



## Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
prezentate la 17 ianuarie 2018<sup>1</sup>

**Cauza C-650/16**

**A/S Bevola,  
Jens W. Trock ApS  
împotriva  
Skatteministeriet**

[cerere de decizie preliminară formulată de Østre Landsret (Curtea de Apel a Regiunii de Est, Danemarca)]

„Trimitere preliminară – Impozit pe profit – Libertatea de stabilire – Grupuri consolidate – Legislație fiscală care permite unei societăți rezidente să deducă din baza sa de impozitare pierderile sediilor permanente rezidente, excluzând această posibilitate pentru cele nerezidente, cu excepția cazului în care se optează pentru regimul de impozitare internațională la nivel de grup”

1. După doisprezece ani de la Hotărârea Marks & Spencer<sup>2</sup>, Curtea trebuie să soluționeze din nou un litigiu în materie de impozitare a societăților. În prezenta cauză, instanța *a quo* solicită să se stabilească dacă, „în condiții asemănătoare cu cele din” hotărârea menționată, articolul 49 TFUE se opune unei dispoziții naționale în temeiul căreia o societate daneză nu poate să opereze deduceri ale pierderilor unui sediu permanent situat în alt stat membru, cu excepția cazului în care optează pentru regimul „impozitării internaționale la nivel de grup”.

2. În opinia noastră, cererea de decizie preliminară formulată în acești termeni ridică trei probleme pe care Curtea trebuie să le soluționeze: a) dacă menține așa-numita „excepție Marks & Spencer”; b) dacă, în cazul în care o menține, consideră că această excepție este aplicabilă pierderilor sediilor permanente, iar nu numai pierderilor filialelor și c) dacă formula prevăzută de dreptul danez pentru ca societățile rezidente să poată deduce pierderile sediilor lor permanente nerezidente (și anume impozitarea internațională la nivel de grup) este compatibilă cu dreptul Uniunii în situația în care aceste pierderi sunt definitive.

### **I. Cadrul juridic danez. Legea privind impozitul pe profit**

3. Potrivit articolului 8 alineatul (2):

„Venitul impozitabil nu include veniturile și care pot fi atribuite unui sediu permanent sau unui bun imobil situat într-o țară străină, în Insulele Feroe sau în Groenlanda, sub rezerva articolului 31 A [...]”

<sup>1</sup> Limba originală: spaniola.

<sup>2</sup> Hotărârea din 13 decembrie 2005 (C-446/03, denumită în continuare, „Hotărârea Marks & Spencer”, EU:C:2005:763).

4. Potrivit articolului 31 („impozitarea națională la nivel de grup” a activităților filialelor din Danemarca aparținând aceluiași grup, inclusiv a veniturilor obținute de la sedii permanente ale societăților din afara Danemarcei sau din bunuri imobile din Danemarca):

„Societățile, asocierile și celelalte entități care fac parte din același grup [...] fac obiectul unei impozitări comune (impozitare națională la nivel de grup). «Societăți, asocieri etc. din cadrul aceluiași grup» înseamnă societățile, asocierile și celelalte entități care fac parte din același grup care, la un moment dat, în cursul exercițiului fiscal aparțin aceluiași grup : a se vedea articolul 31 C. Articolul 31 C alineatele (2)-(7) asimilează bunurile imobile cu sediile permanente. «Societate-mamă ultimă» înseamnă acea societate care este societate-mamă fără a fi la rândul său o filială: a se vedea articolul 31 C.

(2) Pentru societățile care fac obiectul impozitării la nivel de grup se stabilește un venit comun care constă în suma veniturilor impozabile ale fiecăreia dintre ele, calculate în conformitate cu normele generale ale legislației fiscale, cu excepțiile aplicabile societăților supuse regimului de impozitare la nivel de grup. Pierderile unui sediu permanent pot fi deduse din veniturile altor societăți doar în cazul în care, în conformitate cu normele din țara străină, din Insulele Feroe sau din Groenlanda, în care societatea are sediul, pierderile nu pot fi incluse în calcularea venitului societății în acea țară străină, în Insulele Feroe sau în Groenlanda, în care societatea are sediul sau în cazul în care s-a optat pentru regimul de impozitare internațională la nivel de grup în temeiul articolului 31 A. Venitul comun se calculează după deducerea pentru fiecare societate în parte a pierderilor din exercițiile anterioare care pot fi reportate. În cazul în care venitul comun este pozitiv, profitul se distribuie proporțional între societățile generatoare de profit. În cazul în care venitul comun este negativ pentru un exercițiu fiscal, pierderile sunt repartizate în mod proporțional între întreprinderile care înregistrează pierderi, fiind reportate în conturile societății respective pentru compensare în anul fiscal următor. Pierderile unei societăți cu privire la perioadele anterioare impozitării la nivel de grup pot fi compensate numai cu profiturile aceleiași societăți. În reportarea pierderilor, în primul rând sunt compensate pierderile cele mai vechi. Pierderile unei societăți cu privire la anii fiscali precedenți pot face obiectul compensării cu profiturile unei alte societăți numai în cazul în care pierderile au survenit într-un an fiscal în care societățile în cauză au făcut obiectul unei impozitări la nivel de grup, iar perioada de impozitare la nivel de grup nu a fost întreruptă ulterior.

[...]

(4) În sistemul impozitării naționale la nivel de grup, societatea-mamă ultimă care participă la aceasta este desemnată ca societate de gestiune în scopul impozitării naționale la nivel de grup. În cazul în care nu există o societate-mamă ultimă supusă impozitării în Danemarca, ci mai multe societăți daneze afiliate la nivel orizontal, una dintre societățile afiliate care participă la impozitarea la nivel de grup trebuie să fie desemnată ca societate de gestiune. [...] Societatea de gestiune este responsabilă pentru plata impozitului pe venitul global. [...]

(5) Toate societățile care participă la regimul de impozitare la nivel de grup trebuie să calculeze venitul impozabil raportat la aceeași perioadă ca societatea de gestiune, indiferent de exercițiul contabil stabilit de normele din materia dreptului societăților: a se vedea articolul 10 alineatul (5).

[...]

(7) La calcularea venitului impozabil, o societate care participă la regimul de impozitare la nivel de grup poate opta să nu țină seama de pierderi, inclusiv de pierderile reportate din exercițiile fiscale precedente. Pierderile aferente venitului impozabil al unui sediu permanent din Danemarca supus impozitării la nivel de grup sau al unei filiale din Danemarca supuse impozitării la nivel de grup pot să nu fie luate în considerare atunci când veniturile sediului permanent sau ale filialei sunt luate în calcul la stabilirea venitului obținut în străinătate, cu condiția ca metoda de degrevare din statul respectiv să corespundă metodei prevăzute la articolul 33 din Ligningsloven (Legea privind stabilirea

impozitului pe venit). Suma care nu este luată în considerare trebuie, în schimb, să fie reportată în exercițiile financiare ulterioare în conformitate cu normele de la articolul 15 din Legea privind stabilirea impozitului pe venit. În cazul în care suma care nu este luată în considerare este mai mică decât pierderile totale, ea se distribuie proporțional între sursele generatoare de pierderi.”

