DÉCISIONS

DÉCISION (UE) 2020/450 DE LA COMMISSION

du 22 janvier 2020

concernant le régime d'aides SA.29150 — 2010/C (ex 2010/NN) mis en œuvre par l'Allemagne concernant le report des pertes fiscales en cas de redressement d'entreprises en difficulté (clause d'assainissement)

[notifiée sous le numéro C(2020) 254]

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 108, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir invité les parties intéressées à présenter leurs observations conformément à la disposition précitée ([1]),

considérant ce qui suit:

1. LA PROCÉDURE

(1) Par lettres du 5 août et du 30 septembre 2009, la Commission a demandé à l'Allemagne des renseignements sur l'article 8c de la loi relative à l'impôt sur les sociétés (Körperschaftsteuergesetz, ci-après la «KStG»). Le gouvernement fédéral allemand y a répondu par lettres du 20 août 2009 et du 5 novembre 2009. Par décision du 24 février 2010 (ci-après la «décision d'ouvrir la procédure»), la Commission a ouvert, concernant l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG (clause d'assainissement), la procédure formelle d'examen visée à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

(2) La décision d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ([2]). La Commission a invité l'Allemagne et tous les intéressés à présenter leurs observations sur l'aide en cause.

(3) Le gouvernement fédéral allemand a répondu à cette invitation par lettre du 9 avril 2010.

(4) Le 9 avril et le 3 juin 2010, deux réunions ont eu lieu à Bruxelles avec des représentants de l'Allemagne. Le 2 juillet 2010, le gouvernement allemand a communiqué des informations supplémentaires. La Commission n'a pas reçu d'observations de parties intéressées.

(5) Le 26 janvier 2011, la Commission a adopté la décision 2011/527/UE ([3]) (ci-après la «décision de 2011»), dans laquelle elle a défendu le point de vue que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG (clause d'assainissement) constituait un régime d'aides mis en œuvre illégalement par l'Allemagne, en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. La Commission a également conclu que les aides octroyées au titre de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG étaient incompatibles avec le marché intérieur, notamment parce qu'elles ne pouvaient pas être considérées comme compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE, selon l'interprétation du cadre communautaire temporaire ([4]) ([5]), et elle a ordonné le recouvrement desdites aides.

([1]) JO C 90 du 8.4.2010, p. 8.

([2]) JO C 90 du 8.4.2010, p. 8.

([3]) Décision 2011/527/UE de la Commission du 26 janvier 2011 concernant l'aide d'État de l'Allemagne C 7/10 (ex CP 250/09 et NN 5/10) au titre de la clause d'assainissement prévue par la loi relative à l'impôt sur les sociétés («KStG, Sanierungsklausel») (JO L 235 du 10.9.2011, p. 26).

([4]) Communication de la Commission «Cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle» (JO C 83 du 7.4.2009, p. 1).

([5]) Selon le cadre communautaire temporaire, des aides d'État sont réputées compatibles avec le marché intérieur si le montant de l'aide ne dépasse pas 500 000 EUR, si le bénéficiaire est une entreprise qui ne se trouvait pas en difficulté à la date du 1er juillet 2008 et si toutes les autres conditions visées à la section 4.2.2 du cadre communautaire temporaire sont remplies.

(6) La décision de 2011 a été attaquée par l'Allemagne et par d'autres parties après son adoption ([6]). Le 4 février 2016, le Tribunal a rejeté les arguments des parties requérantes et a confirmé la décision de 2011 ([7]).

(7) L'Allemagne et deux bénéficiaires potentiels (Heitkamp BauHolding GmbH et GFKL Financial Services AG) ont formé des pourvois contre les arrêts du Tribunal. Le 28 juin 2018, la Cour a annulé les arrêts du Tribunal et la décision de 2011 ([8]). La Cour a constaté que, lors de l'examen de la sélectivité de l'aide, la Commission avait injustement considéré comme cadre de référence uniquement la disposition qui interdit le report de pertes en cas de modification de la structure de participation de l'entreprise (article 8c, paragraphe 1, de la KStG), et non également la disposition générale pour le report des pertes.

2. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE LA MESURE/DE L'AIDE

2.1. Contexte

(8) En Allemagne, les entreprises sont imposées essentiellement sur la base de la loi sur l'impôt sur le revenu (Einkommensteuergesetz, ci-après l'«EStG») et de la KStG. En vertu de l'article 10d, paragraphe 2, de l'EStG, les pertes réalisées au cours d'un exercice fiscal peuvent être reportées à nouveau, c'est-à-dire que les revenus imposables des exercices fiscaux ultérieurs peuvent être diminués suivant le principe de la capacité contributive par soustraction des pertes antérieures jusqu'à concurrence d'un montant total maximal de 1 million d'EUR par an. En vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la KStG, cette possibilité de report des pertes s'applique également aux entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés.

