



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GIOVANNI PITRUZZELLA
présentées le 5 septembre 2019¹

Affaire C-156/17

Köln-Aktienfonds Deka
contre
Staatssecretaris van Financiën,
en présence de
Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
Loyens en Loeff NV

[demande de décision préjudicielle formée par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas)]

« Renvoi préjudiciel – Libre circulation des capitaux – Restrictions – Taxation des dividendes versés aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) – Rejet des demandes de remboursement de l'impôt sur les dividendes retenu sur les dividendes de sociétés résidentes présentées par un OPCVM non-résident – Conditions requises dans l'actionnariat de l'OPCVM – Preuve du respect des conditions – Discrimination indirecte – Conditions qui, de fait, sont propres au marché national – Obligation de redistribuer les dividendes – Pouvoir d'imposition des États membres – Impossibilité ou difficulté excessive de satisfaire à l'obligation – Réglementation de l'État membre d'établissement de l'OPCVM non-résident »

1. Par sa demande de décision préjudicielle, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) demande à la Cour de se prononcer sur la compatibilité avec la libre circulation des capitaux visée à l'article 63 TFUE de divers aspects du régime néerlandais d'imposition des organismes de placement collectif à caractère fiscal (ci-après les « OPCfi »)².

2. Les questions préjudicielles qui font l'objet de la présente affaire ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Köln-Aktienfonds Deka (ci-après « KA Deka »), un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) établi en Allemagne, aux autorités fiscales néerlandaises concernant le rejet par ces dernières des demandes introduites, conformément à la réglementation relative aux OPCfi, par KA Deka afin d'obtenir la restitution de l'impôt sur les dividendes retenu à sa charge sur les dividendes d'actions de sociétés établies aux Pays-Bas qui lui ont été versés entre 2002 et 2008.

¹ Langue originale : l'italien.

² La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de certains éléments de ce régime, tel qu'il était alors en vigueur, dans l'arrêt du 20 mai 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289).

3. Le juge de renvoi ayant retiré la première question préjudicielle après le prononcé de l'arrêt du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, ci-après l'« arrêt *Fidelity Funds* », EU:C:2018:480), la demande de décision préjudicielle ne porte plus que sur la compatibilité avec l'article 63 TFUE de deux conditions auxquelles la réglementation en cause subordonne le bénéfice du régime des OPCfi, lequel permet d'obtenir le remboursement de l'impôt retenu sur les dividendes, à savoir, d'une part, certaines conditions relatives à l'actionnariat de l'OPCVM qui souhaite bénéficier de ce régime et, d'autre part, l'obligation de redistribuer les bénéfices perçus.

4. La présente affaire soulève des questions importantes et délicates qui demandent de concilier le pouvoir d'imposition des États membres, qui se traduit notamment par la liberté de prévoir les conditions jugées nécessaires pour bénéficier d'un régime fiscal, avec l'obligation d'assurer le respect des libertés fondamentales du traité FUE et, en particulier, de la libre circulation des capitaux.

I. Le cadre juridique

5. En droit néerlandais, le régime juridique et fiscal des OPCfi est régi, principalement, par l'article 28 de la *Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (loi relative à l'impôt sur les sociétés ; ci-après la « *Wet Vpb* »), qui a été profondément modifié en 2007, et par l'article 10, paragraphe 2, de la *Wet op de dividendbelasting* (loi relative à l'impôt sur les dividendes).

6. Ce régime a pour objectif d'assimiler, aux fins de l'imposition aux Pays-Bas, les détenteurs d'actions ou de parts d'un OPCfi aux personnes physiques qui font l'investissement directement. Il tend à aligner le plus possible la pression fiscale sur les bénéfices des investissements effectués par les OPCfi sur celle qui pèse sur les bénéfices des investissements directs effectués par des investisseurs privés.

7. Il ressort de la décision de renvoi du Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) que, pour atteindre cet objectif, le droit néerlandais, tel qu'il était en vigueur durant la période pertinente pour la procédure au principal, prévoyait le régime juridique et fiscal suivant pour les OPCfi.

8. Premièrement, conformément à l'article 28, paragraphe 2, de la *Wet Vpb*, dans la version en vigueur durant la période comprise entre 2002 et 2006, les sociétés anonymes, les sociétés privées à responsabilité limitée et les fonds communs de placement établis aux Pays-Bas, qui avaient pour objet et pour activité effective l'investissement et qui remplissaient les conditions énoncées par ce même paragraphe pouvaient être qualifiés d'OPCfi³.

