



Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

28 juin 2018*

« Pourvoi – Aides d’État – Législation fiscale allemande concernant certains reports de pertes sur les années fiscales futures (“clause d’assainissement”) – Décision déclarant le régime d’aide incompatible avec le marché intérieur – Recours en annulation – Recevabilité – Article 263, quatrième alinéa, TFUE – Personne individuellement concernée – Article 107, paragraphe 1, TFUE – Notion d’“aide d’État” – Condition relative à la sélectivité – Détermination du cadre de référence – Qualification juridique des faits »

Dans l’affaire C-203/16 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l’article 56 du statut de la Cour de justice de l’Union européenne, introduit le 12 avril 2016,

Dirk Andres, agissant en qualité de curateur à la faillite de Heitkamp BauHolding GmbH, demeurant à Düsseldorf (Allemagne), représenté par M^{es} W. Niemann, S. Geringhoff et P. Dodos, Rechtsanwälte,

partie requérante,

les autres parties à la procédure étant :

Commission européenne, représentée par MM. R. Lyal et T. Maxian Rusche ainsi que par M^{me} K. Blanck-Putz, en qualité d’agents,

partie défenderesse en première instance,

République fédérale d’Allemagne, représentée par MM. T. Henze et R. Kanitz, en qualité d’agents,

partie intervenante en première instance,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. M. Ilešič, président de chambre, M. A. Rosas, M^{mes} C. Toader, A. Prechal et M. E. Jarašiūnas (rapporteur), juges,

avocat général : M. N. Wahl,

greffier : M. I. Illéssy, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 19 octobre 2017,

ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 20 décembre 2017,

* Langue de procédure : l’allemand.

rend le présent

Arrêt

- 1 Par son pourvoi, M. Dirk Andres, agissant en qualité de curateur à la faillite de Heitkamp BauHolding GmbH (ci-après « HBH »), demande, à titre principal, l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 4 février 2016, Heitkamp BauHolding/Commission (T-287/11, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2016:60), dans la mesure où, par celui-ci, le Tribunal a rejeté comme étant non fondé le recours de HBH tendant à l'annulation de la décision 2011/527/UE de la Commission, du 26 janvier 2011, concernant l'aide d'État de l'Allemagne C 7/10 (ex CP 250/09 et NN 5/10) au titre de la clause d'assainissement prévue par la loi relative à l'impôt sur les sociétés (« KStG, Sanierungsklausel ») (JO 2011, L 235, p. 26, ci-après la « décision litigieuse »), ainsi que l'annulation de cette décision.
- 2 Par son pourvoi incident, la Commission européenne demande l'annulation de l'arrêt attaqué dans la mesure où, par celui-ci, le Tribunal a rejeté l'exception d'irrecevabilité qu'elle avait soulevée à l'encontre de ce recours et, par conséquent, le rejet du recours de première instance comme étant irrecevable.

Les antécédents du litige et la décision litigieuse

- 3 Les antécédents du litige et la décision litigieuse, tels qu'ils sont présentés aux points 1 à 35 de l'arrêt attaqué, peuvent être résumés comme suit.

Le droit allemand

- 4 En Allemagne, en vertu de l'article 10d, paragraphe 2, de l'Einkommensteuergesetz (loi relative à l'impôt sur le revenu, ci-après l'« EStG »), les pertes réalisées au cours d'un exercice fiscal peuvent être reportées sur des exercices fiscaux ultérieurs, les revenus imposables des années suivantes étant alors diminués par soustraction de ces pertes (ci-après la « règle du report des pertes »). En vertu de l'article 8, paragraphe 1, du Körperschaftsteuergesetz (loi relative à l'impôt sur les sociétés, ci-après le « KStG »), la règle du report des pertes s'applique aux entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés.
- 5 Cette possibilité de report de pertes conduisait à l'acquisition, aux seules fins d'économies d'impôts, d'entreprises ayant cessé toute activité commerciale, mais disposant encore de pertes pouvant être reportées. Afin d'empêcher de telles opérations, considérées comme abusives, le législateur allemand a, au cours de l'année 1997, introduit dans le KStG l'article 8, paragraphe 4, limitant la possibilité de report de pertes aux entreprises juridiquement et économiquement identiques à celles ayant réalisé les pertes.
- 6 L'article 8, paragraphe 4, du KStG a été abrogé avec effet au 1^{er} janvier 2008 par l'Unternehmensteuerreformgesetz (loi portant réforme de la fiscalité des entreprises). Cette loi a inséré dans le KStG un nouvel article 8c, paragraphe 1 (ci-après, également, la « règle de la mise en non-valeur des pertes ») qui limite, voire exclut, la possibilité de reporter les pertes lorsqu'a lieu une acquisition de 25 % ou plus des parts d'une société (ci-après la « prise de participation préjudiciable »). Selon cette disposition, d'une part, en cas de transfert de 25 % à 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote détenus dans une société dans les cinq ans qui suivent le transfert, les pertes non utilisées tombent en non-valeur proportionnellement à la modification opérée, exprimée en pourcentage. D'autre part, en cas de transfert à un acquéreur de plus de 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote détenus dans une société, les pertes non utilisées ne sont plus déductibles.

- 7 Aucune exception à la règle de la mise en non-valeur des pertes n'était prévue. Les autorités fiscales pouvaient cependant, dans une situation de prise de participation préjudiciable visant à assainir une entreprise en difficulté, accorder une exonération d'impôt en équité, en application d'un décret du Bundesministerium der Finanzen (ministère fédéral des Finances, Allemagne) du 27 mars 2003.
- 8 Au mois de juin 2009, par le Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung (loi sur l'assurance maladie relative à l'allègement fiscal au profit des citoyens), un paragraphe 1a a été inséré à l'article 8c du KStG (ci-après, également, la « clause d'assainissement » ou la « mesure litigieuse »). En vertu de cette nouvelle disposition, une entité peut procéder à un report de pertes, même en cas de prise de participation préjudiciable au sens de l'article 8c, paragraphe 1, du KStG, lorsque les conditions suivantes sont réunies : l'acquisition des parts vise à l'assainissement de la société ; au moment de l'acquisition, celle-ci est insolvable, surendettée ou menacée de le devenir ; ses structures essentielles sont conservées, ce qui se réalise, en substance, par le maintien des emplois, par un apport substantiel au capital d'exploitation ou par la remise de dettes encore recouvrables ; aucun changement de secteur économique n'a lieu dans les cinq années qui suivent l'acquisition de la participation et, au moment de l'acquisition de la participation, la société n'avait pas cessé ses activités.
- 9 La mesure litigieuse est entrée en vigueur le 10 juillet 2009 et s'applique rétroactivement depuis le 1^{er} janvier 2008, date de l'entrée en vigueur de la règle de la mise en non-valeur des pertes.