(9) Selon les données fournies par l'Allemagne, la possibilité d'un tel report des pertes avait cependant également créé un incitant qui conduisait à acquérir des «sociétés coquilles», c'est-à-dire des sociétés qui, depuis longtemps déjà, avaient cessé toute activité commerciale, mais qui avaient encore des reports de pertes.

(10) En réaction à ces achats de coquilles vides (ci-après les «opérations de Mantelkauf»), le Bundestag allemand a limité, en 1997, la possibilité de report de pertes en introduisant, à l'article 8, paragraphe 4, de la KStG, la disposition appelée «*Mantelkaufregelung*» (règle applicable à l'acquisition de sociétés déficitaires). Cette disposition limitait le report des pertes aux entreprises qui étaient juridiquement et économiquement identiques à celles ayant réalisé des pertes. Cette disposition ne contenait certes aucune définition de l'expression «économiquement identique», mais elle illustrait cette notion par un exemple négatif et deux positifs:

— une identité économique n'existait pas dès lors que plus de la moitié des parts d'une entreprise était transférée et que l'entreprise continuait ou reprenait ses activités sur la base d'un capital d'exploitation principalement nouveau;

— en revanche, il y avait identité économique dès lors que le nouveau capital d'exploitation investi servait uniquement au redressement de l'entreprise à l'origine de la déduction résiduelle des pertes et que l'entreprise poursuivait ses activités pendant cinq ans à une échelle comparable à celle caractérisant l'image globale de la situation économique;

— une identité économique était également réputée donnée lorsqu'au lieu d'effectuer un investissement dans le capital d'exploitation, l'acquéreur compensait les pertes enregistrées par l'entreprise déficitaire.

(11) Les deux derniers exemples ont été désignés d'une manière générale sous l'appellation «clause d'assainissement».

(12) L'article 8, paragraphe 4, de la KStG a été abrogé avec effet au 1er janvier 2008 par la loi portant réforme de la fiscalité des entreprises de 2008 (Unternehmensteuerreformgesetz 2008) ([9]).

([6]) Seize recours en annulation ont été formés, un par l'Allemagne (T-205/11) et quinze par des bénéficiaires potentiels. À l'exception des affaires T-287/11 et T-620/11, tous les recours ont été rejetés comme étant irrecevables.

([7]) Arrêt du Tribunal du 4 février 2016, Heitkamp BauHolding/Commission, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60; arrêt du Tribunal du 4 février 2016, GFKL Financial Services/Commission, T-620/11, ECLI:EU:T:2016:59.

([8]) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Commission, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Allemagne/Commission, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Allemagne/Commission, C-209/16 P, EU:C:2018:507; arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Lowell Financial Services/Commission, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([9]) Loi portant réforme de la fiscalité des entreprises de 2008 (Unternehmensteuerreformgesetz 2008) du 14 août 2007 (BGBl. 2007 I, nº 40, p. 1912).

(13) Cette loi a également introduit le nouvel article 8c, paragraphe 1, de la KStG qui, par rapport à l'ancien paragraphe 4 de l'article 8, limite encore beaucoup plus la possibilité de report de pertes dans le cas d'une modification de la structure de participation. La nouvelle disposition prévoit ce qui suit:

— les pertes non utilisées ne sont plus intégralement déductibles en cas de transfert à un acquéreur de plus de 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote détenus dans une société;

— les pertes non utilisées ne sont plus proportionnellement déductibles en cas de transfert de plus de 25 %, mais au maximum de 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote dans les cinq ans qui suivent le transfert.

(14) À l'origine, la nouvelle règle ne prévoyait aucune exception pour les entreprises soumises simultanément à un changement substantiel de la structure de ses propriétaires.

(15) Selon l'exposé des motifs de la loi de 2008 portant réforme de la fiscalité des entreprises publié avec ladite loi par le Bundestag allemand, l'article 8, paragraphe 4, de la KStG a été remplacé par l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG pour simplifier la réglementation (il ressort de l'exposé des motifs précité que l'application de l'article 8, paragraphe 4, de la KStG avait en pratique soulevé un grand nombre de questions juridiques complexes) et dans le but de lutter de manière ciblée contre les abus ([10]). Le Bundestag allemand était conscient que cette réforme signifiait qu'un report de pertes ne serait plus possible dans le cadre d'un redressement d'entreprises en difficulté accompagné d'un changement de la structure des propriétaires. Cette conséquence avait toutefois été considérée comme acceptable étant donné que, dans de telles situations, les autorités fiscales pouvaient toujours renoncer pour des motifs d'équité à des créances d'impôts sans s'appuyer sur une disposition expresse dans la KStG ([11]).