5. Articolul 31 A alineatul (1) punctele (1)-(3) („impozitare internațională la nivel de grup” care vizează de asemenea activitățile desfășurate de societățile din cadrul unui grup, atât daneze, cât și străine sau de sediile lor permanente), prevede:

„Societatea-mamă ultimă poate opta pentru impozitarea comună a societăților, a asocierilor și a celorlalte entități din cadrul grupului care participă la regimul de impozitare la nivel de grup în conformitate cu articolul 31; același lucru este valabil pentru toate societățile, asocierile și celelalte entități nerezidente din cadrul grupului, în care niciunul dintre proprietarii de părți sociale nu este personal răspunzător de obligațiile societății și care distribuie profiturile proporțional cu capitalul subscris al proprietarilor de părți sociale (impozitare internațională la nivel de grup). De asemenea, fac obiectul acestei opțiuni toate sediile permanente și bunurile imobile situate în afara Danemarcei care aparțin acestor societăți, asocieri și alte entități, rezidente și nerezidente, care participă la regimul de impozitare la nivel de grup. Dispozițiile prevăzute la articolul 31 referitoare la impozitarea națională la nivel de grup se aplică *mutatis mutandis* impozitării internaționale la nivel de grup, sub rezerva dispozițiilor suplimentare și derogatorii prevăzute la alineatele (2)-(14). [...]”

6. Articolul 31 A alineatul (3) punctele (3) și (6) prevede:

„Opțiunea exprimată cu privire la impozitarea internațională la nivel de grup este obligatorie pentru societatea-mamă pentru o perioadă de 10 ani, sub rezerva dispozițiilor celei de a șasea și ale celei de a șaptea teze. [...] Societatea-mamă ultimă poate opta pentru încetarea perioadei de aplicare obligatorie a regimului de impozitare la nivel de grup, ceea ce va avea drept consecință reintegrarea completă în venitul impozitabil: a se vedea alineatul 11.”

## **II. Situația de fapt din litigiu și întrebarea preliminară**

7. A/S Bevola este o societate cu sediul în Danemarca. Ea produce platforme de producție pentru camioane, remorci și echipamente accesorii. Este filiala și subfiliala altor societăți daneze, controlate de Jens W. Trock Aps, societatea-mamă a grupului, care de asemenea are sediul în Danemarca.

8. În exercițiul fiscal 2009, A/S Bevola deținea filiale și sedii permanente în diferite state membre ale Uniunii Europene. Avea, în special, un sediu permanent în Finlanda.

9. Sediul permanent din Finlanda și-a încetat activitatea în anul 2009, iar pierderile înregistrate de acesta, în cuantum de 2,8 milioane DKK, nu au putut fi imputate în Finlanda. În această situație, A/S Bevola a solicitat deducerea pierderilor din baza de impozitare a impozitului pe profit în Danemarca.

10. La 20 ianuarie 2014, prin decizia definitivă a Landsskatteretten (Comisia Fiscală Națională, Danemarca), autoritățile daneze s-au pronunțat în sensul că A/S Bevola nu avea dreptul la deducere întrucât articolul 8 alineatul (2) din Legea privind impozitul pe profit (astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 426 din 6 iunie 2005) nu permitea includerea în baza de impozitare nici a veniturilor, nici a cheltuielilor aferente unui sediu permanent situat într-un stat străin, cu excepția cazului în care societatea ar fi optat pentru beneficiul impozitării internaționale la nivel de grup prevăzut la articolul 31 A din aceeași lege.

11. A/S Bevola și Jens W. Trock ApS (denumite în continuare, împreună, „Bevola”) au atacat această decizie în fața Østre Landsret (Curtea de Apel a Regiunii de Est, Danemarca), susținând că deducerea ar fi fost posibilă dacă pierderile ar fi fost înregistrate de un sediu permanent danez și că această diferență de tratament reprezenta o restricție privind libertatea de stabilire garantată prin articolul 49 TFUE.

12. În aceste condiții, instanța de trimitere adresează următoarea întrebare preliminară:

„Articolul 49 TFUE se opune unui regim fiscal național precum cel în cauză în procedura principală, în temeiul căruia este posibil să se deducă pierderile succursalelor naționale, însă nu este posibil să se deducă pierderile succursalelor stabilite în alte state membre, nici măcar în condiții care corespund celor din Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțată în cauza Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punctele 55-56), cu excepția cazului în care grupul a optat pentru o impozitare internațională la nivel de grup în condițiile menționate în procedura principală?”

### III. Sinteza observațiilor părților

13. În opinia Bevola, o legislație națională care nu permite luarea în considerare, în calculul bazei de impozitare, a pierderilor înregistrate de un sediu permanent situat în alt stat membru poate descuraja o societate rezidentă să înființeze un astfel de sediu, ceea ce reprezintă un obstacol în calea libertății de stabilire, având în vedere că un sediu permanent rezident și un altul nerezident se află în situații comparabile în mod obiectiv.

14. Bevola adaugă că, deși jurisprudența recunoaște că o restricție privind libertatea de stabilire poate fi justificată de cerința menținerii coerenței fiscale a sistemului de impozitare, o astfel de posibilitate este condiționată de existența unei legături directe între avantajul fiscal și compensarea sa cu o sarcină determinată. Această legătură nu există atunci când sunt îndeplinite condițiile enunțate în Hotărârea Mark & Spencer, situație care se regăsește în prezenta cauză.

15. Potrivit interpretării Bevola, nu poate constitui o justificare nici menținerea unei repartizări echilibrate a competenței de impozitare. Nu este suficient ca dreptul național să confere contribuabilului opțiunea de a beneficia de impozitarea internațională la nivel de grup a tuturor societăților și sediilor permanente ale grupului pentru o perioadă de zece ani, întrucât acest sistem instituie condiții excesiv de disproporționate și limitative pentru aplicarea deducerii<sup>3</sup>. În plus, susține că Curtea a statuat că un regim național care restrânge libertatea de stabilire este incompatibil cu dreptul Uniunii chiar și în situația în care aplicarea sa este facultativă<sup>4</sup>.

16. După ce recunoaște că normele sale de impozitare la nivel de grup restrâng libertatea de stabilire, guvernul danez susține că această restrângere afectează situații care nu sunt comparabile în mod obiectiv și, în plus, este justificată de motive imperative de interes general.

17. Guvernul danez observă că, întrucât profiturile realizate de un sediu permanent al unei societăți daneze în alt stat membru nu sunt supuse competenței fiscale a Danemarcei, un sediu permanent al unei societăți daneze situat în Danemarca nu se află într-o situație comparabilă cu cea dintâi.

3 În susținerea tezei sale, invocă lucrările pregătitoare pentru legea națională, lucrări în care se recunoaște că grupurile de o anumită anvergură nu vor considera atractiv acest regim.

4 Citează Hotărârea din 18 martie 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, punctul 53).

18. Guvernul danez adaugă că reglementarea sa este susținută atât de necesitatea de a asigura o repartizare echilibrată a competenței de impozitare între statele membre, cât și de coerența regimului fiscal danez. Potrivit unei logici simetrice, dreptul societăților daneze de a deduce pierderile sediilor permanente în Danemarca reprezintă o consecință inerentă a competenței fiscale daneze asupra profiturilor generate de aceste sedii permanente, ceea ce nu se întâmplă în cazul sediilor permanente din alt stat membru.

19. În plus, restricția nu depășește obiectivele avute în vedere. Întrucât prevede posibilitatea unei societăți de a recurge la regimul impozitării internaționale la nivel de grup, sistemul diferă semnificativ de cel analizat în Hotărârea Marks & Spencer. Este cert că exercitarea acestei opțiuni include, pentru o perioadă de 10 ani, toate societățile, asocierile și alte entități ale grupului rezidente în străinătate, precum și toate sediile permanente și bunurile imobile din străinătate care aparțin unor societăți daneze sau străine impozitate la nivel de grup. Scopul acestei reglementări este de a împiedica societatea-mamă să aleagă în mod selectiv societățile sau sediile permanente care vor fi impozitate la nivel de grup, ceea ce ar duce în mod inevitabil la selectarea celor deficitare și la excluderea celor care realizează profit. În caz contrar, simetria dintre dreptul de a impozita profiturile și posibilitatea de a deduce pierderile ar fi grav compromisă. Nu este imaginabilă o soluție alternativă mai puțin restrictivă care să poată menține repartizarea echilibrată a competenței de impozitare între Danemarca și celelalte state membre. Pentru aceleași motive, este esențială o perioadă de aplicare obligatorie suficient de lungă.

