

Affaire C-126/10

Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA

contre

Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais

(demande de décision préjudicielle, introduite par

le Supremo Tribunal Administrativo)

«Rapprochement des législations — Directive 90/434/CEE — Régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents — Article 11, paragraphe 1, sous a) — Motifs économiques valables — Restructuration ou rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération — Notions»

Sommaire de l'arrêt

1. *Questions préjudicielles — Compétence de la Cour — Limites — Interprétation sollicitée en raison de l'applicabilité, aux situations purement internes, des dispositions d'une directive transposées en droit national, résultant d'un alignement du traitement des situations internes sur celles régies par le droit de l'Union*

(Art. 267 TFUE)

2. *Rapprochement des législations — Régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents — Directive 90/434 — Opérations ayant comme objectif la fraude ou l'évasion fiscales*

(Directive du Conseil 90/434, art. 11, § 1, a))

1. Lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues dans le droit de l'Union, afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou d'éventuelles distorsions de concurrence, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer.

Ainsi, lorsqu'une réglementation nationale prévoit que les restructurations nationales et transfrontalières sont soumises au même régime fiscal en ce qui concerne les fusions et que la règle permettant de refuser le bénéfice de ce régime fiscal en cas d'absence de motifs économiques valables, prévue à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, est appelée à s'appliquer également aux situations purement internes, la Cour est compétente pour répondre aux questions posées par le juge national relatives à l'interprétation des dispositions de la directive 90/434, même si celles-ci ne régissent pas directement la situation en cause au principal.

(cf. points 20-21, 23)

2. L'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, doit être interprété en ce sens que, dans le cas d'une opération de fusion entre deux sociétés d'un même groupe, peut constituer une présomption que cette opération n'est pas effectuée pour des «motifs économiques valables» au sens de cette disposition le fait que, à la date de l'opération de fusion, la société absorbée n'exerce aucune activité, ne détient aucune participation financière et ne fait que transférer à la société absorbante des pertes fiscales dont le montant est élevé et l'origine indéterminée, alors même que cette opération a un effet positif en termes d'économie de coûts structurels pour ce groupe. Il incombe à la juridiction nationale de vérifier, au regard de l'ensemble des circonstances caractérisant le litige dans lequel elle est appelée à statuer, si les éléments constitutifs de la présomption de fraude ou d'évasion fiscales au sens de ladite disposition sont réunis dans le cadre de ce litige.

À cet égard, les notions de restructuration et de rationalisation visées à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 doivent être comprises comme allant au-delà de la seule recherche d'un avantage purement fiscal et toute opération de restructuration et de rationalisation qui ne viserait qu'à atteindre un tel but ne saurait constituer un motif économique valable au sens de ladite disposition. Partant, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'une opération de fusion qui procéderait à une restructuration ou à une rationalisation d'un groupe permettant de réduire les frais administratifs et de gestion de celui-ci puisse poursuivre des motifs économiques valables. Toutefois, tel ne serait pas le cas d'une opération d'absorption dont il paraît ressortir que, au regard de l'ampleur de l'avantage fiscal escompté, l'économie faite par le groupe concerné en termes de coûts structurels est tout à fait marginale.

En outre, en admettant de manière systématique que l'économie des coûts structurels résultant de la réduction des frais administratifs et de gestion constitue un motif économique valable, sans tenir compte des autres objectifs de l'opération envisagée, et plus particulièrement des avantages fiscaux, la règle énoncée à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 serait privée de toute sa finalité, laquelle consiste à sauvegarder les intérêts financiers des États membres en prévoyant, conformément au neuvième considérant de cette directive, la faculté pour ces derniers de refuser le bénéfice des dispositions prévues par la directive en cas de fraude ou d'évasion fiscales.

(cf. points 46-47, 49, 52 et disp.)

