



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
MICHAL BOBEK
prezentate la 14 decembrie 2017¹

Cauza C-382/16

**Hornbach-Baumarkt AG
împotriva
Finanzamt Landau**

[cerere de decizie preliminară formulată de Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Germania)]

„Cerere de decizie preliminară – Libertatea de stabilire – Impozitare directă – Aplicarea prețurilor de transfer în cazul operațiunilor dintre societăți rezidente și nerezidente”

I. Introducere

1. Hornbach-Baumarkt AG (denumită în continuare „Hornbach”) a prezentat băncilor și creditorilor scrisori de confort prin care garanta îndeplinirea obligațiilor unora dintre filialele sale din străinătate. Aceasta nu a primit nicio remunerație din partea filialelor pentru scrisorile de confort. În urma unui control fiscal, Finanzamt Landau (administrația financiară din Landau, Germania, denumită în continuare „administrația financiară”) a considerat că scrisorile de confort fuseseră acordate în condiții diferite de cele convenite în mod uzual între terți. Prin urmare, administrația financiară a majorat impozitul comercial datorat de societatea Hornbach. Motivul era ca acesta să reflecte remunerația fictivă care a considerat că ar fi fost plătită în mod normal societății respective de un terț independent în schimbul scrisorilor de confort.

2. Hornbach a introdus o acțiune prin care contestă decizia de impunere a administrației financiare în fața instanței de trimitere. Aceasta susține că legislația germană care prevede ajustarea impozitării operațiunilor dintre societățile afiliate pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți încalcă dispozițiile din tratat privind libertatea de stabilire. În special, reglementarea menționată are în vedere doar ajustarea impozitării atunci când sunt implicate societăți din străinătate afiliate. Mai mult, reglementarea în cauză nu permite contribuabililor să invoce motive pentru operațiunile realizate prin convenirea unor condiții diferite de cele uzuale pe piață.

3. În acest context, Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Tribunalul Fiscal din Renania Palatinat, Germania) întreabă dacă reglementarea aplicabilă din dreptul german este compatibilă cu dispozițiile din Tratatul UE privind libertatea de stabilire.

¹ Limba originală: engleza.

II. Cadrul juridic

4. Potrivit instanței de trimitere, în cazul în care veniturile din relațiile comerciale ale unei persoane impozabile cu o persoană afiliată se reduc ca urmare a faptului că, în cadrul acestor relații comerciale cu persoane din străinătate, aceasta convine condiții care derogă de la cele care ar fi fost convenite între terți independenți în împrejurări identice sau similare, se aplică articolul 1 alineatul (1) din Außensteuergesetz (Legea fiscală privind relațiile cu străinătatea), astfel cum a fost modificată prin Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (Legea privind eliminarea avantajelor fiscale și a excepțiilor) din 16 mai 2003 (BGBl. I, 2003, p. 660; denumită în continuare „AStG”). Această dispoziție impune ca veniturile să se calculeze ca și cum ar fi fost obținute în condiții convenite între terți independenți.

5. Se consideră că o persoană este afiliată persoanei impozabile printre altele dacă persoana impozabilă deține în cadrul acesteia, în mod direct sau indirect, participații în cuantum de minimum 25 %.

III. Situația de fapt, procedura și întrebările preliminare

6. Hornbach (denumită în continuare „reclamanta”) este o societate pe acțiuni stabilită în Germania. Obiectul său de activitate este exploatarea de magazine de materiale de construcții în Germania și în străinătate.

7. În anul în litigiu (2003) reclamanta deținea participații la mai multe societăți din alte state ale Uniunii Europene, cât și din state terțe, pentru care a acordat creditorilor și băncilor scrisori de garanție și de confort, fără să solicite o remunerație în acest sens. Prin intermediul printre altele al filialei sale Hornbach International GmbH și al filialei acesteia, Hornbach Holding BV, reclamanta deținea indirect până la 100 % din participațiile din cadrul Hornbach Real Estate Groningen BV și Hornbach Real Estate Watering BV (denumite în continuare „societățile străine din cadrul grupului”), ambele cu sediul în Țările de Jos.

8. La 25 septembrie 2002, reclamanta a furnizat, pentru societățile străine din cadrul grupului, băncii lor finanțatoare scrisori de confort cu titlu gratuit, în contextul în care societățile străine din cadrul grupului aveau un capital propriu negativ și solicitau, pentru continuarea activității lor comerciale, precum și pentru construirea unui magazin de construcții și articole pentru grădină credite bancare însumând 10 057 000 de euro (Hornbach Real Estate Groningen BV), respectiv 14 800 000 de euro (Hornbach Real Estate Watering BV). Banca finanțatoare condiționase acordarea creditelor de prezentarea scrisorilor de garanție de către reclamantă.

9. Prin scrisorile de confort din 25 septembrie 2002, reclamanta s-a obligat față de banca finanțatoare să nu înstrăineze sau să modifice participațiile sale din cadrul Hornbach Holding BV și, în plus, s-a obligat să acționeze astfel încât nici Hornbach Holding BV să nu înstrăineze sau să modifice participațiile la societățile străine din cadrul grupului, fără ca banca să fie informată în scris cu cel puțin trei săptămâni înainte cu privire la o asemenea înstrăinare sau modificare. În plus, reclamanta s-a obligat în mod irevocabil și necondiționat să finanțeze societățile străine din cadrul grupului, astfel încât acestea să își poată îndeplini toate obligațiile. Pentru acest motiv, la nevoie, reclamanta urma să pună la dispoziția societăților străine din grup mijloacele financiare necesare pentru ca acestea să își poată îndeplini obligațiile față de bancă. Mai mult decât atât, aceasta urma să se asigure că astfel de mijloace financiare sunt folosite pentru achitarea obligațiilor față de bancă.

10. Atunci când a efectuat controlul fiscal privind reclamanta, administrația financiară (denumită în continuare „pârâta”) a considerat că reclamanta și societățile străine din cadrul grupului au stabilit condiții diferite de cele pe care le-ar fi convenit terți independenți între ei, în circumstanțe identice sau similare. Partenerii comerciali independenți ar conveni o remunerație pentru emiterea scrisorii de confort, în scopul acoperirii riscului de răspundere corespunzător. Având în vedere că reclamanta nu a convenit cu societatea străină din cadrul grupului nicio remunerație pentru emiterea de scrisori de confort, acestea i s-au redus veniturile din relații comerciale cu persoanele afiliate.

11. Astfel, administrația financiară a impus printre altele o rectificare a veniturilor cu 15 253 de euro și cu 22 447 de euro pentru a reflecta veniturile fictive pe care le-ar fi primit reclamanta dacă ar fi realizat operațiunile relevante în condițiile convenite în mod uzual între terți. Reclamanta a depus contestații împotriva deciziilor de impunere privind impozitul comercial din 2003 și împotriva bazei de calcul al impozitului comercial din 2003. Administrația financiară a respins ca nefondate aceste contestații. Acțiunea introdusă împotriva deciziei respective este acum pendinte în fața instanței de trimitere.

12. În cadrul procedurii acțiunii, reclamanta susține că pârâta a majorat în mod inadmisibil veniturile sale impozabile cu remunerațiile (fictive) ale garanției, cu încălcarea legislației Uniunii. Din prevederile articolului 1 din AStG rezultă un tratament inegal al situațiilor de fapt interne și externe, întrucât într-o situație de fapt pur internă nu are loc nicio majorare fictivă a veniturilor, în schimb, „se pedepsește” acordarea de garanții pentru filialele din străinătate.

13. În susținerea poziției sale, reclamanta face referire în special la Hotărârea Curții SGI². Potrivit interpretării date de aceasta hotărârii în cauză, restricționarea libertății de stabilire prin prevederea unei rectificări a profiturilor în cazul acordării de avantaje societăților afiliate din străinătate este proporțională numai în măsura în care persoanei impozabile i se oferă posibilitatea de a prezenta rațiuni economice pentru tranzacțiile care nu corespund principiului deplinei concurențe. Articolul 1 din AStG nu conține nicio reglementare explicită privind posibilitatea prezentării de motive comerciale pentru a explica tranzacțiile în condiții diferite de cele pe care le-ar fi convenit terți independenți. Potrivit reclamantei, acesta încalcă, prin urmare, principiul proporționalității. Nu există motive de natură fiscală pentru emiterea, cu titlu gratuit, a scrisorilor de garanție în litigiu. Dimpotrivă, era vorba de măsuri de sprijin, în sensul înlocuirii capitalului propriu. Prin urmare, din perspectiva legislației europene, remunerațiile garanției nu trebuie adăugate veniturilor, întrucât garantarea cu titlu gratuit a creditului se realizează din rațiuni comerciale.

14. În apărarea sa, pârâta răspunde în esență că prin Hotărârea SGI, având ca obiect o prevedere fiscală belgiană comparabilă cu articolul 1 din AStG, Curtea a decis că, în principiu, articolele 43 și 48 TCE nu se opun unor asemenea dispoziții naționale ale unui stat membru. Pârâta admite că articolul 1 din AStG nu conține o reglementare proprie privind prezentarea unor dovezi pentru eventuale motive comerciale, însă persoana impozabilă are oricând posibilitatea să aducă dovezi privind caracterul adecvat. Dacă ar exista motive comerciale care ar justifica abaterea de la procedura adecvată în mod normal, acestea pot fi luate în considerare și în cadrul articolului 1 din AStG. În plus, potrivit legii germane, persoana impozabilă are posibilitatea să conteste decizia de impunere, atât în procedura extrajudiciară, cât și în instanță.

