



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
NILS WAHL
prezentate la 20 decembrie 2017¹

Cauza C-203/16 P

**Dirk Andres (administrator al Heitkamp BauHolding GmbH), anterior Heitkamp BauHolding GmbH,
împotriva**

Comisiei Europene

„Recurs – Ajutoare de stat – Legislație fiscală germană privind posibilitatea reportării pierderilor în anii fiscali următori – Decizie prin care ajutorul este declarat incompatibil cu piața internă – Acțiune în anulare – Admisibilitate – Articolul 263 al patrulea paragraf TFUE – Afectare individuală – Noțiunea de ajutor de stat – Caracter selectiv – Sistem de referință – Comparatie – Justificare”

1. Prin recursul formulat, administratorul Heitkamp BauHolding GmbH (denumit în continuare „recurentul” sau „HBH”) solicită Curții să anuleze Hotărârea Tribunalului pronunțată în cauza T-287/11². Prin această hotărâre, Tribunalul a respins acțiunea recurentului în anularea Deciziei 2011/527/UE a Comisiei³ privind ajutorul de stat acordat de Germania pe baza unei scheme care permite reportarea pierderilor în cazul restructurării societăților aflate în dificultate.

2. Recursul ridică două probleme care țin de însăși esența normelor Uniunii privind ajutoarele de stat.

3. Prima problemă este de ordin procedural. Ea privește cerințele privind calitatea procesuală activă aplicabile particularilor, prevăzute la articolul 263 al patrulea paragraf TFUE: decizia în litigiu privește individual recurentul în sensul jurisprudenței care rezultă din hotărârea Curții în cauza Plaumann⁴? Mai exact, în cazul în care o economie de impozit rezultată din măsura națională contestată nu a fost stabilită printr-o decizie de impunere finală, o întreprindere poate totuși să îndeplinească cerința afectării individuale? În această privință, prezenta cauză oferă Curții posibilitatea de a analiza, în contextul măsurilor fiscale, delimitarea fără îndoială ambiguă între întreprinderile care au calitate procesuală activă și cele care nu au această calitate.

¹ Limba originală: engleza.

² Hotărârea din 4 februarie 2016, Heitkamp BauHolding/Comisia (T-287/11, EU:T:2016:60, denumită în continuare „hotărârea atacată”).

³ Decizia din 26 ianuarie 2011 privind ajutorul de stat acordat de Germania C 7/10 (ex CP 250/09 și NN 5/10) – Schemă privind reportarea fiscală a pierderilor în cazul restructurării societăților aflate în dificultate (Legea privind impozitul pe profit „KStG, Sanierungsklausel”) (JO 2011, L 235, p. 26, denumită în continuare „decizia în litigiu”).

⁴ Hotărârea din 15 iulie 1963, Plaumann/Comisia (25/62, EU:C:1963:17).

4. A doua problemă este o problemă de fond. Ea privește unul dintre elementele constitutive ale ajutorului de stat. Cum ar trebui să fie interpretată noțiunea de caracter selectiv în contextul specific al măsurilor privind impozitarea directă? În continuarea Hotărârii World Duty Free⁵, Curtea are posibilitatea să ofere în prezenta cauză îndrumări cu privire la elementele care ar putea să influențeze definiția sistemului fiscal normal (sistemul de referință). Această chestiune prezintă o importanță deosebită, având în vedere că sistemul de referință reprezintă criteriul în raport cu care trebuie să se evalueze selectivitatea unei măsuri fiscale⁶.

I. Istoricul cauzei

5. În legătură cu istoricul prezentei cauze, din decizia în litigiu și din hotărârea atacată reies următoarele aspecte.

A. Cadrul juridic național

6. În Germania, impozitarea societăților se întemeiază în primul rând pe Einkommensteuergesetz (Legea privind impozitul pe venit) și pe Körperschaftsteuergesetz (Legea privind impozitul pe profit, denumită în continuare „KStG”).

7. Potrivit articolului 10d alineatul 2 din Legea privind impozitul pe venit, există posibilitatea ca pierderile înregistrate într-un an fiscal să fie reportate în anii fiscali următori. Aceasta înseamnă că veniturile impozabile din anii următori pot fi reduse prin compensarea pierderilor (denumită în continuare „regula reportării pierderilor”). Potrivit articolului 8 alineatul 1 din KStG, regula reportării pierderilor se aplică și întreprinderilor supuse impozitului pe profit.

8. Posibilitatea reportării pierderilor a condus la achiziționarea unor „societăți fictive” doar în vederea unei economii de impozit. Aceste societăți își încetaseră de mult timp orice activitate comercială, însă dispuneau în continuare de reportări ale unor pierderi.

9. În anul 1997, pentru a se împiedica achiziționarea unor astfel de societăți, a fost introdus articolul 8 alineatul 4 din KStG. Potrivit acestei dispoziții, posibilitatea de reportare a pierderilor a fost limitată la întreprinderile identice din punct de vedere juridic și economic cu întreprinderile care au înregistrat pierderi (denumită în continuare „fosta regulă a nevalorificării pierderilor”). Reglementarea nu conținea o definiție a termenului „identic din punct de vedere economic”, însă prezenta un exemplu negativ și două exemple pozitive:

- „(a) situația în care sunt transferate mai mult de jumătate din acțiunile unei societăți de capital, iar societatea de capital își continuă sau își reia activitatea comercială cu active în cea mai mare parte noi nu reprezintă o situație de identitate economică;
- (b) identitatea economică are loc în situația în care aportul de noi active este destinat exclusiv reorganizării activității care a cauzat deducerea pierderilor reziduale, iar societatea își continuă activitatea în următorii cinci ani la o scară asemănătoare din perspectiva de ansamblu a situației economice;
- (c) de asemenea, identitatea economică are loc în situația în care cumpărătorul, în loc să contribuie cu noi active, compensează pierderile suportate de întreprinderea care a înregistrat pierderi.”

5 Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/World Duty Free Group și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981).

6 Hotărârea din 6 septembrie 2006, Portugalia/Comisia (C-88/03, EU:C:2006:511, punctul 56), și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punctul 55).

10. Excepția de la regula nevalorificării pierderilor [literele (b) și (c)] a fost denumită cu caracter general „Sanierungsklausel”, și anume o clauză care permitea restructurarea societăților aflate în dificultate.

11. În luna ianuarie 2008, fosta regulă a nevalorificării pierderilor prevăzută la articolul 8 alineatul 4 din KStG a fost abrogată. În KStG a fost introdus un nou articol 8c alineatul 1 (denumit în continuare „regula nevalorificării pierderilor”). Această dispoziție limita posibilitatea reportării pierderilor în cazul achiziționării a 25 % sau mai mult din părțile sociale ale unor societăți (denumită în continuare „achiziție prejudiciabilă de titluri de participare”). Mai precis, în cazul unui transfer de 25-50 % din capitalul subscris, din drepturile care decurg din calitatea de asociat, din drepturile de participare sau din drepturile de vot în cadrul unei societăți, pierderile neutilizate își pierd valoarea proporțional cu modificarea efectuată, exprimată procentual. În cazul în care peste 50 % din capitalul subscris, din drepturile care decurg din calitatea de asociat, din drepturile de participare sau din drepturile de vot în cadrul unei societăți sunt transferate unui cumpărător, pierderile neutilizate nu mai sunt deductibile.

12. La momentul intrării sale în vigoare, regula nevalorificării pierderilor nu permitea nicio excepție. Cu toate acestea, autoritățile fiscale aveau posibilitatea, într-o situație de achiziție prejudiciabilă de titluri de participare care viza restructurarea unor întreprinderi aflate în dificultate, să acorde scutiri de impozit pentru motive de echitate, în temeiul Decretului privind restructurarea din 27 martie 2003 al Ministerului Finanțelor german.

13. În luna iunie 2009, în KStG a fost introdusă o altă dispoziție, și anume articolul 8c alineatul 1a. Conform acestei dispoziții, reportarea pierderilor era din nou posibilă dacă achiziționarea unei întreprinderi aflate în dificultate se realiza în scopuri de restructurare (denumită în continuare „clauza de restructurare” sau „măsura în litigiu”).

14. Mai precis, în temeiul acestei clauze, o entitate care a fost achiziționată poate recurge la reportarea pierderilor și în cazul unei achiziții prejudiciabile de titluri de participare, în următoarele condiții: (i) achiziția de părți sociale se realizează în scopul restructurării societății, (ii) la momentul achiziției, întreprinderea este în insolvență sau acumulează datorii excesive ori se află sub amenințarea insolvenței sau a unor datorii excesive, (iii) structurile esențiale ale întreprinderii sunt menținute, (iv) în termen de cinci ani de la achiziția de active nu se schimbă sectorul de activitate, (v) la momentul achiziției de active, activitatea întreprinderii nu era sistată.

15. Clauza de restructurare a intrat în vigoare la 10 iulie 2009. Aceasta se aplică cu efect retroactiv de la 1 ianuarie 2008, și anume la aceeași dată la care a intrat în vigoare regula nevalorificării pierderilor.

B. Decizia în litigiu

16. Decizia în litigiu a fost adoptată la 26 ianuarie 2011. În conformitate cu articolul 1 din aceasta, ajutorul acordat în Germania în temeiul articolului 8c alineatul 1a din KStG, cu încălcarea articolului 108 alineatul (3) TFUE, este incompatibil cu piața internă.

17. În ceea ce privește existența ajutorului de stat în sensul articolului 107 TFUE, Comisia a apreciat în special că clauza de restructurare constituia o excepție de la regula generală a nevalorificării pierderilor care nu au fost utilizate de societăți al căror acționariat fusese modificat. În opinia Comisiei, clauza în discuție era susceptibilă să confere un avantaj selectiv întreprinderilor care îndeplineau condițiile pentru a beneficia de aceasta. Diferența de tratament nu era justificată de natura sau de economia regimului de impozitare. Tot potrivit deciziei în litigiu, clauza de restructurare urmărea combaterea problemelor cauzate de criza economică și financiară, ceea ce constituia un obiectiv exterior regimului de impozitare.

18. La articolele 2 și 3 din decizia în litigiu, ajutoarele individuale limitate acordate anumitor beneficiari în temeiul regimului de restructurare în conformitate cu articolul 8c alineatul 1a au fost totuși declarate compatibile cu piața internă, sub rezerva îndeplinirii anumitor condiții.

19. La articolele 4 și 6 din decizia în litigiu, Comisia a obligat Germania să recupereze ajutoarele incompatibile acordate în temeiul măsurii în litigiu și să comunice Comisiei o listă a beneficiarilor acestei scheme de ajutor.

C. Situația de fapt aflată la originea recursului

20. La momentul adoptării deciziei în litigiu, HBH se afla în situația unui risc de insolvență. La 20 februarie 2009, societatea-mamă a HBH, Heitkamp KG, a cumpărat acțiunile HBH în vederea fuziunii dintre cele două societăți. La data acestei operațiuni, recurentul îndeplinea condițiile de aplicare a clauzei de restructurare. Acest lucru rezultă din informarea obligatorie emisă de Finanzamt Herne (Administrația Fiscală Herne, Germania) la 11 noiembrie 2009 (denumită în continuare „informarea obligatorie”). La 29 aprilie 2010, recurentul a primit din partea administrației fiscale și o decizie de plată anticipată referitoare la impozitul pe profit pentru exercițiul fiscal al anului 2009, care ținea seama de pierderile reportate în temeiul clauzei de restructurare.

21. La 24 februarie 2010, Comisia a informat Republica Federală Germania cu privire la decizia sa de a iniția procedura prevăzută la articolul 108 alineatul (2) TFUE în legătură cu măsura în litigiu. Prin scrisoarea din 30 aprilie 2010, Ministerul Finanțelor german a dispus ca administrația fiscală să nu aplice clauza de restructurare.

22. La 27 decembrie 2010, decizia de plată anticipată din 29 aprilie 2010 a fost înlocuită printr-o nouă decizie referitoare la impozitul pe profit pentru exercițiul fiscal aferent anului 2009. Această din urmă decizie nu lua în considerare clauza de restructurare.