9. Deuxièmement, les OPCfi étaient – et sont encore – soumis à un taux nul d'impôt des sociétés, ce qui équivaut à une exemption de cet impôt.

10. Troisièmement, lorsqu'un OPCfi détenait des participations dans des sociétés dont le siège était établi aux Pays-Bas et qu'il recueillait des dividendes de ces sociétés, il pouvait demander le remboursement de l'impôt néerlandais sur les dividendes prélevé à sa charge par voie de retenue à la source effectuée par les sociétés distributrices. Lorsqu'un OPCfi percevait des dividendes de sociétés établies dans d'autres pays où ils étaient soumis à l'impôt, il avait droit à une compensation. Ces conditions sont toujours en vigueur.

³ À la suite de modifications législatives introduites en 2007, d'une part, la condition relative au lieu d'établissement a été abolie et, d'autre part, la liste exhaustive des formes juridiques qu'il fallait adopter pour pouvoir être qualifié d'OPCfi a été remplacée par une disposition en vertu de laquelle les entités constituées conformément au droit d'un État membre de l'Union européenne peuvent demander à être qualifiées d'OPCfi, pour autant qu'« elles se trouvent dans la même situation » et qu'« elles soient comparables quant à leur nature et à leur organisation » aux sociétés anonymes, sociétés privées à responsabilité limitée et fonds communs de placement de droit néerlandais.

11. Quatrièmement, les OPCfi étaient – et sont encore – tenus de distribuer à leurs actionnaires ou porteurs de parts tous les revenus perçus (tant les dividendes que les autres catégories de revenus) susceptibles d'être distribués et cela dans les huit mois qui suivent la clôture de l'exercice considéré (ci-après l'« obligation de redistribution »)⁴.

12. Cinquièmement, lorsqu'ils distribuaient les dividendes à leurs actionnaires ou porteurs de parts, les OPCfi avaient – et ont encore – l'obligation de retenir l'impôt néerlandais sur les dividendes. Ce prélèvement se substitue à l'impôt sur les dividendes qui a été retenu à la charge des OPCfi et qui leur est ensuite remboursé. Ainsi, l'investissement à l'intervention d'un OPCfi n'est pas plus avantageux, sur le plan fiscal, qu'un investissement direct.

13. Sixièmement, afin que le régime des OPCfi ne soit utilisé que par les investisseurs auxquels il est destiné, la réglementation pertinente prévoyait un certain nombre de conditions concernant les actionnaires ou porteurs de parts qui devaient être satisfaites pour que les organismes puissent être qualifiés d'OPCfi (ci-après les « conditions requises dans l'actionnariat »)⁵.

14. Entre 2002 et 2006, les conditions requises dans l'actionnariat étaient régies par l'article 28, paragraphe 2, sous c), d), e), f) et g), de la Wet Vpb. La réglementation établissait une distinction entre les organismes dont les actions ou parts étaient officiellement cotées à la bourse d'Amsterdam et ceux dont les actions ou parts ne l'étaient pas.

15. Plus précisément, les organismes dont les actions ou parts étaient cotées à la bourse d'Amsterdam étaient, en substance, exclus du régime des OPCfi lorsque 45 % ou plus de leurs actions ou parts étaient détenus par une entité assujettie à un impôt sur les bénéfices (et non pas par un OPCfi dont les actions ou parts étaient cotées à la bourse d'Amsterdam) ou une entité dont le bénéfice était soumis à un impôt sur les bénéfices au niveau de ses actionnaires ou porteurs de parts. De plus, un organisme ne pouvait pas bénéficier du régime des OPCfi lorsqu'une personne physique détenait, à elle seule, une participation égale ou supérieure à 25 % dans cet organisme.

16. Les organismes dont les actions ou parts n'étaient pas cotées à la bourse d'Amsterdam pouvaient bénéficier du régime des OPCfi à condition que, en substance, au moins 75 % de leurs actions ou parts soient détenues par des personnes physiques, des entités non assujetties à un impôt sur les bénéfices, tels que les fonds de pension, les organismes de bienfaisance ou d'autres OPCfi. Ces organismes ne pouvaient pas bénéficier du régime des OPCfi lorsqu'une ou plusieurs personnes physiques détenaient une participation importante, soit au moins 5 % des actions ou parts. Lorsqu'un fonds d'investissement était agréé en vertu de la Wet toezicht beleggingsinstellingen (loi sur la surveillance des fonds d'investissement), cette interdiction de participation importante était remplacée par une règle voulant qu'aucune personne physique ne détienne un intérêt de 25 % ou plus dans le fonds.