La décision litigieuse

- 10 À l'article 1^{er} de la décision litigieuse, la Commission a constaté que « l'aide d'État que [la République fédérale d'Allemagne] a octroyée illégalement sur le fondement de l'article 8c, paragraphe 1a, [du KStG] [...] n'est pas compatible avec le marché intérieur ».
- 11 Aux fins de la qualification de la clause d'assainissement en tant qu'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, cette institution a notamment estimé que cette clause instaurait une exception à la règle, établie à l'article 8c, paragraphe 1, du KStG, qui prévoyait la mise en non-valeur des pertes non utilisées par des sociétés dont l'actionariat avait été modifié, et que ladite clause était, par conséquent, susceptible de conférer un avantage sélectif aux entreprises qui réunissaient les conditions pour en bénéficier, lequel ne se justifiait pas par la nature ou l'économie générale du système fiscal, la mesure litigieuse visant à lutter contre les problèmes dus à la crise économique et financière, ce qui constituait un objectif extérieur à ce système. Aux articles 2 et 3 de cette décision, elle a néanmoins déclaré que certaines aides individuelles octroyées dans le cadre de cette réglementation étaient, sous réserve du respect de certaines conditions, compatibles avec le marché intérieur.
- 12 À l'article 4 de la décision litigieuse, la Commission a enjoint à la République fédérale d'Allemagne de récupérer auprès des bénéficiaires les aides incompatibles octroyées dans le cadre de la réglementation visée à l'article 1^{er} de cette décision. En application de l'article 6 de cette dernière, cet État membre devait notamment communiquer à la Commission une liste de ces bénéficiaires.

Les faits à l'origine du litige

- 13 HBH est une société qui, depuis l'année 2008, était en risque d'insolvabilité. Le 20 février 2009, sa société mère en a racheté les parts, en vue de fusionner avec celle-ci aux fins de son assainissement. À la date de cette acquisition, HBH remplissait les conditions d'application de la clause d'assainissement. Cela avait été constaté dans un renseignement contraignant émis le 11 novembre 2009 par le Finanzamt Herne (administration fiscale de Herne, Allemagne) (ci-après le « renseignement contraignant »). Par ailleurs, le 29 avril 2010, HBH a reçu de l'administration fiscale de Herne un avis d'acompte relatif à l'impôt sur les sociétés pour l'exercice fiscal de l'année 2009, tenant compte des pertes reportées au titre de cette clause.

- 14 Par lettre du 24 février 2010, la Commission a informé la République fédérale d'Allemagne de sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, en ce qui concerne la mesure litigieuse. Par lettre du 30 avril 2010, le ministère fédéral des Finances a ordonné à l'administration fiscale allemande de ne plus appliquer cette mesure.
- 15 Le 27 décembre 2010, l'avis d'acompte du 29 avril 2010 a été remplacé par un nouvel avis d'acompte relatif à l'impôt sur les sociétés pour l'exercice fiscal de l'année 2009, ne faisant pas application de la clause d'assainissement. Au mois de janvier 2011, HBH a notamment reçu des avis d'acompte relatifs à l'impôt sur les sociétés concernant des exercices fiscaux ultérieurs et faisant également abstraction de celle-ci. Le 1^{er} avril 2011, elle a reçu un avis d'imposition relatif à l'impôt sur les sociétés pour l'exercice fiscal de l'année 2009. L'article 8c, paragraphe 1a, du KStG n'étant pas appliqué, elle n'a pas été en mesure de reporter les pertes qui existaient au 31 décembre 2008.
- 16 Le 19 avril 2011, l'administration fiscale de Herne a annulé le renseignement contraignant.
- 17 Le 22 juillet 2011, la République fédérale d'Allemagne a communiqué à la Commission une liste des entreprises ayant bénéficié de la mesure litigieuse. Cet État membre a également communiqué une liste des sociétés pour lesquelles des renseignements contraignants relatifs à l'application de la clause d'assainissement avaient été annulés, dans laquelle HBH figurait.

La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

- 18 Par une requête déposée au greffe du Tribunal le 6 juin 2011, HBH a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse.
- 19 Par un acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 16 septembre 2011, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité, au titre de l'article 114 du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991.
- 20 Le 29 août 2011, la République fédérale d'Allemagne a demandé à intervenir dans la procédure au soutien des conclusions de HBH. Cette demande a été accueillie par une ordonnance du président de la deuxième chambre du Tribunal du 5 octobre 2011.
- 21 L'exception d'irrecevabilité a été jointe au fond, conformément à l'article 114, paragraphe 4, de ce même règlement de procédure, par une ordonnance du Tribunal du 21 mai 2014.
- 22 À l'appui de son recours, HBH a soulevé deux moyens, le premier étant tiré de l'absence de caractère a priori sélectif de la mesure litigieuse et le second étant tiré de la justification de cette mesure par la nature et l'économie du système fiscal.
- 23 Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a, d'une part, rejeté l'exception d'irrecevabilité, en jugeant que HBH était directement et individuellement concernée par la décision litigieuse au motif, en substance, qu'elle bénéficiait, dès avant l'adoption de la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, d'un droit acquis à une économie d'impôt, certifié par les autorités fiscales allemandes, et qu'elle disposait, en outre, d'un intérêt à agir. Le Tribunal a, d'autre part, rejeté le recours de HBH comme étant non fondé.

Les conclusions des parties et la procédure devant la Cour

- 24 Par son pourvoi, HBH demande à la Cour :
- d'annuler les points 2 et 3 du dispositif de l'arrêt attaqué ainsi que la décision litigieuse ;

- à titre subsidiaire, d’annuler les points 2 et 3 du dispositif de l’arrêt attaqué et de renvoyer l’affaire devant le Tribunal, et
 - de condamner la Commission aux dépens.
- 25 La Commission demande à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner HBH aux dépens.
- 26 Par son pourvoi incident, la Commission demande à la Cour :
- d’annuler le point 1 du dispositif de l’arrêt attaqué ;
 - de rejeter le recours de première instance comme étant irrecevable ;
 - de rejeter le pourvoi ;
 - d’annuler le point 3 du dispositif de l’arrêt attaqué, en ce qu’il condamne la Commission à supporter un tiers de ses dépens, et
 - de condamner HBH aux dépens afférents à la procédure devant la Cour et à la procédure devant le Tribunal.
- 27 HBH conclut au rejet du pourvoi incident et à la condamnation de la Commission aux dépens afférents à celui-ci.
- 28 Lors de l’audience, la République fédérale d’Allemagne a présenté des observations orales, desquelles il ressort qu’elle soutient les conclusions de HBH tendant au rejet du pourvoi incident, à l’annulation de l’arrêt attaqué en ce qu’il a rejeté le recours de première instance comme étant non fondé et à l’annulation de la décision litigieuse.

Sur le pourvoi incident

- 29 Le pourvoi incident portant sur la recevabilité du recours de première instance, question préalable à celles relatives au fond soulevées par le pourvoi principal, il y a lieu de l’examiner en premier lieu.