2.2. **La mesure**

(16) En juin 2009, une disposition nouvelle a été insérée à l'article 8c de la KStG (article 8c, paragraphe 1a, de la KStG), relative au maintien des reports de pertes en cas d'acquisition d'entreprises en difficulté à des fins d'assainissement. Cette modification faisait partie intégrante de la loi sur l'assurance maladie relative à l'allègement fiscal au profit des citoyens (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) ([12]). Cette nouvelle disposition est généralement désignée sous l'appellation «clause d'assainissement» ou (pour la distinguer de la règle antérieure contenue dans l'article 8, paragraphe 4, de la KStG) de «nouvelle clause d'assainissement».

(17) En vertu de l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG, une entité peut procéder à un report de pertes également dans le cas d'une acquisition de participations relevant du paragraphe 1 de l'article 8c, dans les conditions suivantes:

— l'acquisition des parts vise à l'assainissement ([13]) de la société;

— au moment de l'acquisition, l'entité est insolvable ou surendettée ou menacée de le devenir ([14]);

— les structures essentielles de l'entreprise sont conservées, ce qui présuppose que:

  — l'entité respecte une convention interne comportant une règle relative au maintien des emplois, ou que

  — 80 % des emplois (mesurés sur la base de la somme des salaires) soient conservés au cours des cinq premières années suivant l'acquisition de la participation, ou que

  — dans les douze mois suivant l'acquisition, un apport substantiel soit effectué dans le capital exploitation ou que des dettes encore recouvrables soient remises; un apport substantiel est réputé effectué lorsque le nouveau capital d'exploitation correspond au moins à 25 % de l'actif de l'exercice économique précédent; toute prestation effectuée par la société de capitaux dans les trois ans suivant l'apport en nouveau capital d'exploitation diminue la valeur du nouveau capital d'exploitation;

([10]) Document du Bundestag n° 16/4841, p. 74.

([11]) Document du Bundestag n° 16/4841, p. 76; référence à une lettre du Bundesminister der Finanzen (ministère fédéral des finances) du 27 mars 2003 (BStBl. annexe 2, partie I, p. 240).

([12]) Loi pour une meilleure prise en compte fiscale des charges de prévoyance (Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen; en abrégé «Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung») du 16 juin 2009 (BGBl. I, n° 43, p. 1959).

([13]) L'assainissement a pour objectif de réorganiser une société. Il s'agit d'une mesure visant à empêcher ou à éliminer l'insolvabilité ou le surendettement. Par conséquent, seules les sociétés qui, au moment de l'acquisition des parts, étaient déjà insolvables ou surendettées ou qui étaient menacées de le devenir entrent en ligne de compte.

([14]) Les notions d'«insolvabilité», de «menace d'insolvabilité» et de «surendettement» sont définies dans le code d'insolvabilité (Insolvenzordnung, ci-après l'«InsO») du 5 octobre 1994 (BGBl. 1994 I, n° 70, p. 2866). «Insolvabilité» (article 17 de l'InsO): un débiteur est insolvable, lorsqu'il n'est pas en mesure de faire face aux créances exigibles et suspend ses paiements. «Menace d'insolvabilité» (article 18 de l'InsO): le débiteur est menacé de devenir insolvable lorsqu'il est probable qu'il ne sera pas en mesure d'honorer à échéance ses obligations de paiement actuelles. «Surendettement» (article 19 de l'InsO): il y a surendettement lorsque les actifs de l'entreprise débitrice ne couvrent plus les dettes existantes, à moins que la continuité de l'exploitation ne paraisse assez vraisemblable dans les circonstances données.

— aucun changement de secteur économique n'a lieu dans les cinq années qui suivent l'acquisition de la participation;

— au moment de l'acquisition de la participation, l'entreprise n'avait pas cessé ses activités.

(18) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est entré en vigueur le 10 juillet 2009 avec effet rétroactif au 1er janvier 2008.

(19) L'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG a été introduit initialement en tant que mesure limitée dans le temps, qui devait s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2009. Le 22 décembre 2009, le Bundestag allemand a toutefois adopté, dans le cadre de la loi pour l'accélération de la croissance économique (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) du 22 décembre 2009, une disposition qui a supprimé la clause de déchéance contenue dans la KStG ([15]).

(20) Dans ce contexte, il a été souligné que les pertes reportables ne pouvaient être déduites que des bénéfices de l'entreprise à assainir, l'acquéreur d'une telle entreprise ne pouvant pas les défalquer de ses propres bénéfices. Cela s'applique même au cas où l'acquéreur consolide ses dettes fiscales au niveau d'un groupe, étant donné que l'article 15, première phrase, point 1, de la KStG interdit tout report de pertes dès qu'une société fait partie d'un groupe d'entreprises (*Organschaft*) ([16]). Le droit allemand en matière de fiscalité des sociétés ne conduit cependant pas à une mise en non-valeur de ces pertes; elles sont seulement «gelées» au niveau du groupe, et peuvent être réutilisées lorsque l'entreprise n'est plus consolidée. Le report de ces pertes «gelées» n'est subordonné à aucune limite dans le temps.