17. Pour pouvoir bénéficier du régime des OPCfi, les organismes dont les actions ou parts étaient officiellement cotées à la bourse d'Amsterdam étaient donc soumis à des conditions moins restrictives que ceux dont les actions ou parts ne l'étaient pas.

⁴ Article 28, paragraphe 2, sous b), de la Wet Vbp.

⁵ Article 28, paragraphe 2, sous c), de la Wet Vbp.

18. À la suite des modifications législatives de 2007, la distinction entre les organismes dont les actions ou parts sont cotées à la bourse d'Amsterdam et les autres a été supprimée. Il ressort de la décision de renvoi que l'élément décisif est désormais l'admission des actions ou parts à la négociation sur un marché d'instruments financiers tel que visé par la *Wet op het financieel toezicht* (loi sur la surveillance financière)⁶ ou l'agrément, ou la dispense d'agrément, du fonds ou de son gestionnaire en vertu de cette même loi⁷.

II. Les faits, la procédure au principal et les questions préjudicielles

19. KA Deka est un fonds d'investissement de droit allemand, établi en Allemagne, dont l'activité consiste à investir son patrimoine. Il s'agit d'un OPCVM au sens des directives 85/611/CEE⁸ et 2009/65/CE⁹. KA Deka émet des parts qui sont cotées à la bourse des valeurs en Allemagne. Ces parts se négocient dans un système appelé « global stream system ». Pendant la période concernée, en tant que fonds commun de placement (*Sondervermögen*), KA Deka a été exempté de l'impôt allemand sur le bénéfice des sociétés.

20. KA Deka a fait des investissements dans des sociétés établies aux Pays-Bas qui, au cours de la période comprise entre les exercices comptables 2002/2003 et 2007/2008, lui ont versé des dividendes. Ces dividendes ont subi une retenue à la source de 15 % au titre de l'impôt néerlandais sur les dividendes¹⁰.

21. N'étant pas soumise aux Pays-Bas à la retenue de l'impôt néerlandais sur les dividendes visés au point 12 des présentes conclusions, KA Deka n'a pas procédé à cette retenue sur les bénéfices qu'elle a distribués.

22. KA Deka a demandé aux autorités fiscales néerlandaises de lui rembourser les retenues à la source prélevées au titre de l'impôt néerlandais sur les dividendes qu'elle a recueillis au cours des exercices comptables susmentionnés, pour un montant total d'environ 690 000 euros.

23. Les autorités fiscales néerlandaises ont rejeté les demandes de remboursement présentées par KA Deka qui a alors saisi le *rechtbank Zeeland-West-Brabant* (tribunal de Zeeland-West-Brabant, Pays-Bas). Devant cette juridiction, KA Deka a soutenu, en substance, qu'elle tire son droit d'obtenir ce remboursement de l'article 63 TFUE et que sa situation est comparable à celle d'un fonds d'investissement établi aux Pays-Bas et y bénéficiant du régime des OPCfi.

24. Parce qu'il éprouvait des doutes quant aux critères permettant de comparer KA Deka à un fonds d'investissement établi aux Pays-Bas et bénéficiant du régime des OPCfi, et qu'un nombre élevé d'affaires portant sur la même question sont actuellement pendantes, le *rechtbank Zeeland-West-Brabant* (tribunal de Zeeland-West-Brabant) a décidé de saisir le *Hoge Raad der Nederlanden* (Cour suprême des Pays-Bas), qui est la juridiction de renvoi, de questions préjudicielles.

25. À cet égard, la juridiction de renvoi observe que les conditions requises dans l'actionnariat ont pour objectif de garantir que le bénéfice du régime des OPCfi reste limité aux investisseurs auxquels il est destiné et que ces conditions s'appliquent indistinctement aux entités résidentes et non-résidentes, indépendamment de leur État membre de constitution ou d'établissement. Un fonds d'investissement

6 Plus précisément par l'article 1:1 de cette loi.

7 Plus précisément au titre, respectivement, de l'article 2:65 et de l'article 2:66, paragraphe 3, de cette même loi sur la surveillance financière.

8 Directive du Conseil, du 20 décembre 1985, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (JO 1985, L 375, p. 3).

9 Directive du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (JO 2009, L 302, p. 32).

10 Conformément à l'article 13 de la convention fiscale conclue le 16 juin 1959 par le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne, telle que modifiée en dernier lieu par le troisième protocole additionnel du 4 juin 2004.