Argumentation des parties

- 30 La Commission fait valoir que, aux points 50 à 79 de l’arrêt attaqué, le Tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation de la notion d’affectation individuelle au sens de l’article 263, quatrième alinéa, TFUE.
- 31 En premier lieu, se référant aux arrêts du 19 octobre 2000, *Italie et Sardegna Lines/Commission* (C-15/98 et C-105/99, EU:C:2000:570), ainsi que du 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere » e.a./Commission* (C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, EU:C:2011:368), la Commission soutient que le critère pertinent pour établir si un requérant est individuellement concerné par une décision de la Commission déclarant un régime d’aides incompatible avec le marché intérieur réside dans le fait de savoir si ce requérant est un bénéficiaire effectif ou un bénéficiaire potentiel d’une aide octroyée au titre de ce régime. Seuls les bénéficiaires effectifs seraient individuellement concernés par une telle décision.
- 32 Or, aux points 62, 70 et 74 de l’arrêt attaqué, le Tribunal aurait fondé sa décision non pas sur cette jurisprudence, mais sur des arrêts qui ne seraient pas pertinents pour la présente affaire. En effet, aucune des circonstances ayant permis de conclure, dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts du

17 janvier 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commission (11/82, EU:C:1985:18), du 22 juin 2006, Belgique et Forum 187/Commission (C-182/03 et C-217/03, EU:C:2006:416), du 17 septembre 2009, Commission/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556), du 27 février 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commission (C-132/12 P, EU:C:2014:100), ainsi que du 27 février 2014, Stichting Woonlinie e.a./Commission (C-133/12 P, EU:C:2014:105), sur lesquels le Tribunal s'appuie dans ces points, que les requérants étaient concernés individuellement ne serait présente en l'espèce.

- 33 Ainsi, contrairement à ce que le Tribunal aurait exposé aux points 63 et 74 de l'arrêt attaqué, l'appréciation de la recevabilité du recours de première instance dépendrait non pas de la « situation factuelle et juridique » de HBH ou de l'existence d'un « droit acquis », mais exclusivement de la question de savoir si cette dernière a ou non effectivement bénéficié d'une aide au titre du régime d'aide en cause. Les points 75 et 76 de l'arrêt attaqué seraient également entachés d'une erreur en ce que, de l'arrêt du 9 juin 2011, Comitato « Venezia vuole vivere » e.a./Commission (C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, EU:C:2011:368), sur lequel le Tribunal s'est appuyé à ce point 76, il pourrait seulement être déduit qu'il importe peu, aux fins de l'appréciation de l'affectation individuelle, que la décision de la Commission soit ou non assortie d'une injonction de récupération de l'aide effectivement octroyée.
- 34 En deuxième lieu, la Commission observe que l'élément déterminant retenu par le Tribunal, dans son analyse de la « situation factuelle et juridique » de HBH, afin de constater que cette dernière est individuellement concernée par la décision litigieuse, consiste dans l'existence d'un « droit acquis », relevée au point 74 de l'arrêt attaqué. Or, si ce « droit acquis » devait être entendu comme un droit acquis au sens du droit de l'Union, le Tribunal aurait commis une erreur de droit. En effet, un tel droit ne pourrait être reconnu qu'en application du principe de protection de la confiance légitime et, selon la jurisprudence de la Cour, le bénéfice de cette protection serait, en principe, exclu en ce qui concerne les aides octroyées en violation de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE.
- 35 En troisième lieu, sur la base de cette même observation, la Commission fait valoir que, pour le cas où, par « droit acquis », le Tribunal aurait visé un droit acquis au sens du droit national, il a aussi commis une erreur de droit, le bénéfice d'un droit acquis en vertu du droit national étant, dans les circonstances de l'espèce, également contraire à la jurisprudence excluant, dans le cas d'aides octroyées en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, le bénéfice d'un tel droit.
- 36 Le point 1 du dispositif de l'arrêt attaqué devrait, par conséquent, être annulé et, HBH n'étant pas un bénéficiaire effectif du régime d'aide en cause, le recours de première instance devrait être rejeté comme étant irrecevable.
- 37 HBH et la République fédérale d'Allemagne font valoir que le pourvoi incident n'est pas fondé.

Appréciation de la Cour

- 38 Aux termes de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas de cet article, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.
- 39 En l'occurrence, d'une part, il est constant que, comme le Tribunal l'a relevé au point 57 de l'arrêt attaqué, la décision litigieuse a pour unique destinataire la République fédérale d'Allemagne. D'autre part, ainsi qu'il ressort des points 58 à 79 de cet arrêt, c'est en considérant que HBH était directement et individuellement concernée par cette décision, et donc en vertu de la deuxième hypothèse visée à cette disposition, que le Tribunal a jugé que HBH avait qualité pour agir.

- 40 Par la première branche de son moyen unique, la Commission fait valoir, en substance, que, aux points 62, 63, 70 et 74 à 77 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a commis une erreur de droit en appréciant cette condition de recevabilité du recours de HBH au regard de la situation factuelle et juridique de cette dernière, alors que le seul critère pertinent aurait été de savoir si elle était un bénéficiaire effectif ou potentiel du régime d'aide en cause.
- 41 Selon la jurisprudence constante de la Cour, les sujets autres que les destinataires d'une décision ne peuvent prétendre être individuellement concernés par cette décision que si celle-ci les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire (arrêts du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62, EU:C:1963:17, p. 223, ainsi que du 27 février 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commission, C-132/12 P, EU:C:2014:100, point 57).
- 42 La possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels s'applique une mesure n'implique nullement que ces sujets doivent être considérés comme étant concernés individuellement par cette mesure dès lors que cette application est effectuée en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte en cause (arrêts du 16 mars 1978, Unicme e.a./Conseil, 123/77, EU:C:1978:73, point 16, ainsi que du 19 décembre 2013, Telefónica/Commission, C-274/12 P, EU:C:2013:852, point 47 et jurisprudence citée).
- 43 Ainsi, la Cour a précisé qu'une entreprise ne saurait, en principe, attaquer une décision de la Commission interdisant un régime d'aides sectoriel si elle n'est concernée par cette décision qu'en raison de son appartenance au secteur en question et de sa qualité de bénéficiaire potentiel dudit régime. En effet, une telle décision se présente, à l'égard d'une telle entreprise, comme une mesure de portée générale qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard d'une catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite (arrêts du 19 octobre 2000, Italie et Sardegna Lines/Commission, C-15/98 et C-105/99, EU:C:2000:570, point 33 et jurisprudence citée, ainsi que du 19 décembre 2013, Telefónica/Commission, C-274/12 P, EU:C:2013:852, point 49).
- 44 En revanche, lorsque la décision affecte un groupe de personnes qui étaient identifiées ou identifiables au moment où cet acte a été pris et en fonction de critères propres aux membres du groupe, ces personnes peuvent être individuellement concernées par cet acte en tant qu'elles font partie d'un cercle restreint d'opérateurs économiques (arrêts du 13 mars 2008, Commission/Infront WM, C-125/06 P, EU:C:2008:159, point 71 et jurisprudence citée, ainsi que du 27 février 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commission, C-132/12 P, EU:C:2014:100, point 59).
- 45 Ainsi, les bénéficiaires effectifs d'aides individuelles octroyées au titre d'un régime d'aides dont la Commission a ordonné la récupération sont, de ce fait, individuellement concernés au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE (voir, en ce sens, arrêt du 19 octobre 2000, Italie et Sardegna Lines/Commission, C-15/98 et C-105/99, EU:C:2000:570, points 34 et 35 ; voir, également, arrêt du 9 juin 2011, Comitato « Venezia vuole vivere » e.a./Commission, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, EU:C:2011:368, point 53).
- 46 Certes, comme le soutient la Commission, il découle de cette jurisprudence que la Cour, d'une part, reconnaît que les bénéficiaires effectifs d'aides individuelles octroyées au titre d'un régime d'aides incompatible avec le marché intérieur sont individuellement concernés par une décision de la Commission déclarant ce régime incompatible avec le marché intérieur et ordonnant leur récupération et, d'autre part, exclut qu'un requérant soit considéré comme étant individuellement concerné en raison du seul fait qu'il est un bénéficiaire potentiel de ce régime. Toutefois, il ne peut pas en être déduit, comme le prétend la Commission, que, lorsqu'est en cause une décision de cette dernière déclarant un régime d'aides incompatible avec le marché intérieur, le seul critère pertinent afin

d'apprécier si un requérant est individuellement concerné, au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, par une telle décision, réside dans le fait de savoir si ce requérant est un bénéficiaire effectif ou un bénéficiaire potentiel d'une aide octroyée au titre de ce régime.