(21) L'acquéreur d'une entreprise à assainir est indirectement favorisé par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG étant donné que cette disposition diminue la charge fiscale de l'entreprise assainie une fois l'assainissement accompli. En outre, l'acquéreur peut transférer tout ou partie de ses activités dans l'entreprise achetée et, de cette façon, faire valoir un report de pertes.

3. LA DÉCISION D'OUVRIR LA PROCÉDURE

(22) Par lettre du 24 février 2010, la Commission a fait part à l'Allemagne de sa décision d'engager la procédure prévue par l'article 108, paragraphe 2, du TFUE au sujet de la mesure décrite ci-dessus (article 8c, paragraphe 1a, de la KStG).

(23) Dans sa décision d'ouvrir la procédure, la Commission a considéré que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG opérait une distinction entre les entreprises saines qui réalisent des pertes et les entreprises (éventuellement) insolvables ou surendettées, en ce sens qu'il ne profite qu'à ces dernières. La Commission a estimé, à titre préliminaire, que la mesure était sélective et qu'elle comportait une aide d'État, étant donné que les autres conditions prévues par l'article 107, paragraphe 1, du TFUE semblaient satisfaites. Pour finir, elle a déclaré douter de la compatibilité de la mesure avec l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE, tel qu'interprété dans le cadre communautaire temporaire pour les aides d'État, et avec l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE au sens des lignes directrices communautaires (alors applicables) concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté ([17]) et des lignes directrices (alors applicables) sur les aides d'État à finalité régionale ([18]).

(24) À la suite de l'ouverture de la procédure formelle d'examen, le Bundesfinanzministerium a ordonné aux autorités compétentes chargées de la perception des impôts de ne plus appliquer l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG jusqu'à ce que la Commission ait adopté une décision définitive à ce sujet, et d'informer les entreprises concernées que les aides d'État devraient être restituées dans le cas où la décision de la Commission serait négative ([19]).

4. OBSERVATIONS DE L'ALLEMAGNE

(25) L'Allemagne estime que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne constitue pas une aide d'État pour les trois raisons suivantes:

— la mesure est compatible avec le principe du créancier privé (voir point 4.1);

— elle n'est pas sélective (voir point 4.2);

— elle est justifiée par la nature et l'économie du système fiscal allemand (voir point 4.3).

([15]) Article 2, paragraphe 3, point b), de la Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) du 22 décembre 2009 (BGBl. I, no 81, p. 3950).

([16]) On parle de «pertes avant intégration fiscale» (*vororganschaftliche Verluste*).

([17]) Communication de la Commission — Lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (JO C 244 du 1.10.2004, p. 2).

([18]) Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 (JO C 54 du 4.3.2006, p. 13).

([19]) Lettre du Bundesfinanzministerium du 30 avril 2010 aux autorités fiscales des Länder (chargées de la perception des impôts) (BMF v. 30.4.2010 — IV C 2 — S 2745-a/08/10005:002) (BStBl. 2010, partie I, p. 488).

(26) L'Allemagne fait en outre valoir que la nouvelle clause d'assainissement prévue par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG correspond pour l'essentiel à la clause d'assainissement antérieure de l'article 8, paragraphe 4, de ladite loi, à l'égard de laquelle la Commission n'a jamais émis d'objection (voir point 4.4), et que, de plus, il existerait des dispositions fiscales similaires dans plusieurs autres États membres (voir point 4.5).

4.1. **Compatibilité avec le principe du créancier privé**

(27) Dans sa lettre du 2 juillet 2010, l'Allemagne fait valoir que le principe du créancier privé peut également être invoqué dans le cadre de la perception de créances fiscales ou parafiscales ([20]). De plus, le rapport entre l'État allemand et ses contribuables est à leur avis comparable à une relation contractuelle durable entre un créancier privé et un débiteur sur le fondement d'un contrat de location ou de travail, par exemple. Selon l'Allemagne, un créancier privé lié par une relation contractuelle durable renoncerait également à une partie de ses créances futures si cela permettait la reprise de son débiteur par une autre entreprise et, partant, la continuité de la relation contractuelle.

4.2. **Absence de sélectivité**

(28) L'Allemagne considère que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est une mesure générale, étant donné qu'elle ne se limite pas à un secteur économique, à des entreprises d'une taille déterminée ou à une région. Toutes les entreprises peuvent connaître des difficultés financières sans en être responsables et entrer en ligne de compte pour l'application de la mesure.