15. Având în vedere cele de mai sus, Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Tribunalul Fiscal din Renania Palatinat) adresează Curții următoarea întrebare:

„Articolul 49 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene – TFUE – coroborat cu articolul 54 TFUE [anterior: articolul 43 din Tratatul de instituire a Comunității Europene – (TCE) – coroborat cu articolul 48 CE] se opune reglementării dintr-un stat membru conform căreia veniturile unei persoane impozabile rezidente obținute din relații comerciale cu o societate stabilită într-un alt stat membru, în

2 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

cadrul căreia aceasta deține în mod direct sau indirect cel puțin 25 % din participații și cu care a convenit condiții diferite de cele pe care le-ar fi convenit terți independenți între ei, în circumstanțe identice sau similare, se vor calcula ca și cum ar fi fost obținute în condițiile convenite între terți independenți, în cazul în care, în raport cu veniturile din relațiile comerciale cu o societate rezidentă, nu se realizează o asemenea rectificare, iar reglementarea nu prevede posibilitatea ca persoana imposibilă rezidentă să dovedească faptul că condițiile au fost convenite pe baza unor considerente economice, care rezultă din calitatea sa de asociat al societății stabilite în celălalt stat membru?”

16. Au depus observații scrise reclamanta, guvernul german, guvernul suedez și Comisia Europeană. Părțile interesate care au participat la etapa scrisă au prezentat și observații orale în cadrul ședinței din 27 septembrie 2017.

IV. Aprecieri

17. Un stat membru poate împiedica societățile să transfere profiturile în afara jurisdicției sale impunând declararea veniturilor ca fiind obținute „în condițiile uzuale ale pieței”? Acesta poate să impună o asemenea cerință doar în ceea ce privește operațiunile transfrontaliere, iar nu și cele interne (și anume între două societăți rezidente) fără a încălca dispozițiile din tratat referitoare la libertatea de stabilire³? Aceasta este în esență întrebarea adresată de instanța de trimitere în prezenta cauză.

18. Pe scurt, răspunsul nostru în cauza de față este afirmativ în ambele privințe. Motivul este că, în opinia noastră, normele naționale în cauză nu implică nicio restricționare a libertății de stabilire. Totuși, în măsura în care au un asemenea efect, considerăm că ele sunt justificate.

19. Vom începe prin prezentarea în secțiunea A a unor observații generale legate de caracterul teritorial al impozitării și abordarea adoptată de Curte asupra aplicării dispozițiilor din tratat privind libertatea de stabilire. În secțiunea B, vom reaminti principalele aspecte ale Hotărârii Curții SGI, un precedent-cheie în cauza de față, iar apoi vom răspunde la întrebarea instanței de trimitere⁴.

A. Cu privire la teritorialitate, discriminare, restricții și comparabilitate

1. Teritorialitate, transferul profiturilor și erodarea bazei de impozitare

20. Principiul teritorialității competențelor de impozitare ale statelor este bine recunoscut la nivel internațional, inclusiv în jurisprudența Curții⁵. Potrivit acestui principiu, statele membre pot să impoziteze societățile rezidente pentru profiturilor lor obținute în întreaga lume (impozitare bazată pe rezidență) și societățile nerezidente pentru profiturile generate de activitățile lor din statul respectiv (impozitare bazată pe sursă).

3 Normele naționale aflate în discuție se aplică participațiilor între 25 % și 100 %, care includ în mod clar situații de „influență certă” [a se vedea de exemplu Hotărârea din 13 noiembrie 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707)]. Mai mult, reclamanta deține o participație de 100 % la societățile străine din cadrul grupului în prezenta cauză. Întrebarea instanței de trimitere privește doar libertatea de stabilire. Prin urmare și fără a exclude aplicarea potențială a normelor privind libera circulație a capitalurilor în cauza de față, vom analiza aici normele naționale doar din perspectiva dispozițiilor din tratat referitoare la libertatea de stabilire. În ceea ce privește libertatea de stabilire, întrebarea instanței de trimitere are în vedere atât articolele 43 și 48 CE, cât și articolele 49 și 54 TFUE. Faptele analizate în prezenta cauză au avut loc în 2003. Prin urmare, dispozițiile relevante din tratat privind libertatea de stabilire sunt, strict vorbind, articolele 43 și 48 CE, deși nu există o diferență importantă în acest caz.

4 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

5 Hotărârea din 15 mai 1997, *Futura Participations și Singer* (C-250/95, EU:C:1997:239, punctul 22), și Hotărârea din 13 decembrie 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, punctul 39).

21. Una dintre consecințele principiului teritorialității este că societățile nu sunt libere să își transfere profiturile și pierderile între jurisdicțiile fiscale după cum voiesc. Curtea a recunoscut în mod repetat faptul menționat în jurisprudența sa, în special prin aplicarea noțiunii „repartizare echilibrată a competenței de impozitare”⁶. În aplicarea noțiunii în cauză, Curtea a confirmat că, în cazul în care un stat membru ar fi obligat să accepte transferul liber al profiturilor societăților rezidente în afara jurisdicției sale, el „ar fi obligat să renunțe la dreptul său de a impozita, în calitate de stat de reședință al acestei societăți, veniturile acesteia din urmă, în favoarea, eventual, a statului membru în care își are sediul societatea beneficiară”⁷.

22. Reiese în mod firesc din observația menționată că statele membre pot în mod legitim să adopte măsuri care sunt destinate să împiedice erodarea bazei de impozitare prin transferul de profituri în afara jurisdicției lor. Ele pot lua măsuri pentru a se asigura că profiturile se repartizează corect⁸.

23. Erodarea bazei de impozitare a unui stat poate avea loc de exemplu atunci când societățile rezidente furnizează produse sau servicii unor societăți nerezidente sub valoarea lor sau cu titlu gratuit, reducând astfel veniturile lor impozabile în statul de reședință. Statele membre pot să combată asemenea practici reajustând baza de impozitare a societății rezidente pentru a reflecta situația care ar fi existat dacă operațiunea ar fi avut loc în condițiile convenite în mod uzual între terți (aplicarea „prețurilor de transfer”). Principiul deplinei concurențe este un standard internațional prevăzut la articolul 9 din OCDE și modelele de convenție fiscală ale ONU, fiind utilizat de majoritatea administrațiilor fiscale din lume⁹.

24. Pentru mai multă claritate, prețurile de transfer stabilite pe baza principiului deplinei concurențe pot fi utilizate în vederea reajustării bazei de impozitare a unei societăți în cazul unor condiții artificiale sau abuzive stabilite intenționat în scopul evitării impozitului. El se utilizează totodată în general și în mod legitim ca instrument de asigurare a unei baze coerente pentru repartizarea profiturilor (și evitarea dublei impunerii). În opinia noastră, este important să reamintim aceasta în prezenta cauză, întrucât se pare că nu se reproșează reclamantei evaziunea fiscală sau un abuz.

25. În cazul operațiunilor care sunt efectuate în condiții diferite de cele convenite în mod uzual între societăți afiliate *rezidente ambele în același stat*, nu apar probleme legate de erodarea bazei de impozitare ca în situațiile transfrontaliere. În astfel de situații, profiturile nu sunt „sustrase” jurisdicției fiscale a statului pentru a ajunge în străinătate. Ele sunt pur și simplu transferate în cadrul aceleiași jurisdicții fiscale și pot fi impozitate în altă parte – taxa va fi aplicată altei persoane impozabile, dar totuși în cadrul aceleiași jurisdicții. Prin urmare, aplicarea prețurilor de transfer nu este necesară (sau cel puțin în principiu nu ar servi acelorași scopuri) în aceste cazuri de operațiuni pur interne¹⁰.

26. În cauza principală, guvernul german susține că pentru motivele de mai sus aplică normele relevante referitoare la prețurile de transfer doar în situațiile transfrontaliere. Diferența dintre operațiunile interne și cele transfrontaliere, precum și limitarea normelor în domeniul prețurilor de transfer la cele din urmă se află, în consecință, în centrul întrebării adresate de instanța națională.

6 Hotărârea din 13 decembrie 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punctul 46), Hotărârea din 29 noiembrie 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punctul 45), și Hotărârea din 6 septembrie 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punctul 23).

7 Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 63).

8 În această privință, OCDE constituie un forum esențial pentru discutarea și elaborarea de norme privind prețurile de transfer și „EBTP” (erodarea bazei de impozitare și transferul profiturilor). A se vedea <http://www.oecd.org/tax/beps/> și <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/>

9 A se vedea de exemplu OCDE (2012) „Abordarea eficientă a contestațiilor privind prețurile de transfer”, p. 14, disponibilă la adresa <http://www.oecd.org/publications/dealing-effectively-with-the-challenges-of-transfer-pricing-9789264169463-en.htm>

10 A se vedea de exemplu Farmer, P., „Direct Taxation and the Fundamental Freedoms”, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 812: „Asemenea norme sunt în general limitate la situațiile transfrontaliere întrucât ele ar fi inutile în cele interne.”

27. Această diferență, la rândul său, ridică probleme legate de comparabilitatea situațiilor transfrontaliere și interne, rolul comparabilității în aplicarea normelor privind libertatea de stabilire și, mai general, modul în care normele respective se aplică în domeniul impozitării directe. Vom aborda acum problemele menționate.