23. La 1 aprilie 2011, HBH a primit deciziile de impunere referitoare la impozitul pe profit și la impozitul profesional de bază pentru exercițiul fiscal aferent anului 2009. Ca urmare a neaplicării clauzei de restructurare, recurentul nu a fost în măsură să reporteze pierderile existente la 31 decembrie 2008.

24. La 19 aprilie 2011, administrația fiscală a anulat informarea obligatorie.

25. La 22 iulie 2011, Republica Federală Germania a comunicat Comisiei, în conformitate cu dispozițiile deciziei în litigiu, lista întreprinderilor care au beneficiat de măsura în litigiu. Aceasta a trimis de asemenea Comisiei o listă a întreprinderilor în cazul cărora au fost anulate informările obligatorii cu privire la aplicarea clauzei de restructurare. HBH figura pe această din urmă listă.

26. Recurentul a formulat căi de atac împotriva deciziilor de plată anticipată și împotriva deciziilor de impunere sus-menționate la administrația fiscală și la instanțele naționale competente. Prin ordonanța din 1 august 2011, Finanzgericht Münster (Tribunalul Financiar din Münster, Germania) a acordat suspendarea executării deciziilor sus-menționate.

II. Procedura în fața Tribunalului și hotărârea atacată

27. Prin cererea introductivă depusă la 6 iunie 2011, HBH a introdus la Tribunal o acțiune în anulare împotriva deciziei în litigiu.

28. Prin înscrisul separat depus la 16 septembrie 2011, Comisia a ridicat o excepție de inadmisibilitate.

29. Prin înscrisul depus la 29 august 2011, Republica Federală Germania a formulat o cerere de intervenție în susținerea concluziilor recurentului. Prin Ordonanța din 5 octombrie 2011, președintele Camerei a doua a Tribunalului a admis această intervenție.

30. Prin Ordonanța din 21 mai 2014, excepția de inadmisibilitate a fost unită cu fondul.

31. În susținerea acțiunii, HBH a invocat două motive întemeiate, pe de o parte, pe faptul că măsura în litigiu nu avea un caracter selectiv și, pe de altă parte, pe faptul că această măsură era justificată prin natura sau economia sistemului.

32. În ceea ce privește excepția de inadmisibilitate, Comisia a susținut că HBH nu avea calitate procesuală activă în sensul articolului 263 al patrulea paragraf TFUE. Mai exact, aceasta a arătat că HBH nu era vizată individual de decizia în litigiu și că decizia în litigiu presupune măsuri de executare. În plus, Comisia a susținut că, întrucât HBH nu era beneficiara unui ajutor, nu a avut un interes de a exercita acțiunea.

33. În hotărârea atacată, Tribunalul a respins mai întâi excepția de inadmisibilitate. În această privință, a considerat că HBH era vizată în mod direct și individual de decizia în litigiu. În al doilea rând, Tribunalul a respins acțiunea formulată de HBH ca nefondată.

III. Procedura în fața Curții și concluziile părților

34. Prin recursul formulat, HBH solicită Curții:

- anularea hotărârii atacate în măsura în care este respinsă acțiunea ca nefondată (punctele 2 și 3 din dispozitivul hotărârii) și anularea deciziei în litigiu;
- cu titlu subsidiar, anularea hotărârii atacate în măsura în care este respinsă acțiunea ca nefondată (punctele 2 și 3 din dispozitivul hotărârii) și trimiterea cauzei spre judecare la Tribunal;
- obligarea Comisiei la plata cheltuielilor de judecată.

35. Comisia solicită Curții respingerea recursului și obligarea HBH la plata cheltuielilor de judecată.

36. Prin recursul incident, Comisia solicită Curții:

- anularea punctului 1 din dispozitivul hotărârii atacate;
- respingerea acțiunii formulate în primă instanță ca inadmisibilă;
- respingerea recursului;
- anularea punctului 3 din dispozitivul hotărârii atacate, prin care Comisia este obligată să suporte o treime din propriile cheltuieli de judecată;
- obligarea HBH la plata cheltuielilor de judecată aferente procedurilor în fața Tribunalului și a Curții.

37. HBH solicită Curții respingerea recursului incident ca nefondat și obligarea Comisiei la plata cheltuielilor de judecată.

38. HBH, Comisia și guvernul german au prezentat observații orale în ședința care a avut loc la 19 octombrie 2017.

IV. Analiză

39. HBH invocă două motive în susținerea recursului formulat. Primul motiv este întemeiat pe faptul că, în hotărârea atacată, Tribunalul nu și-a îndeplinit obligația de motivare. Hotărârea atacată ar fi afectată de o motivare insuficientă sau contradictorie. Al doilea motiv este întemeiat pe faptul că Tribunalul a interpretat în mod eronat articolul 107 alineatul (1) TFUE. Aceasta identifică mai multe erori de apreciere a selectivității măsurii în litigiu.

40. Comisia susține că ambele motive ar trebui să fie respinse ca fiind fie inadmisibile, fie nefondate.

41. De asemenea, Comisia a formulat recurs incident împotriva hotărârii atacate. În singurul motiv invocat, Comisia susține că Tribunalul a săvârșit o eroare de drept considerând ca fiind admisibilă acțiunea în anulare formulată de HBH întrucât acesteia din urmă i-ar lipsi calitatea procesuală activă, nefiind vizată în mod direct de decizia în litigiu. În consecință, acțiunea formulată de HBH în primă instanță ar fi trebuit să fie respinsă ca inadmisibilă.

42. HBH consideră că recursul incident ar trebui să fie respins ca nefondat.

43. Pentru motive procedurale, vom analiza mai întâi recursul incident.

A. Recursul incident: recurentul este vizat în mod individual de decizia în litigiu?

44. Comisia susține că, în hotărârea atacată, Tribunalul a interpretat în mod eronat noțiunea de afectare individuală în sensul articolului 263 al patrulea paragraf TFUE⁷. În special, prin recunoașterea calității procesuale active a HBH, hotărârea atacată se îndepărtează de jurisprudența constantă a Curții referitoare la acest criteriu în contextul specific al acțiunilor în anulare formulate împotriva deciziilor adoptate de Comisie care declară schemele de ajutoare incompatibile cu piața internă.

45. Comisia arată că hotărârea atacată face o confuzie privind diferența clară, stabilită de jurisprudență, dintre beneficiarii efectivi ai ajutoarelor, care au calitate procesuală activă, și beneficiarii potențiali, viitori, care nu au această calitate. Mai exact, aceasta contestă faptul că, în analiza sa referitoare la criteriul afectării individuale, Tribunalul s-a întemeiat pe afirmația că HBH beneficia de un „drept dobândit” la o economie de impozit.

46. HBH contestă această argumentație.

47. Pentru a explica motivele pentru care considerăm că HBH are calitate procesuală activă, vom începe cu câteva observații introductive referitoare la criteriul afectării individuale în contextul specific al normelor privind ajutoarele de stat.

⁷ Punctele 50-79 din hotărârea atacată.

1. Observații introductive privind criteriul afectării individuale în contextul normelor privind ajutoarele de stat

48. Accesul la instanțele judecătorești și, prin extindere, la controlul jurisdicțional constituie temelia unui sistem juridic bazat pe principiul responsabilității și pe statul de drept. Prin urmare, nu fără motiv, problema de drept al Uniunii cu privire la calitatea procesuală activă a particularilor a captat imaginația comunității juridice a Uniunii încă de la hotărârea fundamentală a Curții pronunțată în cauza Plaumann⁸, dacă nu chiar dinainte. Această hotărâre a stabilit principiile care continuă să influențeze interpretarea cerințelor cu privire la calitatea procesuală activă prevăzute la articolul 263 al patrulea paragraf TFUE.

49. Ca regulă generală, pentru a formula o acțiune împotriva unui act al instituțiilor Uniunii, un particular care nu are calitatea de destinatar al actului în cauză trebuie să demonstreze că actul respectiv îl privește direct și individual. Acest lucru este valabil cu excepția cazului specific al unui act normativ care nu presupune măsuri de executare menționat la articolul 263 al patrulea paragraf TFUE. În cazul acestor acte normative, este suficient să se stabilească afectarea directă.

50. Cu toate acestea, în ceea ce privește deciziile legate de ajutoarele de stat, afectarea directă și individuală trebuie dovedită în cazul unei întreprinderi care dorește să formuleze o acțiune în anulare împotriva unei decizii adoptate de Comisie care declară ajutorul incompatibil cu piața internă⁹.

51. Curtea a adoptat o interpretare strictă a cerințelor cu privire la calitatea procesuală activă aplicabile particularilor. Criteriul afectării individuale este deosebit de greu de îndeplinit.

52. În Hotărârea Plaumann, Curtea a precizat că alte subiecte decât destinatarii unei decizii nu pot pretinde că aceasta le privește în mod individual decât dacă această decizie le afectează în considerarea anumitor calități care le sunt specifice sau a unei situații de fapt care le caracterizează în raport cu orice altă persoană și, ca urmare a acestui fapt, le individualizează într-un mod analog celui al destinatarului¹⁰.

53. Curtea a rămas fermă în această abordare, în pofida invitațiilor de a reanaliza criteriul în discuție și a propunerilor care ofereau o alternativă¹¹.

54. Acest criteriu a fost adaptat de asemenea la contextul specific al reglementării privind ajutoarele de stat, în cazul în care deciziile adoptate de Comisie au ca destinatar exclusiv statul membru în cauză.

⁸ Hotărârea din 15 iulie 1963, Plaumann/Comisia (25/62, EU:C:1963:17).

⁹ Observăm că Tribunalul a apreciat recent că o decizie adoptată de Comisie – decizie prin care în parte se constată inexistența unui ajutor de stat și în parte se declară ajutorul incompatibil cu piața internă, dar prin care nu se dispune recuperarea acestuia – constituie un act normativ care nu presupune măsuri de executare în sensul articolului 263 al patrulea paragraf TFUE. A se vedea Hotărârea din 15 septembrie 2016, Ferracci/Comisia, (T-219/13, EU:T:2016:485, punctele 50-55), și Hotărârea Scuola Elementare Maria Montessori/Comisia (T-220/13, nepublicată, EU:T:2016:484). Cu toate acestea, Curtea trebuie să decidă cu privire la acest aspect în recurs (cauzele pendinte Scuola Elementare Maria Montessori/Comisia, C-622/16, Comisia/Scuola Elementare Maria Montessori, C-623/16, și Comisia/Ferracci, C-624/16).

¹⁰ Hotărârea din 15 iulie 1963, Plaumann/Comisia (25/62, EU:C:1963:17, p. 107).

¹¹ În special, Concluziile avocatului general Jacobs prezentate în cauza Unión de Pequeños Agricultores/Consiliul (C-50/00 P, EU:C:2002:197, punctul 59 și următoarele), și Hotărârea din 3 mai 2002, Jégo-Quéré/Comisia (T-177/01, EU:T:2002:112, punctul 49). În schimb, legiuitorul a fost, într-o oarecare măsură, mai deschis la posibilitatea relaxării cerințelor cu privire la calitatea procesuală activă aplicabile particularilor. Această deschidere este atestată prin introducerea, prin Tratatul de la Lisabona, a categoriei „actelor normative” la articolul 263 al patrulea paragraf TFUE.

55. În acest context specific, o întreprindere care dorește să formuleze o acțiune împotriva unei decizii a Comisiei care interzice o schemă de ajutoare nu va îndeplini criteriul afectării directe numai pe baza apartenenței sale la sectorul în cauză și a calității sale de potențial beneficiar al schemei respective¹². În această privință, Curtea a explicat că posibilitatea de a determina, cu mai mare sau mai mică precizie, subiectele de drept cărora li se aplică o măsură nu presupune în mod automat că măsura respectivă le privește individual¹³.