(29) L'Allemagne souligne que dans sa communication de 1998 sur la fiscalité des entreprises, la Commission elle-même a considéré que les mesures de pure technique fiscale comme les dispositions législatives et réglementaires concernant le report de pertes ne sont pas sélectives, «(s)ous réserve qu'elles s'appliquent indifféremment à toutes les entreprises et à toutes les productions», et que «(l)e fait que certaines entreprises ou certains secteurs bénéficient plus que d'autres de certaines de ces mesures fiscales n'a pas nécessairement pour conséquence de les faire entrer dans le champ d'application des règles de concurrence en matière d'aides d'État» ([21]).

(30) L'Allemagne estime que ces réflexions sont particulièrement importantes pour un traitement fiscal favorable non seulement dans le domaine de la recherche et du développement, mais également dans ceux de la protection de l'environnement, de l'éducation ou de l'emploi. À son avis, les mesures fiscales en faveur d'entreprises qui, dans ces domaines, déploient des efforts particuliers ne sont pas sélectives, étant donné que toutes les entreprises y ont accès, même si, de facto, celles qui exercent leurs activités dans certains secteurs précis en profitent plus que d'autres. Or, selon l'Allemagne, cela devrait également s'appliquer aux instruments fiscaux dont bénéficient les entreprises en difficulté qui ont été acquises à des fins d'assainissement.

(31) L'Allemagne fait valoir que la Cour et le Tribunal de l'Union européenne ont admis qu'une mesure qui profite exclusivement à des entreprises en difficulté peut en principe être une mesure générale qui n'est pas sélective. Dans ce contexte, l'Allemagne renvoie tout d'abord à l'affaire DM Transport ([22]), dans laquelle, en ce qui concerne une facilité de paiement accordée en Belgique aux entreprises en difficulté, la Cour a jugé ce qui suit:

> «Le gouvernement français relève que des facilités de paiement de cotisations de sécurité sociale ne constituent pas une aide d'État lorsqu'elles sont accordées, dans des conditions identiques, à toute entreprise qui connaît des difficultés de trésorerie. Tel semblerait être le cas du régime instauré par la législation belge. La Commission prétend, au contraire, que l'ONSS dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'octroi de facilités de paiement.
>
> Il résulte du libellé de l'article 92, paragraphe 1, du traité que des mesures à caractère général ne favorisant pas uniquement certaines entreprises ou certaines productions ne relèvent pas de cette disposition. En revanche, lorsque l'organisme qui octroie des avantages financiers dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de déterminer les bénéficiaires ou les conditions de la mesure accordée, celle-ci ne saurait être considérée comme présentant un caractère général (voir, en ce sens, arrêt du 26 septembre 1996, France/Commission, C-241/94, Rec. 1996, p. I-4551, points 23 et 24).
>
> Il appartient à la juridiction nationale, dans l'affaire au principal, de déterminer si le pouvoir de l'ONSS d'accorder des facilités de paiement est ou non discrétionnaire et, s'il ne l'est pas, d'établir si les facilités de paiement accordées par l'ONSS ont un caractère général ou si elles favorisent certaines entreprises.»

([20]) L'Allemagne cite à cet égard l'arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 14 septembre 2004, Espagne/Commission, C-276/02 ECLI:EU:C:2004:521, points 15 et 26; ainsi que l'arrêt de la Cour (sixième chambre) du 29 juin 1999, DM Transport SA (DMT), C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, points 22 et 25.

([21]) Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (JO C 384 du 10.12.1998, p. 3), points 13 et 14.

([22]) Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 29 juin 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, points 26 à 28.

(32) En outre, l'Allemagne renvoie à l'affaire HAMSA ([23]), dans laquelle les autorités espagnoles avaient soutenu qu'une mesure, qui s'applique à toutes les entreprises en difficulté, n'est pas sélective. À ce sujet, le Tribunal a déclaré:

> «En l'espèce, l'argument que la requérante et le royaume d'Espagne tirent du fait que la loi espagnole du 26 juillet 1922 relative à la cessation de paiements institue une procédure de caractère général, applicable à toute entreprise en difficulté, doit être écarté. S'il est vrai que cette loi n'a pas vocation à s'appliquer de manière sélective en faveur de certaines catégories d'entreprises ou de secteurs d'activité, il y a lieu de constater, toutefois, que les remises de dettes condamnées par la Commission ne découlent pas automatiquement de l'application de ladite loi mais du choix discrétionnaire des organismes publics en cause. Or, il est de jurisprudence que, lorsque l'organisme qui octroie des avantages financiers dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de déterminer les bénéficiaires ou les conditions de la mesure accordée, celle-ci ne saurait être considérée comme présentant un caractère général (arrêt de la Cour du 29 juin 1999, DM Transport, C-256/97, Rec. p. I-3913, point 27).»