2. Două abordări și o combinație

28. Există două abordări diferite pentru analizarea situațiilor de presupuse încălcări ale libertății de stabilire în domeniul impozitării directe în jurisprudența Curții: abordarea bazată pe discriminare și abordarea bazată pe restricții. În literatura juridică se recunoaște în mod clar că, în timp, Curtea a oscilat între abordările în cauză¹¹.

a) Abordarea bazată pe discriminare

29. Potrivit *abordării bazate pe discriminare*, pentru ca o măsură națională să fie considerată contrară libertății de stabilire, este necesar ca situațiile comparabile să fie tratate diferit în dezavantajul societăților care își exercită libertatea respectivă. De exemplu, situația în care se află, pe de o parte, societatea-mamă rezidentă cu filială în străinătate și, pe de altă parte, societatea-mamă rezidentă cu filială rezidentă trebuie să fie *comparabile*, iar cea dintâi să fie *tratată mai puțin favorabil*.

30. Realizarea comparației în cazurile care implică grupuri naționale și multinaționale și impozitare directă nu este simplă. Una dintre complicațiile esențiale este faptul că există entități juridice multiple. Aceasta poate face să se pună accentul în mod diferit în cadrul comparației.

31. De exemplu, o analiză juridică ar putea să înceapă cu o comparație a *societăților-mamă*, constatarea că ele sunt tratate *în același mod* în ceea ce privește *impozitarea profiturilor*, iar apoi să continue cu compararea *filialelor* (rezidente și nerezidente) și constatarea că ele sunt tratate *diferit* din perspectiva unor *avantaje* (cum este dreptul la credit fiscal)¹². În mod similar, comparația poate să înceapă la nivelul *filialelor* societăților rezidente și nerezidente și să se încheie cu compararea *grupurilor* naționale și multinaționale¹³.

32. Tragem o concluzie importantă din cea din urmă afirmație. Atunci când se ridică probleme legate de impozitarea grupurilor și libertatea de stabilire, entitățile juridice nu sunt comparate în totală izolare. Compararea lor nu se realizează cu ignorarea completă a circumstanțelor și a tratamentului entităților afiliate. Circumstanțele și tratamentul acestor entități afiliate trebuie, dimpotrivă, să fie considerate relevante și să fie integrate în analiza juridică.

33. Observația de mai sus este decisivă în prezenta cauză. Astfel, toate părțile sunt de acord că există o diferență de tratament *la nivelul entității juridice individuale*. Totuși, unul dintre argumentele principale ale guvernului german este că, în cazul operațiunilor transfrontaliere, nu există un dezavantaj *la nivelul grupului* – argumentul privind „suma zero”, la care vom reveni mai jos.

11 A se vedea de exemplu Barnard, C., „The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms”, a cincea ediție, Oxford University Press, Oxford, 2016, la p. 399 și următoarele; Kingston, S., „The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's controversial role applying internal market law to direct tax measures”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2006.

12 Hotărârea din 28 ianuarie 1986, Comisia/Franța (270/83, EU:C:1986:37, punctele 20 și 27).

13 Astfel, de exemplu, în Hotărârea Thin Cap, Curtea a afirmat că „diferența de tratament la care sunt supuse, în cadrul unei legislații de natura celei în cauză în acțiunea principală, filialele societăților-mamă nerezidente în raport cu filialele societăților-mamă rezidente poate restrânge libertatea de stabilire chiar dacă, în materie fiscală, situația unui grup de societăți transfrontalier nu este comparabilă cu aceea a unui grup de societăți care sunt rezidente, toate, în același stat membru”. Hotărârea din 13 martie 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, punctul 59). A se vedea și punctul 42 de mai jos.

b) Abordarea bazată pe restricții

34. În comparație cu abordarea bazată pe discriminare, abordarea bazată pe restricții este mult mai largă. Potrivit formulării tradiționale, ea are în vedere orice norme „de natură să constituie, în mod direct sau indirect, efectiv sau potențial, un obstacol în calea comerțului intracomunitar”¹⁴. Această formulare a evoluat în timp. În conformitate cu forma sa mai recentă, o restricție este în general înțeleasă ca fiind orice măsură națională „susceptibilă să îngreuneze sau să facă mai puțin atractivă exercitarea libertăților fundamentale garantate de tratat”¹⁵. Este clar însă că, în cazul abordării bazate pe restricții, chiar și restricțiile nediscriminatorii trebuie să fie justificate¹⁶.

35. Astfel, de exemplu în Hotărârea SGI, Curtea a statuat că dispozițiile referitoare la libertatea de stabilire „urmăresc să asigure beneficiul tratamentului național în statul membru gazdă, acestea interzic, în egală măsură, ca statul membru de origine să împiedice stabilirea într-un alt stat membru a unuia dintre resortisanții săi ori a unei societăți constituite în conformitate cu legislația sa” (sublinierea noastră)¹⁷.

36. Prin urmare, abordarea bazată pe restricții evită, cel puțin teoretic, necesitatea oricărei comparații sau a identificării unui tratament relativ dezavantajos.

37. O obiecție majoră împotriva aplicării abordării bazate pe restricții în ceea ce privește impozitarea directă este faptul că statele membre își păstrează suveranitatea în acest domeniu. Statele membre rămân libere să definească baza de impozitare și să fixeze cotele aplicabile. Coexistența unor sisteme naționale definite și reglementate astfel conduce în mod firesc la „restricționarea” libertății de stabilire¹⁸.

38. Pentru a da un exemplu extrem, o societate rezidentă în statul membru A, care aplică o cotă a impozitului pe profit de 10 %, poate fi descurajată să înființeze o filială în statul membru B, care aplică o cotă de 20 %. Dacă abordarea bazată pe restricții ar fi dusă până la concluzia sa logică, o asemenea diferență între cotele impozitului ar constitui deja o restricționare a libertății de stabilire și ar impune justificarea de către statul membru B a cotei sale de impozitare mai ridicate.

c) Combinarea abordărilor

39. Cel puțin în parte din cauza dificultăților pe care le presupune aplicarea unei abordări bazate exclusiv pe restricții, această abordare a fost nuanțată prin combinarea sa într-o anumită măsură cu cea bazată pe discriminare. Rezultatul este uneori un cocktail surprinzător.

40. Astfel, de exemplu, Curtea a considerat de multe ori că există o *restricție* privind libera circulație care „nu poate fi admisă decât dacă privește situații care nu sunt comparabile în mod obiectiv sau dacă este justificată de un motiv imperativ de interes general” (sublinierea noastră)¹⁹. În asemenea cazuri, se utilizează vocabularul specific abordării bazate pe restricții, dar în final abordarea este una bazată pe discriminare: lipsa comparabilității *elimină necesitatea analizării justificărilor*.

14 Hotărârea din 11 iulie 1974, Dassonville (C-8/74, EU:C:1974:82, punctul 5).

15 Hotărârea din 30 noiembrie 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, punctul 37). A se vedea și Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 56).

16 Hotărârea din 15 mai 1997, Futura Participations și Singer (C-250/95, EU:C:1997:239).

17 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 39 și jurisprudența citată).

18 Farmer, P., și Lyal, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, la p. 28: „Dusă până la concluzia sa logică, o abordare care se concentrează pe exercitarea unei restricții, iar nu pe discriminare ar aduce toate dispozițiile privind perceperea impozitelor din legislația fiscală națională sub incidența articolelor din tratat referitoare la libertăți.”

19 Hotărârea din 17 decembrie 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punctul 26).

41. În mod alternativ, se observă o diferență de tratament, dar nu este realizată o analiză a comparabilității. Urmează apoi constatarea existenței unei „restricții”. O asemenea abordare face să fie ambiguu aspectul dacă aprecierea se bazează pe discriminare sau pe restricții (de exemplu ca în Hotărârea SGI²⁰, care este analizată mai detaliat în continuare).

42. În alte situații însă, există o recunoaștere explicită a *lipsei comparabilității* și totodată o referire la *diferența de tratament*, ca în Hotărârea Thin Cap, care a fost citată mai sus²¹.

43. O asemenea abordare sugerează că discriminarea nu este o condiție legală necesară pentru constatarea unei încălcări a libertății de stabilire, dar totuși este oarecum relevant faptul că două situații sunt tratate diferit.

44. Pe scurt, atât aplicarea abordării bazate pe discriminare, cât și a celei bazate pe restricții implică anumite dificultăți în domeniul libertății de stabilire în cazul impozitării directe. În ceea ce privește abordarea bazată pe discriminare, problema comparabilității și în special a stabilirii entităților și a etapei în care ele trebuie să fie comparate nu este lipsită de controverse. Abordarea bazată pe restricții prezintă probleme chiar mai mari: în special, dacă este dusă până la concluzia sa logică ultimă, orice diferență în materie de impozitare directă poate fi o restricționare a libertății de stabilire. Prin definiție, statele membre ar fi obligate întotdeauna să își justifice politica fiscală. Aceste dificultăți decurg în special din principiul teritorialității, astfel cum a fost confirmat de Curte, și mai general din gradul de suveranitate deținut de statele membre în domeniul respectiv. După cum vom arăta mai jos, dificultățile menționate apar și în prezenta cauză.

B. Întrebarea instanței de trimitere

1. Hotărârea SGI

45. Decizia de trimitere face referire la Hotărârea SGI²², la fel ca toate părțile în observațiile lor scrise și orale. Astfel, vom începe prin a reaminti faptele și concluziile principale din această hotărâre.

46. SGI era o societate stabilită în Belgia. Ea a acordat un împrumut fără dobândă filialei sale societății Recydem, care face parte din același grup. SGI i s-a notificat o rectificare a impunerii prin care baza de impozitare a fost majorată pentru a corespunde dobânzilor fictive de 5 % pentru împrumutul către Recydem. Temeiul reajustării în cauză a fost articolul 26 din Code des impôts sur les revenus (Codul privind impozitele pe venit). Dispoziția respectivă a permis ca valoarea avantajelor neobișnuite sau gratuite să fie adăugată la profitul donatorului în scopuri fiscale, „cu excepția cazului când avantajele se acordă pentru stabilirea veniturilor impozabile ale beneficiarilor”. De asemenea, se prevede că avantajul *trebuie* să fie adăugat la profitul donatorului în mai multe situații, inclusiv atunci când beneficiarul este o societate străină afiliată²³.