56. Mai exact, afectarea individuală necesită apartenența la un grup închis, identificabil în momentul adoptării deciziei în litigiu¹⁴. Această ipoteză există în special în cazul beneficiarilor efectivi ai ajutorului, și anume acele întreprinderi care au obținut un beneficiu pozitiv¹⁵. O asemenea ipoteză nu este însă exclusivă. De fapt, în anumite condiții, Curtea a admis și acțiunile formulate de concurenții beneficiarilor unor măsuri de ajutor de stat¹⁶.

57. Potrivit abordării Curții referitoare la normele privind ajutoarele de stat, criteriul afectării individuale, astfel cum a fost stabilit în Hotărârea Plaumann, este îndeplinit dacă particularul poate fi individualizat pe baza anumitor calități specifice. Aceste calități pot avea legătură, printre altele, cu impactul semnificativ al ajutorului asupra poziției concurentului pe piață sau cu faptul că întreprinderea a primit efectiv un beneficiu pozitiv din resursele statului.

58. În hotărârea atacată, Tribunalul a considerat că, din perspectiva situației de fapt și de drept specifice aplicabile HBH, această întreprindere era vizată individual de decizia în litigiu în sensul Hotărârii Plaumann. Tribunalul și-a întemeiat această concluzie pe faptul că HBH ar fi beneficiat de clauza de restructurare până la sfârșitul exercițiului financiar (2009). Autoritățile germane nu au păstrat, în ceea ce privește aplicarea acestei clauze, nicio marjă de manevră. În această privință, Tribunalul a pus un accent deosebit pe „dreptul dobândit” al HBH care a fost atestat de autoritățile germane prin intermediul informării obligatorii. Acest lucru o individualizează față de alte întreprinderi care îndeplineau condițiile pentru a beneficia de respectiva clauză de restructurare¹⁷.

59. Comisia consideră că Tribunalul, procedând astfel, a săvârșit o eroare de drept. Cu toate acestea, contrar celor sugerate de Comisie, stabilirea aspectului dacă un particular este vizat individual de o decizie a Comisiei în materie de ajutoare de stat nu este, în niciun caz, un exercițiu aritmetic: jurisprudența nu pornește de la o premisă a logicii binare întemeiate pe distincția dintre beneficiarii potențiali și beneficiarii efectivi ai ajutorului. Astfel cum vom ilustra în cele ce urmează, ceea ce este decisiv din perspectiva criteriului stabilit în Hotărârea Plaumann – aplicat în contextul normelor privind ajutoarele de stat – este faptul că solicitantul poate fi diferențiat de alte întreprinderi pe baza unor caracteristici speciale. Aceste caracteristici pot varia de la caz la caz.

12 A se vedea printre multe altele Hotărârea din 2 februarie 1988, Kwekerij van der Kooy și alții/Comisia (67/85, 68/85 și 70/85, EU:C:1988:38, punctul 15), Hotărârea din 19 octombrie 2000, Italia și Sardegna Lines/Comisia (C-15/98 și C-105/99, EU:C:2000:570, punctul 33), și Hotărârea din 19 decembrie 2013, Telefónica/Comisia (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punctul 49).

13 Hotărârea din 22 noiembrie 2001, Antillean Rice Mills/Consiliul (C-451/98, EU:C:2001:622, punctul 52).

14 Hotărârile din 27 februarie 2014, Stichting Woonpunt și alții/Comisia (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punctele 59-62) și Stichting Woonlinie și alții/Comisia (C-133/12 P, EU:C:2014:105, punctele 46-49).

15 Hotărârea din 9 iunie 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” și alții/Comisia (C-71/09 P, C-73/09 P și C-76/09 P, EU:C:2011:368, punctul 53).

16 A se vedea de exemplu Hotărârea din 28 ianuarie 1986, Cofaz și alții/Comisia (169/84, EU:C:1986:42, punctul 25), Hotărârea din 19 mai 1993, Cook/Comisia (C-198/91, EU:C:1993:197, punctul 23), Hotărârea din 13 decembrie 2005, Comisia/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (C-78/03 P, EU:C:2005:761, punctul 37 și jurisprudența citată), și Hotărârea din 9 iulie 2009, 3F (C-319/07 P, EU:C:2009:435, punctul 34 și jurisprudența citată).

17 Punctele 66-79 din hotărârea atacată.

2. Stabilirea afectării individuale în contextul măsurilor fiscale: prezenta cauză

60. Astfel cum ilustrează prezenta cauză, modul în care ar trebui să fie interpretată noțiunea de beneficiar efectiv în contextul specific al impozitării constituie un subiect de controversă. Într-adevăr, stabilirea unei distincții clare între beneficiarii potențiali și cei efectivi în contextul menționat se poate dovedi un demers deosebit de dificil. Acest lucru este cauzat de faptul că măsurile fiscale presupun rareori o plată concretă a ajutorului.

61. În esență, Comisia susține că această distincție este crucială deoarece numai beneficiarii reali, care au primit efectiv ajutorul, îndeplinesc criteriul afectării individuale. În observațiile sale, Comisia susține că doar acești beneficiari pot formula o acțiune în anulare împotriva unei decizii care declară ajutorul incompatibil cu piața internă.

62. Jurisprudența nu susține poziția Comisiei. Ni se pare că, de fapt, Comisia încearcă să extrapoleze în mod artificial din jurisprudența Curții o normă de aplicare generală care pur și simplu nu există.

63. Pentru a-și susține poziția, Comisia invocă în esență două linii jurisprudențiale. Ea își întemeiază interpretarea pe jurisprudența rezultată din hotărârile Curții pronunțate în cauzele Italia și Sardegna Lines¹⁸ și Comitato „Venezia vuole vivere”¹⁹. În ambele cauze, Curtea a admis că beneficiarii ajutoarelor individuale acordate în temeiul unei scheme de ajutoare a căror recuperare a fost dispusă de Comisie sunt vizați astfel în mod individual de decizia Comisiei, în sensul articolului 263 al patrulea paragraf TFUE. În plus, din Hotărârea Italia și Sardegna Lines rezultă că, spre deosebire de acești beneficiari, beneficiarii potențiali care doar aparțin sectorului vizat nu au calitate procesuală activă²⁰.

64. În opinia noastră, lecțiile care pot fi deduse din aceste cauze sunt limitate. Pe de o parte, cauzele menționate confirmă că beneficiarii efectivi ai ajutoarelor (și anume cei care au primit efectiv ajutorul a cărui recuperare a fost dispusă) ar trebui să aibă dreptul să formuleze o acțiune împotriva unei decizii care declară ajutorul incompatibil cu piața internă. Pe de altă parte, acest drept nu se extinde la întreprinderile care sunt doar beneficiari potențiali viitori ai unei scheme de ajutor.

65. Logica inherentă în această situație este că grupul de beneficiari efectivi poate fi diferențiat – în sensul Hotărârii Plaumann – de întreprinderile care nu au beneficiat de ajutor. Pentru a fi siguri, această distincție este în special utilă în contextul schemelor de ajutor care implică transferul de fonduri de la stat la întreprinderile vizate.

66. Cu toate acestea, în opinia noastră, din cauzele menționate nu se poate trage o concluzie definitivă cu privire la alte întreprinderi care, în împrejurări specifice, pot fi vizate în mod individual de o decizie care declară ajutorul incompatibil cu piața internă.

67. În mod fundamental, distincția dintre beneficiarii efectivi și beneficiarii potențiali este doar un instrument terminologic utilizat pentru a distinge, în mod abstract, anumite categorii de întreprinderi care sunt sau nu sunt vizate individual de o asemenea decizie.

68. Din punctul nostru de vedere, criteriul juridic relevant rămâne cel stabilit în Hotărârea Plaumann: solicitantul aparține unui grup închis care poate fi identificat în lumina calităților specifice care îl disting de celelalte grupuri?

18 Hotărârea din 19 octombrie 2000, Italia și Sardegna Lines/Comisia (C-15/98 și C-105/99, EU:C:2000:570).

19 Hotărârea din 9 iunie 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” și alții/Comisia (C-71/09 P, C-73/09 P și C-76/09 P, EU:C:2011:368).

20 Hotărârea din 9 iunie 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” și alții/Comisia (C-71/09 P, C-73/09 P și C-76/09 P, EU:C:2011:368, punctul 53), și Hotărârea din 19 octombrie 2000, Italia și Sardegna Lines/Comisia (C-15/98 și C-105/99, EU:C:2000:570, punctele 33 și 34).

69. Din această perspectivă, este clar ca pentru această apreciere să poată fi relevante și alte calități decât cele legate de statutul solicitantului de beneficiar efectiv al ajutorului. În mod evident, care sunt aceste calități este o chestiune care nu poate fi rezolvată în abstract. Dimpotrivă, această apreciere depinde, în mod semnificativ de împrejurări.

70. Pe acest fundal, ne este dificil să acceptăm argumentul Comisiei conform căruia Hotărârea Belgia și Forum 187²¹ și Hotărârea FrieslandCampina²² nu pot fi invocate în prezentele împrejurări. Cauzele menționate, care au apărut în contextul unor măsuri tranzitorii privind ajutorul declarat incompatibil cu piața internă, ilustrează voința Comisiei de a acorda calitate procesuală activă solicitanților care au făcut demersurile necesare pentru a beneficia de măsura națională contestată fără a primi efectiv un beneficiu²³.

71. Contrar celor susținute de Comisie, nu înțelegem nici motivul pentru care Hotărârea Stichting Woonpunt²⁴ și Hotărârea Stichting Woonlinie²⁵ nu ar prezenta relevanță în prezenta cauză. În aceste hotărâri, Curtea a considerat că afectarea individuală se stabilea pe baza împrejurării că reclamanții dobândiseră, înainte de adoptarea deciziei în cauză, un drept de a se folosi de avantajul fiscal care ulterior a fost declarat incompatibil cu piața internă²⁶.

72. Având în vedere natura măsurii în litigiu în prezenta cauză, se poate argumenta că Tribunalul s-a inspirat din cauzele menționate mai sus. De fapt, la momentul adoptării deciziei în litigiu, HBH nu îndeplinea doar condițiile generale pentru aplicarea clauzei de restructurare în mod abstract. Aceasta primise de asemenea o informare obligatorie și o decizie de plată anticipată referitoare la impozitul pe profit pentru exercițiul fiscal aferent anului 2009, care lua în calcul pierderile reportate în temeiul clauzei de restructurare. Aceasta reprezintă ceea ce Tribunalul a descris ca fiind un „drept dobândit”.

73. Tocmai datorită acestei informări obligatorii și deciziei de plată anticipată, poziția HBH este fundamental diferită de întreprinderile care îndeplinesc doar condițiile generale pentru aplicarea clauzei de restructurare²⁷. Acesta este motivul pentru care recurentul îndeplinește criteriul afectării individuale.

74. Pentru siguranță, alegerea terminologică a Tribunalului nu este cea mai potrivită. După cum reiese din argumentele Comisiei, această alegere poate conduce la stabilirea unor paralelisme neintenționate cu principiul încrederii legitime care decurge din dreptul Uniunii. Cu toate acestea, astfel cum înțelegem noi, trimiterea la un „drept dobândit” nu face altceva decât să încerce să descrie împrejurările de fapt și de drept care caracterizează HBH în raport cu alte întreprinderi în sensul Hotărârii Plaumann în acest caz specific.

21 Hotărârea din 22 iunie 2006, Belgia și Forum 187/Comisia (C-182/03 și C-217/03, EU:C:2006:416).

22 Hotărârea din 17 septembrie 2009, Comisia/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556).

23 Hotărârea din 22 iunie 2006, Belgia și Forum 187/Comisia (C-182/03 și C-217/03, EU:C:2006:416, punctele 60-63), și Hotărârea din 17 septembrie 2009, Comisia/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, punctele 56-58). A se vedea de asemenea Hotărârea din 17 ianuarie 1985, Piraiki-Patraiki și alții/Comisia (11/82, EU:C:1985:18, punctul 19).