20. În opinia guvernului danez, impozitare internațională la nivel de grup nu este o simplă formulare teoretică: numărul mic de grupuri transfrontaliere care au recurs la acest sistem poate fi explicat prin faptul că acestea nu îl consideră ca fiind regimul cel mai avantajos din punct de vedere fiscal.

21. În opinia guvernului austriac, atunci când se optează pentru impozitarea națională la nivel de grup, nici profiturile, nici pierderile sediilor permanente nerezidente nu sunt luate în considerare pentru stabilirea bazei de impozitare pentru impozitul prelevat în Danemarca, astfel încât situația unui sediu permanent situat în Finlanda nu este comparabilă în mod obiectiv cu cea a sediului permanent situat în Danemarca, ale cărui rezultate sunt integral impozitate în acest din urmă stat<sup>5</sup>. În schimb, în cadrul „impozitării internaționale la nivel de grup”, toate filialele și toate sediile permanente, rezidente și nerezidente, sunt tratate în același mod. În consecință, în niciunul dintre cele două cazuri nu există o diferență de tratament între situații comparabile în mod obiectiv.

22. Chiar dacă s-ar considera că situațiile sunt comparabile, diferența de tratament ar fi justificată de necesitatea garantării coerenței sistemului fiscal. Reglementarea daneză are ca scop garantarea simetriei dintre impozitarea profiturilor și deducerea pierderilor pentru a evita alegerea liberă de către contribuabil a statului membru în care să își declare profiturile sau pierderile. Urmând jurisprudența Curții<sup>6</sup>, această reglementare este coerentă întrucât, dacă profiturile care provin de la un sediu permanent situat în Finlanda nu pot fi luate în considerare în Danemarca, este logic ca nici pierderile sale să nu fie luate în considerare.

23. Guvernul austriac arată că dreptul danez permitea grupului de societăți din care face parte Bevola să includă pierderile în calculul bazei de impozitare recurgând la impozitarea internațională la nivel de grup. În consecință, nu ar exista pierderi definitive în sensul excepției Marks & Spencer, astfel că legislația daneză ar fi proporțională.

5 Invocă Hotărârea din 17 iulie 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, punctul 24).

6 În acest sens, invocă Hotărârea din 7 noiembrie 2013, *K* (C-322/11, EU:C:2013:716, punctul 51).

24. Guvernul italian susține, cu privire la „excepția Marks & Spencer”, că aceasta este aplicabilă numai în situația în care au fost epuizate toate posibilitățile de valorificare a pierderilor, situație care nu se regăsește în speță. Bevola poate deduce pierderile sediului său permanent din Finlanda, incluzându-le în baza de impozitare a societății-mamă a grupului, prin intermediul impozitării internaționale la nivel de grup. Pentru acest motiv, consideră că dispozițiile în litigiu nu restrâng libertatea de stabilire. Solicitarea Bevola de aplicare parțială, numai în cazul pierderilor, a regimului de impozitare internațională la nivel de grup, fără să fi optat pentru acesta, ar depăși limitele protecției libertății de stabilire și ar periclita coerența impozitării grupurilor internaționale.

25. Guvernul german a susținut în ședință că situațiile sediilor permanente rezidente și nerezidente nu erau comparabile, invocând în sprijinul susținerii sale Hotărârea Nordea Bank Danmark<sup>7</sup> și Hotărârea Timac Agro Deutschland<sup>8</sup>.

26. Comisia subliniază că, după cum a declarat în repetate rânduri Curtea<sup>9</sup>, situația unei societăți rezidente care are un sediu permanent în alt stat membru este comparabilă cu situația aceleiași societăți care are un sediu permanent în același stat membru. Curtea ar fi optat însă recent pentru o altă abordare, în Hotărârile Nordea Bank Danmark<sup>10</sup> și Timac Agro Deutschland<sup>11</sup>, invocând diferența de tratament.

27. Totuși, potrivit Comisiei, analiza diferenței de tratament este relevantă în situația în care trebuie să se stabilească dacă restricția este justificată. În caz contrar, s-ar ajunge la concluzia că două situații trebuie considerate diferite întrucât statul membru a decis să le trateze în mod diferit. În cele două situații examinate în prezentul litigiu, societățile urmăresc să beneficieze de deducerea pierderilor înregistrate de sediile lor permanente, astfel încât este vorba despre situații comparabile.

28. Dacă s-ar considera că diferența de tratament este justificată de motive imperative de interes general, ar trebui să se verifice de asemenea dacă nu depășește ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor urmărite. Curtea a statuat deja în Hotărârea Marks & Spencer că excluderea deducerii pierderilor unei filiale nerezidente care a epuizat posibilitățile de deducere existente în statul său de reședință este disproporționată, jurisprudență care, în temeiul Hotărârii Lidl Belgium<sup>12</sup>, poate fi extinsă la sediile permanente nerezidente ale societăților rezidente. Dacă pierderile sediului permanent finlandez al societății Bevola ar fi într-adevăr definitive, verificare ce revine în sarcina instanței naționale, autoritatea fiscală daneză este obligată să permită deducerea acestora.

29. Această obligație nu este diluată de existența regimului de impozitare fiscală internațională la nivel de grup, din moment ce această alternativă (prin intermediul căreia veniturile totale ale grupului în ansamblu sunt supuse impozitării daneze) a fost catalogată de însuși legiuitorul național ca fiind nerealistă pentru grupurile internaționale.

#### IV. Procedura în fața Curții

30. Ordonanța de trimitere preliminară a fost înregistrată la grefa Curții la 19 decembrie 2016.

<sup>7</sup> Hotărârea din 17 iulie 2014 (C-48/13, EU:C:2014:2087).

<sup>8</sup> Hotărârea din 17 decembrie 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

<sup>9</sup> Hotărârea din 6 septembrie 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, punctul 19), Hotărârea din 21 februarie 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punctul 35), și Hotărârea din 1 aprilie 2014, Felixstowe Dock and Railway Company și alții (C-80/12, EU:C:2014:200, punctul 26).

<sup>10</sup> Hotărârea din 17 iulie 2014 (C-48/13, EU:C:2014:2087).

<sup>11</sup> Hotărârea din 17 decembrie 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

<sup>12</sup> Hotărârea din 15 mai 2008 (C-414/06, EU:C:2008:278, punctul 51).

31. Au formulat observații scrise Bevola, guvernul austriac, guvernul italian și guvernul danez, precum și Comisia Europeană, care s-au prezentat în ședința publică din 25 octombrie 2017, la care a participat și guvernul german.

## V. Analiză

32. Instanța *a quo* consideră că, în mod incontestabil, situația de fapt cu privire la care trebuie să se pronunțe prezintă caracteristici similare situației din cauza Marks & Spencer și că hotărârea Curții din această din urmă cauză ar putea fi aplicabilă. Îndoielile sale privesc mai degrabă conformitatea normelor naționale cu această jurisprudență.

33. Această afirmație este esențială pentru a porni de la o premisă care a fost dezbătută în ședință. Potrivit guvernului danez, nu este clar dacă pierderile sediului permanent al Bevola din Finlanda pot fi calificate drept definitive în sensul punctului 55 din Hotărârea Marks & Spencer<sup>13</sup>. În orice caz, revine instanței de trimitere sarcina de a soluționa această controversă, întrucât numai ea dispune de elementele pertinente pentru a stabili dacă „[s-a] făcut efectiv dovada caracterului definitiv al pierderilor în discuție”<sup>14</sup>. Dacă, în final, pierderile nu ar avea acest caracter, întrebarea preliminară ar fi pur și simplu ipotetică și, prin urmare, inadmisibilă.