47. Curtea a statuat că societățile rezidente belgiene care acordă avantaje neobișnuite sau gratuite unor societăți străine afiliate sunt dezavantajate în raport cu cele care acordă avantaje societăților afiliate care sunt de asemenea rezidente în Belgia. O astfel de situație este de natură să determine societățile belgiene să renunțe „la achiziționarea, la înființarea sau la menținerea unei filiale în alt stat membru sau la achiziționarea sau la menținerea unei participații substanțiale într-o societate stabilită în acest din urmă stat, ca urmare a sarcinii fiscale aferente, într-o situație transfrontalieră, acordării avantajelor

20 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

21 A se vedea citatul din nota de subsol 13 de mai sus.

22 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

23 Și anume, în acest context, cu interese comune sau în raporturi de interdependență.

vizate de reglementarea în discuție în acțiunea principală”²⁴. Mai mult, ea poate determina societățile să renunțe la achiziționarea, la înființarea sau la menținerea unei participații substanțiale în Belgia, ca urmare a sarcinii fiscale aferente, în acest stat, acordării avantajelor. Aceasta a fost considerată o restricție privind libertatea de stabilire.

48. Totuși, restricția poate fi justificată prin urmărirea obiectivului legitim de a menține repartizarea echilibrată a competenței de impozitare. În ceea ce privește obiectivele legitime, Curtea a făcut referire și la prevenirea evaziunii fiscale. Întrucât această justificare nu a fost invocată în prezenta cauză, nu o vom analiza în detaliu aici.

49. Societățile nu sunt libere să își transfere profiturile și pierderile între statele membre după cum doresc pentru minimizarea sarcinii lor fiscale. Permitea acordării unor avantaje neobișnuite sau gratuite de către societățile rezidente societăților străine afiliate poate aduce atingere repartizării echilibrate a competenței de impozitare prin obligarea statului membru al „donatorului” să renunțe la dreptul său de a impozita veniturile societății rezidente²⁵.

50. De asemenea, Curtea a considerat că, sub rezerva aprecierii finale a instanței naționale, măsura a fost proporțională în măsura în care măsurile fiscale corectoare au reflectat condițiile normale de concurență și persoana impozabilă a avut posibilitatea să prezinte eventualele rațiuni comerciale pentru condițiile care inițial nu păreau conforme criteriului deplinei concurențe.

2. Prezenta cauză: există o restricție privind libertatea de stabilire?

51. În cauza de față, reclamanta a emis, cu titlu gratuit, scrisori de confort care conțin o garanție în beneficiul societăților străine din cadrul grupului său. Ea a acordat astfel acestora un avantaj prin stabilirea altor condiții decât cele convenite în mod uzual între terți.

52. În aplicarea articolului 1 alineatul (1) din AStG, baza de impozitare a reclamantei a fost reajustată prin ridicarea valorii sale astfel încât să reflecte profiturile impozabile pe care le-ar fi obținut dacă operațiunile s-ar fi realizat în condițiile convenite în mod uzual între terți.

53. Toate părțile sunt de acord că, potrivit dreptului german, asemenea reajustări se realizează doar dacă societatea beneficiară este stabilită într-un alt stat membru. În schimb, baza de impozitare a unei societăți rezidente în Germania nu se reajustează atunci când ea acordă un avantaj unei persoane afiliate care este de asemenea rezidentă în statul respectiv.

54. În cazul aplicării raționamentului Curții din Hotărârea SGI²⁶, ar rezulta că poziția fiscală a unei societăți rezidente în Germania care, la fel ca reclamanta, acordă condiții avantajoase, care nu corespund celor convenite în mod uzual între terți, unei persoane afiliate stabilite într-un alt stat membru, este mai puțin favorabilă decât dacă ea ar fi acordat un asemenea avantaj unei persoane afiliate rezidente în Germania.

55. Totuși, considerăm că o astfel de transpunere a soluției din Hotărârea SGI nu este corectă pentru două motive: în prezenta cauză (a) lipsa discriminării având în vedere atât lipsa comparabilității, cât și a tratamentului nefavorabil, și (b) inaplicabilitatea abordării bazate pe restricții. Vom analiza fiecare dintre aceste motive pe rând mai jos.

24 Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 44).

25 Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 63, a se vedea citatul integral la punctul 47 de mai sus).

26 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 43).

a) Lipsa discriminării

1) Lipsa comparabilității

56. O diferență importantă între prezenta cauză și cauza SGI este aceea că în cauza SGI nu pare să se fi analizat problema comparabilității situațiilor. În cauza SGI, tratamentul diferențiat a fost constatat în cadrul hotărârii, dar nu s-a realizat analiza comparabilității. Totuși, în cauza de față, Germania susține în mod explicit că există o absență a comparabilității care impune Curții să abordeze problema în mod direct.

57. Potrivit unei jurisprudențe constante, comparabilitatea unei situații transfrontaliere cu o situație internă trebuie să se analizeze ținând seama de *obiectivul urmărit* de dispozițiile naționale în discuție²⁷.

58. În prezenta cauză, înțelegem pe baza observațiilor scrise ale guvernului german că scopul dispozițiilor relevante din dreptul național este să garanteze că profiturile generate în Germania nu sunt transferate în afara jurisdicției fiscale a statului respectiv, prin intermediul unor operațiuni care nu se efectuează în condițiile convenite în mod uzual între terți, fără impozitarea lor.

59. Prin urmare, par să existe argumente puternice în sensul că situațiile transfrontaliere și interne nu sunt de fapt comparabile în acest caz. În situațiile transfrontaliere, neajustarea bazei de impozitare pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți ar implica renunțarea Germaniei la dreptul de a impozita, în calitate de stat de reședință al societății, toate veniturile acesteia. Aceasta se află în contrast cu situația internă, când veniturile rămân în cadrul jurisdicției sale.

60. Astfel, în esență argumentul este că, din perspectiva scopului concret al garantării faptului că impozitul nu scapă jurisdicției unui stat membru, filialele străine și interne nu sunt comparabile. Reglementarea de față a fost adoptată tocmai *întrucât* ele nu sunt considerate ca fiind identice. Principiul teritorialității și imposibilitatea exercitării jurisdicției pentru impozitarea filialelor din străinătate fac ca cele două situații să fie obiectiv diferite. Inegalitatea constă nu doar în tratarea aceluiași situații în mod diferit, ci și în tratarea unor situații obiectiv diferite în același mod²⁸.

61. Este util să subliniem două aspecte în acest sens. În primul rând, acest argument arată destul de clar, în general, dar de asemenea și poate chiar mai puternic în contextul special al prezentei cauze, cât de profund interdependente sunt aprecierea comparabilității și a caracterului justificat. În pofida faptului că sunt prezentate ca două aspecte distincte ale criteriului, în aplicarea sa practică, atunci când se stabilește comparabilitatea se poate avea în vedere obiectivul legislației naționale în definirea *tertium comparationis*. Același obiectiv este avut în vedere și în aprecierea justificării acțiunii statelor membre. În al doilea rând, o asemenea „suprapunere” a comparabilității și a caracterului justificat va exista de regulă atunci când are loc evaluarea măsurilor naționale în conformitate cu dreptul Uniunii. Dacă măsura națională în cauză nu este redactată în mod nejustificat de restrâns sau nerezonabil, cadrul comparabilității instituit în dreptul național este de asemenea probabil să fie de o importanță deosebită pentru stabilirea unui cadru al comparabilității în temeiul dreptului Uniunii, cu condiția ca scopul urmărit de dreptul național să fie în sine acceptabil din perspectiva Uniunii Europene. Astfel, cadrul din dreptul național este posibil să fie luat ca punct de plecare, chiar dacă nu este în mod necesar argumentul decisiv pentru stabilirea comparabilității potrivit dreptului Uniunii²⁹.

²⁷ A se vedea de exemplu Hotărârea din 18 iulie 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punctul 38), și Hotărârea din 25 februarie 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punctul 22).

²⁸ A se vedea, în contextul taxei anuale aplicate organismelor de plasament colectiv străine și interne, Concluziile noastre prezentate în cauza NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:45, punctul 57).

²⁹ Pentru considerații similare privind analiza selectivității în contextul ajutoarelor de stat, care include și considerații legate de comparabilitate, a se vedea Concluziile noastre prezentate în cauza Belgia/Comisia (C-270/15 P, EU:C:2016:289, punctele 40-46).

62. Tocmai acesta este scenariul în care se încadrează prezenta cauză. În cazul în care acceptăm principiul teritorialității (fiscale), precum și obiectivul „menținerii repartizării echilibrate a competenței de impozitare” (care înseamnă efectiv același lucru, exprimat la nivelul „justificării”), atunci situația filialelor interne și situația celor străine devin necomparabile.

63. Prin urmare, considerăm că poziția Germaniei potrivit căreia situațiile transfrontaliere și cele interne sunt pur și simplu necomparabile este corectă. Obiectivul stabilirii unei asemenea diferențieri în dreptul național este licit din perspectiva dreptului Uniunii, iar diferența făcută în dreptul național este rezonabilă. Într-adevăr, ar fi paradoxal ca, în mod solemn, Curtea să recunoască „principiul teritorialității consacrat de dreptul fiscal internațional și recunoscut de dreptul comunitar”³⁰ și să statueze totodată că se poate asimila complet transferul veniturilor în afara jurisdicției fiscale a unui stat membru cu transferurile efectuate în cadrul jurisdicției fiscale a statului membru respectiv.