- 47 En effet, ainsi que l'a également relevé, en substance, M. l'avocat général aux points 57, 59, 67 et 68 de ses conclusions, la jurisprudence rappelée aux points 43 et 45 du présent arrêt, développée dans le contexte spécifique des aides d'État, n'est qu'une expression particulière du critère juridique pertinent aux fins de l'appréciation de l'affectation individuelle, au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, issu de l'arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17). Selon cet arrêt, un requérant est individuellement concerné par une décision adressée à une autre personne lorsque cette décision l'atteint en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne (voir également, dans le domaine des aides d'État, arrêts du 19 octobre 2000, Italie et Sardagna Lines/Commission, C-15/98 et C-105/99, EU:C:2000:570, point 32, et du 9 juin 2011, Comitato « Venezia vuole vivere » e.a./Commission, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, EU:C:2011:368, point 52, ainsi que, dans d'autres domaines, arrêts du 17 janvier 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commission, 11/82, EU:C:1985:18, points 11, 19 et 31, et du 13 mars 2018, European Union Copper Task Force/Commission, C-384/16 P, EU:C:2018:176, point 93).
- 48 Partant, le fait qu'un requérant puisse relever, ou ne pas relever, de la catégorie des bénéficiaires effectifs ou des bénéficiaires potentiels d'une aide individuelle octroyée au titre d'un régime d'aides déclaré incompatible avec le marché intérieur par une décision de la Commission ne saurait être décisif afin de déterminer si ce requérant est individuellement concerné par cette décision lorsqu'il est, en toute hypothèse, établi que ledit requérant est, par ailleurs, atteint par celle-ci en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne.
- 49 Il résulte de ce qui précède que c'est sans commettre d'erreur de droit que, après avoir rappelé, aux points 60 à 62 de l'arrêt attaqué, la jurisprudence exposée aux points 41 à 44 du présent arrêt, le Tribunal s'est, au point 63 de l'arrêt attaqué, attaché à « vérifier si, eu égard à sa situation factuelle et juridique, [HBH devait] être considérée comme individuellement concernée par la décision [litigieuse] ».
- 50 Il en résulte par ailleurs que c'est aussi sans commettre d'erreur de droit que, aux points 62, 70 et 74 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est, au soutien de son analyse, fondé sur les arrêts identifiés au point 32 du présent arrêt, dès lors que ceux-ci consistent tous en des cas d'application du critère de l'affectation individuelle issu de l'arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17), dans des contextes où, comme en l'espèce, le recours à l'expression particulière de cette jurisprudence, prenant la forme d'une distinction entre les bénéficiaires effectifs et les bénéficiaires potentiels d'une aide individuelle octroyée au titre d'un régime d'aides déclaré incompatible avec le marché intérieur, n'apparaissait pas pertinent.
- 51 De même, c'est toujours sans commettre d'erreur de droit que, aux points 75 et 76 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a écarté l'argumentation de la Commission selon laquelle seul un avantage effectivement octroyé au moyen de ressources d'État pourrait établir que HBH était individuellement concernée en se fondant sur l'arrêt du 9 juin 2011, Comitato « Venezia vuole vivere » e.a./Commission (C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, EU:C:2011:368). En effet, ainsi que cela a déjà été constaté au point 47 du présent arrêt, aux fins d'établir qu'un requérant est individuellement concerné, au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, par une décision de la Commission déclarant un régime d'aides incompatible avec le marché intérieur, le critère pertinent est celui de savoir si le requérant est atteint par cette décision en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne, ce que le Tribunal a d'ailleurs aussi justement rappelé au point 76 de l'arrêt attaqué.

- 52 Par conséquent, la première branche du moyen unique du pourvoi incident n'étant pas fondée, elle doit être rejetée.
- 53 S'agissant des deuxième et troisième branches de ce moyen unique, il y a lieu de rappeler que, par celles-ci, la Commission reproche au Tribunal d'avoir, au point 74 de l'arrêt attaqué, commis une erreur de droit en jugeant que HBH était individuellement concernée au motif que cette société aurait eu un « droit acquis » à bénéficier d'une aide en application de la mesure litigieuse.
- 54 À cet égard, il convient de relever que, à ce point 74, le Tribunal a notamment exposé que « dans la présente affaire [...] il a été constaté que, en raison des spécificités de la législation fiscale allemande, [HBH] bénéficiait d'un droit acquis à une économie d'impôt, certifié par les autorités fiscales allemandes [...], cette circonstance la différenciant par rapport à d'autres opérateurs qui ne sont concernés qu'en tant que bénéficiaires potentiels de la mesure litigieuse », en renvoyant à ce sujet au point 68 du même arrêt.
- 55 À ce point 68, le Tribunal a constaté que les circonstances qu'il avait identifiées aux points 66 et 67 de cet arrêt comme caractérisant la situation factuelle et juridique de HBH au sens de l'arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17), avaient été certifiées par l'administration fiscale allemande, en particulier au moyen du renseignement contraignant. Ces circonstances consistaient, d'une part, dans le fait que, avant l'ouverture de la procédure formelle d'examen par la Commission, HBH disposait d'un droit de reporter ses pertes en vertu de la réglementation allemande, les conditions prévues par la clause d'assainissement étant réunies, et, d'autre part, dans le fait que, au cours de l'année 2009, HBH avait réalisé des bénéfices imposables dont elle aurait déduit les pertes reportées au titre de la clause d'assainissement.
- 56 Il en a déduit, au point 69 de l'arrêt attaqué, que, « en application de la réglementation allemande, il était certain que, au moment de la clôture de l'exercice fiscal de l'année 2009, [HBH] aurait réalisé une économie d'impôt, qu'elle était d'ailleurs en mesure de quantifier avec précision », dès lors que, « les autorités allemandes ne disposant d'aucune marge d'appréciation à l'égard de l'application de la mesure litigieuse, la réalisation de ladite économie d'impôt [...] n'était qu'une question de temps, en vertu des modalités d'application du régime fiscal ». À ce même point 69, il a constaté que, par conséquent, HBH « disposait [...] d'un droit acquis, certifié par les autorités allemandes avant l'adoption de la décision d'ouverture puis de la décision [litigieuse], à l'application de cette économie d'impôt qui, en l'absence de ces décisions, se serait concrétisé par l'émission d'un avis d'imposition autorisant le report des pertes et l'inscription conséquente de celui-ci à son bilan » et qu'« [e]lle était, de ce fait, facilement identifiable par les autorités fiscales allemandes et par la Commission ».
- 57 Il en a conclu, au point 70 de l'arrêt attaqué, que HBH « ne saurait être uniquement considérée comme une entreprise concernée par la décision [litigieuse] en raison de son appartenance au secteur en question et de sa qualité de bénéficiaire potentiel, mais [qu']elle doit au contraire être considérée comme faisant partie d'un cercle fermé d'opérateurs économiques, lesquels étaient identifiés, ou au moins facilement identifiables au moment de l'adoption de la décision [litigieuse], au sens de l'arrêt [du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17)] ».
- 58 Il ressort ainsi d'une lecture d'ensemble des passages pertinents de l'arrêt attaqué que l'utilisation, par le Tribunal, au point 74 de celui-ci, des termes « droit acquis » visait uniquement à renvoyer de façon succincte à la situation factuelle et juridique particulière de HBH, permettant de la considérer comme étant individuellement concernée par la décision litigieuse au sens de l'arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17).
- 59 Les deuxième et troisième branches du moyen unique du pourvoi incident reposant ainsi sur une lecture erronée de l'arrêt attaqué, elles doivent être écartées comme étant non fondées et, par conséquent, le pourvoi incident doit être rejeté dans son ensemble.