34. Cu riscul de a reitera noțiuni bine cunoscute de specialiștii în dreptul fiscal al societăților, vom reaminti că, în Hotărârea Marks & Spencer, Curtea a analizat compatibilitatea cu dreptul Uniunii a unei reglementări în temeiul căreia o societate-mamă rezidentă în Regatul Unit nu poate să deducă pierderile (definitive) ale filialelor sale nerezidente, stabilite în Belgia, în Franța și în Germania. Această deducere este însă permisă atunci când pierderile provin de la o filială rezidentă în Regatul Unit, în cadrul impozitării la nivel de grup.

35. Prin urmare, Curtea a stabilit o regulă generală și o excepție. Regula prevede că o legislație cu aceste caracteristici<sup>15</sup> „urmăre[ște] obiective legitime, compatibile cu tratatul și care constituie motive imperative de interes general și, pe de altă parte, sunt în măsură să garanteze realizarea obiectivelor menționate”<sup>16</sup>. Excepția, determinată de principiul proporționalității, este, pe scurt, în sensul că societatea-mamă va putea să deducă aceste pierderi atunci când au caracter definitiv, mai precis, atunci când societatea a epuizat posibilitățile prevăzute de dreptul național (al statului în care este stabilită filiala sa) pentru a le deduce<sup>17</sup>.

13 Se pare că ar exista anumite îndoieli privind eventualul caracter recuperabil al pierderilor, conform legislației finlandeze, în exerciții financiare viitoare în cazul în care s-ar redeschide sediul permanent al Bevola din acel stat. Totuși, Bevola neagă această posibilitate.

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

15 Hotărârea Marks & Spencer, punctul 27: „[...] legislația unui stat membru care exclude posibilitatea ca o societate-mamă rezidentă să deducă din profitul său impozabil pierderi înregistrate în alt stat membru de o filială stabilită pe teritoriul acestuia, în vreme ce aceasta acordă o astfel de posibilitate pentru pierderi înregistrate de o filială rezidentă”.

16 *Ibidem*, punctul 51

17 *Ibidem*, punctul 55: „[M]ăsura restrictivă în discuție în litigiul principal depășește ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor esențiale urmărite într-o situație în care: – filiala nerezidentă a epuizat posibilitățile de luare în considerare a pierderilor care există în statul său de reședință, pentru exercițiul fiscal care face obiectul cererii de degrevare, precum și pentru exercițiile fiscale anterioare, după caz, prin intermediul unui transfer al acestor pierderi unui terț sau prin deducerea pierderilor respective din profiturile realizate de filială în cursul exercițiilor anterioare și – nu există posibilitatea ca pierderile filialei străine să poată fi luate în considerare în statul său de reședință pentru exercițiile fiscale viitoare, fie de aceasta, fie de un terț, în special în cazul în care filiala este cesionată terțului”.

36. Așa-numita „excepție Marks & Spencer” a dat naștere unei controverse aproape fără sfârșit<sup>18</sup> și a fost testată în repetate rânduri. Deși Curtea i-a delimitat domeniul de aplicare în hotărâri ulterioare<sup>19</sup>, a menținut-o cu orice preț, după cum confirmă Hotărârea (Marea Cameră) din 3 februarie 2015<sup>20</sup>.

37. În opinia noastră, această modalitate de a proceda a Curții nu numai că este conformă criteriului *stare decisis*, ci răspunde și unui principiu solid de justiție fiscală care leagă stabilirea impozitelor de capacitatea fiscală<sup>21</sup>. Dacă un impozit grevează profiturile unei persoane juridice dintr-un anumit exercițiu fiscal, este logic că, pentru calculul acestora, nu pot fi ignorate pierderile pe care le-a înregistrat, întrucât capacitatea economică a contribuabilului (mai concret, capacitatea sa contributivă) s-a diminuat în aceeași măsură.

38. Atunci când, într-un context transfrontalier, au fost epuizate toate posibilitățile de a lua în considerare pierderile în statul în care este stabilită filiala, nu acesta este motivul pentru care rămâne neafectată capacitatea economică a societății-mamă, care se diminuează în mod cert. Astfel, principiul din Hotărârea Marks & Spencer (pierderile definitive trebuie să poată fi luate în considerare *undeva*) asigură adecvarea sarcinii fiscale la capacitatea economică reală a contribuabilului care a înregistrat pierderile.

39. Așadar, în opinia noastră, este corect punctul de vedere adoptat de instanța de trimitere, care presupune aplicabilitatea excepției Marks & Spencer ca punct de plecare pentru evaluarea compatibilității dreptului său național cu dreptul Uniunii.

40. Or, în speță sunt prezente două situații particulare, care nu au fost analizate în Hotărârea Marks & Spencer. Pe de o parte, pierderile a căror deducere este solicitată în Danemarca nu provin de la o filială, ci de la un sediu permanent nerezident în acest stat. Pe de altă parte, regimul fiscal danez nu exclude complet deductibilitatea acestor pierderi, pe care o acceptă dacă societatea rezidentă optează pentru sistemul de impozitare internațională la nivel de grup. Aceste două chestiuni necesită o analiză separată.

#### ***A. Cu privire la asimilarea filialelor cu sediile permanente nerezidente și a sediilor permanente rezidente cu cele nerezidente în sensul excepției Marks & Spencer***

41. Diferența esențială dintre o filială și un sediu permanent rezidă în personalitatea juridică a primei, de care sediile permanente sunt lipsite. Acestea din urmă sunt simple instrumente integrate în structura societății care le creează și le utilizează pentru activitățile proprii, sub diferite forme (agenții, sucursale și altele). O societate poate deschide un sediu permanent chiar în statul său de rezidență sau în alt stat membru, iar libertatea sa de a opta pentru una dintre cele două variante nu trebuie să fie limitată, în principiu, nici prin măsuri fiscale (articolul 49 TFUE).

18 În Concluziile prezentate la 3 februarie 2015 în cauza C-172/13, Comisia/Regatul Unit (EU:C:2014:2321), avocatul general Kokot sublinia că, până la acea dată „exist[au] 142 de publicații de doctrină care tratează în mod direct hotărârea menționată”.

19 A se vedea printre alții Danish, M., „What remains of the Marks & Spencer exception for final losses? – Examining the impact of Commission v. United Kingdom (Case C-172/13)”, *European taxation*, Amsterdam, vol. 55 (2015), nr. 9, p. 417-422, Cerioni, L., „The never-ending issue of cross-border loss compensation within the EU: reconciling balanced allocation of taxing rights and cross-border ability-to-pay”, *EC tax review*, Alphen aan den Rijn, vol. 24 (2015), nr. 5, p. 268-280, Lang, M., „Has the case law of the ECJ on final losses reached the end of the line?”, *European taxation*, Amsterdam, vol. 54 (2014), nr. 12, p. 530-540, Pinetz, E., și Spies, K., „«Final losses» after the decision in Commission v. UK («Marks & Spencer II»)”, *EC tax review*, Alphen aan den Rijn, vol. 24 (2015), nr. 6, p. 309-329.

20 Cauza C-172/13, Comisia/Regatul Unit (EU:C:2015:50).

21 Comisia a insistat în cadrul ședinței pe acest aspect, în mod corect, în opinia noastră.

42. În scop fiscal, faptul că sediul permanent și societatea care îl creează au domiciliul în același stat elimină orice problemă privind întinderea competenței acestui (unic) stat de a impozita profiturile lor. Dintr-o perspectivă pur națională, un sediu permanent este inclus în patrimoniul persoanei juridice care îl folosește pentru desfășurarea activității sale. Din punct de vedere fiscal, pierderile sau profiturile sediului permanent sunt atribuite în mod direct și imediat rezultatelor societății proprietare, tot în statul de rezidență.