24 Hotărârea din 27 februarie 2014, Stichting Woonpunt și alții/Comisia (C-132/12 P, EU:C:2014:100).

25 Hotărârea din 27 februarie 2014, Stichting Woonlinie și alții/Comisia (C-133/12 P, EU:C:2014:105).

26 Hotărârile din 27 februarie 2014, Stichting Woonpunt și alții/Comisia (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punctele 59-62) și Stichting Woonlinie și alții/Comisia (C-133/12 P, EU:C:2014:105, punctele 46-49).

27 Pentru a deschide o scurtă paranteză, am dori să arătăm și că situația de fapt aflată la originea Hotărârii din 19 decembrie 2013, Telefónica/Comisia (C-274/12 P, EU:C:2013:852), este de asemenea fundamental diferită de cea din prezenta cauză. În cauza menționată, reclamanta a efectuat investiții pe baza măsurii naționale care ulterior a fost declarată de Comisie incompatibilă cu piața internă. Astfel, reclamanta a beneficiat de măsura națională contestată. Cu toate acestea, similitudinile se opresc aici. Investițiile efectuate de reclamantă au fost realizate înainte de termenul-limită aplicabil: decizia Comisiei permitea în mod specific ca măsura națională contestată să se aplice în continuare investițiilor realizate înainte de adoptarea deciziei de deschidere a unei proceduri oficiale de investigare. A se vedea în această privință punctele 47-50. A se vedea de asemenea Ordonanța din 21 martie 2012, Telefónica/Comisia (T-228/10, nepublicată, EU:T:2012:140, punctele 36-40).

75. Am dori să subliniem că, în contextul impozitării, stabilirea momentului decisiv la care o întreprindere a primit efectiv ajutorul poate fi un demers deosebit de dificil. Fixarea momentului relevant este, într-o anumită măsură, arbitrară. Este acesta momentul în care a fost emisă informarea obligatorie sau este momentul în care HBH a primit decizia de plată anticipată? Ori este acesta, astfel cum susține Comisia, momentul în care economia de impozit este stabilită printr-o decizie de impunere finală (având în vedere că o astfel de decizie poate fi emisă după câțiva ani de la sfârșitul exercițiului fiscal în cauză)? Ori este un alt moment?

76. În mod clar, stabilirea aspectului dacă o decizie care declară ajutorul incompatibil cu piața internă privește individual o întreprindere implică, fără nicio îndoială, incertitudinile și arbitrarul implicite în alegerea uneia dintre aceste variante sau chiar a unei variante diferite.

77. Având în vedere aceste incertitudini, aspectul dacă solicitantul a primit efectiv un ajutor ar trebui să fie doar de o importanță secundară în prezenta cauză. Mai degrabă, astfel cum precizează jurisprudența, criteriul afectării individuale este îndeplinit atunci când solicitantul poate fi caracterizat, pe baza unor calități specifice, în raport cu alte întreprinderi²⁸. Tocmai aceasta este situația în cazul HBH.

78. Pentru toate aceste motive, considerăm că hotărârea atacată nu conține nicio eroare legată de aprecierea afectării individuale în sensul articolului 263 al patrulea paragraf TFUE. În consecință, recursul incident introdus de Comisie ar trebui respins ca fiind nefondat.

B. Cu privire la recurs: Tribunalul a săvârșit o eroare atunci când a considerat că măsura în litigiu conferă un avantaj selectiv societăților aflate în dificultate?

79. În susținerea recursului formulat, HBH a invocat două motive, care sunt legate în mod intrinsec.

80. În cadrul primului motiv, recurentul contestă raționamentul Tribunalului. Acesta susține că hotărârea atacată este afectată de vicii de procedură legate de obligația de motivare, întrucât raționamentul Tribunalului este insuficient sau contradictoriu în ceea ce privește (1) stabilirea sistemului de referință, (2) aprecierea situației de fapt și de drept a întreprinderii care necesită restructurare și calificarea clauzei de restructurare drept „măsură generală” și (3) justificarea măsurii în litigiu.

81. Al doilea motiv invocă aceleași aspecte ale hotărârii, însă dintr-un punct de vedere material. În cadrul acestui motiv, HBH susține că hotărârea atacată încalcă articolul 107 alineatul (1) TFUE, din cauza erorilor de drept sau a denaturării reglementării naționale săvârșite în momentul (1) stabilirii sistemului de referință, (2) al aprecierii situației de drept și de fapt a întreprinderii care necesită restructurarea și al calificării clauzei de restructurare drept „măsură generală” și (3) al justificării măsurii în litigiu.

82. Comisia contestă argumentele recurentului. În ceea ce privește primul motiv referitor la raționament, această instituție consideră în esență că motivul se întemeiază pe o interpretare eronată a hotărârii atacate. În ceea ce privește, pe de altă parte, al doilea motiv, Comisia afirmă că este inadmisibil. Cu titlu subsidiar, Comisia susține că al doilea motiv este nefondat.

83. Având în vedere suprapunerea celor două motive, le vom aborda împreună, în mai multe etape. Acest lucru este necesar în special întrucât, în loc să invoce o lipsă a motivării, primul motiv pune în discuție în mod indirect analiza pe fond realizată de Tribunal.

²⁸ Pentru acest motiv, obiecția Comisiei cu privire la faptul că recurentul nu a susținut în fața Tribunalului că a primit un ajutor nu are nicio semnificație în prezenta cauză.

84. Mai întâi vom analiza argumentele privind stabilirea sistemului de referință. Pentru motivele descrise mai jos, considerăm că primul aspect al celui de al doilea motiv este întemeiat. Pentru acest motiv, atât hotărârea atacată, cât și decizia în litigiu ar trebui să fie anulate în măsura în care sistemul de referință pentru evaluarea selectivității măsurii în litigiu a fost stabilit în mod eronat.

85. În cazul în care Curtea nu este de acord cu analiza noastră cu privire la primul aspect al celui de al doilea motiv, vom examina în mod succint și celelalte argumente invocate de recurent.

86. Prin urmare, în al doilea rând, vom examina argumentele privind aprecierea situației de fapt și de drept a întreprinderii care necesită restructurare și calificarea clauzei de restructurare drept „măsură generală”. În sfârșit, în al treilea rând, vom analiza argumentele prezentate cu privire la justificarea măsurii în litigiu.

87. Cu toate acestea, înainte de a proceda astfel, vom formula câteva observații introductive cu privire la noțiunea de caracter selectiv în contextul specific al impozitării.

1. Observații introductive cu privire la analiza selectivității în contextul măsurilor privind impozitarea directă

a) Noțiunea de caracter selectiv – o analiză în trei etape

88. În primul rând, este util să facem câteva observații cu privire la rațiunea care stă la baza noțiunii de selectivitate și la scopul deservit de aceasta. De asemenea, se poate aminti cadrul analitic care influențează analiza selectivității și dificultățile care apar în momentul aplicării acestui cadru în contextul măsurilor privind impozitarea directă.

89. Potrivit articolului 107 alineatul (1) TFUE, sunt incompatibile cu piața internă ajutoarele acordate de state sau prin intermediul resurselor de stat, sub orice formă, care denaturează sau amenință să denatureze concurența prin favorizarea anumitor întreprinderi sau a producerii anumitor bunuri, în măsura în care acestea afectează schimburile comerciale dintre statele membre. În consecință, pentru ca o măsură a unui stat membru să intre în domeniul de aplicare al acestei dispoziții, aceasta trebuie să îndeplinească patru criterii cumulative. În primul rând, trebuie să existe un avantaj. În al doilea rând, acest avantaj trebuie să fie selectiv. În al treilea rând, trebuie să fie vorba despre o intervenție a statului sau prin intermediul resurselor de stat. În al patrulea rând, intervenția trebuie să afecteze schimburile comerciale dintre statele membre.

90. În contextul impozitării, chestiunea privind ceea ce constituie un avantaj selectiv este, fără îndoială, cea mai problematică.

91. În termeni generali, criteriul selectivității servește la identificarea măsurilor care favorizează anumite întreprinderi (contribuabili) sau producția anumitor bunuri, în raport cu altele.

92. Un avantaj fiscal care rezultă dintr-o „măsură generală” aplicabilă fără distincție tuturor operatorilor economici nu constituie ajutor de stat întrucât o asemenea măsură nu este selectivă. În schimb, o măsură care îi pune pe beneficiari într-o situație mai favorabilă decât a celorlalți contribuabili este susceptibilă să confere beneficiarilor un avantaj selectiv și constituie, prin urmare, un ajutor de stat, în sensul articolului 107 alineatul (1) TFUE²⁹.

²⁹ Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/World Duty Free Group și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctul 56 și jurisprudența citată).

93. Prin urmare, esența analizei selectivității constă în compararea întreprinderilor. Astfel cum a statuat Curtea, chestiunea care trebuie stabilită este dacă o măsură favorizează anumite întreprinderi sau producția anumitor bunuri în sensul articolului 107 alineatul (1) TFUE *în comparație cu alte întreprinderi aflate într-o situație de drept și de fapt comparabilă*³⁰.

94. Cu toate acestea, pentru a se putea analiza dacă destinatarii și alte întreprinderi se află într-o situație comparabilă, trebuie să se stabilească mai întâi sistemul de referință.

95. Hotărârea recentă a Curții World Duty Free³¹ stabilește criteriile pe baza cărora ar trebui să se analizeze selectivitatea unei măsuri fiscale. Curtea a diferențiat trei etape în aprecierea selectivității măsurilor fiscale.

96. Potrivit Curții, pentru a califica o măsură fiscală drept selectivă, trebuie să se identifice regimul fiscal comun sau normal aplicabil în statul membru în cauză (prima etapă). Ulterior, trebuie să se demonstreze că măsura fiscală în litigiu derogă de la regimul comun respectiv în măsura în care introduce diferențieri între operatori care se găsesc, în raport cu obiectivul urmărit de acest regim, într-o situație de drept și de fapt comparabilă (a doua etapă)³². În cazul în care există o asemenea situație, trebuie să se verifice dacă această diferențiere se justifică în măsura în care rezultă din natura sau din economia sistemului din care face parte această măsură (a treia etapă)³³.

97. Mai exact, Curtea a explicat că condiția selectivității este îndeplinită atunci când Comisia poate demonstra că măsura contestată derogă de la regimul comun sau „normal” aplicabil în statul membru în cauză, introducând astfel, prin efectele sale concrete, un tratament diferențiat între operatori, deși operatorii care beneficiază de avantajul fiscal și cei care sunt excluși se află, în raport cu obiectivul urmărit de regimul fiscal al statului membru menționat, într-o situație de fapt și de drept comparabilă³⁴.

98. Prezentul recurs ilustrează dificultățile pe care le implică stabilirea selectivității (materiale) a unei măsuri fiscale pe baza acestor criterii. Recursul scoate în evidență în special dificultățile legate de stabilirea, pe baza unui set obiectiv de criterii, a sistemului de referință în cadrul primei etape³⁵. Acesta este motivul pentru care este utilă și în cazul de față formularea anumitor observații introductive cu privire la criteriile care ar trebui să stea la baza stabilirii sistemului de referință, înainte de a analiza în mod mai detaliat prezentul recurs.

30 În jurisprudență există anumite discrepanțe în ceea ce privește chestiunea dacă comparabilitatea întreprinderilor ar trebui să fie stabilită în lumina obiectivului regimului fiscal în ansamblu sau al măsurii naționale contestate. De exemplu, în Hotărârea *Adria-Wien Pipeline*, Curtea a statuat că întreprinderile trebuie comparate în lumina obiectivului urmărit de *măsura în litigiu* [Hotărârea din 8 noiembrie 2001, *Adria-Wien Pipeline* și *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, EU:C:2001:598, punctul 41 și jurisprudența citată)]. În schimb, mai recent, Curtea a statuat în Hotărârea *World Duty Free* că întreprinderile trebuie comparate în lumina obiectivului urmărit de regimul fiscal comun [Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Comisia/World Duty Free Group* și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctul 57 și jurisprudența citată)].