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

10 novembre 2011 (*)

«Rapprochement des législations – Directive 90/434/CEE – Régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents – Article 11, paragraphe 1, sous a) – Motifs économiques valables – Restructuration ou rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération – Notions»

Dans l'affaire C-126/10,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Supremo Tribunal Administrativo (Portugal), par décision du 3 février 2010, parvenue à la Cour le 10 mars 2010, dans la procédure

Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA

contre

Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais,

en présence de:

Ministério Público,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. M. Safjan, président de chambre, M. J.-J. Kasel (rapporteur) et Mme M. Berger, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: Mme M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 14 juillet 2011,

considérant les observations présentées:

- pour Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA, par Me F. Castro Silva, advogado,
- pour le gouvernement portugais, par MM. L. Inez Fernandes et J. Menezes Leitão, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement espagnol, par M. M. Muñoz Pérez, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement néerlandais, par Mmes C. Wissels et M. de Ree, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par Mme F Penlington, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par M. R. Lyal et Mme M. Afonso, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La présente demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 11,

paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (JO L 225, p. 1).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA (ci-après «Foggia – SGPS») au Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (secrétaire d'État aux affaires fiscales, ci-après le «Secretário de Estado») au sujet du refus de ce dernier de l'autoriser à effectuer un transfert de pertes fiscales à la suite d'une opération de fusion d'entreprises faisant partie du même groupe.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 Selon le neuvième considérant de la directive 90/434, «il convient de prévoir la faculté pour les États membres de refuser le bénéfice de l'application de la présente directive lorsque l'opération de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales [...]».

4 L'article 6 de la directive 90/434, qui fait partie du titre II de celle-ci relatif aux règles applicables aux fusions, aux scissions et aux échanges d'actions, dispose:

«Dans la mesure où les États membres appliquent, lorsque les opérations visées à l'article 1er interviennent entre sociétés de l'État de la société apporteuse, des dispositions permettant la reprise, par la société bénéficiaire, des pertes de la société apporteuse non encore amorties du point de vue fiscal, ils étendent le bénéfice de ces dispositions à la reprise, par les établissements stables de la société bénéficiaire situés sur leur territoire, des pertes de la société apporteuse non encore amorties du point de vue fiscal.»

5 L'article 11 de la directive 90/434, qui figure sous le titre V de celle-ci, intitulé «Dispositions finales», prévoit à son paragraphe 1:

«Un État membre peut refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions des titres II, III et IV ou en retirer le bénéfice lorsque l'opération de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échanges d'actions:

a) a comme objectif ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales; le fait qu'une des opérations visées à l'article 1er n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales;

[...]»

La réglementation nationale

6 Le code de l'impôt sur les sociétés (Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas), dans sa version applicable au litige au principal (ci-après le «CIRC»), comporte un article 67, relatif à la transférabilité des pertes fiscales, dont les paragraphes 6, 7 et 10 sont libellés comme suit:

«6. Aux fins de l'application des articles 68 et 70 [du CIRC], dans la partie relative aux fusions et aux scissions de sociétés de différents États membres de l'Union européenne, le terme 'société' a le sens indiqué à l'annexe de la directive 90/434.

7. Le régime spécial instauré dans la présente sous-section s'applique aux opérations de fusion et de scission de sociétés et d'apport d'actifs, telles qu'elles sont définies aux paragraphes 1 à 3, dans lesquelles interviennent:

- a) des sociétés ayant leur siège ou leur direction effective sur le territoire portugais, assujetties à l'IRC et non exonérées, dont le bénéfice imposable n'est pas déterminé par le régime simplifié;
- b) une ou plusieurs sociétés d'autres États membres de l'Union européenne, dès lors que toutes les sociétés répondent aux conditions établies à l'article 3 de la directive 90/434;

[...]

10. Le régime spécial instauré ne s'applique ni en totalité ni en partie lorsqu'il apparaît que les opérations relevant dudit régime ont comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux l'évasion fiscale, ce qui peut être considéré comme établi, en particulier, dans le cas où les revenus des sociétés concernées ne sont pas assujettis en totalité au même régime d'impôt sur les sociétés ou lorsque les opérations n'ont pas été réalisées pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés qui y participent, auquel cas il est procédé, le cas échéant, aux liquidations additionnelles correspondantes de l'impôt.»