43. Dimpotrivă, nu se procedează astfel dacă sediul permanent se află într-un stat diferit de cel al societății care l-a înființat. În acest context, sediile permanente pot fi tratate drept entități fiscale autonome, conform practicii juridice internaționale care se reflectă în modelul de convenție fiscală elaborat de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE), în special în articolele 5 și 7<sup>22</sup>.

44. Potrivit acestei abordări, rezultatele obținute de sediul permanent vor intra, în mod normal, în sfera competenței de impozitare a statului în care este stabilit respectivul sediu, fără a fi imputate societății fondatoare care este stabilită în statul *de origine*, cu excepția cazului în care există un mecanism legal sau convențional de exonerare. În prezenta cauză se regăsește acest ultim caz, întrucât, după cum vom expune în continuare, legiuitorul danez nu ezită să impoziteze sediile permanente ale societăților daneze situate în Finlanda (în cadrul sistemului de impozitare comună).

45. Criteriile evidențiate în Hotărârea Marks & Spencer au fost elaborate pe baza binomului societate-mamă/societăți filiale. Totuși, Curtea le-a aplicat ulterior și în Hotărârea Lidl Belgium<sup>23</sup>, în cazul pierderilor înregistrate de sediile permanente nerezidente care puteau fi deduse de societatea principală în condițiile din cuprinsul punctului 55 din Hotărârea Marks & Spencer.

46. În acest sens, asimilarea filialelor cu sediile permanente, astfel cum a fost reținută (în mod implicit, însă decisiv) în anul 2008 în Hotărârea Lidl Belgium<sup>24</sup>, a fost, la rândul său, nuanțată în anul 2010 de Hotărârea X Holding<sup>25</sup>. Este posibil ca neconcordanța dintre aceste două hotărâri să fie cauzată de un element contestat<sup>26</sup> din aprecierea caracterului comparabil al situațiilor în materie fiscală, polemici care reprezintă o fază a procesului de clarificare a conformității unei restricții fiscale privind libertatea de stabilire cu dreptul Uniunii.

47. În Hotărârea X Holding, Curtea a statuat că „sediile permanente situate în alt stat membru și filialele nerezidente nu se găsesc, așadar, într-o situație comparabilă în ceea ce privește repartizarea competenței de impozitare, astfel cum rezultă aceasta dintr-o convenție precum Convenția pentru evitarea dublei impuneri și mai ales din cuprinsul articolului 7 alineatul 1 și al articolului 23 alineatul 2 din convenție”<sup>27</sup>. Așadar, s-a pus accentul nu pe comparabilitatea *in abstracto* a situațiilor, ci în raport cu norma fiscală (națională sau convențională) care le ia în considerare.

22 Curtea a avut ocazia să declare că, în ceea ce privește repartizarea competenței de impozitare, este rezonabil ca statele membre să se inspire din practica internațională și în special din modelele de convenții elaborate de OCDE. A se vedea Hotărârea din 12 mai 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, punctul 31), și Hotărârea din 23 februarie 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, punctul 48).

23 Hotărârea din 15 mai 2008 (C-414/06, EU:C:2008:278). Prin intermediul întrebării formulate, instanța de trimitere solicita să se clarifice „dacă articolele 43 CE și 56 CE se opun unui regim fiscal național care exclude posibilitatea ca o societate rezidentă, la data stabilirii rezultatului financiar și a calculării venitului impozabil, să invoce pierderile înregistrate într-un alt stat membru de un sediu permanent care îi aparține, în timp ce același regim fiscal conferă o astfel de posibilitate în cazul pierderilor înregistrate de un sediu permanent rezident”.

24 Hotărârea din 15 mai 2008 (C-414/06, EU:C:2008:278).

25 Hotărârea din 25 februarie 2010 (C-337/08, EU:C:2010:89).

26 Dorim să reamintim că avocatul general Kokot a propus, în Concluziile prezentate în cauza Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:153), abandonarea metodei „tradiționale” de analiză, în baza căreia trebuie „să se examineze mai întâi aspectul dacă societățile care au o sucursală națională se află într-o situație comparabilă în mod obiectiv cu cea a societăților care au o sucursală într-un alt stat membru, [...] ținând cont de obiectivul urmărit de dispozițiile naționale în cauză”. În Hotărârea din 17 iulie 2014 pronunțată în respectiva cauză (EU:C:2014:2087), Curtea nu a acceptat această propunere și a apreciat, așadar, în continuare caracterul comparabil al situațiilor fiscale (internă și transfrontalieră) în lumina finalității dispoziției naționale care a introdus restrângerea libertății de stabilire.

27 Hotărârea din 25 februarie 2010 (C-337/08, EU:C:2010:89, punctul 38); sublinierea noastră.

48. Aceeași abordare este aplicabilă și binomului sediu permanent rezident/sediu permanent nerezident. Este ceea ce reiese din Hotărârea din 17 iulie 2014, *Nordea Bank Danmark*<sup>28</sup>, în care s-a analizat sistemul de reintegrare a pierderilor unui sediu permanent nerezident în cadrul legislației daneze (anterioară celei analizate în prezenta cauză) privind profiturile societăților rezidente.

49. În această hotărâre, Curtea a statuat că, „[î]n ceea ce privește comparabilitatea situațiilor”, „în principiu”, sediile permanente situate în alt stat membru și sediile permanente rezidente nu sunt asimilabile „din perspectiva măsurilor prevăzute de un stat membru în vederea prevenirii sau a atenuării dublei impunerii a profitului unei societăți rezidente”. În continuare, a susținut totuși că, „supunând impozitului danez profitul sediilor permanente situate în Finlanda, în Suedia și în Norvegia, Regatul Danemarcei le-a asimilat pe acestea din urmă sediilor permanente rezidente în ceea ce privește deducerea pierderilor (a se vedea prin analogie Hotărârea *Denkavit Internationaal* și *Denkavit France*, C-170/05, EU:C:2006:783, punctele 34 și 35)”<sup>29</sup>.

50. În Hotărârea *Timac Agro Deutschland*<sup>30</sup> pronunțată ulterior, Curtea a confirmat lipsa comparabilității, în principiu, a sediilor permanente rezidente și a sediilor permanente nerezidente, pe linia Hotărârii *Nordea Bank Danmark*<sup>31</sup>, citând punctul 24 din aceasta. Totuși, a adăugat imediat că, având în vedere că legislația germană aplicabilă la acea dată asimilase ambele categorii de sedii permanente, „[î]n aceste condiții, situația unei societăți rezidente care are un sediu permanent situat în Austria este, așadar, comparabilă cu cea a unei societăți rezidente care are un sediu permanent situat în Germania”<sup>32</sup>.

51. Această serie de hotărâri evidențiază că este dificil să se stabilească dacă există de fapt criterii sigure care să indice că societățile-mamă, filialele și sediile permanente se află în situații comparabile în mod obiectiv, în funcție de rezidența sau nerezidența într-un stat membru. Cazuistica inevitabilă prin care Curtea a fost nevoită să treacă, având în vedere lipsa unor norme pozitive în această materie (pe lângă articolul 49 TFUE), poate da naștere unui sentiment de disconfort, chiar de incertitudine<sup>33</sup>, unui jurist care aspiră la soluții previzibile. Această situație nu este însă suficientă pentru omiterea analizei comparabilității obiective a situațiilor, la care Curtea recurge în mod repetat.

52. Două concluzii pot fi deduse din cele expuse anterior. Prima este în sensul că, în general, tratamentul fiscal al sediilor permanente nerezidente și al filialelor străine trebuie asimilat în ceea ce privește deducerea pierderilor definitive care nu pot fi luate în considerare în statul în care este stabilit sediul permanent, astfel cum s-a statuat în Hotărârea *Lidl Belgium*<sup>34</sup>.