31 Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Comisia/World Duty Free Group* și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981).

32 Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Comisia/World Duty Free Group* și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctul 57 și jurisprudența citată). A se vedea de asemenea Hotărârea din 18 iulie 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, punctul 19).

33 Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Comisia/World Duty Free Group* și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctul 58 și jurisprudența citată).

34 Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Comisia/World Duty Free Group* și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctele 57 și 67).

35 Cu privire la aceste dificultăți, a se vedea de exemplu O. Peiffert, „Comparaison n’est pas raison: Pour une clarification du critère de sélectivité d’une aide d’État”, în *Concurrences*, nr. 3, 2017, p. 52-60.

b) Importanța fundamentală a sistemului de referință pentru analiza selectivității și criteriile care trebuie utilizate pentru stabilirea acestui sistem

99. Criteriul selectivității este utilizat în scopul identificării măsurilor care presupun un tratament diferențiat nejustificat al întreprinderilor care se află într-o situație de drept și de fapt comparabilă. Această comparație nu are însă sens decât dacă este raportată la o valoare de referință. Este motivul pentru care identificarea corectă a unui sistem de referință prezintă o importanță fundamentală pentru aprecierea selectivității³⁶.

100. Cu toate acestea, jurisprudența Curții nu statuează asupra *modului* în care ar trebui să fie stabilit sistemul de referință relevant. Curtea nu a făcut altceva decât să explice că sistemul de referință este regimul fiscal comun sau „normal” aplicabil în statul membru în cauză³⁷. Această afirmație este absolut inutilă din perspectiva stabilirii unui criteriu de evaluare.

101. Totuși, reținerea Curții în legătură cu delimitarea unor criterii exacte nu este surprinzătoare întrucât stabilirea sistemului de referință implică necesitatea identificării nivelului general de impozitare aplicabil întreprinderilor în temeiul unui regim fiscal național. Spre deosebire de alte tipuri de scheme de ajutoare, stabilirea cu precizie a unui astfel de regim comun, cu aplicare generală, se dovedește a fi plină de incertitudini în contextul impozitării. Având în vedere complexitatea oricărui regim fiscal și variabilele pe care le presupune stabilirea sarcinilor fiscale ale întreprinderilor, cunoașterea cu certitudine a „situației normale” pare a fi imposibil de realizat.

102. Acest lucru nu este valabil și în cazul beneficiilor pozitive. De exemplu, în cazul condițiilor de creditare preferențiale sau al autorizațiilor de exploatare minieră de care beneficiază doar un număr limitat de întreprinderi, identificarea „situației normale” care exista înainte de adoptarea măsurii contestate rămâne un exercițiu relativ simplu.

103. Comisia descrie sistemul de referință ca fiind compus dintr-un set coerent de norme care se aplică în general, pe baza unor criterii obiective, tuturor întreprinderilor care intră sub incidența domeniului său de aplicare, astfel cum este definit prin obiectivul acestuia: normele respective definesc nu numai domeniul de aplicare al sistemului, ci și condițiile în care se aplică sistemul, drepturile și obligațiile întreprinderilor care fac obiectul acestuia și aspectele tehnice legate de funcționarea sistemului. În ceea ce privește măsurile fiscale în mod specific, sistemul de referință se bazează pe elemente cum ar fi baza de impozitare, persoanele impozabile, evenimentul impozabil și cotele de impozitare³⁸.

104. În mod cert, orice dispoziții fiscale, indiferent de număr, sau combinația acestora se pot încadra în această descriere.

105. Comisiei i-a fost adresată o întrebare în legătură cu acest aspect în cadrul ședinței. Fiind întrebată cu privire la criteriile care trebuie utilizate în stabilirea sistemului de referință, Comisia nu a putut să explice pe ce bază stabilește sistemul de referință. Ea a descris procesul ca fiind o căutare a logicii sistemului respectiv. În orice caz, răspunsul Comisiei pare să confirme că stabilirea sistemului de referință într-un caz specific nu se bazează, în realitate, pe un set obiectiv de criterii.

³⁶ Pentru o opinie diferită cu privire la importanța identificării regimului fiscal comun, a se vedea Concluziile avocatului general Kokott prezentate în cauza ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, punctul 88).

³⁷ Hotărârea din 8 septembrie 2011, Paint Graphos (C-78/08-C-80/08, EU:C:2011:550, punctul 49 și jurisprudența citată), Hotărârea din 18 iulie 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, punctul 19), și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/World Duty Free Group și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctul 57).

³⁸ Comunicarea Comisiei privind noțiunea de ajutor de stat astfel cum este menționată la articolul 107 alineatul (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, C/2016/2946 (JO 2016, C 262, p. 1), disponibilă la adresa: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.262.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2016:262:TOC#ntc205-C_2016262EN.01000101-E0205, punctele 133 și 134.

106. Acestea fiind spuse, din jurisprudența Curții se pot trage anumite concluzii. O lectură atentă a jurisprudenței sugerează că atunci când se stabilește sistemul de referință trebuie să se acorde prioritate abordării extensive. O astfel de abordare ia în considerare toate dispozițiile legislative relevante în ansamblu sau punctul de referință cel mai larg posibil³⁹. În plus, din jurisprudență rezultă că stabilirea sistemului de referință nu ar trebui să constituie un exercițiu formal⁴⁰.

107. Observăm, de exemplu, că în Hotărârea World Duty Free Curtea a admis argumentul Comisiei conform căruia sistemul de referință relevant nu era reprezentat de normele care reglementau investițiile din străinătate, ci de regimul spaniol al impozitului pe profit în ansamblul său. În raport cu acest context de referință, Comisia a concluzionat că unei anumite categorii de întreprinderi i-a fost conferit un avantaj selectiv. Întreprinderile impozabile în Spania care efectuau achiziții de titluri de participare de cel puțin 5 % în societăți străine beneficiau de un tratament mai favorabil în comparație cu cel aplicabil întreprinderilor impozabile în Spania care efectuau o achiziție identică în societăți naționale, deși aceste două categorii de întreprinderi se aflau în situații comparabile în raport cu obiectivul urmărit de regimul general spaniol al impozitului pe profit⁴¹.

108. Pe de altă parte, în Hotărârea Gibraltar, Curtea a confirmat că sistemul de referință poate fi format din mai multe norme fiscale diferite. Pe acest temei, Comisia a concluzionat că anumite întreprinderi (societăți „offshore”) au beneficiat de un avantaj selectiv. Acest lucru s-a întâmplat chiar dacă, din punct de vedere formal, întreprinderile respective erau supuse acelorași sarcini fiscale ca celelalte întreprinderi. În această cauză, Curtea a confirmat de asemenea că tehnica de reglementare nu ar trebui să fie luată în considerare atunci când se stabilește sistemul de referință⁴².

109. Mai simplu spus, se poate deduce din jurisprudență că Curtea a fost de acord cu o abordare care urmărește să identifice întregul corp de norme care influențează sarcina fiscală ce revine întreprinderilor. În opinia noastră, o asemenea abordare este justificată. Aceasta asigură evaluarea selectivității unei măsuri fiscale în raport cu un cadru care include toate dispozițiile relevante, iar nu în raport cu dispoziții care au fost excluse în mod artificial dintr-un cadru legislativ mai amplu. De asemenea, prin această abordare se asigură că în momentul aprecierii selectivității prima și a doua etapă nu sunt combinate întrucât o abordare mai strictă ar necesita identificarea întreprinderilor care se află într-o situație de drept și de fapt comparabilă. Într-adevăr, nu ar trebui să se uite că stabilirea sistemului de referință ar trebui să preceadă compararea întreprinderilor.

110. Vom examina prezentul recurs în lumina acestor considerații.

39 A se vedea în acest sens Hotărârea din 22 iunie 2006, Belgia și Forum 187/Comisia (C-182/03 și C-217/03, EU:C:2006:416, punctele 95, 104, 107 și 122), Hotărârea din 6 septembrie 2006, Portugalia/Comisia (C-88/03, EU:C:2006:511, punctul 56), Hotărârea din 17 septembrie 2009, Comisia/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, punctele 2-7), și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/World Duty Free Group și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctul 68).

40 Hotărârea din 15 noiembrie 2011, Comisia și Spania/Government of Gibraltar și Regatul Unit (C-106/09 P și C-107/09 P, EU:C:2011:732, punctele 92 și 93).

41 Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/World Duty Free Group și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctele 22 și 67-69).

42 Hotărârea din 15 noiembrie 2011, Comisia și Spania/Government of Gibraltar și Regatul Unit (C-106/09 P și C-107/09 P, EU:C:2011:732, punctele 92-95).

2. Prima etapă: stabilirea sistemului de referință

a) Argumentele părților

111. În cadrul primului aspect al primului motiv, HBH susține că raționamentul Tribunalului este insuficient sau contradictoriu în ceea ce privește stabilirea sistemului de referință⁴³ întrucât, în opinia recurentului, selectivitatea clauzei de restructurare este analizată în hotărârea atacată în raport cu regula nevalorificării pierderilor, deși Tribunalul a admis că măsura în litigiu ar fi trebuit să fie analizată în raport cu o regulă mai generală, și anume regula reportării pierderilor⁴⁴.

112. Comisia consideră că raționamentul Tribunalului este corect și în niciun caz contradictoriu.

113. În cadrul primului aspect al celui de al doilea motiv, HBH afirmă că Tribunalul a interpretat în mod eronat articolul 107 alineatul (1) TFUE din cauza erorilor legate de stabilirea sistemului de referință⁴⁵. Recurentul susține de asemenea că, în hotărârea atacată, Tribunalul a combinat în mod incorect prima cu a doua etapă a analizei selectivității⁴⁶.

114. Ca susținere principală, Comisia arată că argumentele prezentate de recurent privesc fondul și ar trebui să fie respinse ca inadmisibile. Cu titlu subsidiar, Comisia susține că aceste argumente sunt nefondate. Niciun element din dosarul cauzei nu susține poziția HBH conform căreia regula reportării pierderilor ar fi trebuit să fie considerată regula relevantă pentru aprecierea selectivității clauzei de restructurare.

115. Vom începe prin a analiza aspectul inadmisibilității.

b) Aprecieri

1) Stabilirea sistemului de referință este un aspect de drept care poate fi reexaminat în recurs

116. Conform unei practici devenite comune în recursurile formulate în fața Curții, Comisia contestă admisibilitatea argumentelor recurentului. Aceasta susține că argumentele recurentului cu privire la stabilirea sistemului de referință nu sunt supuse controlului Curții, întrucât acestea privesc chestiuni de fapt.

117. Argumentele Comisiei ar trebui respinse de la început.

118. Este adevărat că Tribunalul, în temeiul articolului 58 din Statutul Curții de Justiție și al articolului 256 TFUE, are competența exclusivă de a constata și de a aprecia situația de fapt. Într-adevăr, recursurile formulate în fața Curții trebuie să se limiteze la chestiuni de drept. În această privință, potrivit unei jurisprudențe constante, stabilirea conținutului reglementării naționale face parte din aprecierea faptelor, care nu poate fi supusă controlului Curții în recurs⁴⁷.

⁴³ Punctele 103-106 din hotărârea atacată.

⁴⁴ Punctele 107-109 din hotărârea atacată.

⁴⁵ Punctele 103-106 din hotărârea atacată.

⁴⁶ Punctul 104 din hotărârea atacată.

⁴⁷ A se vedea de exemplu Hotărârea din 24 octombrie 2002, *Aéroports de Paris/Comisia*, (C-82/01 P, EU:C:2002:617, punctul 63), Hotărârea din 21 decembrie 2011, *A2A/Comisia* (C-318/09 P, nepublicată, EU:C:2011:856, punctul 125), și Hotărârea din 3 aprilie 2014, *Franța/Comisia* (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punctele 78 și 79 și jurisprudența citată).