7 L'article 69, paragraphes 1 et 2, du CIRC dispose:

«1. Les pertes fiscales des sociétés fusionnées peuvent être déduites des bénéfices imposables de la nouvelle société ou de la société absorbante jusqu'à la fin du délai visé à l'article 47, paragraphe 1, courant à compter de l'exercice auquel ils se rapportent, à condition que soit accordée l'autorisation du ministre des Finances, sur demande des intéressés remise à la Direction générale des impôts avant la fin du mois suivant celui de l'enregistrement de la fusion au registre du commerce.

2. L'autorisation n'est octroyée que s'il est démontré que la fusion est réalisée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participantes, et qu'elle s'inscrit dans une stratégie de redéploiement et de développement de l'entreprise à moyen ou à long terme, avec des effets positifs sur la structure de production, tous les éléments nécessaires ou opportuns devant être fournis à cet effet aux fins de la parfaite connaissance de l'opération visée, sous ses aspects tant juridiques qu'économiques.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8 Par une opération de fusion en date du 29 septembre 2003, Foggia – SGPS, une société de droit portugais active en matière de gestion de participations sociales, a absorbé trois autres sociétés de gestion de participations sociales appartenant au même groupe.

9 Par une demande parvenue au Secretário de Estado le 28 novembre 2003, Foggia – SGPS a sollicité, conformément à l'article 69, paragraphe 1, du CIRC, l'autorisation de déduire de ses éventuels bénéfices imposables les pertes fiscales constatées, mais non encore amorties, des sociétés absorbées pour les exercices 1997 à 2002 inclus.

10 Le Secretário de Estado a fait droit à ladite demande en ce qui concerne deux des trois

sociétés, mais, par une décision du 6 octobre 2004, il a refusé le transfert des pertes fiscales de Riguadiana – SGPS SA (ci-après «Riguadiana»), au motif que l'opération de fusion de celle-ci avec Foggia – SGPS ne présentait aucun intérêt économique pour cette dernière.

11 À cet égard, les services du Secretário de Estado ont souligné que, pour les années considérées, Riguadiana avait cessé de détenir un portefeuille de participations, qu'elle n'avait pratiquement pas tiré de revenus de son activité et qu'elle n'avait investi que dans des titres. Par ailleurs, l'origine des pertes fiscales de cette société, pour un montant d'environ 2 millions d'euros, inscrites dans la déclaration fiscale de l'année 2002 ne serait pas claire. Si l'élimination de Riguadiana de la structure du groupe est certes susceptible de conduire à une réduction des frais administratifs et de gestion de celui-ci, cet effet positif en termes de coûts structurels de ce groupe ne saurait être considéré, selon le Secretário de Estado, comme présentant un intérêt économique pour Foggia – SGPS.

12 Le 24 janvier 2005, Foggia – SGPS a introduit un recours administratif spécial devant le Tribunal Central Administrativo Sul pour obtenir l'annulation de ladite décision de refus et l'adoption d'un acte administratif autorisant le transfert des pertes fiscales en cause, recours qui a été rejeté par cette juridiction.

13 Le 3 décembre 2008, Foggia – SGPS s'est pourvue devant le Supremo Tribunal Administrativo, juridiction de dernière instance.

14 Dans sa décision de renvoi, ladite juridiction rappelle que l'existence de «motifs économiques valables» constitue l'une des deux conditions cumulatives énoncées à l'article 69, paragraphe 2, du CIRC et qu'il relève du pouvoir discrétionnaire du Secretário de Estado d'apprécier si une telle condition est satisfaite. La juridiction de renvoi émet toutefois des doutes quant à la compatibilité de l'appréciation faite par le Secretário de Estado des termes «motifs économiques valables» au regard de la même notion figurant à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434.

15 C'est dans ces conditions que le Supremo Tribunal Administrativo a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Quels sont le sens et la portée de l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive [90/434], et en particulier quelle est la teneur du concept 'motifs économiques valables' et du concept 'restructuration ou rationalisation des activités' de sociétés participant à des opérations relevant du champ d'application de la directive [90/434]?