Sur le pourvoi principal

60 À l'appui de son pourvoi, HBH invoque deux moyens, le premier étant tiré d'une violation de l'obligation de motivation s'imposant au Tribunal et le second étant tiré d'une violation de l'article 107 TFUE. Il convient d'examiner ce second moyen en premier lieu.

Argumentation des parties

- 61 Par son second moyen, HBH soutient, en premier lieu, que le Tribunal a violé l'article 107 TFUE en ce que, en confirmant la position de la Commission selon laquelle la règle de la mise en non-valeur des pertes constitue le cadre de référence pertinent en l'espèce, il a déterminé ce cadre de référence de manière erronée. Aux points 103 et 106 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait, dans un premier temps, correctement identifié le régime fiscal général, à savoir la règle du report des pertes. Toutefois, c'est la règle de la mise en non-valeur des pertes prévue à l'article 8c, paragraphe 1, du KStG, et donc l'exception à ce régime général, qu'il aurait retenue comme constituant le régime fiscal commun ou normal pertinent aux fins de l'analyse de la condition relative à la sélectivité. Il aurait, de manière erronée, omis de prendre en compte la règle du report des pertes. En qualifiant ainsi de « cadre de référence » une exception au régime fiscal général, le Tribunal aurait commis une erreur de droit ou, à tout le moins, dénaturé les éléments de preuve qui lui ont été soumis ou le droit national.
- 62 Serait aussi constitutif d'une erreur de droit le fait de déterminer le régime fiscal général ou normal en opérant une synthèse de la règle de principe et de l'exception, d'autant que les règles dont la synthèse serait effectuée par le Tribunal au point 104 de l'arrêt attaqué ne se situeraient pas sur le même plan normatif, la règle du report des pertes constituant l'expression du principe constitutionnel de l'imposition selon la capacité contributive.
- 63 En outre, il ressortirait des points 104 et 107 de l'arrêt attaqué que le Tribunal, lors de l'identification du cadre de référence, a également « assimilé » les première et deuxième étapes de l'examen de la condition relative à la sélectivité et ainsi appliqué la jurisprudence de manière erronée.
- 64 En deuxième lieu, le Tribunal aurait violé l'article 107 TFUE lors de son examen du caractère a priori sélectif de la mesure litigieuse. D'une part, il aurait commis une erreur de droit en considérant que la situation factuelle et juridique des entreprises nécessitant un assainissement et celle des entreprises saines étaient comparables. En particulier, l'objectif, poursuivi par toute disposition fiscale, de générer des recettes fiscales ne saurait suffire à faire naître le caractère comparable des situations des opérateurs concernés.
- 65 D'autre part, la clause d'assainissement serait bien une mesure générale. Le point 141 de l'arrêt attaqué serait en contradiction avec la jurisprudence selon laquelle le seul élément pertinent au regard de l'appréciation du caractère général d'une mesure serait de savoir si elle s'applique indépendamment de la nature ou de l'objet de l'activité de l'entreprise ou si son application exige que l'entreprise modifie son activité.
- 66 En troisième lieu, le Tribunal aurait violé l'article 107 TFUE en rejetant la justification de la clause d'assainissement. Aux points 158 à 160 et 164 à 166 de l'arrêt attaqué, il aurait erronément constaté que l'objectif de cette clause est de favoriser l'assainissement des entreprises en difficulté et conclu que cet objectif est extérieur au système fiscal. Aux points 166 à 170 de cet arrêt, il aurait aussi rejeté de manière erronée la justification tirée du principe de l'imposition selon la capacité contributive.

- 67 Par ailleurs, HBH fait valoir que le second moyen de son pourvoi est bien recevable, dès lors qu'il ne soulève que des questions de droit. En particulier, il porterait non pas sur l'appréciation de faits, mais sur l'application de critères erronés pour déterminer le cadre de référence et sur la qualification juridique qui a été donnée aux faits par le Tribunal, ce qui relèverait du contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi.
- 68 La Commission fait valoir, à titre principal, que ce second moyen est irrecevable. Ses première et troisième branches porteraient sur la constatation du droit national et, partant, sur des questions de fait. En toute hypothèse, en ce que, par la première branche de ce moyen, HBH reproche au Tribunal d'avoir déterminé le cadre de référence en tenant compte d'une réglementation applicable uniquement à un groupe donné d'entreprises, elle reposerait sur une lecture erronée des points 103 à 109 de l'arrêt attaqué. Il en ressortirait que le Tribunal s'est limité à identifier le droit applicable à toutes les entreprises, dans la mesure où ce sont l'identité et la continuité économiques qui constituent l'élément déterminant pour la question du report des pertes, et il s'agirait de questions factuelles.
- 69 La deuxième branche du second moyen serait également irrecevable. D'une part, la question de la comparabilité de la situation des opérateurs économiques et celle de l'identification de l'objectif pertinent à cet égard seraient des questions de fait. D'autre part, le Tribunal aurait commis une erreur de droit en déclarant recevable l'argumentation qui lui était présentée par HBH relative à la qualification de la mesure litigieuse en tant que mesure générale, dès lors qu'elle n'aurait pas pu être considérée comme étant une ampliation de la première branche du premier moyen invoqué devant lui.
- 70 À titre subsidiaire, ce second moyen ne serait pas fondé. En premier lieu, la thèse défendue par HBH quant à la définition du cadre de référence ne serait étayée ni par la loi allemande en cause ni par les pièces présentées au Tribunal. En outre, le législateur allemand aurait lui-même défini la règle de la mise en non-valeur des pertes comme constituant la nouvelle règle de base. Le Tribunal n'aurait donc pas commis d'erreur en établissant que, à la suite de l'introduction de l'article 8c, paragraphe 1, du KStG, la suppression du report de pertes en cas de prise de participation préjudiciable constitue la nouvelle règle de principe du droit fiscal allemand.
- 71 En deuxième lieu, l'argumentation de HBH relative à la prétendue absence de comparabilité de la situation des opérateurs économiques concernés découlerait d'une mauvaise compréhension de l'arrêt attaqué. D'une part, du point de vue du changement de l'identité économique, il n'existerait pas de différence entre les entreprises nécessitant un assainissement et celles n'en nécessitant pas.
- 72 D'autre part, la clause d'assainissement serait non pas une mesure générale, mais bien une mesure sélective. À cet égard, l'arrêt du 7 novembre 2014, *Autogrill España/Commission* (T-219/10, EU:T:2014:939), ne pourrait utilement soutenir la position de HBH.
- 73 En troisième lieu, le Tribunal aurait correctement établi, dans le cadre de son appréciation souveraine des faits, que la clause d'assainissement a pour objectif d'aider les entreprises en difficulté. En toute hypothèse, l'argument tiré de ce que cette clause aurait pour objectif d'empêcher une imposition excessive serait inopérant, le Tribunal ayant, aux points 167 à 173 de l'arrêt attaqué, constaté qu'une justification est exclue même si cet objectif est retenu. En outre, le Tribunal aurait également à bon droit écarté les arguments tirés du droit constitutionnel allemand et des bénéfices fictifs.
- 74 La République fédérale d'Allemagne soutient que le Tribunal, à l'instar de la Commission, a commis une erreur de droit lors de la détermination du cadre de référence. Renvoyant aux arrêts du 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni* (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732), ainsi que du 21 décembre 2016, *Commission/World Duty Free Group e.a.* (C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981), cet État membre relève que, pour qualifier une mesure de « sélective », la Commission doit, tout d'abord, identifier le régime fiscal normal applicable dans l'État membre concerné et, ensuite, démontrer que la mesure examinée introduit des différenciations