53. În opinia noastră, acest criteriu corespunde în cea mai mare măsură cu principiul pe care se întemeiază Directiva 2011/96/UE<sup>35</sup>, care, în considerentul (9), enunță că „[r]epartizarea profitului către un sediu permanent al societății-mamă și încasarea lui de către aceasta ar trebui să determine aplicarea aceluiași tratament cu cel care se aplică între o filială și societatea mamă”. Suntem de părere că egalitatea de tratament astfel afirmată pentru repartizarea profitului poate fi extrapolată la cazul pierderilor generate de sediul permanent, astfel încât sediile permanente trebuie să fie asimilate filialelor în aceste scopuri specifice.

28 Cauza C-48/13 (EU:C:2014:2087).

29 *Ibidem*, punctul 24.

30 Hotărârea din 17 decembrie 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829, punctul 27).

31 Cauza C-48/13 (EU:C:2014:2087).

32 Hotărârea din 17 decembrie 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, punctul 28).

33 Probabil pentru acest motiv, ordonanța de trimitere transcrie afirmațiile din Propunerea de lege nr. 121 [*Folketingstidende* (Buletinul parlamentar danez) 2004/2005] conform cărora „[e]ste deosebit de dificil să se stabilească dacă normele propuse vor conduce la o limitare contrară normelor de drept al Uniunii”.

34 Hotărârea din 15 mai 2008 (C-414/06, EU:C:2008:278).

35 Directiva Consiliului din 30 noiembrie 2011 privind regimul fiscal comun care se aplică societăților-mamă și filialelor acestora din diferite state membre (JO 2011, L 345, p. 8).

54. Dacă nu ne înșelăm, acest criteriu confirmă soluția adoptată de Directiva (UE) 2016/1164<sup>36</sup> pentru a combate evitarea obligațiilor fiscale pe piața internă. În pofida faptului că nu este aplicabilă *ratione temporis* prezentei cereri de decizie preliminară, directiva menționată clarifică această chestiune prin faptul că prevede în considerentul (4) și în special la articolul 7 aplicarea acelorași reguli fiscale entităților și „sediilor permanente ale societăților supuse impozitării care pot fi situate într-un alt stat membru (alte state membre)”.

55. De asemenea, potrivit ordonanței de trimitere, Danemarca echivalează tratamentul aplicat sediilor permanente nerezidente cu cel aplicat filialelor nerezidente: făcând referire la impozitarea internațională la nivel de grup, articolul 31 A din Legea privind impozitul pe profit tratează în mod similar „societățile [...] nerezidente din cadrul grupului” și „toate sediile permanente și bunurile imobile situate în afara Danemarcei care aparțin acestor societăți [...] care fac obiectul impozitării comune”.

56. Cea de a doua concluzie privește comparabilitatea obiectivă a sediilor permanente rezidente și a sediilor permanente nerezidente. O mare parte a dezbaterii s-a referit la acest aspect, atât în faza scrisă, cât și în special în faza orală. Față de reticențele Comisiei<sup>37</sup> cu privire la *soluția* adoptată de Curte în Hotărârile Nordea Bank Danmark<sup>38</sup> și Timac Agro Deutschland<sup>39</sup>, majoritatea guvernelor care au intervenit în prezenta cerere de decizie preliminară sunt în favoarea aplicării sale pur și simplu, ceea ce ar însemna că situația sediului permanent al Bevola din Finlanda nu poate fi comparată cu cea a unui sediu permanent din Danemarca.

57. Nu considerăm însă că aplicarea acestor două hotărâri în prezenta cauză conduce în mod necesar la respingerea comparabilității obiective în discuție. Pe de o parte, pierderile analizate în hotărârile respective aveau, ca să zicem așa, un caracter recurent, mai precis, rezultau în fiecare an, ceea ce stimula alegerea selectivă a perioadelor mai favorabile; dimpotrivă, sediul permanent al Bevola înregistrează unele pierderi chiar în ultimul său exercițiu financiar, acela în care a fost închis. Acest factor, aparent irelevant, este însă relevant, după cum vom explica în continuare. Pe de altă parte, dacă aprecierea comparabilității trebuie privită în raport cu conținutul și cu obiectivul legislației naționale în materie, se impune luarea în considerare a expunerii regimului intern din ordonanța de trimitere.

58. În cazul în care un sediu permanent produce pierderi și se decide încetarea activității sale prin închiderea sediului, activele vor fi vândute, creanțele vor fi realizate și datoriile achitate, rezultând astfel un sold (soldul lichidării). Pierderile sediului permanent rezident rezultate din această închidere, reflectate în soldul lichidării, sunt transferate direct societății căreia îi aparține sediul permanent. În schimb, aceleași pierderi definitive<sup>40</sup>, dacă sunt ale unui sediu permanent nerezident, nu sunt transferabile niciunei entități din statul în care se află. În consecință, dacă nu pot fi incluse în baza de impozitare a societății fondatoare, aceste pierderi vor rămâne *în gol*.

59. Aceasta este ipoteza avută în vedere de excepția Marks & Spencer, aplicarea sa fiind justificată în special în situația în care pierderile definitive ale sediului permanent nerezident presupun un prejudiciu patrimonial pentru societatea titulară, care corespunde unei reduceri a capacității sale economice și, în final, a capacității sale contributive. Prin urmare, în ipoteza pierderilor legate de

36 Directiva Consiliului din 12 iulie 2016 de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care au incidență directă asupra funcționării pieței interne (JO 2016, L 193, p. 1).

37 În cadrul ședinței, Comisia a nuanțat aceste reticențe, subliniind că în realitate se refereau la punctul 24 din Hotărârea din 17 iulie 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), reiterat la punctul 65 din Hotărârea din 17 decembrie 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829). Comisia dorește să evite o situație în care lecturarea acestor pasaje poate induce ideea că, pentru a nega comparabilitatea obiectivă a situațiilor sediilor permanente rezidente și nerezidente, este suficient ca un stat să nu le trateze în același mod, indiferent de circumstanțe.

38 Hotărârea din 17 iulie 2014 (C-48/13, EU:C:2014:2087).

39 Hotărârea din 17 decembrie 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

40 La care Hotărârea Marks & Spencer face referire la punctul 55.

închiderea definitivă a unui sediu permanent, analiza comparabilității obiective a situațiilor nu poate pierde din vedere acest factor. Situația unui sediu permanent rezident și cea a unui sediu permanent nerezident, ambele cu pierderi definitive, sunt comparabile tocmai din această cauză, din perspectiva respectării principiului capacității contributive a societății mamă.

60. Nu considerăm că această abordare este contrară Hotărârilor Nordea Bank Danmark<sup>41</sup> și Timac Agro Deutschland<sup>42</sup>. În ambele hotărâri, comparabilitatea dintre sediile permanente rezidente și cele nerezidente se întemeiază pe existența unor norme din care rezultă o legătură a sediului permanent nerezident cu autoritatea fiscală a statului în care se afla societatea de care depinde. Or în prezenta cauză, această legătură apare ca o consecință a unei pierderi definitive, care trebuie să fie imputată societății care a suferit un prejudiciu financiar din cauza ei, pentru ca sarcinile sale fiscale să fie ajustate în funcție de capacitatea sa contributivă reală.

61. În ceea ce privește regimul de impozitare internațională la nivel de grup, legea daneză nu pare să aibă ca scop „prevenir[ea] sau [...] aten[uarea] dublei impuneri a profitului unei societăți rezidente”, spre deosebire de situația din Hotărârile Nordea Bank Danmark<sup>43</sup> și Timac Agro Deutschland<sup>44</sup>. De asemenea, mecanismul respectiv putea să dea naștere unui fenomen de dublă impunere, întrucât Danemarca își arogă, în articolul 31 A din Legea privind impozitul pe profit, competența de impozitare a rezultatelor „tuturor” filialelor nerezidente și ale „tuturor” sediilor permanente nerezidente, atunci când și unele și altele aparțin unor societăți-mamă rezidente în Danemarca.