établi aux Pays-Bas doit, lui aussi, satisfaire aux conditions requises dans l'actionnariat pour être qualifié d'OPCfi. La circonstance invoquée par KA Deka, selon laquelle il lui serait impossible de démontrer qu'elle satisfait à ces conditions dans la mesure où elle ne connaît pas ses propres porteurs de parts en raison du recours au système de négociation « global stream system » serait dénuée de pertinence. Il ressortirait en effet de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'il n'est pas démontré que les conditions requises dans l'actionnariat sont satisfaites, il revient à l'intéressé d'en supporter les conséquences.

26. En outre, en ce qui concerne l'obligation de redistribution, le juge de renvoi se demande s'il est possible d'imposer à un fonds d'investissement étranger qui souhaite bénéficier du statut d'OPCfi la condition qui veut que les dividendes perçus de sociétés établies aux Pays-Bas soient effectivement redistribués ou s'il suffit que ces dividendes soient soumis, fictivement, à l'impôt que l'État membre d'établissement dudit fonds prélève au niveau des actionnaires ou porteurs de parts.

27. Considérant qu'il existait un doute raisonnable sur la réponse à apporter à ces questions, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes :

- « 1) L'[article 63 TFUE] s'oppose-t-il à ce qu'un fonds d'investissement établi en dehors des Pays-Bas ne se voie pas accorder, au motif qu'il n'est pas soumis à la retenue obligatoire de l'impôt néerlandais sur les dividendes, de restitution de l'impôt néerlandais sur les dividendes qui a été retenu sur des dividendes qu'il a recueillis d'entités établies aux Pays-Bas, alors que cette restitution est accordée à un organisme de placement collectif à caractère fiscal établi aux Pays-Bas qui distribue chaque année à ses actionnaires ou participants le résultat de ses placements après retenue de l'impôt néerlandais sur les dividendes ?
- 2) L'[article 63 TFUE] s'oppose-t-il à ce qu'un fonds d'investissement établi en dehors des Pays-Bas ne se voie pas accorder, au motif qu'il n'établit pas à suffisance que ses actionnaires ou participants répondent aux conditions fixées dans la réglementation néerlandaise, de restitution de l'impôt néerlandais sur les dividendes qui a été retenu sur des dividendes qu'il a recueillis d'entités établies aux Pays-Bas ?
- 3) L'[article 63 TFUE] s'oppose-t-il à ce qu'un fonds d'investissement établi en dehors des Pays-Bas ne se voie pas accorder, au motif qu'il ne distribue pas intégralement à ses actionnaires ou participants le résultat de ses placements chaque année dans les huit mois au maximum de la clôture de son exercice comptable, de restitution de l'impôt néerlandais sur les dividendes qui a été retenu sur des dividendes qu'il a recueillis d'entités établies aux Pays-Bas, même si dans son pays d'établissement, en vertu des dispositions légales en vigueur, le résultat de ses placements qui n'a pas été distribué a) est réputé être distribué ou b) est soumis à l'impôt que ce pays prélève chez les actionnaires ou participants comme si ce bénéfice avait été distribué, alors que cette restitution est accordée à un organisme de placement collectif à caractère fiscal établi aux Pays-Bas, qui distribue intégralement chaque année à ses actionnaires ou participants le résultat de ses placements après retenue de l'impôt néerlandais sur les dividendes ? »

III. La procédure devant la Cour

28. La décision de renvoi est parvenue au greffe de la Cour le 27 mars 2017. KA Deka, le Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (Ordre néerlandais des conseillers fiscaux, Pays-Bas), Loyens en Loeff, les gouvernements néerlandais et allemand, ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites.

29. À la suite du prononcé de l'arrêt *Fidelity Funds*, par une lettre du 22 juin 2018, le greffe de la Cour a invité le juge de renvoi à indiquer à la Cour s'il estimait nécessaire de maintenir la demande de décision préjudicielle.

30. Par courrier du 3 décembre 2018, ledit juge de renvoi a informé la Cour de son intention de retirer la première question et de maintenir les deuxième et troisième questions préjudicielles.

31. KA Deka, l'Ordre néerlandais des conseillers fiscaux, Loyens en Loeff, les gouvernements néerlandais et allemand, ainsi que la Commission ont participé à l'audience qui s'est déroulée le 22 mai 2019.

