidence de la première entreprise applique un système qui ne prend pas en compte les gains et les pertes en capital réalisés sur de tels titres dans le calcul de l'assiette de l'impôt?»

Sur la question préjudicielle

Observations liminaires

- 16 La question préjudicielle se référant à la fois à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux, consacrées, respectivement, aux articles 49 TFUE et 63 TFUE, il convient, au préalable, de déterminer laquelle de ces deux libertés est susceptible d'être affectée par une législation nationale telle que celle en cause au principal.
- 17 À cet égard, il résulte d'une jurisprudence bien établie de la Cour qu'il convient de prendre en compte l'objet de la législation en cause (arrêts *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, point 90 et jurisprudence citée, ainsi que *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, point 21).
- 18 Relève ainsi du champ d'application de l'article 49 TFUE, relatif à la liberté d'établissement, une législation nationale qui a vocation à s'appliquer aux seules participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions d'une société et de déterminer les activités de celle-ci (arrêts *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, point 91 et jurisprudence citée, ainsi que *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, point 22).
- 19 En revanche, des dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à des participations effectuées dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise doivent être examinées exclusivement au regard de la libre circulation des capitaux (arrêt *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, point 92 et jurisprudence citée).

- 20 S'agissant de la législation suédoise en cause au principal, il apparaît que la catégorie des «titres de participation» comprend non seulement les parts sociales dont le nombre total des droits de vote correspond à au moins 10 % du nombre de droits de vote associés à l'ensemble des parts sociales de la société détenue, mais aussi les parts sociales faisant l'objet d'une cotation, et cela sans condition de pourcentage minimal.
- 21 Par ailleurs, il a déjà été jugé qu'une participation d'au moins 10 % du capital ou des droits de vote dans une société n'implique pas nécessairement que le titulaire de cette participation exerce une influence certaine sur les décisions de la société dont il est actionnaire (voir, en ce sens, arrêts *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, point 58, et *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, point 22).
- 22 Par conséquent, l'objet de la législation nationale en cause au principal ne permet pas de déterminer à lui seul si elle relève de manière prépondérante de l'article 49 TFUE ou de l'article 63 TFUE.
- 23 En pareil cas, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que celle-ci doit tenir compte des éléments factuels du cas d'espèce afin de déterminer si la situation visée par le litige au principal relève de l'une ou de l'autre desdites dispositions (voir, en ce sens, arrêt *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, points 93 et 94 ainsi que jurisprudence citée).
- 24 À cet égard, il ressort du dossier soumis à la Cour que X AB détient 45 % des parts d'Y Ltd, tant en capital qu'en droits de vote. Or, il a déjà été jugé que des prises de participation à une telle hauteur sont, en principe, de nature à conférer à leur titulaire une «influence certaine», au sens de la jurisprudence rappelée au point 18 du présent arrêt, sur les décisions et les activités de la société concernée (voir, par analogie, arrêt SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, point 35).
- 25 Dans ces conditions, la demande de décision préjudicielle doit être regardée comme se rapportant à l'interprétation des dispositions du traité FUE relatives à la liberté d'établissement.

Sur l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement

- 26 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation fiscale d'un État membre qui exonère d'impôt sur les sociétés les plus-values réalisées sur des titres de participation et exclut corrélativement la déduction des moins-values réalisées sur de tels titres, même lorsque ces moins-values résultent d'une perte de change.
- 27 Il y a lieu de rappeler que l'article 49 TFUE impose la suppression des restrictions à la liberté d'établissement. Dès lors, même si, selon leur libellé, les dispositions du traité FUE 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 législation (arrêts *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, point 31; *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, point 35, et *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, point 57).
- 28 Il est également de jurisprudence constante que doivent être considérées comme de telles restrictions toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté (voir arrêts *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, point 36; *DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C.*, C-380/11, EU:C:2012:552, point 33, et *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, point 58).