62. Această ultimă împrejurare contribuie, în opinia noastră, la faptul că în prezenta cauză analiza comparabilității trebuie să rețină echivalența dintre sediile permanente rezidente și sediile permanente nerezidente. Dacă legislația daneză include în competența sa de impozitare, echivalându-le, rezultatele obținute de ambele, în sensul impozitării internaționale la nivel de grup (articolul 31 A din Legea privind impozitul pe profit), în aceeași măsură supune „impozitului danez profitul sediilor permanente situate în Finlanda” și astfel „le asimilează pe acestea din urmă sediilor permanente rezidente [în Danemarca]”. Tocmai acesta a fost criteriul de comparabilitate obiectivă a situațiilor aplicat de Curte în Hotărârea Nordea Bank Danmark<sup>45</sup>.

63. Așadar, se poate garanta că, în contextul normativ al acestui litigiu, pierderile definitive ale unui sediu permanent nerezident în Danemarca, cauzate în anul în care a avut loc închiderea sa și care sunt nerecuperabile în Finlanda, se asimilează pierderilor unui sediu permanent rezident în Danemarca atunci când societatea titulară a celor două sedii este stabilită în acest din urmă stat.

### ***B. Cu privire la incidența regimului danez de „impozitare internațională la nivel de grup” în aplicarea „excepției Marks & Spencer”***

64. O diferență de tratament fiscal în statul societății-mamă între filiale și sedii permanente rezidente și nerezidente poate constitui un obstacol în calea exercitării libertății de stabilire întrucât o descurajează să înființeze filiale sau sedii permanente în alte state membre. Așadar, dispoziția aplicabilă din TFUE este articolul 49 și această diferență de tratament între rezidenți și nerezidenți implică, în principiu, o restricție privind libertatea consacrată în acesta.

41 Hotărârea din 17 iulie 2014 (C-48/13, EU:C:2014:2087).

42 Hotărârea din 17 decembrie 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

43 Hotărârea din 17 iulie 2014 (C-48/13, EU:C:2014:2087).

44 Hotărârea din 17 decembrie 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

45 Hotărârea din 17 iulie 2014 (C-48/13, EU:C:2014:2087, punctul 24).

65. Curtea a examinat problemele pe care le ridică normele anumitor state membre care permit societăților rezidente ale grupului să recurgă la regimul de impozitare la nivel de grup, însă exclud societățile nerezidente cu privire la care nu își exercită competența de impozitare. În acest context, o filială nerezidentă a grupului nu își poate transfera pierderile către societatea-mamă rezidentă întrucât tocmai legislația națională îi interzice integrarea în grupul consolidat<sup>46</sup>. În speța care face obiectul prezentei trimiteri preliminare are loc același fenomen, chiar dacă în cazul unor sedii permanente.

66. Hotărârea Marks & Spencer ar contribui la soluționarea problemei fără dificultăți deosebite, după compararea filialelor și a sediilor permanente nerezidente. Așa cum am subliniat deja atunci când am evocat afirmațiile instanței *a quo*, trebuie să se prezume că, în prezenta cauză, situația este paralelă cu cea analizată în respectiva hotărâre, și anume că se referă la un sediu permanent din Finlanda ale cărui pierderi nerecuperabile (definitive) din acest stat nu sunt deductibile din rezultatele societății-mamă daneze, prin aplicarea sistemului național de impozitare la nivel de grup.

67. Factorul distinctiv este acela că legislația daneză:

- pe de o parte, reglementează sistemul de „impozitare națională la nivel de grup”, în temeiul căruia impozitul pe profit datorat de întregul grup (care include rezultatele societăților rezidente, ale sediilor permanente și ale bunurilor imobile ale societăților daneze situate în Danemarca) se achită în regim de impozitare la nivel de grup;
- pe de altă parte, prevede opțiunea de a recurge la sistemul de „impozitare internațională la nivel de grup”, care se va aplica rezultatelor societăților din grup, atât daneze, cât și străine, precum și ale tuturor sediilor permanente din străinătate pe o perioadă de minimum zece ani.

68. Pentru autoritățile fiscale din Danemarca (și din alte state membre care intervin în susținerea sa), acest din urmă sistem permite deducerea integrală a pierderilor definitive ale sediilor permanente nerezidente. Așadar, regimul fiscal danez nu ar crea un obstacol în calea libertății de stabilire, în sensul Hotărârii Marks & Spencer, întrucât societățile daneze ar mai putea încă să opteze pentru sistemul de impozitare internațională la nivel de grup.

69. În dezvoltarea argumentelor din Hotărârea Marks & Spencer s-a pus accentul pe caracterul disproporționat al unei dispoziții interne care, în cele din urmă, ar avea ca efect lipsa oricărei posibilități de recuperare a pierderilor filialei nerezidente. Aplicând acest criteriu, instanța de trimitere va trebui să se asigure în mod special, după cum am reiterat, de circumstanțele în care a avut loc imposibilitatea invocată de deducere în Finlanda a pierderilor generate de sediul permanent al Bevola în statul respectiv.

70. Dacă această premisă s-ar confirma, excepția Marks & Spencer ar fi aplicabilă, iar balanța ar înclina în sensul încălcării nejustificate a libertății de stabilire, întrucât nu ar fi posibilă deducerea pierderilor definitive ale sediului permanent finlandez.

71. Pentru a contracara această deducere, este suficient ca legislația daneză să ofere societăților sale rezidente posibilitatea de a recurge la sistemul de impozitare internațională la nivel de grup, cu posibilitatea ulterioară de a deduce, în cadrul acestei formule, pierderile definitive ale filialelor și ale sediilor permanente nerezidente?

<sup>46</sup> Hotărârea Marks & Spencer, punctele 22 și 24, Hotărârea din 25 februarie 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, punctele 18 și 19), Hotărârea din 2 septembrie 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, punctele 18 și 19), și Hotărârea din 6 octombrie 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661, punctele 27 și 28).

72. În mod logic, soluția depinde de modul în care a fost prevăzut acest sistem. În principiu, ar putea atât să fie rezonabil, cât și să implice o restricție inadmisibilă privind libertatea de stabilire. În opinia noastră, analiza acestei soluții trebuie să fie orientată în două direcții: a) cea privind extinderea subiectivă a impozitării internaționale la nivel de grup (concret, vocația sa de a include toate societățile și toate sediile permanente ale grupului) și b) cea privind orizontul temporal al aplicabilității acestui sistem de impozitare.

73. Din prima perspectivă, dispoziția daneză pare să răspundă unei preocupări împărtășite de Curte în această materie. În Hotărârea X Holding<sup>47</sup>, Curtea a reținut, cu titlu de exemplu, că „a conferi societăților un drept de opțiune în ceea ce privește luarea în calcul a pierderilor lor în statul membru unde sunt stabilite sau într-un alt stat membru ar afecta în mod semnificativ repartizarea echilibrată a competenței de impozitare între statele membre, baza de impozitare sporind în primul stat membru și diminuându-se în cel de al doilea până la concurența pierderilor transferate (a se vedea Hotărârile citate anterior Marks & Spencer, punctul 46, Oy AA, punctul 55, și Lidl Belgium, punctul 32)”.

74. În acel caz, reflectarea regimului fiscal național cu privire la filialele nerezidente autoriza societățile-mamă să efectueze o alegere selectivă, incompatibilă cu menținerea unei repartizări echilibrate a competenței de impozitare între statele membre<sup>48</sup>. Intenția de a evita această consecință se observă în propunerea de lege daneză prin care se modifică impozitul pe profit, reproducă (parțial) în ordonanța de trimitere: „în caz contrar, societățile ar putea să evite impozitarea în Danemarca pur și simplu permițând ca activitățile care înregistrează pierderi să fie desfășurate de sucursale străine, iar activitățile generatoare de profit să fie desfășurate de societăți care nu sunt supuse impozitării în Danemarca”<sup>49</sup>.