2) Faut-il considérer comme compatible avec cette norme communautaire la thèse de l'administration fiscale relative à l'absence de motifs économiques sérieux justifiant la demande de la société absorbante visant à faire reconnaître la transférabilité de pertes fiscales, demande au sujet de laquelle ladite administration a considéré que, si la fusion pouvait certes produire un effet positif en termes de structure de coûts du groupe, son intérêt économique n'était pas évident dans la perspective de la société absorbante, compte tenu du fait que la société absorbée n'avait exercé aucune activité en tant que société de gestion de participations sociales, ne détenait aucune participation financière et ne transférerait que des pertes d'un montant élevé?»

Sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la demande de décision préjudicielle

16 Dans ses observations écrites, le gouvernement portugais, d'une part, conclut à l'incompétence de la Cour pour statuer sur la demande de décision préjudicielle et, d'autre part, soulève l'irrecevabilité de celle-ci en contestant la pertinence des questions posées par la juridiction de renvoi.

17 En premier lieu, ledit gouvernement fait valoir que le litige au principal se situe dans un contexte purement national. Il serait permis de douter que ce litige relève du champ d'application de la directive 90/434 et, par voie de conséquence, de la compétence de la Cour dès lors que le droit de l'Union ne régit ni directement ni indirectement la situation en cause devant la juridiction de renvoi.

18 À cet égard, il convient de rappeler que, conformément à l'article 267, premier alinéa, TFUE, la Cour est, notamment, compétente pour statuer, à titre préjudiciel, «sur l'interprétation des traités» ainsi que sur «l'interprétation des actes pris par les institutions [...] de l'Union».

19 Certes, il est constant que le litige au principal porte sur une disposition du droit national qui s'applique dans un contexte purement interne.

20 Toutefois, il ressort du dossier dont dispose la Cour que les restructurations nationales et transfrontalières sont soumises, conformément à l'article 67 du CIRC, au même régime fiscal en ce qui concerne les fusions et que la règle permettant de refuser le bénéfice de ce régime fiscal en cas d'absence de motifs économiques valables, prévue à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, est appelée à s'appliquer également aux situations purement internes.

21 Selon une jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues dans le droit de l'Union, afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou d'éventuelles distorsions de concurrence, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer (arrêts du 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, Rec. p. I-4161, point 32; du 15 janvier 2002, *Andersen og Jensen*, C-43/00, Rec. p. I-379, point 18, ainsi que du 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08, non encore publié au Recueil, point 33).

22 Il convient d'ajouter qu'il appartient au seul juge national d'apprécier la portée exacte de ce renvoi au droit de l'Union, la compétence de la Cour étant limitée à l'examen et à l'interprétation des seules dispositions de ce droit (arrêts précités *Leur-Bloem*, point 33, et *Modehuis A. Zwijnenburg*, point 34).

23 Il résulte des considérations qui précèdent que la Cour est compétente pour répondre aux questions posées par le Supremo Tribunal Administrativo relatives à l'interprétation des dispositions de la directive 90/434, même si celles-ci ne régissent pas directement la situation en cause au principal.

24 En second lieu, le gouvernement portugais soutient que la demande de décision préjudicielle est irrecevable en raison de l'absence de lien entre l'interprétation demandée de l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, dont les termes sont repris à l'article 67, paragraphe 10, du CIRC, et l'objet du litige au principal, qui porte sur l'article 69, paragraphe 2, du même code, relatif à la transférabilité des pertes fiscales, visée à l'article 6 de ladite directive.

25 Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales, instituée à l'article 267 TFUE, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du

droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêts Leur-Bloem, précité, point 24; du 22 décembre 2008, Les Vergers du Vieux Tauves, C?48/07, p. I?10627, point 16, ainsi que du 8 septembre 2011, Paint Graphos e.a., C?78/08 à C?80/08, non encore publié au Recueil, point 30).