64. Jurisprudența Curții nici nu susține o asemenea asimilare.

65. Este corect ca invocarea prevenirii transferului profiturilor între state membre să nu constituie un cec în alb. Aceasta nu exclude ca „normele adoptate de către un stat membru având în vedere în mod specific situația grupurilor transfrontaliere să poată, în anumite cazuri, să constituie o restricție privind libertatea de stabilire”³¹. Totuși, este necesar să fie îndeplinite efectiv condițiile pentru constatarea unei restricții. Comparabilitatea și tratamentul dezavantajos trebuie să fie dovedite efectiv³².

66. În prezenta cauză, în special având în vedere scopul reglementării naționale în discuție, considerăm că nu este vorba despre comparabilitate. Astfel, cauza de față se deosebește de situațiile în care Curtea a analizat argumentul teritorialității invocat în contextul unei măsuri care *nu* era destinată în mod special să reglementeze scurgerea transfrontalieră de venituri impozabile³³.

67. În plus, în mai multe cauze, Curtea a statuat că un element-cheie pentru stabilirea comparabilității este intenția statului membru de a impozita persoanele rezidente și cele nerezidente în același mod. Astfel, de exemplu, din momentul în care un stat membru „supune impozitului pe venit nu numai acționarilor rezidenți, ci și acționarilor nerezidenți, pentru dividendele percepute de la o societate rezidentă, situația acestor acționari nerezidenți se apropie de aceea a acționarilor rezidenți”³⁴.

68. În prezenta cauză, după cum a arătat guvernul german, nu există o încercare de impozitare a persoanelor nerezidente. Impozitarea este instituită în temeiul principiului deplinei concurențe și, prin urmare, vizează doar profiturile generate în Germania. În consecință, situațiile transfrontaliere și interne sunt din nou necomparabile.

69. Având în vedere considerațiile precedente, considerăm că în prezenta cauză situația societăților rezidente cu filiale nerezidente și cea a societăților rezidente cu filiale rezidente nu sunt comparabile din perspectiva identificării oricărei discriminări care ar putea încălca libertatea de stabilire. Situațiile sunt obiectiv diferite. Aceasta înseamnă efectiv că ele *nu pot* fi tratate în același mod dacă trebuie să se respecte principiul nediscriminării care stă la baza normelor privind libertatea de stabilire.

30 Hotărârea din 13 decembrie 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punctul 39).

31 Hotărârea din 13 martie 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punctul 60).

32 Desigur, în cazul în care Curtea ar dori să confirme în mod explicit abordarea bazată „exclusiv” pe restricții în domeniul libertății de stabilire și al impozitării directe, o asemenea evoluție ar elimina necesitatea oricărei aprecieri suplimentare a comparabilității și a tratamentului dezavantajos. Totuși, aceasta nu doar că ar implica toate dezavantajele menționate mai sus, ci ar fi totodată contrară direcției opuse adoptate de Curte în ultimii ani. Hotărârea din 5 iulie 2005, D (C-376/03, EU:C:2005:424), este adesea citată ca un moment de cotitură în această privință (a se vedea de exemplu Kingston, S., „The Boundaries of Sovereignty: The ECJ’s controversial role applying internal market law to direct tax measures”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2006, p. 303).

33 Hotărârea din 18 iulie 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439).

34 A se vedea de exemplu Hotărârea din 12 decembrie 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punctul 68).

2) Lipsa tratamentului mai puțin favorabil

70. Totuși, în eventualitatea în care se va considera că situațiile transfrontaliere și cele interne sunt de fapt comparabile în cauza de față, în opinia noastră, există de asemenea un argument puternic potrivit căruia nu există discriminare, în sensul tratamentului mai puțin favorabil al celor dintâi.

71. Poziția de mai sus se întemeiază în primul rând pe un argument invocat de guvernul german. Argumentul respectiv va fi denumit în continuare argumentul privind „suma zero”. Potrivit acestuia din urmă, în cazul operațiunilor care nu se realizează în condiții de deplină concurență între societatea-mamă și filială, ambele rezidente în Germania, profiturile nu se impozitează la nivelul societății-mamă, ci la nivelul filialei. Prin urmare, în ceea ce privește grupul în întregul său, sarcina fiscală rămâne aceeași. Este inutilă reajustarea bazei de impozitare a societății-mamă și a filialei (dacă ambele au sediul în Germania) pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți, întrucât ar fi împovăraător din punct de vedere administrativ și ar conduce în practică la același rezultat.

72. Altfel spus, guvernul german susține că nu există o diferență de tratament întrucât în ambele cazuri profiturile generate pe teritoriul național sunt impozitate o dată, întotdeauna o dată și doar o singură dată.

73. Un argument similar a fost invocat în cauza SGI. Ca răspuns la acesta, Curtea a admis în mod implicit că (în cazul unei cote de participație de 100 %) argumentul privind suma zero ar putea fi corect³⁵.

74. Totuși, Curtea nu a analizat argumentul respectiv detaliat, deoarece exista oricum riscul unei duble impunerii. Motivul este că, în cauza SGI, era posibil ca reajustarea prin ridicarea valorii bazei de impozitare a societății care a acordat avantajul în Belgia să nu fie reflectată de o reajustare prin scăderea bazei de impozitare a societății beneficiare în Franța. Acest risc nu a fost eliminat prin posibilitatea aplicării Convenției de arbitraj 90/436/CEE pentru evitarea dublei impunerii, întrucât aplicarea instrumentului menționat ar fi implicat costuri și întâzieri³⁶. Prin urmare, restricția privind libertatea de stabilire a fost confirmată.

75. În ceea ce privește riscul dublei impunerii, considerăm că raționamentul respectiv este foarte problematic în prezenta cauză. După cum am arătat mai sus, potrivit principiului teritorialității, statele membre pot să impoziteze societățile rezidente pentru profiturilor lor obținute în întreaga lume (impozitare bazată pe rezidență) și societățile nerezidente pentru profiturile generate de activitățile lor din statul respectiv (impozitare bazată pe sursă). Unul dintre corolarele acestor criterii duale privind reședința și sursa pentru afirmarea drepturilor de impozitare este riscul dublei impunerii. O persoană impozabilă din statul membru B care primește un dividend dintr-un stat membru A poate fi impozitată de două ori. Se poate aplica un impozit prin reținere la sursă în statul membru A (sursa), iar profiturile în cauză pot fi impozitate apoi în statul de reședință al beneficiarului, statul membru B³⁷.

76. În pofida celor de mai sus, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, statul-sursă nu are obligația să acorde o scutire fiscală în asemenea situații³⁸. Astfel, dubla impunere sau riscul existent în acest sens nu anulează principiul teritorialității. Ea nu împiedică statele membre să instituie impozite pe profit în cadrul jurisdicției lor.

35 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 45).

36 Convenția privind eliminarea dublei impunerii în legătură cu ajustarea profiturilor întreprinderilor asociate (JO 1990, L 225, p 10) conține mecanisme de arbitraj care urmăresc evitarea dublei impunerii de acest tip [a se vedea în această privință Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 54)].

37 Farmer, P., „Direct Taxation and the Fundamental Freedoms”, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 812.

38 Hotărârea din 14 noiembrie 2006, Kerckhaert and Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, punctele 22-24).

77. Totuși, în opinia noastră, raționamentul din Hotărârea SGI sugerează contrariul. Această hotărâre analizează o situație în care un stat membru insistă să impoziteze profiturile generate pe teritoriul său și o transformă într-un dezavantaj făcând referire la riscul dublei impuneri.

78. Ducerea raționamentului respectiv până la concluzia sa logică și aplicarea sa în prezenta cauză conduce la evidențierea incoerențelor sale interne.

79. În cauza de față (la fel ca în cauza SGI), riscul principal care revine în mod repetat este acela ca stabilirea prețurilor în conformitate cu condițiile pieței să se aplice în situațiile transfrontaliere, dar nu și în cele interne. Dificultatea pe care o percepem în cazul argumentului referitor la riscul dublei impuneri este că el persistă *chiar și în cazul în care se elimină diferența de tratament*. Astfel, în prezenta cauză, dacă guvernul german alegea să aplice prețurile de transfer în cazul operațiunilor transfrontaliere și interne nu ar fi existat nicio diferență de tratament. Totuși, *ar exista în continuare un risc teoretic de dublă impunere* în ceea ce privește situațiile transfrontaliere, care în principiu pur și simplu nu există în cazul operațiunilor interne.

80. În opinia noastră, problema reală în prezenta cauză este mai degrabă validitatea argumentului privind „suma zero”. Dacă argumentul respectiv este valid, considerăm că orice risc de dublă impunere este pur și simplu rezultatul coexistenței unor sisteme fiscale diferite și al principiului teritorialității în sine. El ar fi prezent indiferent de scenariu.

81. În cauza de față și sub rezerva verificării potențiale de instanța națională, argumentul privind suma zero pare să fie valabil. În această privință facem observațiile care urmează.

82. În primul rând, în cadrul ședinței desfășurate în fața Curții, nici reclamanta, nici Comisia nu au pus în discuție în mod serios argumentul menționat. Nu s-a contestat în nicio etapă faptul că aplicarea criteriilor privind stabilirea unor condiții de tipul celor convenite în mod uzual între terți în cazul operațiunilor interne ar crește sarcinile fiscale ale societăților rezidente în general sau că neaplicarea lor ar ușura sarcinile lor fiscale.