119. Cu toate acestea, Curtea poate să exercite un control asupra calificării juridice a acestor fapte și asupra consecințelor juridice deduse de Tribunal pe baza lor⁴⁸. Curtea poate de asemenea să verifice dacă a existat o denaturare a dreptului național în cazul în care pretinsa denaturare poate să fie depistată fără a fi necesară o nouă apreciere a faptelor și a probelor⁴⁹.

120. Argumentele invocate de HBH cu privire la stabilirea sistemului de referință nu se pot sustrage controlului în recurs.

121. În această etapă, nu trebuie să se omită faptul că părțile sunt de acord cu privire la conținutul reglementării naționale. Cu toate acestea, ele nu sunt de acord în ceea ce privește obiectivele acestei reglementări. De asemenea, se menține dezacordul cu privire la *calificarea juridică* a acestei reglementări în raport cu normele Uniunii privind ajutoarele de stat. Mai exact, în ceea ce privește prima etapă, în discuție este aprecierea juridică a selectivității pe care Tribunalul a efectuat-o pe baza situației de fapt relevante.

122. În mod clar, interpretarea corectă a noțiunii de selectivitate este o chestiune de drept, iar nu de fapt.

123. Adoptarea abordării rigide susținute de către Comisie ar însemna ca o chestiune de importanță fundamentală pentru aprecierea selectivității să fie în mod sistematic exclusă din sfera de competență a Curții. Considerând că stabilirea sistemului de referință are o influență decisivă asupra următoarelor două etape în aprecierea selectivității, în opinia noastră, nu ar trebui să fie admisă o asemenea abordare. Astfel cum am explicat, sistemul de referință constituie chiar criteriul în raport cu care trebuie apreciată selectivitatea unei măsuri fiscale.

2) Tribunalul a săvârșit o eroare atunci când a stabilit sistemul de referință

i) Cadrul juridic în care operează măsura în litigiu și raționamentul Tribunalului

124. Cadrul juridic din care face parte clauza de restructurare include trei serii de reguli.

125. În primul rând, regula reportării pierderilor se aplică tuturor întreprinderilor, în conformitate cu articolul 8 alineatul 1 din KStG. Ea reflectă principiul conform căruia toți contribuabilii sunt impozitați pe baza capacității lor de plată. În al doilea rând, regula nevalorificării pierderilor, astfel cum este prevăzută la articolul 8c alineatul 1 din KStG, este o excepție de la această regulă întrucât ea exclude achiziția prejudiciabilă de titluri de participare (25 % sau mai mult) din domeniul de aplicare al regulii generale. În al treilea rând, clauza de restructurare, astfel cum este reglementată la articolul 8c alineatul 1a din KStG, exclude din domeniul de aplicare al excepției (cu alte cuvinte din domeniul de aplicare al regulii nevalorificării pierderilor) anumite situații specifice. În temeiul acestei măsuri, situațiile definite în cadrul său (și anume restructurarea societăților aflate în dificultate) nu mai intră sub incidența regulii nevalorificării pierderilor. Aceste situații reintră în sfera de aplicare a regulii mai generale care permite unei întreprinderi să reporteze pierderile.

⁴⁸ A se vedea printre multe altele Hotărârea din 17 decembrie 1998, Baustahlgewebe/Comisia (C-185/95 P, EU:C:1998:608, punctul 23 și jurisprudența citată), precum și Hotărârea din 3 aprilie 2014, Franța/Comisia (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punctul 78 și jurisprudența citată).

⁴⁹ Hotărârea din 3 aprilie 2014, Franța/Comisia (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punctele 79 și 80 și jurisprudența citată).

126. Având în vedere tehnica legislativă aleasă, selectivitatea măsurii în litigiu depinde în mod semnificativ de perspectivă. De fapt, concluzia asupra selectivității va părea foarte diferită în funcție de alegerea regulii generale a reportării pierderilor sau a excepției de la această regulă, și anume regula nevalorificării pierderilor, în vederea stabilirii criteriului pentru aprecierea selectivității clauzei de restructurare⁵⁰.

127. Mai exact, dacă regula nevalorificării pierderilor este exclusă din contextul legislativ mai larg al regulii reportării pierderilor, clauza de restructurare devine o excepție de la regula nevalorificării pierderilor. Dimpotrivă, dacă regula reportării pierderilor este inclusă în sistemul de referință, clauza de restructurare nu mai constituie o derogare evidentă de la sistemul de referință susceptibilă să confere un avantaj selectiv anumitor întreprinderi. Mai degrabă, aceasta devine o parte intrinsecă a însuși sistemului de referință.

128. În această privință, hotărârea atacată nu este un model de claritate.

129. În special, următorul enunț poate fi o sursă a confuziei: „[...] trebuie să se constate că regula nevalorificării pierderilor, similar regulii reportării pierderilor, face parte din cadrul legislativ în care se înscrie măsura în litigiu. Cu alte cuvinte, cadrul legislativ relevant în speță este constituit din regula generală a reportării pierderilor, astfel cum este limitată de regula nevalorificării pierderilor, și tocmai în acest cadru trebuie să se verifice dacă măsura în litigiu instituie diferențieri între operatorii care se află într-o situație de fapt și de drept comparabilă [...]”⁵¹.

130. Analizată în mod izolat, această afirmație ar putea fi interpretată (astfel cum procedează recurentul) în sensul că Tribunalul a apreciat că regula reportării pierderilor și regula nevalorificării pierderilor constituie împreună sistemul de referință. Cu toate acestea, în opinia noastră, argumentele recurentului referitoare la raționamentul insuficient sau contradictoriu sunt bazate pe o interpretare defectuoasă a hotărârii atacate.

131. O analiză mai atentă a hotărârii atacate demonstrează că Tribunalul a pornit de la premisa că sistemul de referință este reprezentat de regula nevalorificării pierderilor.

132. Este adevărat, Tribunalul a admis și existența unei reguli cu caracter mai general (regula reportării pierderilor). Acesta a observat că sistemul de referință stabilit de Comisie constituie o excepție de la regula generală menționată. Cu toate acestea, Tribunalul a explicat în continuare motivele pentru care a considerat că regula nevalorificării pierderilor constituia sistemul de referință relevant pentru aprecierea selectivității clauzei de restructurare.

133. În mod specific, Tribunalul a explicat că regula nevalorificării pierderilor limitează regula reportării pierderilor cu ocazia achiziționării unei participații egale sau mai mari de 25 % din capital și o elimină cu ocazia achiziționării unei participații mai mari de 50 % din capital. Prin urmare, această regulă se aplică în mod sistematic în toate cazurile de modificare a acționariatului egală sau mai mare de 25 % din capital, fără a se face distincție între natura sau caracteristicile întreprinderilor în cauză⁵². Tribunalul a observat de asemenea că clauza de restructurare este redactată sub forma unei excepții de la regula nevalorificării pierderilor și se aplică numai situațiilor, clar definite, care nu sunt supuse acestei din urmă reguli⁵³. Pe această bază, Tribunalul a statuat că Comisia a definit în mod corect sistemul de referință ca fiind constituit din regula nevalorificării pierderilor⁵⁴.

50 A se vedea în mod similar Hotărârea din 18 iulie 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, punctul 13), în care Curtea parafrazează poziția instanței de trimitere cu privire la opțiunile disponibile pentru determinarea sistemului de referință.

51 Punctul 106 din hotărârea atacată.

52 Punctul 104 din hotărârea atacată.

53 Punctul 105 din hotărârea atacată.

54 Punctul 107 din hotărârea atacată.

134. În această privință, nu putem să identificăm nicio eroare legată de obligația de motivare din hotărârea atacată. Cu toate acestea, considerăm că hotărârea atacată este afectată de o eroare de drept semnificativă cu privire la stabilirea sistemului de referință. Această eroare este reprezentată de o aplicare necorespunzătoare a articolului 107 alineatul (1) TFUE.

135. Pentru a înțelege motivele, este necesară de asemenea o analiză a motivelor deciziei în litigiu întrucât Tribunalul a reafirmat analiza Comisiei cu privire la cadrul juridic în care operează clauza de restructurare.

ii) Tribunalul a stabilit sistemul de referință în raport cu tehnica legislativă utilizată și, procedând astfel, a combinat primele două etape

136. În cadrul deciziei în litigiu, după stabilirea cadrului juridic național și a modificărilor aduse acestuia în ordine cronologică, Comisia a explicat că clauza de restructurare prevăzută la articolul 8c alineatul 1a din KStG se deosebește de reglementarea precedentă în ceea ce privește un aspect important. În opinia Comisiei, acest aspect avea o importanță decisivă pentru evaluarea măsurii ca ajutor de stat⁵⁵.

137. Mai exact, Comisia a explicat că, potrivit articolului 8c alineatul 1 din KStG, o întreprindere nu poate reporta în întregime pierderile dacă se transferă mai mult de jumătate din participații, exceptând situația în care este aplicabilă clauza de restructurare. Prin urmare, nevalorificarea pierderilor în cazul înlocuirii unei părți importante din acționari constituie regula generală, iar clauza de restructurare prevăzută la articolul 8c alineatul 1a din KStG constituie excepția de la regula generală⁵⁶.

138. În schimb, conform fostei reguli a nevalorificării pierderilor (prevăzută la articolul 8 alineatul 4 din KStG), regula generală consta în faptul că o reportare a pierderilor în cazul înlocuirii unei părți importante din acționari era posibilă în continuare dacă exista o identitate economică. Această excepție urmărea prevenirea abuzurilor, de exemplu sub forma achiziționării de societăți fictive⁵⁷.

139. În aparență, modul în care este explicat motivul pentru care regula nevalorificării pierderilor ar trebui să fie considerată sistemul de referință este atractiv. Totuși, la o analiză mai atentă, devine evident că această explicație se bazează pe o distincție nerelevantă.

140. Această situație apare întrucât singura diferență dintre sistemul vechi și sistemul nou constă în *forma* măsurii. Pretinsa diferență este condiționată de tehnica legislativă utilizată de statul membru în cauză. Luând în considerare Hotărârea Gibraltar a Curții, o asemenea abordare este departe de a se dovedi satisfăcătoare⁵⁸.

141. Nu trebuie să se omită faptul că, în hotărârea atacată, regula nevalorificării pierderilor este considerată sistemul de referință relevant întrucât clauza de restructurare constituie o excepție de la această regulă. Potrivit fostei reguli a nevalorificării pierderilor, situația era diferită.

142. Comparația dintre fosta regulă a nevalorificării pierderilor și regula nouă arată erorile existente în raționamentul întemeiat pe tehnica legislativă. Aceasta demonstrează că cele două reguli nu fac altceva decât să abordeze restricționarea reportării pierderilor din unghiuri diferite.

⁵⁵ Considerentul (21) al deciziei în litigiu.

⁵⁶ Considerentul (22) al deciziei în litigiu.

⁵⁷ Considerentul (23) al deciziei în litigiu.

⁵⁸ Într-adevăr, aprecierea selectivității nu ar trebui să depindă de formă. A se vedea în mod similar Hotărârea din 15 noiembrie 2011, Comisia și Spania/Government of Gibraltar și Regatul Unit (C-106/09 P și C-107/09 P, EU:C:2011:732, punctele 92 și 93).

143. Conform fostei reguli a nevalorificării pierderilor, accentul cădea pe identitatea economică a întreprinderii achiziționate. Astfel, în timp ce entitățile identice din punct de vedere economic aveau dreptul să raporteze pierderile, entitățile care își modificaseră identitatea economică în urma unei modificări a acționariatului nu beneficiau de acest drept. Exprimată sub forma unui exemplu de „identitate din punct de vedere economic”, clauza de restructurare făcea parte inerentă din fosta regulă a nevalorificării pierderilor⁵⁹.