(33) L'Allemagne argue qu'à l'inverse des dispositions en cause dans les affaires DM Transport et HAMSA, l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne prévoit aucun pouvoir discrétionnaire des services publics; l'application de la mesure découlant directement de la loi, elle en déduit, a contrario, que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG n'est pas sélectif.

(34) L'Allemagne considère par ailleurs que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est une disposition relevant du droit allemand relatif aux procédures d'insolvabilité. L'éligibilité des entreprises repose sur les notions d'«insolvabilité», de «menace d'insolvabilité» et de «surendettement» qui sont définies dans l'InsO et qui constituent des motifs pour l'introduction de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

(35) Concernant la question de la sélectivité de la mesure, l'Allemagne conclut que la position de la Commission conduirait à inférer que toute réduction fiscale est une aide d'État même si elle est applicable d'une manière générale, et qu'une telle conception serait contraire au TFUE.

4.3. **Justification par la nature ou l'économie du système fiscal**

(36) L'Allemagne considère que l'exception instaurée par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG est justifiée par la nature et l'économie du système fiscal allemand applicable aux sociétés. Elle avance qu'il existe une différence objective entre les entreprises en difficulté, qui doivent être assainies, et les autres, et que cette différence objective justifie un traitement distinct des premières lorsqu'elles ont été acquises dans le but de procéder à leur assainissement. À l'appui de cet argument, l'Allemagne invoque trois motifs.

(37) Premièrement, à l'inverse des entreprises financièrement saines qui peuvent choisir entre un financement obtenu sur le marché des capitaux et la recherche d'un acquéreur, les entreprises en difficulté ont seulement la possibilité de chercher un acheteur étant donné qu'elles ne peuvent ni lever des capitaux extérieurs sur le marché des capitaux ni obtenir un crédit bancaire. Il s'ensuit que les entreprises en difficulté perdent systématiquement la possibilité de reporter leurs pertes tandis que les entreprises saines peuvent toujours choisir entre deux solutions: se procurer des capitaux extérieurs ou chercher un acquéreur.

(38) En second lieu, l'Allemagne fait valoir que l'objet et le but de l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG, à savoir empêcher les opérations de «Mantelkauf», n'impose aucune exclusion de la possibilité d'un report de pertes dans les cas où l'acquisition est effectuée dans le but d'un assainissement et qu'elle n'est pas purement motivée par l'optimisation fiscale. En l'absence de la limitation à l'acquisition d'entreprises en difficulté à des fins d'assainissement, telle que prévue à l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG, c'est-à-dire si le régime intégrait d'autres cas d'acquisition, la finalité de la disposition ne pourrait pas être assurée.

(39) En tant que troisième moyen, l'Allemagne argue que l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG vise à assurer que le prix de vente des participations repose uniquement sur la valeur économique de l'entreprise en évitant toute incorporation dans ce prix, à des fins d'optimisation fiscale, de la valeur de pertes cumulées. Lors de l'acquisition d'une société en difficulté dans le but de son assainissement, la valeur possible des pertes cumulées ne joue par contre aucun rôle. Pour étayer cet argument, l'Allemagne rappelle que les auditeurs n'attribuent, dans les bilans commerciaux d'un groupe consolidé, aucune valeur aux pertes éventuellement reportées d'une société en situation économique précaire.

(40) Sur la base de la combinaison de ces trois motifs, l'Allemagne affirme qu'en tout état de cause, même dans l'hypothèse où l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG serait de nature a priori sélective, il serait justifié par l'économie et la nature du système fiscal allemand en ce qui concerne les impôts sur les sociétés.

([23]) Arrêt du Tribunal de première instance (cinquième chambre élargie) du 11 juillet 2002, HAMSA/Commission, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, point 157.

4.4. **Rapport entre la nouvelle et l'ancienne clause d'assainissement**

(41) L'Allemagne fait remarquer qu'au 1er janvier 2008, l'article 8c de la KStG a remplacé une disposition similaire — l'article 8, paragraphe 4, de la KStG —, et que les deux dispositions poursuivent le même but, à savoir empêcher les opérations de Mantelkauf.

(42) L'Allemagne souligne que la Commission n'a jamais évoqué de problèmes en ce qui concerne l'article 8, paragraphe 4, de la KStG et que cette disposition ne saurait donc avoir été une aide d'État.

(43) Pour cette raison, l'Allemagne considère que la position de la Commission à cet égard est dénuée de toute cohérence.

4.5. **Similarité avec des règles appliquées dans d'autres systèmes fiscaux**

(44) Selon l'Allemagne, des mesures similaires à celle prévue par l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG seraient appliquées dans un grand nombre d'autres États membres. À titre d'exemple, elle nomme la Belgique, la Finlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche. Or, en dépit de la grande similitude des régimes, la Commission n'a appliqué envers ces États membres aucun des moyens d'action dont elle dispose en raison de sa compétence dans le domaine des aides d'État.