26 En effet, les questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une demande de décision préjudicielle formée par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir arrêts du 7 juin 2007, van der Weerd e.a., C?222/05 à C?225/05, Rec. p. I?4233, point 22; Les Vergers du Vieux Tauves, précité, point 17, ainsi que Paint Graphos e.a., précité, point 31).

27 Or, en l'espèce il ne saurait être valablement soutenu que l'interprétation de la directive 90/434 n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ni que le problème est de nature hypothétique, puisque la demande de la juridiction de renvoi vise précisément à permettre à celle-ci de répondre à une question relative à la compatibilité de la thèse défendue par le Secretário de Estado en ce qui concerne la notion de «motifs économiques valables» avec la même notion figurant à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de cette directive.

28 Il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient le gouvernement portugais, la demande de décision préjudicielle doit être déclarée recevable.

29 Toutefois, au regard du libellé de la seconde question, il importe de rappeler la jurisprudence constante en vertu de laquelle, s'il n'appartient pas à la Cour de se prononcer, dans le cadre d'une procédure introduite en application de l'article 267 TFUE, sur la compatibilité de normes de droit interne avec le droit de l'Union ni d'interpréter des dispositions législatives ou réglementaires nationales, elle est toutefois compétente pour fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation relevant du droit de l'Union qui peuvent permettre à celle-ci d'apprécier une telle compatibilité en vue du jugement de l'affaire dont elle est saisie (voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1993, Hünermund e.a., C?292/92, Rec. p. I?6787, point 8, ainsi que du 6 mars 2007, Placanica e.a., C?338/04, C?359/04 et C?360/04, Rec. p. I?1891, point 36).

30 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que, par ses deux questions, qu'il y a lieu d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 doit être interprété en ce sens qu'une opération de fusion entre deux sociétés d'un même groupe peut être considérée comme étant effectuée pour des «motifs économiques valables», au sens de cette disposition, lorsqu'elle a un effet positif en termes de coûts structurels pour ce groupe, alors même que la société absorbée n'exerce aucune activité, ne détient aucune participation financière et ne transfère que des pertes d'un montant élevé à la société absorbante.

Sur les questions préjudicielles

31 Il y a lieu de souligner d'emblée que le régime fiscal commun institué par la directive 90/434 comprend différents avantages fiscaux et s'applique indistinctement à toutes les opérations de fusion, de scission, d'apport d'actifs et d'échange d'actions, sans considération de leurs motifs, qu'ils soient financiers, économiques ou purement fiscaux (voir arrêts Leur-Bloem, précité, point 36, et du 5 juillet 2007, Kofoed, C-321/05, Rec. p. I-5795, point 30).

32 Les motifs de l'opération envisagée retrouvent toutefois leur importance lors de la mise en œuvre de la faculté donnée aux États membres, par l'article 11, paragraphe 1, de ladite directive, de ne pas accorder le bénéfice des dispositions de cette directive (arrêt Modehuis A. Zwijnenburg, précité, point 42).

33 Plus particulièrement, en vertu de l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, les États membres peuvent refuser d'appliquer, à titre exceptionnel et dans des cas particuliers, tout ou partie des dispositions de cette directive ou en retirer le bénéfice lorsque l'opération d'échange d'actions a, notamment, comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales. Cette même disposition précise, en outre, que le fait que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération poursuit un tel objectif (voir, en ce sens, arrêts précités Leur-Bloem, points 38 et 39, ainsi que Kofoed, point 37).

34 S'agissant de la notion de «motifs économiques valables» au sens dudit article 11, paragraphe 1, sous a), la Cour a déjà eu l'occasion de préciser qu'il résulte du libellé et des objectifs de cet article 11, comme de ceux de la directive 90/434 en général, que cette notion va au-delà de la seule recherche d'un avantage purement fiscal. Dès lors, une opération de fusion par échange d'actions qui ne viserait qu'à atteindre un tel but ne saurait constituer un motif économique valable au sens de ladite disposition (arrêt Leur-Bloem, précité, point 47).