entre entreprises se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, dans une situation factuelle et juridique comparable. À ces fins, une approche uniquement fondée sur la technique réglementaire ne saurait être retenue.

75 Or, en l'occurrence, l'approche de la Commission aurait été fondée uniquement sur la technique réglementaire et le Tribunal, en ne la remettant pas en cause alors qu'elle serait pourtant contraire à la jurisprudence de la Cour, aurait commis une erreur de droit. Ainsi, dans l'arrêt attaqué, il aurait correctement constaté le contenu et la portée des dispositions fiscales pertinentes, mais il leur aurait attribué une qualification juridique erronée.

Appréciation de la Cour

76 Par la première branche de son second moyen, HBH, soutenue par la République fédérale d'Allemagne, fait valoir, en substance, que le Tribunal, aux points 103 à 107 de l'arrêt attaqué, a déterminé de manière erronée le cadre de référence dans lequel le caractère sélectif de la mesure litigieuse devait être examiné.

77 La Commission contestant la recevabilité de cette première branche au motif qu'elle porterait sur des questions de fait, il y a lieu de rappeler que, certes, l'appréciation des faits et des éléments de preuve ne constitue pas, sous réserve du cas de la dénaturation de ces faits et de ces éléments de preuve, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi. Toutefois, lorsque le Tribunal a constaté ou apprécié les faits, la Cour est compétente pour exercer, en vertu de l'article 256 TFUE, un contrôle sur la qualification juridique de ceux-ci et les conséquences de droit qui en ont été tirées (arrêts du 3 avril 2014, France/Commission, C-559/12 P, EU:C:2014:217, point 78 et jurisprudence citée, ainsi que du 20 décembre 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commission, C-66/16 P à C-69/16 P, EU:C:2017:999, point 97).

78 Ainsi, pour ce qui est de l'examen, dans le cadre d'un pourvoi, des appréciations du Tribunal à l'égard du droit national, qui, dans le domaine des aides d'État, constituent des appréciations de faits, la Cour n'est compétente que pour vérifier s'il y a eu une dénaturation de ce droit (voir, en ce sens, arrêts du 3 avril 2014, France/Commission, C-559/12 P, EU:C:2014:217, point 79 et jurisprudence citée, ainsi que du 20 décembre 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commission, C-66/16 P à C-69/16 P, EU:C:2017:999, point 98). En revanche, l'examen, dans le cadre d'un pourvoi, de la qualification juridique au regard d'une disposition du droit de l'Union qui a été donnée à ce droit national par le Tribunal constituant une question de droit, il relève de la compétence de la Cour (voir, en ce sens, arrêts du 3 avril 2014, France/Commission, C-559/12 P, EU:C:2014:217, point 83, et du 21 décembre 2016, Commission/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, points 61 à 63).

79 En l'occurrence, force est de constater que, par ladite première branche, HBH conteste non pas le contenu ou la portée du droit national tels qu'ils ont été constatés par le Tribunal, mais la qualification de « cadre de référence » qu'il a, à l'instar de la Commission dans la décision litigieuse, attribuée à la règle de la mise en non-valeur des pertes.

80 Or, la notion de « cadre de référence » se réfère à la première étape de l'analyse de la condition relative à la sélectivité de l'avantage, qui, selon la jurisprudence de la Cour, est elle-même constitutive de la notion d'« aide d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE (arrêts du 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 74 et jurisprudence citée, ainsi que du 21 décembre 2016, Commission/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 54).

81 L'argumentation de HBH visant ainsi à remettre en cause la qualification juridique des faits opérée par le Tribunal, la première branche du second moyen du pourvoi est recevable.

- 82 S'agissant du fond, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, la qualification d'une mesure nationale d'« aide d'État », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, requiert que toutes les conditions suivantes soient remplies. Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre les États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage sélectif à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence (arrêts du 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-140/09, EU:C:2010:335, point 31 et jurisprudence citée, ainsi que du 21 décembre 2016, *Commission/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 53).
- 83 En ce qui concerne la condition relative à la sélectivité de l'avantage, il résulte d'une jurisprudence également constante de la Cour que l'appréciation de cette condition impose de déterminer si, dans le cadre d'un régime juridique donné, la mesure nationale en cause est de nature à favoriser « certaines entreprises ou certaines productions » par rapport à d'autres, qui se trouvent, au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime, dans une situation factuelle et juridique comparable et qui subissent ainsi un traitement différencié pouvant en substance être qualifié de discriminatoire (arrêt du 21 décembre 2016, *Commission/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 54 ainsi que jurisprudence citée).
- 84 Par ailleurs, lorsque la mesure en cause est envisagée comme un régime d'aide et non comme une aide individuelle, il incombe à la Commission d'établir que cette mesure, bien qu'elle prévoie un avantage de portée générale, en confère le bénéfice exclusif à certaines entreprises ou à certains secteurs d'activité (arrêt du 21 décembre 2016, *Commission/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 55 ainsi que jurisprudence citée).
- 85 S'agissant, en particulier, de mesures nationales conférant un avantage fiscal, il y a lieu de rappeler qu'une mesure de cette nature qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation plus favorable que les autres contribuables est susceptible de procurer un avantage sélectif aux bénéficiaires et constitue, partant, une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. En revanche, ne constitue pas une telle aide, au sens de cette disposition, un avantage fiscal résultant d'une mesure générale applicable sans distinction à tous les opérateurs économiques (voir, en ce sens, arrêt du 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, points 72 et 73 ainsi que jurisprudence citée ; voir, également, arrêt du 21 décembre 2016, *Commission/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 56).
- 86 Dans ce contexte, aux fins de qualifier une mesure fiscale nationale de « sélective », la Commission doit identifier, dans un premier temps, le régime fiscal commun ou « normal » applicable dans l'État membre concerné et démontrer, dans un deuxième temps, que la mesure fiscale en cause déroge audit régime commun, dans la mesure où elle introduit des différenciations entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime commun, dans une situation factuelle et juridique comparable (arrêt du 21 décembre 2016, *Commission/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 57 ainsi que jurisprudence citée).
- 87 La notion d'« aide d'État » ne vise toutefois pas les mesures introduisant une différenciation entre des entreprises qui se trouvent, au regard de l'objectif poursuivi par le régime juridique en cause, dans une situation factuelle et juridique comparable et, partant, a priori sélectives, lorsque l'État membre concerné parvient, dans un troisième temps, à démontrer que cette différenciation est justifiée dès lors qu'elle résulte de la nature ou de l'économie du système dans lequel elles s'inscrivent (voir, en ce sens, arrêt du 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, C-88/03, EU:C:2006:511, point 52 ; voir, également, arrêt du 21 décembre 2016, *Commission/World Duty Free Group e.a.*, C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 58 ainsi que jurisprudence citée).