144. Deși noua regulă a nevalorificării pierderilor este, fără îndoială, mai precisă (și astfel este și clauza de restructurare), nu reușim să înțelegem modul în care schimbarea tehnicii legislative – și gradul mai ridicat de precizie a normelor în discuție – ar putea să fie considerat ca având o importanță decisivă pentru aprecierea măsurii ca ajutor de stat. Într-adevăr, ca și fosta regulă a nevalorificării pierderilor, (noua) regulă a nevalorificării pierderilor nu face altceva decât să limiteze posibilitatea de deducere, în viitor, a pierderilor înregistrate anterior, în condiții strict definite referitoare la modificarea acționariatului. În afara acestei excepții, opțiunea reportării pierderilor rămâne posibilă.

145. Așadar, din punct de vedere material, clauza de restructurare restrânge pur și simplu domeniul de aplicare al regulii nevalorificării pierderilor⁶⁰. În acest sens, clauza de restructurare formează o parte inseparabilă a regulii generale, și anume regula reportării pierderilor.

146. În afara tehnicii legislative utilizate, în dosarul cauzei nu există niciun element care ar putea contribui la explicarea motivului pentru care, în conformitate cu regimul în discuție, regula reportării pierderilor nu ar trebui să facă parte din sistemul de referință.

147. În această privință, din hotărârea atacată reiese o problemă. Prin adoptarea unei interpretări restrictive bazate pe tehnica legislativă și prin excluderea regulii nevalorificării pierderilor din cadrul său legislativ mai larg, hotărârea atacată combină de asemenea prima și a doua etapă din aprecierea selectivității. De fapt, pentru a stabili sistemul de referință, Tribunalul a invocat comparabilitatea întreprinderilor care au suferit o modificare a acționariatului. O analiză mai atentă arată că Tribunalul, în loc să identifice mai întâi sistemul de referință, a început raționamentul pornind de la premisa că toate întreprinderile care au suferit o modificare substanțială a acționariatului lor se află în mod necesar într-o situație comparabilă din punct de vedere legal și factual⁶¹. Astfel, dacă se pleacă de la premisa că întreprinderile care suferă o modificare a acționariatului se află într-o situație comparabilă, nu se poate concluziona decât că regula reportării pierderilor nu face parte din sistemul de referință.

148. În consecință, considerăm că Tribunalul a săvârșit o eroare atunci când a stabilit sistemul de referință. În mod specific, întemeindu-și concluzia pe tehnica legislativă utilizată și pe comparabilitatea întreprinderilor care au suferit o modificare substanțială a acționariatului, Tribunalul a limitat în mod artificial sistemul de referință prin excluderea din acesta a regulii reportării pierderilor.

149. Pe această bază, considerăm că primul aspect al celui de al doilea motiv ar trebui admis.

⁵⁹ A se vedea punctul 9 de mai sus.

⁶⁰ În acest moment, este de asemenea util să observăm că clauza de restructurare nu este singura dispoziție care restrânge domeniul de aplicare al regulii nevalorificării pierderilor. În luna decembrie 2009, au fost introduse două noi excepții la această regulă. Pe de o parte, în ceea ce privește toate restructurările efectuate în mod exclusiv în cadrul unui grup de întreprinderi care este condus de o singură persoană sau de o singură societate care deține toate acțiunile, reportarea pierderilor rămânea valabilă în continuare. Pe de altă parte, această regulă se aplica și în cazul în care, cu ocazia unei achiziții prejudiciabile de titluri de participare, pierderile corespundeau unor rezerve latente ale capitalului de funcționare a societății.

⁶¹ A se vedea punctul 133 de mai sus cu privire la raționamentul Tribunalului.

150. Pentru a concluziona asupra acestei chestiuni, observăm că în hotărârea atacată regula nevalorificării pierderilor este utilizată ca punct de referință pentru aprecierea selectivității măsurii în litigiu (a doua și a treia etapă). În cazul în care Curtea admite primul aspect al celui de al doilea motiv, conform sugestiei noastre, nu ar mai fi necesar să se analizeze restul argumentelor referitoare la aprecierea selectivității în raport cu a doua și cu a treia etapă pentru că soarta măsurii în litigiu depinde, în analiza finală, de definirea sistemului de referință.

151. Cu toate acestea, în cazul în care Curtea nu este de acord cu opinia noastră, vom face următoarele observații cu privire la aprecierea în discuție.

3. A doua etapă: compararea situației de fapt și de drept a întreprinderilor

a) Argumentele părților

152. În cadrul celui de al doilea aspect al primului motiv, HBH susține că raționamentul Tribunalului este insuficient sau contradictoriu. Mai exact, în prima parte a celui de al doilea aspect al primului motiv, HBH afirmă că – având în vedere modul în care a fost definit sistemul de referință în hotărârea atacată – Tribunalul nu a explicat în mod adecvat motivul pentru care era posibil să se compare situația de fapt și de drept a întreprinderilor care necesitau restructurare cu cea a întreprinderilor stabile⁶². În partea a doua, recurentul contestă motivarea formulată în hotărârea atacată pentru a explica de ce clauza de restructurare nu trebuia considerată o „măsură generală” potențial accesibilă tuturor întreprinderilor⁶³.

153. Comisia susține că raționamentul Tribunalului este corect și suficient.

154. În cadrul celui de al doilea aspect al celui de al doilea motiv, HBH invocă o încălcare a articolului 107 alineatul (1) TFUE. Aceasta susține că Tribunalul a săvârșit o eroare în aprecierea selectivității (*prima facie*) a măsurii în litigiu. Tribunalul a săvârșit o eroare de drept atunci când a considerat că întreprinderile aflate în dificultate care necesită restructurare și întreprinderile stabile se află într-o situație comparabilă din perspectiva obiectivului regimului fiscal⁶⁴.

155. Mai precis, HBH afirmă că Tribunalul a definit în mod eronat obiectivul regulii nevalorificării pierderilor (prima parte)⁶⁵. În plus, recurentul susține că Tribunalul a săvârșit o eroare de drept (a doua parte) atunci când a statuat că măsura în litigiu era *prima facie* selectivă, iar nu o „măsură generală” potențial accesibilă tuturor întreprinderilor⁶⁶, întrucât în esență hotărârea atacată s-a îndepărtat de jurisprudența stabilită pe baza Hotărârii Tribunalului Autogrill⁶⁷.

156. Comisia consideră că în hotărârea atacată nu există niciun element eronat cu privire la aprecierea selectivității.

157. Totuși, ca primă susținere, Comisie afirmă că al doilea aspect al celui de al doilea motiv este inadmisibil. Pe de o parte, argumentele invocate în prima parte privesc constatarea și aprecierea faptelor. Pe de altă parte, a doua parte privește un aspect care nu a făcut parte din obiectul litigiului în primă instanță. În consecință, admitând argumentele recurentului cu privire la aspectul calificării măsurii în litigiu drept măsură generală, Tribunalul s-a pronunțat *ultra petita*⁶⁸.

62 Punctele 133 și 134 din hotărârea atacată.

63 Punctul 141 din hotărârea atacată.

64 Punctele 126-133 din hotărârea atacată.

65 Punctele 128-131 din hotărârea atacată.

66 Punctul 141 din hotărârea atacată.

67 Hotărârea din 7 noiembrie 2014, Autogrill España/Comisia (T-219/10, EU:C:2014:939).

68 Punctul 122 din hotărârea atacată.

b) Apreciere

1) Argumentele recurentului cu privire la definirea obiectivelor sistemului de referință

158. Pe de o parte, argumentele HBH cu privire la raționamentul insuficient sau contradictoriu invocate în prima parte a celui de al doilea aspect al primului motiv privesc o chestiune examinată de Tribunal din motive de exhaustivitate. Ele se întemeiază de asemenea pe aceeași premisă (greșită) ca și primul aspect al primului motiv, și anume aceea că Tribunalul a considerat că sistemul de referință este constituit atât din regula reportării pierderilor, cât și din regula nevalorificării pierderilor. Conform celor ilustrate mai sus, Tribunalul a concluzionat în hotărârea atacată că sistemul de referință relevant este constituit din regula nevalorificării pierderilor⁶⁹. În consecință, aceste argumente ar trebui respinse.

159. Pe de altă parte, argumentele recurentului referitoare la încălcarea articolului 107 alineatul (1) TFUE din prima parte a celui de al doilea aspect al celui de al doilea motiv sunt de asemenea contestabile. Aceste argumente sunt în parte inadmisibile și în parte inoperante.

160. În primul rând, aceste argumente reiterează opinia că Tribunalul a considerat că sistemul de referință este constituit atât din regula reportării pierderilor, cât și din regula nevalorificării pierderilor. Astfel cum am explicat deja, această opinie se bazează pe o interpretare eronată a hotărârii atacate.

161. În al doilea rând, prin argumentele sale, recurentul aduce în discuție constatarea Tribunalului cu privire la faptul că scopul regulii nevalorificării pierderilor este de a asigura că pierderile nu se reportează în cazul unei modificări substanțiale a acționariatului unei întreprinderi care a acumulat pierderi⁷⁰. În opinia recurentului, scopul acestei reguli se limitează la combaterea abuzurilor prin prevenirea comercializării societăților fictive.

162. Desigur, orice regim fiscal poate să urmărească o pleoră de obiective diferite. Aceste obiective includ, însă nu se limitează la generarea de venituri pentru bugetul statului, coordonarea comportamentului consumatorilor și al întreprinderilor și combaterea unor probleme precum evaziunea fiscală. De asemenea, un regim fiscal poate fi conceput pentru a redresa consecințele unei crize economice.

163. În mod similar stabilirii sistemului de referință, comparabilitatea contribuabililor din perspectiva obiectivului urmărit de un regim fiscal care este realizată în cadrul celei de a doua etape a aprecierii selectivității este, în opinia noastră, o chestiune de drept. Această chestiune privește calificarea juridică a dispozițiilor naționale relevante în conformitate cu normele Uniunii privind ajutoarele de stat⁷¹.

164. Cu toate acestea, în prezenta cauză, recurentul solicită Curții să stabilească (din nou) obiectivul regulii nevalorificării pierderilor. În opinia noastră, acesta nu este o chestiune de competență Curții în procedura de recurs. Suntem de acord cu Comisia în privința faptului că competența Curții nu se extinde la reexaminarea *obiectivului* sistemului de referință. Aceasta este doar o chestiune de fapt care privește aprecierea conținutului legislației naționale. Asemenea chestiuni nu sunt supuse controlului, cu excepția situației în care din dosar reiese că există o denaturare a legislației naționale. Această situație nu se regăsește în speță.

⁶⁹ A se vedea punctul 131 și următoarele de mai sus.

⁷⁰ Punctul 128 din hotărârea atacată.

⁷¹ A se vedea punctul 118 de mai sus.

165. În sfârșit, în al treilea rând, în prima parte a celui de al doilea aspect al celui de al doilea motiv, HBH contestă o chestiune pe care Tribunalul a examinat-o tot din motive de exhaustivitate. În hotărârea atacată, Tribunalul a examinat și ipoteza formulată de HBH conform căreia obiectivul pertinent al sistemului de referință este de a descuraja abuzurile de reportare a pierderilor prin evitarea achiziționării unor societăți fictive. În hotărâre s-a concluzionat că, chiar și în această ipoteză, societățile stabile și societățile aflate în dificultate care au suferit o modificare substanțială a acționariatului se aflau în situații comparabile⁷².

166. Dat fiind faptul că recurentul nu a reușit să demonstreze că Tribunalul a săvârșit o eroare de drept în aprecierea sa inițială, argumentele invocate în legătură cu această apreciere alternativă rămân inoperante.

2) Argumentele recurentului referitoare la concluzia Tribunalului conform căreia clauza de restructurare nu este o măsură generală

167. Argumentele recurentului referitoare la concluzia Tribunalului conform căreia clauza de restructurare nu este o „măsură generală” potențial accesibilă tuturor întreprinderilor pot fi demontate rapid.

168. În primul rând, în ceea ce privește a doua parte a celui de al doilea aspect al primului motiv (chestiunea privind raționamentul insuficient), motivele pentru care măsura în litigiu nu este o măsură generală care ar fi potențial accesibilă tuturor întreprinderilor sunt expuse în hotărârea atacată pe scurt, dar în mod clar: ea vizează doar o categorie de întreprinderi care se află într-o situație specifică, și anume întreprinderile aflate în dificultate⁷³.