83. În al doilea rând, argumentul privind suma zero implică în mod clar analizarea impozitării grupului la nivel global. În opinia noastră, pentru motivele prezentate mai sus la punctele 30-33, este justificat (și în concordanță cu jurisprudența constantă) să nu se limiteze analiza discriminării la circumstanțele specifice ale entităților juridice individuale.

84. În al treilea rând, în cauza SGI a fost sugerat în hotărârea Curții și a fost analizat în Concluziile avocatului general³⁹ aspectul că argumentul privind suma zero funcționează doar dacă există o participare de 100 %. În asemenea situații nu va avea importanță care societate din cadrul grupului este impozitată. Totuși, în cazul unor niveluri mai scăzute ale dobânzii, acest fapt nu este atât de evident.

85. În replică la această afirmație, observăm pur și simplu că, în prezenta cauză, reclamanta deține, direct sau indirect, 100 % din societățile străine din cadrul grupului. Prin urmare, în conformitate cu propriul raționament al Curții din Hotărârea SGI, este o situație în care în principiu argumentul privind suma zero „funcționează”.

86. Având în vedere cele de mai sus, considerăm că în prezenta cauză fie lipsesc situațiile comparabile, fie, în subsidiar, dacă există comparabilitate, nu există oricum niciun dezavantaj. În consecință, măsura națională în discuție nu generează o discriminare care încalcă libertatea de stabilire.

³⁹ Concluziile avocatului general Kokott (C-311/08, EU:C:2009:545, punctul 45).

b) Lipsa unei restricții

87. Secțiunea (a) de mai sus pornește de la premisa că „abordarea bazată pe discriminare” se aplică în prezenta cauză. Totuși, dacă se apreciază că este necesar să se aplice abordarea bazată pe restricții, aceasta ar elimina în principiu necesitatea oricărei comparații sau a identificării unui dezavantaj relativ.

88. O asemenea propunere ridică însă o întrebare de principiu destul de dificilă: cerința potrivit căreia societățile trebuie să calculeze baza lor de impozitare în funcție de condițiile convenite în mod uzual între terți poate fi în mod efectiv considerată ca fiind o restricție privind libertatea de stabilire⁴⁰?

89. În opinia noastră, răspunsul este negativ. Ea nu este decât o expresie a principiului teritorialității impozitării, reflectând dreptul unui stat de a impozita profiturile generate în cadrul jurisdicției sale⁴¹. Astfel, în caz contrar, dacă reajustarea bazei de impozitare pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți ar constitui o restricție privind libertatea de stabilire, atunci fără îndoială și aplicarea de către un stat membru a oricărei cote de impozitare peste zero ar putea constitui o restricție. Altfel spus, problemele inerente aplicării modelului bazat pe restricții în ceea ce privește impozitarea directă apar din nou.

90. În această etapă, considerăm că este important să abordăm și argumentele invocate în cauza SGI referitor la „determinarea renunțării”. Am parafrazat aceste argumente la punctul 47 de mai sus. În esență, ideea este că aplicarea condițiilor convenite în mod uzual între terți determină cumva societățile germane (în prezenta cauză) să renunțe la intenția de a înființa filiale în străinătate și societățile străine la intenția de a înființa filiale în Germania.

91. Totuși, raportată la prezenta cauză, concluzia de mai sus constituie, în opinia noastră, doar ceva mai mult decât o simplă ipoteză (destul de discutabilă). Cum ar apărea efectul de determinare a renunțării de către societăți la intenția respectivă? Ipoteza menționată pare să depindă în mod decisiv de o supoziție importantă: aceea că perspectiva obligației de a plăti impozit pentru toate profiturile sale, astfel cum este reajustată pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți, ar determina o societate să renunțe la exercitarea libertății sale de stabilire⁴². În opinia noastră, pentru ca principiul teritorialității și suveranitatea statelor membre în domeniul impozitării directe să nu rămână complet lipsite de semnificație, aceasta nu poate să fie un temei legitim pentru constatarea unei încălcări a libertății de stabilire.

92. Pentru motivele de mai sus și în lipsa oricărui tratament discriminatoriu al unor situații comparabile, considerăm că reajustarea de către Germania a bazei de impozitare a societăților rezidente pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți în operațiunile transfrontaliere nu constituie în sine o restricție privind libertatea de stabilire.

93. Totuși, în cazul în care Curtea va ajunge la o concluzie diferită, apreciem că restricția ar fi justificată.

⁴⁰ Observăm de asemenea că poziția Comisiei referitoare la chestiunea respectivă în prezenta cauză pare să fie fără îndoială oarecum în contradicție cu abordarea sa privind problemele legate de prețurile de transfer în domeniul ajutoarelor de stat. În acest sens, ea a introdus în mod efectiv acțiuni împotriva mai multor state membre tocmai din cauză că ele nu ar fi aplicat corect prețurile de transfer în cazul operațiunilor transfrontaliere, *rezultatul fiind impozitarea insuficientă a societăților rezidente*. În opinia noastră, devine astfel cu atât mai surprinzătoare afirmația că Germania ar putea eventual să rezolve problema fie aplicând prețuri de transfer în ceea ce privește toate operațiunile (transfrontaliere și interne), fie în cazul niciuneia.

⁴¹ A se vedea punctele 20-27 de mai sus.

⁴² Motivul este, excluzând, desigur, orice analiză a diferenței de tratament, că aceasta este o chestiune importantă în contextul modelului bazat pe discriminare.

3. Justificarea

94. Restricțiile privind libertatea de stabilire nu pot fi admise decât dacă urmăresc un obiectiv legitim și dacă se justifică prin motive imperative de interes general. În plus, acestea trebuie să fie de natură să asigure realizarea obiectivului respectiv și să nu depășească ceea ce este necesar pentru atingerea sa⁴³.

a) Obiectivul legitim

1) Repartizarea echilibrată a competenței de impozitare

95. În prezenta cauză, guvernul german invocă o singură justificare, și anume repartizarea echilibrată a competenței de impozitare între state membre.

96. Curtea a admis de mai multe ori că aceasta poate să constituie un obiectiv legitim de natură să justifice restricțiile privind libertatea de stabilire⁴⁴.

97. Raționamentul de bază este, din nou, acela că societățile nu sunt complet libere să își transfere profiturile între jurisdicții după voia lor, întrucât aceasta ar putea eroda bazele de impozitare ale anumitor state membre, iar astfel „ar putea afecta [...] repartizarea echilibrată a competenței de impozitare între statele membre, baza impozabilă sporind în primul stat și diminuându-se în cel de al doilea”⁴⁵.

98. În opinia noastră, raționamentul menționat este în mod clar valabil în prezenta cauză. Reglementarea națională aflată în discuție este destinată tocmai să împiedice „scurgerea” veniturilor impozabile din cadrul jurisdicției fiscale a Germaniei, în urma unor tranzacții realizate între societăți afiliate în alte condiții decât cele convenite în mod uzual între terți⁴⁶.

2) Acordarea de avantaje și transferul profiturilor

99. S-a susținut în special de către Comisie că repartizarea echilibrată a competenței de impozitare nu se poate utiliza ca justificare în prezenta cauză (sau că utilizarea sa este disproporționată) având în vedere natura operațiunilor aflate în discuție. În esență, argumentul este că, spre deosebire de exemplu de un simplu transfer de numerar sau de un împrumut fără dobândă, situația de față implică un avantaj care nu este atât de evident sau cel puțin a cărui valoare este dificil de evaluat.

43 Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 56 și jurisprudența citată).

44 Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 60 și jurisprudența citată).

45 Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 62 și jurisprudența citată).

46 În Hotărârea SGI, Curtea a statuat că repartizarea echilibrată a competenței de impozitare și necesitatea prevenirii abuzurilor „considerate împreună” constituie un obiect legitim. Totuși, reiese în egală măsură din alte hotărâri ale acesteia că repartizarea echilibrată a competenței de impozitare poate fi invocată ca justificare *de sine stătătoare* [a se vedea în acest sens de exemplu Hotărârea din 18 iulie 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439)]. Comisia a recunoscut de asemenea în cadrul procedurii orale faptul menționat.

100. Considerăm că argumentul menționat este discutabil din mai multe perspective. În primul rând, considerăm că este imposibilă negarea faptului că o garanție cum este cea acordată de reclamantă prin scrisoarea sa de confort are o valoare economică foarte reală și, în raport cu societăți neafiliate, ar fi fost furnizată cu titlu oneros. Acest fapt este confirmat în mod expres de Liniile directoare OCDE privind prețurile de transfer⁴⁷ și, în cazul garanțiilor furnizate de stat, în comunicarea proprie a Comisiei privind garanțiile de stat⁴⁸.

101. În al doilea rând, în ceea ce privește presupusele dificultăți legate de aprecierea valorii unor asemenea garanții, există în mod clar modele de evaluare a prețurilor care pot fi utilizate în acest scop. Ele se găsesc totodată în special în Liniile directoare OCDE. De asemenea, comunicarea sus-menționată a Comisiei conține evaluări ale prețurilor pentru garanțiile acordate de statele membre.

102. Mai mult, în cadrul ședinței, guvernul german a afirmat, fără a fi contrazis de reclamantă, că în prezenta cauză dezacordul este *unul de principiu și nu se referă la preț*. Părțile din cauza principală sunt de acord asupra cotei care ar trebui să se aplice *dacă* se constată că aplicarea prețurilor de transfer în asemenea situații este compatibilă cu dreptul Uniunii.