35 Par conséquent, est susceptible de constituer un motif économique valable une opération de fusion qui est fondée sur plusieurs objectifs, parmi lesquels peuvent également figurer des considérations de nature fiscale, à condition toutefois que ces dernières ne soient pas prépondérantes dans le cadre de l'opération envisagée.

36 En effet, conformément à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, la constatation qu'une opération de fusion vise uniquement à obtenir un avantage fiscal et n'est donc pas effectuée pour des motifs économiques valables, peut constituer une présomption selon laquelle cette opération a comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.

37 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que, pour vérifier si l'opération envisagée poursuit un tel objectif, les autorités nationales compétentes ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés, mais doivent procéder, au cas par cas, à un examen global de l'opération en cause. En effet, l'institution d'une règle revêtant une portée générale excluant automatiquement certaines catégories d'opérations de l'avantage fiscal, sans qu'il soit tenu compte de la question de savoir s'il y a ou non effectivement évasion ou fraude fiscales, irait au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter une telle fraude ou une telle évasion fiscales et porterait atteinte à l'objectif poursuivi par la directive 90/434 (arrêt Leur-Bloem, précité, points 41 et 44).

38 C'est dans le cadre de cet examen global que doivent être pris en considération les éléments mentionnés par la juridiction de renvoi, à savoir le fait que, à la date de l'opération de fusion, la société absorbée n'exerçait plus aucune activité de gestion propre, qu'elle ne détenait plus aucune participation financière et que la société absorbante entendait reprendre les pertes de

la société absorbée non encore amorties du point de vue fiscal.

39 Toutefois, aucun de ces éléments ne saurait, en tant que tel, être considéré comme décisif.

40 En effet, une fusion ou une restructuration effectuée sous la forme de l'absorption d'une société qui n'exerce pas d'activités et qui n'apporte pas d'actif propre à la société absorbante peut néanmoins être considérée, au regard de cette dernière, comme ayant été effectuée pour des motifs économiques valables.

41 De même, il n'est pas non plus exclu qu'une fusion par absorption d'une société détenant de telles pertes puisse poursuivre des motifs économiques valables dans la mesure où l'article 6 de la directive 90/434 fait expressément référence aux dispositions législatives autorisant la reprise des pertes de la société absorbée non encore amorties du point de vue fiscal.

42 En revanche, la circonstance que ces pertes fiscales sont d'un montant très élevé et que leur origine n'est pas clairement déterminée peut constituer un indice de fraude ou d'évasion fiscales, dès lors que l'opération de fusion par absorption d'une société sans apport d'actif ne viserait qu'à obtenir un avantage purement fiscal.

43 Ainsi, la juridiction de renvoi se demande, en s'appuyant sur les termes «restructuration» et «rationalisation» employés à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, si l'effet positif en termes de coûts structurels, résultant de la réduction des frais administratifs et de gestion du groupe à la suite de la fusion par absorption, pourrait constituer un motif économique valable au sens de cet article.

44 En vue de répondre à cette interrogation, il convient de préciser que l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434, en tant qu'il constitue une exception aux règles fiscales établies par la directive 90/434, doit être interprété de manière stricte en tenant compte de son libellé, de sa finalité ainsi que du contexte dans lequel il s'insère (arrêt *Modehuis A. Zwijnenburg*, précité, point 46).

45 Il ressort du libellé dudit article 11, paragraphe 1, sous a), et plus particulièrement des termes «tels que la restructuration ou la rationalisation» que les opérations ainsi visées constituent des exemples de motifs économiques valables et qu'ils doivent être interprétés en accord avec cette dernière notion.

46 Ainsi que la Cour l'a déjà jugé au point 47 de l'arrêt *Leur-Bloem*, précité, les notions de restructuration et de rationalisation doivent donc être comprises comme allant au-delà de la seule recherche d'un avantage purement fiscal et toute opération de restructuration et de rationalisation qui ne viserait qu'à atteindre un tel but ne saurait constituer un motif économique valable au sens de ladite disposition.