- 88 L'examen de la condition relative à la sélectivité implique donc, en principe, de déterminer, dans un premier temps, le cadre de référence dans lequel s'inscrit la mesure concernée, cette détermination revêtant une importance accrue dans le cas de mesures fiscales, puisque l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite « normale » (voir, en ce sens, arrêts du 6 septembre 2006, Portugal/Commission, C-88/03, EU:C:2006:511, point 56, et du 21 décembre 2016, Commission/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, point 55).
- 89 Ainsi, la détermination de l'ensemble des entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable dépend de la définition préalable du régime juridique au regard de l'objectif duquel doit, le cas échéant, être examinée la comparabilité de la situation factuelle et juridique respective des entreprises favorisées par la mesure en cause et de celles qui ne le sont pas (arrêt du 21 décembre 2016, Commission/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, point 60).
- 90 Toutefois, la qualification d'un système fiscal de « sélectif » n'est pas subordonnée au fait que celui-ci soit conçu de façon à ce que les entreprises bénéficiant éventuellement d'un avantage sélectif soient, en général, soumises aux mêmes charges fiscales que les autres entreprises mais profitent de règles dérogatoires, de sorte que l'avantage sélectif peut être identifié comme étant la différence entre la charge fiscale normale et celle supportée par ces premières entreprises (arrêt du 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 91).
- 91 En effet, une telle compréhension du critère de sélectivité présupposerait qu'un régime fiscal, afin qu'il puisse être qualifié de « sélectif », soit conçu selon une certaine technique réglementaire, ce qui aurait pour conséquence que des règles fiscales nationales échappent d'emblée au contrôle en matière d'aides d'État en raison du seul fait qu'elles relèvent d'une autre technique réglementaire bien qu'elles produisent en droit et/ou en fait, par l'ajustement et la combinaison de diverses règles fiscales, les mêmes effets. Elle heurterait ainsi la jurisprudence constante selon laquelle l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne distingue pas selon les causes et les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets, et donc indépendamment des techniques utilisées (voir, en ce sens, arrêt du 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, points 87, 92 et 93 ainsi que jurisprudence citée).
- 92 Si, conformément à cette jurisprudence, le recours à une technique réglementaire donnée ne peut permettre à des règles fiscales nationales d'échapper d'emblée au contrôle prévu par le traité FUE en matière d'aides d'État, le recours à la technique réglementaire utilisée ne saurait pas non plus suffire à définir le cadre de référence pertinent aux fins de l'analyse de la condition relative à la sélectivité, sauf à faire prévaloir de manière décisive la forme des interventions étatiques sur leurs effets. Partant, ainsi que l'a également relevé, en substance, M. l'avocat général au point 108 de ses conclusions, la technique réglementaire utilisée ne saurait être un élément décisif aux fins de la détermination du cadre de référence.
- 93 Cela étant, il découle en outre de cette même jurisprudence que, si, aux fins d'établir la sélectivité d'une mesure fiscale, la technique réglementaire utilisée n'est pas décisive, de sorte qu'il n'est pas toujours nécessaire que celle-ci ait un caractère dérogatoire par rapport à un régime fiscal commun, la circonstance qu'elle présente un tel caractère en utilisant cette technique réglementaire est pertinente à ces fins lorsqu'il en découle que deux catégories d'opérateurs sont distinguées et font a priori l'objet d'un traitement différencié, à savoir ceux relevant de la mesure dérogatoire et ceux qui continuent de relever du régime fiscal commun, alors même que ces deux catégories se trouvent dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime (voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2016, Commission/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 77).

- 94 Par ailleurs, il convient de rappeler que le fait que seuls les contribuables remplissant les conditions pour l'application d'une mesure peuvent bénéficier de celle-ci ne saurait, en soi, conférer à cette mesure un caractère sélectif (arrêts du 29 mars 2012, 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, point 42, ainsi que du 21 décembre 2016, Commission/World Duty Free Group e.a., C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 59).
- 95 C'est à la lumière de ces considérations qu'il y a lieu d'examiner si, comme le soutiennent HBH et la République fédérale d'Allemagne, le Tribunal a, en l'occurrence, méconnu l'article 107, paragraphe 1, TFUE, tel qu'interprété par la Cour, en jugeant que la Commission n'avait pas commis d'erreur lorsqu'elle a considéré que le cadre de référence pertinent afin d'apprécier le caractère sélectif de la mesure litigieuse était constitué par la seule règle de la mise en non-valeur des pertes.
- 96 À cet égard, il convient de relever que, au point 103 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rappelé que, « dans la décision [litigieuse], la Commission a défini [...] la règle de la mise en non-valeur des pertes comme étant la règle générale au regard de laquelle il convenait d'examiner si les entreprises se situant dans une situation factuelle et juridique comparable étaient différenciées, tandis que [HBH] se rapporte à la règle plus générale du report des pertes, qui s'applique à toute imposition ».
- 97 Il a également rappelé, au point 104 de cet arrêt, que « la règle du report des pertes constitue une faculté dont bénéficient toutes les sociétés lors de l'application de l'impôt sur les sociétés » et que « la règle de la mise en non-valeur des pertes limite ladite faculté lors de l'acquisition d'une participation égale ou supérieure à 25 % du capital et la supprime lors de l'acquisition d'une participation supérieure à 50 % du capital », constatant ensuite que « [c]ette dernière règle s'applique dès lors systématiquement à tous les cas de figure de modification de l'actionnariat égale ou supérieure à 25 % du capital, sans distinguer selon la nature ou les caractéristiques des entreprises concernées ».
- 98 Au point 105 dudit arrêt, le Tribunal a ajouté que, « [e]n outre, la clause d'assainissement est libellée sous forme d'exception à la règle de la mise en non-valeur des pertes et ne s'applique qu'aux situations, bien définies, qui sont sujettes à cette dernière règle ».
- 99 Au point 106 du même arrêt, il en a déduit que « force est de constater que la règle de la mise en non-valeur des pertes, à l'instar de la règle du report des pertes, fait partie du cadre législatif dans lequel s'inscrit la mesure litigieuse », que, « [e]n d'autres termes, le cadre législatif pertinent en l'espèce est composé par la règle générale du report des pertes, telle que limitée par la règle de la mise en non-valeur des pertes, et [que] c'est précisément dans ce cadre qu'il convient de vérifier si la mesure litigieuse introduit des différenciations entre opérateurs se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au sens de la jurisprudence ».
- 100 Au point 107 de l'arrêt attaqué, le Tribunal en a conclu que « la Commission n'a[vait] pas commis d'erreur lorsque, tout en constatant l'existence d'une règle plus générale, à savoir celle du report des pertes, elle a[vait] établi que le cadre législatif de référence mis en place afin d'apprécier le caractère sélectif de la mesure litigieuse était constitué par la règle de la mise en non-valeur des pertes ».
- 101 Comme le soutiennent HBH et la République fédérale d'Allemagne, ce raisonnement a conduit le Tribunal à attribuer de manière erronée à la seule règle de la mise en non-valeur des pertes la qualification de cadre de référence au sens de la jurisprudence relative à l'article 107, paragraphe 1, TFUE, tout en excluant de ce cadre de référence la règle générale du report des pertes.
- 102 En effet, il ressort de ce raisonnement que, bien que le Tribunal ait constaté l'existence d'une règle fiscale générale applicable à l'ensemble des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés, à savoir la règle du report des pertes, il a pourtant estimé que la Commission n'avait pas commis d'erreur en considérant que le cadre de référence pertinent aux fins de l'examen du caractère sélectif de la mesure litigieuse était constitué par la seule règle de la mise en non-valeur des pertes, et ce alors qu'il était constant que cette dernière consistait elle-même en une exception à la règle du report des pertes et