103. Având în vedere cele de mai sus, considerăm că o reglementare cum este cea aflată în discuție în procedura principală urmărește obiective legitime, care sunt compatibile cu articolul 49 TFUE și constituie motive imperative de interes general, precum și că ele sunt de natură să asigure realizarea obiectivelor respective.

b) Proportionalitatea

104. În principiu, pentru ca o măsură care este considerată ca fiind o restricție privind libertatea de stabilire să fie justificată, este necesar nu doar ca ea să urmărească un scop legitim, ci și să fie proporțională. *Mijloacele* utilizate nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea scopului.

105. Aceasta ridică o întrebare spinoasă în domeniul impozitării directe. Un impozit fie este, fie nu este justificat. Nu există o „cale de mijloc”. Dacă *scopul* este impozitarea, atunci *mijloacele* sunt instituirea și colectarea impozitului, a întregului impozit și doar a impozitului. Care ar putea fi, într-un asemenea context, „mijloacele mai puțin restrictive” pentru realizarea aceluiași scop? Să se impoziteze doar jumătate din venituri? Să se acorde o reducere parțială spre exemplu de 20 %? Este destul de clar că o astfel de analiză se poate transforma rapid în stabilirea pe cale judiciară a cotelor de impozitare.

106. Vom reveni mai jos în secțiunea finală asupra acestei probleme conceptuale mai largi. Între timp, reclamanta și Comisia în observațiile lor scrise și orale au invocat trei argumente privind „proportionalitatea”, dintre care considerăm că niciunul nu ridică de fapt probleme legate de proporționalitate, dar pe care le vom analiza totuși pe rând mai jos.

⁴⁷ Liniile directoare OCDE privind prețurile de transfer pentru companiile multinaționale și administrațiile fiscale din 2017 la punctul 7.13. În cadrul procedurii orale, a fost analizată natura precisă a unei scrisori de confort sau a unei scrisori de intenție. S-a confirmat că de această dată scrisoarea includea o garanție care poate fi invocată în mod legal împotriva reclamantei.

⁴⁸ Comunicarea Comisiei cu privire la aplicarea articolelor 87 și 88 din Tratatul CE privind ajutoarele de stat sub formă de garanții (JO 2008, C 155, p. 10).

1) *Aplicarea principiului deplinei concurențe în cazul scrisorilor de confort*

107. În cadrul ședinței orale, Comisia a susținut în esență că aplicarea principiului deplinei concurențe este puțin „exagerată”⁴⁹, întrucât este vorba despre o simplă scrisoare de confort. Prin urmare, în mod implicit, din această perspectivă, „proportionalitate” trebuie să însemne o anumită „proportionalitate legislativă” – ar fi necesar probabil ca statul membru să legifereze doar cu privire la transferurile directe de bani și să lase restul deoparte.

108. După cum am afirmat mai sus⁵⁰, asemenea scrisori (cel puțin în măsura în care sunt obligatorii din punct de vedere juridic, ca în cazul de față) au în mod clar o valoare economică. Comisia a recunoscut în final cel puțin aspectul respectiv.

109. Chiar și numai pe acest temei, nu vedem niciun motiv pentru a considera că aplicarea principiului deplinei concurențe în cazul unor asemenea situații concrete este oarecum exagerată. Mai mult și, din nou, contrar argumentelor Comisiei, nu există absolut nicio rațiune pentru a susține că aplicarea condițiilor convenite în mod uzual între terți ar fi disproporționată în situațiile în care condițiile în cauză sunt dificil de apreciat.

110. În esență, considerăm că acestea nu sunt deloc probleme legate de proportionalitate. Principiul deplinei concurențe fie este acceptat, fie nu este acceptat (cu bune și cu rele). Problema este una binară. S-ar ajunge la incertitudine juridică extremă dacă pretinsele dificultăți de ordin practic legate de aplicarea acestui principiu în situații foarte concrete – situații care sunt, am putea adăuga, prevăzute în mod expres în orientările internaționale în domeniu⁵¹ – ar constitui motive valide pentru respingerea sa ca fiind disproporționat.

2) *Rațiunile comerciale*

111. În prezenta cauză, una dintre problemele ridicate în observațiile scrise ale reclamantei și ale Comisiei în legătură cu proportionalitatea este măsura în care este posibilă invocarea unor rațiuni comerciale pentru condițiile în care a fost realizată o operațiune și tipul de rațiuni comerciale care sunt considerate legitime.

112. Problema reală în prezenta cauză pare să fie mai degrabă *stabilirea tipului* de rațiune comercială care este acceptabilă și acceptată. Cu privire la acest aspect, poziția reclamantei și a Comisiei este în esență aceea că societățile trebuie să fie în măsură să justifice condițiile operațiunilor lor în funcție de relația concretă cu partenerul lor. Altfel spus, este necesar ca ele să poată evita reajustarea bazei de impozitare justificând acordarea condițiilor comerciale favorabile prin importanța asigurării succesului filialei lor.

113. În opinia noastră, argumentul menționat este în mod clar incorect. În caz contrar, noțiunea de operațiune realizată în condițiile convenite în mod uzual între terți ar fi golită de orice semnificație. Aceasta ar implica efectiv excluderea categorică și deplină a oricăror operațiuni comerciale cu filialele de la aplicarea principiului, întrucât o societate-mamă are *întotdeauna* interesul ca filiala sa să fie prosperă. Va exista astfel întotdeauna, prin definiție, o justificare.

⁴⁹ Parafrizarea noastră.

⁵⁰ Punctul 100 din prezentele concluzii.

⁵¹ Nota de subsol 47 de mai sus.

114. Altfel spus, există pur și simplu o contradicție iremediabilă între, pe de o parte, afirmația că statele membre pot reajusta operațiunile astfel încât să reflecte condițiile fictive care *ar fi fost* convenite între entități *complet independente* și, pe de altă parte, posibilitatea părților de a se opune susținând că de fapt condițiile au fost diferite și justificate tocmai deoarece entitățile erau afiliate și aveau interese interdependente.

115. În sfârșit, considerăm că, din nou, acestea nu sunt probleme legate de proporționalitate, ci privesc mai degrabă (a) semnificația reală a principiului (și, după cum am arătat mai sus, în opinia noastră, este clar că el nu implică analizarea intereselor din cadrul grupului) sau (b) aspectul dacă principiul este *aplicat corect într-o anumită situație*.

3) Proporționalitatea și diferențele de tratament

116. Revenim acum la problema tratamentului diferit al operațiunilor interne și transfrontaliere. În prezenta cauză, existența unei asemenea diferențe de tratament a fost invocată în primul rând pentru a contribui la susținerea constatării unei restricții.

117. În cursul ședinței orale, ea a fost menționată din nou la analiza proporționalității: reglementarea în discuție este disproporționată întrucât tratează operațiunile diferit.

118. Considerăm că argumentul menționat este neconvingător pentru mai multe motive.

119. Ca un prim argument, facem referire din nou la cauza SGI. În cauza respectivă a existat o reajustare a bazei de impozitare pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți doar în cazul operațiunilor transfrontaliere⁵². Această diferență de tratament nu a împiedicat statul membru să invoce repartizarea echilibrată a competenței de impozitare ca obiectiv legitim. De asemenea, ea nu a împiedicat constatarea caracterului proporțional al măsurii respective. Astfel, în analiza sa referitoare la proporționalitate din Hotărârea SGI, Curtea nici măcar nu menționează diferența de tratament.

120. Mai explicit, nu este clar modul în care diferența de tratament conduce la concluzia că măsura depășește ceea ce este necesar pentru realizarea repartizării echilibrate a competenței de impozitare sau ce altă măsură mai puțin restrictivă ar fi putut fi adoptată. În această privință, nu vedem cum ar deveni măsura mai puțin restrictivă în ceea ce privește libertatea de stabilire în cazul extinderii sale asupra operațiunilor interne.

121. Cel puțin teoretic, impunerea unor prețuri de transfer care au drept efect reajustarea bazei de impozitare a societăților germane cu filiale în străinătate prin majorarea sa ar putea determina societățile în cauză să renunțe la achiziționarea, înființarea sau menținerea unor asemenea filiale⁵³. Totuși, aplicarea prețurilor de transfer și în cazul operațiunilor între societăți germane afiliate nu pare că ar reduce sau ar înlătura în vreun fel efectul menționat.

122. S-ar putea riposta că problema este mai degrabă una legată de „relativă” determinare a renunțării sau de dezavantajul cauzat de diferența de tratament. Altfel spus, dacă o societate germană poate să aleagă între înființarea unei filiale în străinătate (ceea ce poate conduce la ajustarea bazei de impozitare în ceea ce privește operațiunile efectuate în alte condiții decât cele convenite în mod uzual între terți), pe de o parte, și înființarea unei filiale în Germania (unde nu se va realiza o asemenea ajustare), pe de altă parte, este mai probabil să opteze pentru cea din urmă variantă.

⁵² După cum se confirmă la punctul 42 din Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26): „avantajele [...] acordate de o societate rezidentă unei societăți [afiliate] [...] nu se adaugă la profitul propriu al primei societăți decât dacă societatea beneficiară este stabilită în alt stat membru” (sublinierea noastră).

⁵³ Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 44 și jurisprudența citată).

123. Deficiența de bază a argumentului menționat este că se concentrează în mod artificial pe impozitarea societății-mamă și exclude din ecuație filiala⁵⁴. *Desigur*, dacă baza de impozitare a societății-mamă poate fi ajustată în sensul majorării sale *doar* în cazul operațiunilor realizate în alte condiții decât cele convenite în mod uzual între terți cu filiale din străinătate, există teoretic un „avantaj fiscal” pentru societatea-mamă cu o filială în țară). Totuși, avantajul fiscal generat de baza de impozitare mai mică a societății-mamă va fi în principiu compensat prin baza de impozitare mai mare a filialei. Cu alte cuvinte, constatăm că am revenit la argumentul privind „suma zero” invocat de guvernul german în prezenta cauză⁵⁵.