47 Partant, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'une opération de fusion qui procéderait à une restructuration ou à une rationalisation d'un groupe permettant de réduire les frais administratifs et de gestion de celui-ci puisse poursuivre des motifs économiques valables. Toutefois, tel ne serait pas le cas d'une opération d'absorption, telle que celle en cause au principal, dont il paraît ressortir que, au regard de l'ampleur de l'avantage fiscal escompté, à savoir plus de 2 millions d'euros, l'économie faite par le groupe concerné en termes de coûts structurels est tout à fait marginale.

48 À cet égard, il convient d'ajouter que l'économie des coûts résultant de la réduction des frais administratifs et de gestion lors de la disparition de la société absorbée est inhérente à toute opération de fusion par absorption dans la mesure où cette dernière implique, par définition, une

simplification de la structure du groupe.

49 Or, en admettant de manière systématique que l'économie des coûts structurels résultant de la réduction des frais administratifs et de gestion constitue un motif économique valable, sans tenir compte des autres objectifs de l'opération envisagée, et plus particulièrement des avantages fiscaux, la règle énoncée à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 serait privée de toute sa finalité, laquelle consiste à sauvegarder les intérêts financiers des États membres en prévoyant, conformément au neuvième considérant de cette directive, la faculté pour ces derniers de refuser le bénéfice des dispositions prévues par la directive en cas de fraude ou d'évasion fiscales.

50 Par ailleurs, il convient de rappeler que l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 reflète le principe général du droit de l'Union selon lequel l'abus de droit est prohibé. L'application des normes de ce droit ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives, c'est-à-dire des opérations réalisées non dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par ledit droit (voir, en ce sens, arrêts du 9 mars 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, point 24; du 21 février 2006, Halifax e.a., C-255/02, Rec. p. I-1609, points 68 et 69, ainsi que Kofoed, précité, point 38).

51 À cet égard, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, au regard de l'ensemble des circonstances caractérisant le litige dans lequel elle est appelée à statuer, si, en fonction des critères énoncés aux points 39 à 51 du présent arrêt, les éléments constitutifs de la présomption de fraude ou d'évasion fiscales au sens de l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 sont réunis dans le cadre de ce litige.

52 Il convient donc de répondre aux questions posées, telles que reformulées au point 30 du présent arrêt, que l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 doit être interprété en ce sens que, dans le cas d'une opération de fusion entre deux sociétés d'un même groupe, peut constituer une présomption que cette opération n'est pas effectuée pour des «motifs économiques valables» au sens de cette disposition le fait que, à la date de l'opération de fusion, la société absorbée n'exerce aucune activité, ne détient aucune participation financière et ne fait que transférer à la société absorbante des pertes fiscales dont le montant est élevé et l'origine indéterminée, alors même que cette opération a un effet positif en termes d'économie de coûts structurels pour ce groupe. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, au regard de l'ensemble des circonstances caractérisant le litige dans lequel elle est appelée à statuer, si les éléments constitutifs de la présomption de fraude ou d'évasion fiscales au sens de ladite disposition sont réunis dans le cadre de ce litige.

Sur les dépens

53 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 (cinquième chambre) dit pour droit:

L'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, doit être interprété en ce sens que, dans le cas d'une opération de fusion entre deux sociétés d'un même groupe, peut constituer une présomption que cette opération n'est pas effectuée pour des «motifs économiques valables» au sens de cette disposition le fait que, à la date de l'opération de fusion, la société absorbée n'exerce aucune activité, ne détient aucune

participation financière et ne fait que transférer à la société absorbante des pertes fiscales dont le montant est élevé et l'origine indéterminée, alors même que cette opération a un effet positif en termes d'économie de coûts structurels pour ce groupe. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, au regard de l'ensemble des circonstances caractérisant le litige dans lequel elle est appelée à statuer, si les éléments constitutifs de la présomption de fraude ou d'évasion fiscales au sens de ladite disposition sont réunis dans le cadre de ce litige.

Signatures

* Langue de procédure: le portugais.