alors que l'examen d'ensemble du contenu de ces dispositions aurait dû permettre de constater que la clause d'assainissement avait pour effet de définir une situation relevant de la règle générale du report des pertes.

- 103 Or, comme l'a également relevé, en substance, M. l'avocat général au point 109 de ses conclusions, il résulte de la jurisprudence de la Cour, rappelée aux points 90 à 93 du présent arrêt, que la sélectivité d'une mesure fiscale ne saurait être justement appréciée à l'aune d'un cadre de référence constitué de quelques dispositions qui ont été artificiellement sorties d'un cadre législatif plus large. Partant, en excluant ainsi du cadre de référence pertinent en l'espèce la règle générale du report des pertes, le Tribunal a défini celui-ci de manière manifestement trop étroite.
- 104 Pour autant que, pour arriver à cette conclusion, le Tribunal s'est fondé sur le fait que la mesure litigieuse était libellée sous la forme d'une exception à la règle de la mise en non-valeur des pertes, il y a lieu de rappeler que, ainsi que cela a déjà été relevé au point 92 du présent arrêt, la technique réglementaire utilisée ne saurait être un élément décisif aux fins de la détermination du cadre de référence.
- 105 En outre, aucun argument utile au soutien de l'arrêt attaqué ne saurait, en l'espèce, être tiré de l'arrêt du 18 juillet 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525), dès lors que, dans celui-ci, la Cour ne s'est pas prononcée sur ce qui devait constituer le cadre de référence dans l'affaire qui lui avait été soumise.
- 106 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la première branche du second moyen de HBH est fondée, sans qu'il soit nécessaire à cet égard d'examiner le second volet de l'argumentation présentée à son soutien. Il convient également de relever que c'est sur le fondement de son appréciation, erronée en droit, selon laquelle la Commission n'avait pas commis d'erreur lorsqu'elle a établi que le cadre de référence pertinent en l'espèce afin d'apprécier le caractère sélectif de la mesure litigieuse était constitué par la seule règle de la mise en non-valeur des pertes, que le Tribunal a analysé la suite de l'argumentation qui lui était présentée par HBH, tendant à démontrer, d'une part, l'absence de caractère a priori sélectif de la mesure litigieuse et, d'autre part, la justification de la mesure litigieuse par la nature et l'économie du système fiscal.
- 107 Or, ainsi qu'il découle de la jurisprudence rappelée aux points 83 et 86 à 89 du présent arrêt, une erreur dans la détermination du cadre de référence à l'aune duquel le caractère sélectif d'une mesure doit être apprécié vicie nécessairement l'ensemble de l'analyse de la condition relative à la sélectivité. Dans ces conditions, il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'annuler les points 2 et 3 du dispositif de l'arrêt attaqué sans qu'il soit nécessaire d'examiner les deuxième et troisième branches du second moyen du pourvoi, ni le premier moyen de celui-ci.

Sur le recours devant le Tribunal

- 108 Conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, cette dernière, en cas d'annulation de la décision du Tribunal, peut statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé.
- 109 Tel est le cas en l'espèce. Dans ce cadre, il suffit de relever qu'il résulte des motifs énoncés aux points 82 à 107 du présent arrêt que la première branche du premier moyen du recours de HBH devant le Tribunal, dans la mesure où elle vise à établir que la Commission a commis une erreur dans la détermination du cadre de référence pertinent aux fins de l'appréciation du caractère sélectif de la mesure litigieuse lorsqu'elle l'a défini comme étant constitué par la seule règle de la mise en non-valeur des pertes, est fondée. Le caractère sélectif de la mesure litigieuse ayant ainsi été apprécié par la Commission à l'aune d'un cadre de référence déterminé de manière erronée, il y a lieu d'annuler la décision litigieuse.

Sur les dépens

- 110 Aux termes de l'article 184, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, lorsque le pourvoi n'est pas fondé ou lorsque le pourvoi est fondé et que la Cour juge elle-même définitivement le litige, elle statue sur les dépens.
- 111 Conformément à l'article 138, paragraphe 1, de ce règlement, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 184, paragraphe 1, de celui-ci, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.
- 112 La Commission ayant succombé dans les pourvois incident et principal, la décision litigieuse étant annulée et HBH ayant conclu à la condamnation de la Commission aux dépens, il y a lieu de condamner cette dernière à supporter, outre ses propres dépens, les dépens exposés par HBH, afférents tant à la procédure de première instance qu'à la procédure de pourvoi.
- 113 En vertu de l'article 184, paragraphe 4, du même règlement de procédure, lorsqu'elle n'a pas, elle-même, formé le pourvoi, une partie intervenante en première instance ne peut être condamnée aux dépens dans la procédure de pourvoi que si elle a participé à la phase écrite ou orale de la procédure devant la Cour. Lorsqu'une telle partie participe à la procédure, la Cour peut décider qu'elle supporte ses propres dépens.
- 114 La République fédérale d'Allemagne, partie intervenante en première instance ayant participé à la phase orale de la procédure devant la Cour, n'a pas demandé la condamnation de la Commission aux dépens. Dans ces conditions, il y a lieu de décider qu'elle supportera ses propres dépens afférents à la procédure de pourvoi.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) déclare et arrête :

- 1) **Le pourvoi incident est rejeté.**
- 2) **Les points 2 et 3 du dispositif de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 4 février 2016, Heitkamp Bau Holding/Commission (T-287/11, EU:T:2016:60), sont annulés.**
- 3) **La décision 2011/527/UE de la Commission, du 26 janvier 2011, concernant l'aide d'État de l'Allemagne C 7/10 (ex CP 250/09 et NN 5/10) au titre de la clause d'assainissement prévue par la loi relative à l'impôt sur les sociétés (« KStG, Sanierungsklausel »), est annulée.**
- 4) **La Commission européenne est condamnée à supporter, outre ses propres dépens, les dépens exposés par M. Dirk Andres, agissant en qualité de curateur à la faillite de Heitkamp Bau Holding GmbH, afférents tant à la procédure de première instance qu'à la procédure de pourvoi.**
- 5) **La République fédérale d'Allemagne supporte ses propres dépens afférents à la procédure de pourvoi.**

Signatures