- 29 La Cour a jugé que de tels effets restrictifs peuvent se produire notamment lorsque, en raison d'une réglementation fiscale, une société peut être dissuadée de créer des entités subordonnées, telles qu'un établissement stable, dans d'autres États membres et d'exercer ses activités par l'intermédiaire de telles entités (arrêts Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, points 32 et 33; Keller Holding, C-471/04, EU:C:2006:143, point 35, ainsi que Deutsche Shell, C-293/06, EU:C:2008:129, point 29).
- 30 À cet égard, il y a lieu de relever que la législation fiscale suédoise en cause au principal exclut en principe de l'assiette de l'impôt sur les sociétés les gains en capital réalisés lors de la cession de «titres de participation», au sens de l'IL. Symétriquement, cette législation ne prévoit aucune déduction des moins-values réalisées sur de telles opérations, et ce indépendamment du point de savoir si les sociétés dont les «titres de participation» font l'objet d'une cession sont ou non établies en Suède.
- 31 Ainsi, les moins-values sur cession de «titres de participation» trouvant leur origine dans une perte de change ne peuvent être déduites ni dans l'hypothèse où, comme dans l'affaire au principal, les titres sont détenus dans une société établie dans un autre État membre ni dans celle où ils sont détenus dans une société établie en Suède – que le capital de cette dernière soit d'ailleurs libellé en couronne suédoise ou dans toute autre monnaie admise par la législation nationale.
- 32 Dès lors, contrairement à ce que soutient la requérante au principal, les investissements en «titres de participation» réalisés dans un État membre autre que le Royaume de Suède ne sont pas, au regard de l'absence de déductibilité des pertes de change, traités plus défavorablement que les investissements similaires effectués en Suède.
- 33 À cet égard, il convient d'ajouter que, à supposer même qu'une telle absence de déductibilité soit susceptible de désavantager une société ayant investi dans des «titres de participation» dans une société établie sur le territoire d'un autre État membre, du fait de son exposition aux pertes de change lorsque, comme dans l'affaire au principal, cet investissement s'est opéré dans des titres libellés en une devise autre que celle de l'État membre d'accueil, il découle de la compétence fiscale des États membres que la liberté des sociétés de choisir entre les différents États membres d'établissement n'implique nullement que ces derniers seraient obligés d'adapter leur propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres États membres afin de garantir qu'une société ayant choisi de s'établir dans un État membre soit taxée, au niveau national, de la même manière qu'une société ayant choisi de s'établir dans un autre État membre, étant donné que ce choix, peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour cette dernière société (voir, en ce sens, arrêts Deutsche Shell, C-293/06, EU:C:2008:129, point 43, et Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C-157/07, EU:C:2008:588, point 50).
- 34 De la même manière, en l'état actuel du droit de l'Union en matière de fiscalité directe, les dispositions du traité FUE relatives à la liberté d'établissement ne sauraient être interprétées en ce sens qu'elles imposeraient aux États membres d'adapter leur propre système fiscal afin de tenir compte des éventuels risques de change auxquels les sociétés se trouvent confrontées du fait de la persistance, sur le territoire de l'Union, d'une pluralité de devises entre lesquelles il n'existe pas de taux de change fixe ou de législations nationales permettant, comme c'est le cas dans l'affaire au principal, de libeller le capital des sociétés en devises d'États tiers.
- 35 Il s'ensuit qu'une législation nationale telle que celle en cause au principal n'est pas susceptible de restreindre la liberté d'établissement.
- 36 Cette conclusion ne saurait être remise en cause par les énonciations de l'arrêt Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), dont se prévaut X AB.

- 37 Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit que les dispositions du traité FUE relatives à la liberté d'établissement s'opposent à ce qu'un État membre exclue, pour la détermination de la base d'imposition nationale, une perte de change subie par une société ayant son siège statutaire sur le territoire de cet État, lors du rapatriement du capital de dotation qu'elle avait alloué à un établissement stable lui appartenant situé dans un autre État membre.
- 38 Toutefois, la Cour est alors parvenue à cette conclusion dans un contexte juridique différent de celui découlant de l'application de la législation nationale en cause au principal. En effet, ainsi que l'a relevé la juridiction de renvoi, la législation nationale en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129) prévoyait que, en règle générale, les gains de change étaient imposés et, corrélativement, les pertes de change étaient déductibles, à moins qu'une convention préventive de la double imposition n'en stipule autrement.
- 39 Or, tel n'est pas le cas s'agissant de l'affaire au principal, puisque, comme il a été dit au point 30 du présent arrêt, la législation fiscale suédoise en cause au principal est en principe indifférente aux résultats des opérations en capital sur «titres de participation», à l'égard desquelles le Royaume de Suède a choisi, en règle générale, de ne pas exercer sa compétence fiscale.
- 40 Dans ces conditions, il ne saurait être inféré des dispositions du traité FUE relatives à la liberté d'établissement que cet État membre serait tenu d'exercer – d'ailleurs de façon asymétrique – sa compétence fiscale afin de permettre la déductibilité des pertes occasionnées par des opérations dont les résultats, s'ils étaient positifs, ne seraient en tout état de cause pas imposés.
- 41 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation fiscale d'un État membre qui, en principe, exonère d'impôt sur les sociétés les plus-values réalisées sur des titres de participation et exclut corrélativement la déduction des moins-values réalisées sur de tels titres, même lorsque ces moins-values résultent d'une perte de change.

Sur les dépens

- 42 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:

L'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation fiscale d'un État membre qui, en principe, exonère d'impôt sur les sociétés les plus-values réalisées sur des titres de participation et exclut corrélativement la déduction des moins-values réalisées sur de tels titres, même lorsque ces moins-values résultent d'une perte de change.

Signatures

* Langue de procédure: le suédois.