(45) En réponse au considérant 34 de la décision d'ouvrir la procédure où sont exposées les mesures de la Commission en liaison avec le système fiscal français, l'Allemagne déclare que le système allemand se distingue de celui appliqué par la France en ce sens que ce dernier se limite à certains secteurs économiques et prévoit une exemption totale de l'impôt sur les sociétés.

5. **ÉVOLUTION DE LA SITUATION APRÈS L'ADOPTION ET L'ANNULATION DE LA DÉCISION DE 2011**

(46) Après l'adoption de la décision de 2011, l'Allemagne a suspendu l'application de la mesure jusqu'au prononcé d'un arrêt définitif de la Cour ou du Tribunal ([24]).

(47) Le 29 mars 2017, le Bundesverfassunsgericht (Cour constitutionnelle, Allemagne) a déclaré anticonstitutionnelle la mise en non-valeur proportionnelle des pertes en cas de transfert de 25 % à 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote, visée à l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG, et elle a invité le Bundestag allemand à modifier cette disposition pour le 31 décembre 2018 au plus tard ([25]). Le Bundestag allemand a ensuite abrogé (avec effet rétroactif au 21 décembre 2007) la mise en non-valeur proportionnelle des pertes en cas de transfert de 25 % à 50 % du capital souscrit, des droits des associés, des droits de participation ou des droits de vote, et il n'a maintenu la mise en non-valeur totale des pertes que dans le cas où plus de 50 % de ce capital ou de ces droits sont transférés à une autre entreprise ([26]).

(48) Après l'annulation de la décision de 2011 par la Cour de justice, l'Allemagne a réintroduit la clause d'assainissement (article 8c, paragraphe 1a, de la KStG) le 11 décembre 2018 (avec effet rétroactif à partir de 2008) ([27]).

6. **APPRÉCIATION DE LA MESURE**

(49) L'article 107, paragraphe 1, du TFUE dispose que «sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».

(50) Pour être qualifiée d'aide au sens de cette disposition, une mesure doit donc remplir les conditions suivantes: i) la mesure est imputable à l'État et est financée au moyen de ressources d'État; ii) elle procure un avantage à une entreprise; iii) cet avantage est sélectif, et iv) la mesure fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte les échanges entre les États membres.

(51) La mesure est qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE si les quatre conditions sont remplies cumulativement. La Commission vérifie en premier lieu si un avantage sélectif est octroyé.

([24]) Article 4, point 2 a) (modification de l'article 34, paragraphe 7c, de la KStG), de la loi portant transposition de la directive 2010/24/UE et modification de dispositions fiscales (Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften) du 7 décembre 2011 (BGBl. 2011 I, no 64, p. 2592).

([25]) Arrêt du Bundesverfassungsgericht du 29 mars 2017 — 2 BvL 6/11 — https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20170329_2bvl000611.html

([26]) Article 6, point 2 (modification de l'article 8c, paragraphe 1, de la KStG), de la loi visant à éviter la perte de la taxe sur les ventes lors de l'échange de biens sur Internet et portant modification d'autres dispositions fiscales (Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften) du 11 décembre 2018 (BGBl. 2018, partie I, no 45, p. 2338).

([27]) Article 6, point 6 b) (modification de l'article 34, paragraphe 6, de la KStG), de la loi visant à éviter la perte de la taxe sur les ventes lors de l'échange de biens sur Internet et portant modification d'autres dispositions fiscales (Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften).

(52) Pour évaluer l'existence ou non d'un avantage, il convient de comparer en principe la situation financière de l'entreprise après l'introduction de la mesure avec sa situation financière si cette mesure n'avait pas été prise ([28]).

(53) En matière de mesures fiscales, il y a lieu de vérifier en particulier, pour démontrer l'existence d'un avantage fiscal possible, si le traitement fiscal d'une entreprise procure à celle-ci un avantage par rapport au régime fiscal général ou «normal» ([29]). L'examen de l'avantage est donc en lien étroit avec l'examen de la sélectivité (dans le cadre duquel l'existence d'un traitement fiscal spécial est également examinée en comparaison avec les dispositions fiscales générales).