75. Un sistem fiscal care permite consolidarea, în acești termeni, însă nu lasă nicio posibilitate de alegere pentru delimitarea „perimetrului impozitării la nivel de grup”, întrucât impune ca *toate* societățile și *toate* sediile permanente ale grupului să fie impozitate la nivel de grup, cu siguranță împiedică societatea-mamă să aleagă, în mod arbitrar, pe care dintre rezultatele entităților nerezidente dorește să le consolideze, cu riscuri pentru integritatea bazei de impozitare. De asemenea, din acest punct de vedere, asimilează grupurile internaționale celor naționale, supunându-le aceleași reglementări, și contribuie la garantarea coerenței sistemului fiscal, asigurând simetria impozitării profiturilor și a deducerii pierderilor.

76. Totuși, într-un caz precum cel în discuție, riscul unei alegeri selective este minim. Se impune să reamintim că este vorba despre ultimul exercițiu din activitatea sediului permanent al Bevola din Finlanda, și anume, anul în care a avut loc închiderea sa. Așadar, nu este o situație echivalentă în mod automat celor în care societatea-mamă care deține filiale sau sedii permanente nerezidente, a căror continuitate nu este pusă la îndoială, decide atunci când consideră de cuviință să deducă pierderile înregistrate de acestea.

77. Având în vedere cele de mai sus, apreciem că soluția aleasă de legiuitorul danez pentru contrabalansarea excepției Marks & Spencer este prea împovărătoare pentru întreprinderile care, sub protecția articolului 49 TFUE, doresc să își folosească libertatea de stabilire în alte state membre. Faptul că sistemul se aplică opțional nu anulează caracterul său excesiv de restrictiv și nici o eventuală incompatibilitate cu dreptul Uniunii<sup>50</sup>.

47 Hotărârea din 25 februarie 2010 (C-337/08, EU:C:2010:89, punctul 29).

48 La punctul 32 din această hotărâre, Curtea adaugă că, „[i]ntrucât în acest fel se poate modifica perimetrul entității fiscale, a admite posibilitatea de a include în cadrul entității o filială nerezidentă ar avea drept consecință să permită societății-mamă să aleagă liber statul membru în care să deducă pierderile acestei filiale (a se vedea în acest sens Hotărârile citate anterior Oy AA, punctul 56, și Lidl Belgium, punctul 34)”.

49 Propunerea de lege nr. 121 [*Folketingstidende* (Buletinul parlamentar danez) 2004/2005], anexa A, coloana 4946, punctul 10.

50 Hotărârea din 18 martie 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148): „[...] un regim național restrictiv în ceea ce privește libertatea de stabilire rămâne totodată incompatibil cu dreptul Uniunii, chiar și atunci când aplicarea sa ar fi facultativă” (punctul 53). Deși litigiul respectiv era plasat într-un context diferit de cel analizat în prezenta cauză, validitatea principiului afirmat în hotărârea citată depășește circumstanțele specifice ale litigiului soluționat cu acea ocazie.

78. În opinia noastră, de fapt, regimul în cauză nu este din start realist, cel puțin pentru grupurile daneze de societăți care își desfășoară activitatea la scară mondială (sau, cel puțin, care dețin filiale și sedii permanente în mai multe țări). Legiuitorul național a recunoscut acest lucru, cu o franchețe de apreciat, în observațiile anexate la propunerea de lege<sup>51</sup>. Este cert că niciun principiu nu obligă un stat membru să își adapteze legislația la interesele grupurilor de societăți. Totuși, se impune protejarea aplicării articolului 49 TFUE (în acest caz, a consecințelor sale cu privire la pierderile definitive, astfel cum au fost enunțate în Hotărârea Marks & Spencer) prin soluții normative care, deși inspirate din combaterea evitării obligațiilor fiscale prin intermediul unor construcții artificiale, să nu facă imposibilă în practică respectiva deducere, indiferent de dimensiunea economică a grupului, în situația în care există temeiuri legitime pentru deducerea pierderilor definitive. În caz contrar, nu s-ar respecta echilibrul dintre capacitatea contributivă și impozitul exigibil efectiv.

79. Din cea de a doua perspectivă, termenul minim de zece ani de aplicare a regimului de impozitare internațională la nivel de grup este de asemenea disproporționat, devenind un obstacol important sau nejustificat pentru exercitarea opțiunii. Având în vedere situațiile care pot afecta structura grupului (transferuri sau transformări, mai mult sau mai puțin semnificative, ale entităților care fac parte din grup), considerăm că argumentele invocate de guvernul danez privind necesitatea de a stabili un termen atât de lung pentru evitarea alegerii selective nu sunt convingătoare. Cu titlu de exemplu, comportamentul nedorit care se încearcă a fi combătut (alegerea perioadelor în care grupul înregistrează pierderi globale și excluderea exercițiilor în care are profituri) ar putea fi evitat solicitând ca opțiunea pentru impozitarea internațională la nivel de grup să fie exprimată anterior exercițiului pentru care se va aplica, fără a impune un termen de aplicare atât de lung și care este nerealist având în vedere durata de viață a societăților.

80. Este cert că jurisprudența a precizat că „statele membre au libertatea de a adopta sau de a menține norme care au ca obiectiv specific excluderea de la un avantaj fiscal a aranjamentelor pur artificiale, al căror scop ar fi eludarea sau sustragerea de la legea fiscală națională”, însă a arătat și că „deși fiscalitatea directă ține de competența statelor membre, acestea din urmă trebuie totuși să își exercite competența în conformitate cu dreptul comunitar”<sup>52</sup>, ceea ce este aplicabil și în cazul principiului proporționalității în aplicarea normelor naționale respective.

81. Pe scurt, considerăm că regimul de „impozitare internațională la nivel de grup” prevăzut de legislația daneză nu respectă principiul proporționalității întrucât, în situații cum este cea din speță, împiedică societățile daneze să își deducă pierderile definitive, în sensul punctului 55 din Hotărârea Marks & Spencer, care au fost înregistrate de sediul său permanent situat în Finlanda.

## VI. Concluzie

82. Având în vedere cele de mai sus, propunem Curții să răspundă la întrebarea preliminară adresată de Østre Landsret (Curtea de Apel a Regiunii de Est, Danemarca) după cum urmează:

„În condiții asemănătoare cu cele examinate în Hotărârea Curții de Justiție din 13 decembrie 2005, Marks & Spencer, articolul 49 TFUE se opune unei dispoziții a unui stat membru în temeiul căreia o societate rezidentă în respectivul stat poate deduce din baza de impozitare a impozitului pe profit pierderile unui sediu permanent național, însă nu și pierderile unui sediu permanent situat într-un alt stat membru, în care în definitiv nu pot fi luate în considerare.

51 „În practică, probabil cel puțin marile grupuri internaționale, atât din motive financiare, cât și din motive administrative, nu vor considera avantajoasă includerea veniturilor mondiale ale grupului în vederea impozitării în Danemarca”. Datele statistice din ordonanța de trimitere arată cât de puțin atractiv s-a dovedit în practică sistemul pentru grupurile daneze de societăți.

52 Hotărârea Marks & Spencer, punctele 57 și, respectiv, 29.

Pentru a anula această incompatibilitate, nu este suficientă posibilitatea societății-mamă de a opta pentru beneficiul unui sistem de «impozitare internațională la nivel de grup» astfel cum este cel prevăzut de legislația internă aplicabilă în litigiul principal, care îi impune să consolideze într-un grup, în sensul acestui impozit, pentru o perioadă de zece ani toate filialele sale și toate sediile sale permanente situate în afara Danemarcei.”