124. Este util să reamintim că argumentul privind „suma zero” este prezent și în cauza SGI (deși nu sub această denumire). Astfel, reglementarea belgiană vizată în cauza respectivă prevedea că „o societate rezidentă nu este impozitată cu privire la un [...] avantaj [neobișnuit sau gratuit] atunci când acesta este acordat unei alte societăți rezidente [afiliate] [...] *cu condiția ca acest avantaj să fie utilizat în vederea stabilirii veniturilor impozabile ale acestei din urmă societăți*”⁵⁶. Altfel spus, suma zero specifică transferului din punct de vedere fiscal a fost inclusă în mod expres în reglementarea menționată ca o cerință. Belgia era de acord să nu impoziteze „profitul transferat” la societatea-mamă, cu condiția ca el să fie impozitat de statul în cauză la nivelul filialei.

125. Din câte înțelegem, este adevărat că, în prezenta cauză, nu există o condiție echivalentă în legislația germană. Astfel, reglementarea germană aflată în discuție în cauza principală nu impune în mod oficial ca „profiturile transferate” către filiala rezidentă în Germania să fie impozitate la nivelul acesteia din urmă, ca o condiție prealabilă pentru a nu se reajusta baza de impozitare a societății-mamă. Totuși, nu a fost invocat niciun argument convingător în sensul că asemenea „profituri transferate” între societățile germane prin intermediul tranzacțiilor realizate în condiții diferite de cele convenite în mod uzual între terți nu ar fi impozitate (sau ar fi impozitate mai puțin ori prin aplicarea unei cote mai mici) la nivelul beneficiarului⁵⁷.

4) Valoarea rectificării

126. În sfârșit, înțelegem că măsurile fiscale corectoare adoptate de Germania în situații cum este cea de față se limitează la partea care depășește ceea ce s-ar fi convenit în lipsa unei situații de interdependență între societăți. Nu există o „suprarectificare” care ar umfla în mod artificial baza de impozitare a societății germane rezidente⁵⁸. Totuși, considerăm din nou că aceasta nu este o problemă legată de proporționalitate și o parte a justificării măsurii naționale, ci mai degrabă una care ține de *aplicarea corectă* a principiului deplinei concurențe⁵⁹.

54 În opinia noastră, o asemenea abordare prezintă totodată incoerențe interne. Restricțiile privind libertatea de stabilire sunt evaluate din perspectiva avantajelor și dezavantajelor pe care le presupune înființarea unei entități separate (sucursală sau filială) în străinătate. Totuși, atunci când se realizează justificarea restricțiilor, este necesară limitarea la avantajele și dezavantajele societății-mamă însăși.

55 A se vedea punctele 71 și 72 de mai sus.

56 Hotărârea din 21 ianuarie 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 42). Sublinierea noastră.

57 Au existat anumite discuții referitoare la impozitarea ulterioară a distribuțiilor efectuate de filială. În opinia noastră, aceasta este însă o chestiune complet separată. Comisia a menționat totodată ideea că impozitarea profiturilor la societățile-mamă, iar nu la nivelul filialelor ar putea determina transferul de profituri între landuri, în care sunt aplicabile cote de impozitare diferite. Totuși, pe lângă faptul că nu au fost furnizate deloc detalii concrete, cota federală de bază a impozitului comercial este neprogresivă și identică pe întreg teritoriul Germaniei.

58 Hotărârea din 21 ianuarie 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punctul 72 și jurisprudența citată).

59 A se vedea în acest sens punctul 115 de mai sus.

4. Concluzie

127. Având în vedere argumentele de mai sus, o reglementare de tipul celei aflate în discuție în prezenta cauză nu constituie, în opinia noastră, o restricție privind libertatea de stabilire. Oricum, în măsura în care constituie o asemenea restricție, ea este justificată prin necesitatea menținerii repartizării echilibrate a competenței de impozitare între statele membre și, sub rezerva, desigur, a aprecierii finale a instanței naționale, nu depășește ceea ce este necesar pentru atingerea acestui scop.

5. Post-scriptum

128. În prezentele concluzii am prezentat două opțiuni. În primul rând, în cazul adoptării raționamentului bazat pe discriminare, lipsește comparabilitatea. Analiza se poate încheia aici. În al doilea rând, dacă se adoptă abordarea bazată pe restricții, atunci, potrivit unei interpretări foarte generoase (care ar avea însă anumite efecte generale incomode în domeniul impozitării directe), ar putea teoretic să existe un obstacol. Dar acest obstacol este justificat.

129. Ambele opțiuni menționate pleacă de la premisa acceptării principiului teritorialității fiscale și a emanației sale sub forma menținerii repartizării echilibrate a competenței de impozitare între state membre. Jurisprudența Curții confirmă în mod clar că statele membre au competența să instituie impozite directe și că ele pot face aceasta în ceea ce privește profiturile generate în cadrul jurisdicției lor, în conformitate cu principiul teritorialității. Mai mult, principiul deplinei concurențe este recunoscut pe plan internațional ca un mijloc valid de repartizare a profiturilor din punct de vedere geografic.

130. Plecând de la respectiva premisă obișnuită, există o diferență între cele două opțiuni în ceea ce privește modul de integrare a principiului în criteriul în cauză. Potrivit abordării bazate pe discriminare, ea are loc în etapa comparabilității. În conformitate cu abordarea bazată pe restricții, este mai întâi exclusă, întrucât comparabilitatea este irelevantă în acest context. Totuși, același principiu al teritorialității revine apoi cu toată forța în etapa justificării (sub forma „repartizării echilibrate a competenței de impozitare”).

131. „Prezentarea alternativelor” cu spirit critic realizată intenționat în prezentele concluzii evidențiază o serie de probleme conceptuale fundamentale cu care se confruntă jurisprudența Curții în acest domeniu. Una dintre ele iese în evidență în special: având în vedere lipsa de claritate și oscilarea Curții între abordarea bazată pe discriminare, abordarea bazată pe obstacole și abordarea mixtă a acestora, este foarte posibil să se ajungă la combinarea celor două opțiuni. Același argument și aceeași analiză se realizează apoi în mod repetat, în etape diferite ale aplicării criteriului. După cum s-a observat în special în prezenta cauză, efectiv s-a invocat același argument și analiza sa a avut loc în etapa comparabilității, a justificării și totodată, după cum au susținut Comisia și reclamanta, în etapa proporționalității, adăugându-se astfel o anumită circularitate întregii dezbateri.

132. Având în vedere considerațiile de mai sus, invităm Curtea să aducă două clarificări. În primul rând, să precizeze în mod clar care este abordarea privind libertatea de stabilire în domeniul impozitării directe. Pentru mai multe motive propuse în prezentele concluzii, considerăm că aceasta trebuie să fie abordarea bazată pe discriminare.

133. În al doilea rând, în cazul adoptării abordării bazate pe discriminare și al aplicării sale în cauza de față, este necesar ca analiza să se încheie în etapa comparabilității. În opinia noastră, din punct de vedere sistemic, nu se poate considera că insistența statelor membre privind impozitarea operațiunilor transfrontaliere în conformitate cu principiul teritorialității fiscale și cu principiile internaționale recunoscute aplicabile în acest domeniu este ceva care necesită justificări. Simplul fapt că nu se reajustează profiturile pentru a reflecta condițiile convenite în mod uzual între terți între societățile care sunt ambele rezidente în același stat membru nu schimbă concluzia menționată.

134. Situația ar putea fi diferită doar dacă operațiunile realizate între societățile rezidente ar beneficia cumva de impozitare mai redusă *în ansamblul lor*. În acest caz, din cauza normelor diferite aplicabile, ar apărea perturbări în materie de impozitare, ajungându-se astfel la discriminare fiscală. Totuși, chiar și atunci, s-ar ridica problema stabilirii sursei precise a avantajului fiscal respectiv. În prezenta cauză, nu a fost identificat niciun avantaj fiscal raportat la ansamblul operațiunilor *care să fie generat de neaplicarea principiului deplinei concurențe* în cazul filialelor rezidente⁶⁰.

V. Concluzie

135. Având în vedere cele de mai sus, propunem Curții să răspundă la întrebarea adresată de Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Tribunalul Fiscal din Renania Palatinat, Germania) după cum urmează:

„Articolul 49 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) coroborat cu articolul 54 TFUE [anterior articolul 43 din Tratatul de instituire a Comunității Europene (TCE) coroborat cu articolul 48 CE] nu se opune reglementării dintr-un stat membru conform căreia veniturile unei persoane impozabile rezidente obținute din relații comerciale cu o societate stabilită într-un alt stat membru, în cadrul căreia aceasta deține în mod direct sau indirect cel puțin 25 % din participații și cu care a convenit condiții diferite de cele pe care le-ar fi convenit terți independenți între ei, în circumstanțe identice sau similare, se vor calcula ca și cum ar fi fost obținute în condițiile convenite între terți independenți, chiar în cazul în care, în raport cu veniturile din relațiile comerciale cu o societate rezidentă, nu se realizează o asemenea rectificare, iar reglementarea în cauză nu prevede posibilitatea ca persoana impozabilă rezidentă să dovedească faptul că condițiile au fost convenite pe baza unor considerente comerciale, care rezultă din calitatea sa de asociat al societății stabilite în celălalt stat membru.”

⁶⁰ Existența avantajelor fiscale „în aval”, la nivelul unor operațiuni *separate* (de exemplu, distribuirea dividendelor) este un aspect diferit.