(54) Selon une jurisprudence constante ([30]), l'examen de la sélectivité matérielle d'une mesure fiscale comprend trois étapes. Premièrement, il convient d'identifier et d'examiner le régime fiscal commun ou «normal» («cadre de référence») applicable dans l'État membre concerné. Deuxièmement, il convient, par rapport à ce régime fiscal commun ou «normal», d'apprécier et d'établir si un avantage est octroyé sélectivement au moyen de la mesure fiscale en cause. Il faut démontrer pour cela que cette mesure déroge audit système commun, dans la mesure où elle introduit des différenciations entre opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, dans une situation factuelle et juridique comparable. Troisièmement, si un tel écart est constaté, il convient d'examiner s'il résulte de la nature ou de l'économie générale du système fiscal auquel la mesure appartient et si, par conséquent, elle peut être justifiée par cette nature ou cette économie générale du système. Dans ce contexte, c'est à l'État membre qu'il appartient de démontrer que le traitement fiscal différencié résulte directement des principes fondateurs et directeurs de son système.

(55) En l'espèce, il résulte des arrêts de la Cour ([31]) sur les dispositions relatives à l'impôt des sociétés en vigueur en Allemagne pour toutes les entreprises en général constituent le cadre de référence et qu'elles comprennent la disposition générale concernant le report des pertes (article 8, paragraphe 1, de la KStG). La finalité de ces dispositions consiste à générer des recettes pour le budget en imposant les bénéfices des entreprises conformément au principe de la capacité contributive.

(56) L'article 8, paragraphe 1, de la KStG (lu conjointement avec l'article 10d de l'EStG) dispose que les entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés peuvent reporter, à des fins fiscales, des pertes réalisées au cours d'un exercice fiscal (jusqu'à un plafond de 1 million d'EUR) sur les exercices fiscaux suivants.

(57) Au point 102 de l'arrêt dans l'affaire Andres ([32]), la Cour a établi que la règle de la mise en non-valeur des pertes consistait en une exception à la règle du report des pertes et que l'examen d'ensemble du contenu de ces dispositions aurait dû permettre de constater que la clause d'assainissement avait pour effet de définir une situation relevant de la règle générale du report des pertes.

(58) Eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, il n'y a donc pas lieu de déterminer si les dispositions visant à prévenir les abus font partie du cadre de référence, puisqu'il apparaît en tout état de cause exclu, selon l'analyse de la Cour, que la clause d'assainissement soit contraire à l'objectif de ces dispositions ([33]) et déroge à celles-ci ([34]).

(59) Afin de constater si la clause d'assainissement (article 8c, paragraphe 1a, de la KStG) représente un avantage sélectif, la Commission doit examiner si la mesure fiscale en cause déroge au système commun en ce sens qu'elle introduit des différenciations entre opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, dans une situation factuelle et juridique comparable.

([28]) Voir l'arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, Italie/Commission, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, point 17.

([29]) Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 15 décembre 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, points 50 à 52; l'arrêt de la Cour (troisième chambre) du 8 décembre 2011, France Télécom SA/Commission, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, point 24.

([30]) Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour (première chambre) du 8 septembre 2011, Paint Graphos e.a., affaires jointes C-78/08 à C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, points 49 et 71; l'arrêt de la Cour (grande chambre) du 21 décembre 2016, Commission/World Duty Free Group et Commission/Banco Santander et Santusa, C-20/15 P et C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, points 57 et 58.

([31]) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Commission, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505; arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Allemagne/Commission, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Allemagne/Commission, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507; arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Lowell Financial Services/Commission, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([32]) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 28 juin 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Commission, C-203/16 P, ECLI:EU:C:2018:505.

([33]) Lequel consisterait à empêcher que des entreprises réduisent leur base d'imposition en utilisant excessivement les reports de pertes de sociétés coquilles.

([34]) Il pourrait en outre être argumenté que tout abus est exclu par l'exigence, fixée dans la clause d'assainissement, de maintenir les structures essentielles de l'entreprise ainsi que ses activités.

(60) Étant donné que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG permet un report de pertes aux entreprises insolvables ou surendettées (ou menacée de le devenir) qui sont assainies, la mesure ne constitue pas une dérogation à la disposition générale relative au report de pertes (article 8, paragraphe 1, de la KStG).

(61) La Commission parvient donc à la conclusion que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG ne procure aucun avantage sélectif aux entreprises auxquelles il s'applique.

(62) Compte tenu du constat ci-dessus, il n'y a pas lieu de se pencher sur les autres arguments de l'Allemagne allant dans le sens de l'absence d'un avantage sélectif. De même, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres conditions pour qualifier une mesure d'aide d'État puisque les quatre conditions prévues à cet effet par l'article 107, paragraphe 1, du TFUE doivent être remplies cumulativement.

7. **CONCLUSION**

(63) Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission est parvenue à la conclusion que l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG (clause d'assainissement) ne constituait pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Le régime du report des pertes fiscales en cas de redressement d'entreprises en difficulté visé à l'article 8c, paragraphe 1a, de la KStG (clause d'assainissement) ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Article 2

La République fédérale d'Allemagne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 22 janvier 2020.

Par la Commission,
Margrethe VESTAGER
Vice-présidente exécutive