169. Încă și mai important, în ceea ce privește a doua parte a celui de al doilea aspect al celui de al doilea motiv, Tribunalul a aplicat în mod corect jurisprudența relevantă.

170. După încheierea procedurii scrise în prezenta cauză, hotărârea Tribunalului pe care o invocă recurentul în prezenta cauză a fost anulată în recurs⁷⁴. Contrar celor susținute de HBH, nu rezultă, așadar, din jurisprudență că selectivitatea presupune ca măsura contestată să fie accesibilă numai unei categorii specifice de întreprinderi.

171. În Hotărârea World Duty Free, Curtea a confirmat acest aspect. Aceasta a statuat că, pentru ca o măsură să fie selectivă, nu trebuie neapărat să vizeze o categorie specifică de întreprinderi care pot fi distinse pe baza unor caracteristici specifice, care sunt comune și proprii. Mai degrabă, stabilirea selectivității unei măsuri constă în esență în a verifica dacă excluderea anumitor operatori de la acordarea unui avantaj fiscal ce decurge dintr-o măsură care derogă de la un regim comun fiscal constituie un tratament discriminatoriu în privința lor⁷⁵.

172. Aceasta este metoda analitică utilizată de Tribunal în hotărârea atacată⁷⁶. În consecință, nu se poate susține că jurisprudența relevantă privind aprecierea selectivității a fost aplicată în mod greșit în hotărârea atacată.

⁷² Punctele 132-134 din hotărârea atacată.

⁷³ Punctul 141 din hotărârea atacată.

⁷⁴ Hotărârea din 7 noiembrie 2014, Autogrill España/Comisia (T-219/10, EU:T:2014:939), și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/World Duty Free Group și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981).

⁷⁵ Hotărârea din 21 decembrie 2016, Comisia/World Duty Free Group și alții (C-20/15 P și C-21/15 P, EU:C:2016:981, punctele 69-71 și jurisprudența citată).

⁷⁶ Punctele 140 și 141 din hotărârea atacată.

173. Pe baza celor menționate mai sus, concluzionăm că al doilea aspect al primului și al celui de al doilea motiv al hotărârii atacate trebuie respins în parte ca inadmisibil și în parte ca nefondat⁷⁷.

4. A treia etapă: analiza existenței unei justificări intrinseci regimului fiscal

a) Argumentele părților

174. În cadrul celui de al treilea aspect al primului motiv, recurentul susține că Tribunalul nu a explicat suficient motivele pentru care a respins argumentul invocat de recurent în prima instanță cu privire la justificarea clauzei de restructurare, și anume că măsura în litigiu asigură respectarea principiului impozitării în funcție de capacitatea de plată⁷⁸.

175. Comisia nu observă nicio eroare în raționamentul Tribunalului.

176. În cadrul celui de al treilea aspect al celui de al doilea motiv, HBH susține că Tribunalul a interpretat în mod greșit articolul 107 alineatul (1) TFUE atunci când a considerat că obiectivul clauzei de restructurare este de a favoriza restructurarea întreprinderilor aflate în dificultate și, prin urmare, că aceasta urmărește un obiectiv exterior regimului fiscal⁷⁹.

177. Comisia consideră că Tribunalul a identificat în mod corect obiectivul măsurii în litigiu pe baza competenței sale exclusive de a constata faptele. În ceea ce privește argumentele privind principiul impozitării în funcție de capacitatea de plată, acestea sunt, în opinia Comisiei, inoperante sau, în subsidiar, nefondate.

b) Aprecieri

178. În cadrul celui de al treilea aspect al primului și al celui de al doilea motiv, recurentul contestă în special concluzia Tribunalului privind faptul că obiectivul clauzei de restructurare nu este intrinsec regimului fiscal, și anume nu asigură că impozitarea se bazează pe capacitatea de plată a contribuabilului.

179. În primul rând, argumentul că Tribunalul a săvârșit o eroare de drept identificând în mod greșit obiectivul măsurii în litigiu ar trebui respins ca inadmisibil. În mod similar stabilirii obiectivului sistemului de referință, identificarea *obiectivului* clauzei de restructurare este, în opinia noastră, o chestiune de fapt⁸⁰. Excluzând denaturarea evidentă, Curtea nu are competența de a reexamina aceste constatări. În prezenta cauză, denaturarea nu rezultă din dosarul cauzei.

180. În al doilea rând, celelalte argumente ale recurentului sunt inoperante. De fapt, argumentele privind pretensele erori de raționament din hotărârea atacată și cele privind erorile de apreciere a argumentului HBH conform căruia clauza de restructurare are drept obiectiv să asigure că impozitarea se bazează pe capacitatea de plată a contribuabilului privesc un aspect pe care Tribunalul l-a examinat din motive de exhaustivitate.

181. Altfel spus, suntem de acord cu Comisia că argumentele recurentului din cadrul celui de al treilea aspect al primului și al celui de al doilea motiv sunt în parte inadmisibile și în parte inoperante.

⁷⁷ Având în vedere că a doua parte a celui de al doilea aspect al celui de al doilea motiv este nefondată, nu mai este necesar să se analizeze argumentul Comisiei în conformitate cu care Tribunalul s-a pronunțat *ultra petita*.

⁷⁸ Punctele 165 și 166 din hotărârea atacată.

⁷⁹ Punctele 158-160 și 164-170 din hotărârea atacată.

⁸⁰ A se vedea punctul 164 de mai sus.

182. În concluzie, observăm că menținerea unei măsuri fiscale în această a treia etapă a selectivității poate fi extrem de dificilă.

183. De fapt, Curtea a adoptat o abordare strictă cu privire la justificare. Este permisă numai justificarea care rezultă din principiile fondatoare sau directoare ale sistemului fiscal. Mai exact, o măsură despre care s-a constatat că este *a priori* selectivă poate fi justificată numai prin motive legate de natura sau de economia regimului fiscal. În această privință, Curtea a stabilit o distincție între, pe de o parte, obiectivele atribuite unui regim fiscal special și care îi sunt exterioare și, pe de altă parte, mecanismele inerente sistemului fiscal însuși care sunt necesare pentru realizarea unor asemenea obiective⁸¹.

184. Indiferent de cât de clară poate părea această distincție în teorie, realitatea legată de aceasta este mult mai complexă.

185. În primul rând, această distincție pornește de la premisa că numai motivele legate de menținerea bazei de impozitare (și anume de necesitatea de a asigura venituri la bugetul de stat) pot fi invocate în mod valabil. Aceasta este ilustrată de exemplele date de Comisie: de exemplu, necesitatea de combatere a evaziunii fiscale, necesitatea de a lua în considerare cerințe de contabilitate specifice, capacitatea de gestionare și principiul neutralității fiscale, precum și necesitatea de a evita dubla impunere ar putea constitui temeiul unei eventuale justificări pentru a menține o măsură fiscală⁸². Cu toate acestea, nu suntem convinși că aceste motive pot fi separate în mod clar de alte obiective pe care statul le urmărește prin intermediul impozitării. Un aspect care nu trebuie neglijat este că, în societatea contemporană, impozitarea reprezintă de asemenea un instrument de coordonare a comportamentelor contribuabililor. Cu alte cuvinte, motivele care, conform taxonomiei Curții, sunt intrinseci regimului fiscal sunt legate în mod inseparabil de obiective care au un context societal mai larg. Ne gândim în special la obiective precum necesitatea de a menține ocuparea forței de muncă, de a proteja mediul și de a asigura dezvoltarea regională sau egalitatea de tratament a contribuabililor.

186. În al doilea rând și chiar mai important, orice regim fiscal în legătură cu care s-a constatat că acordă un avantaj selectiv (*a priori*) anumitor întreprinderi erodează baza de impozitare întrucât un avantaj fiscal selectiv diminuează sarcina fiscală a anumitor întreprinderi.

187. Prin urmare nu este surprinzător că, după cunoștințele noastre, Curtea încă nu a acceptat motivele invocate de statele membre în contextul celei de a treia etape a aprecierii selectivității. Din această împrejurare se poate deduce că avem de a face cu o prezumție irefragabilă *de facto* că măsurile fiscale în legătură cu care s-a constatat că sunt selective *a priori* sunt, de fapt, selective.

C. Consecințele aprecierii

188. Potrivit articolului 61 primul paragraf din Statutul Curții de Justiție, Curtea anulează decizia Tribunalului în cazul în care recursul este fondat. Curtea poate să soluționeze ea însăși în mod definitiv litigiul atunci când acesta este în stare de judecată. De asemenea, poate să trimită cauza spre rejudecare Tribunalului.

189. Am concluzionat că primul aspect al celui de al doilea motiv trebuie admis. În cazul în care este de acord cu analiza noastră, sugerăm Curții să soluționeze în mod definitiv litigiul.

⁸¹ A se vedea de exemplu Hotărârea din 6 septembrie 2006, Portugalia/Comisia (C-88/03, EU:C:2006:511, punctele 81 și 82), Hotărârea din 8 septembrie 2011, Paint Graphos (C-78/08-C-80/08, EU:C:2011:550, punctul 69), Hotărârea din 9 octombrie 2014, Ministerio de Defensa și Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, punctul 42), și Hotărârea din 18 iulie 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, punctul 29).

⁸² Pentru acestea și pentru alte exemple, a se vedea Comunicarea Comisiei, *op. cit.* punctul 138. Se poate deduce și din hotărârea Curții pronunțată în cauza Paint Graphos că evitarea dublei impuneri poate fi considerată un motiv intrinsec sistemului fiscal: Hotărârea din 8 septembrie 2011, Paint Graphos (C-78/08-C-280/08, EU:C:2011:550, punctul 71).

190. Eroarea juridică identificată în stabilirea sistemului de referință atrage după sine necesitatea anulării hotărârii atacate în măsura în care a respins acțiunea recurentului ca nefondată întrucât aprecierea selectivității măsurii în litigiu este afectată de această eroare juridică. Eroarea juridică în cauză a determinat Tribunalul să confirme că Comisia a definit în mod corect sistemul de referință în cadrul deciziei în litigiu. Selectivitatea clauzei de restructurare a fost, așadar, apreciată în raport cu o valoare de referință (regula nevalorificării pierderilor) pe care noi o considerăm a fi eronată din punct de vedere juridic. Cu alte cuvinte, în decizia în litigiu, aprecierea selectivității are drept punct de plecare premise eronate. Acesta este motivul pentru care și decizia în litigiu trebuie anulată.

191. În cazul în care totuși Curtea nu este de acord cu aprecierea noastră referitoare la acest aspect, recursul ar trebui respins în totalitate.

D. Cheltuielile de judecată

192. Potrivit articolului 138 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții, partea care cade în pretenții este obligată, la cerere, la plata cheltuielilor de judecată.

193. În cazul în care Curtea este de acord cu aprecierea noastră referitoare la recurs, în conformitate cu articolele 137, 138 și 184 din Regulamentul de procedură, Comisia trebuie să fie obligată la plata cheltuielilor de judecată aferente prezentei proceduri, atât a celor efectuate în primă instanță, cât și a celor efectuate în recurs.

V. Concluzie

194. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem Curții:

- să respingă recursul incident formulat de Comisie;
- să anuleze Hotărârea Tribunalului din 4 februarie 2016 pronunțată în cauza T-287/11, Heitkamp BauHolding/Comisia, în măsura în care a respins acțiunea ca nefondată;
- să anuleze Decizia 2011/527/EU a Comisiei din 26 ianuarie 2011 privind ajutorul de stat acordat de Germania C 7/10 (ex CP 250/09 și NN 5/10) – Schemă privind reportarea fiscală a pierderilor în cazul restructurării societăților aflate în dificultate (Legea privind impozitul pe profit „KStG, Sanierungsklausel”);
- să oblige Comisia la plata cheltuielilor de judecată.