IV. Analyse juridique

A. *Observations liminaires*

32. À titre liminaire, il y a lieu d'observer que, à la suite du retrait de la première question préjudicielle après le prononcé de l'arrêt *Fidelity Funds*, la Cour ne reste saisie, dans la présente affaire, que des deuxième et troisième questions posées par le juge de renvoi.

33. L'arrêt *Fidelity Funds* porte en effet sur une règle fiscale danoise relative à l'imposition des dividendes distribués aux OPCVM par des sociétés danoises qui présentait certaines similitudes avec la réglementation néerlandaise en cause dans la présente affaire, et qui poursuivait, en substance, le même objectif¹¹.

34. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'article 63 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle les dividendes distribués par une société résidente de cet État membre à un OPCVM non-résident subissent une retenue à la source, tandis que les dividendes distribués à un OPCVM résident de ce même État membre sont exonérés d'une telle retenue, à condition que cet organisme procède à une distribution minimale à ses porteurs de parts, ou détermine techniquement une distribution minimale, et prélève une imposition sur cette distribution minimale réelle ou fictive à la charge de ses porteurs de parts.

35. La Cour a considéré, d'une part, qu'une réglementation nationale de cette nature constitue une restriction à la libre circulation des capitaux, en principe interdite par l'article 63 TFUE¹², et d'autre part, que cette restriction ne saurait être justifiée par une différence objective entre les OPCVM résidents et les OPCVM non-résidents, ni par des raisons impérieuses d'intérêt général, et, plus précisément, ni par la nécessité d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres, ni par celle de préserver la cohérence du régime fiscal¹³.

36. Dans sa lettre du 3 décembre 2018, le juge de renvoi a informé la Cour qu'il estimait que l'arrêt *Fidelity Funds* permet de répondre à la première question préjudicielle, qui porte sur la compatibilité avec l'article 63 TFUE d'une réglementation, telle que celle des Pays-Bas, en vertu de laquelle un OPCVM non-résident ne peut pas bénéficier du remboursement de l'impôt retenu sur les dividendes distribués par des sociétés résidentes alors qu'un OPCVM résident peut bénéficier d'un tel remboursement.

¹¹ Voir point 52 de l'arrêt *Fidelity Funds* et point 6 des présentes conclusions.

¹² Voir points 40 à 45 de l'arrêt *Fidelity Funds*.

¹³ Voir, d'une part, points 49 à 63 de l'arrêt *Fidelity Funds* et, d'autre part, points 66 à 76 et 77 à 86 de ce même arrêt.

37. Dans la même lettre, le juge de renvoi a, en revanche, indiqué que l'arrêt Fidelity Funds n'a pas entièrement répondu aux deuxième et troisième questions préjudicielles relatives à la compatibilité avec l'article 63 TFUE du refus de rembourser la retenue à la source à un OPCVM non-résident en vertu des dispositions qui prévoient, d'une part, les conditions requises dans l'actionnariat, mentionnées aux points 15 et 16 des présentes conclusions et, d'autre part, l'obligation de redistribution, mentionnée au point 11 de ces mêmes conclusions.

38. La présente affaire se limite dès lors à ces deux questions préjudicielles. Afin de pouvoir répondre à ces questions, il me semble opportun de commencer par analyser les principes jurisprudentiels que la Cour a dégagés en matière de libre circulation des capitaux, en particulier dans les affaires concernant l'imposition des dividendes.

B. Les principes jurisprudentiels en matière de libre circulation des capitaux, en particulier en ce qui concerne l'imposition des dividendes

39. En ce qui concerne, en premier lieu, l'analyse visant à déterminer si une réglementation nationale constitue une restriction de la libre circulation des capitaux, il faut tout d'abord rappeler que la Cour a eu, à diverses reprises, l'occasion de souligner que les États membres doivent exercer leur compétence en matière de fiscalité directe dans le respect du droit de l'Union et, notamment, des libertés fondamentales garanties par le traité FUE¹⁴.

40. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que les mesures interdites par l'article 63, paragraphe 1, TFUE, en tant que restrictions aux mouvements de capitaux, comprennent celles qui sont de nature à dissuader les non-résidents de faire des investissements dans un État membre ou à dissuader les résidents de cet État membre d'en faire dans d'autres États¹⁵.

41. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que des différences de traitement fondées sur des critères objectifs peuvent, de facto, défavoriser les situations transfrontalières et introduire des discriminations indirectes contraires aux dispositions relatives aux libertés fondamentales garanties par le traité FUE¹⁶.

42. À cet égard, en ce qui concerne la libre prestation des services, la Cour a eu l'occasion d'affirmer que même une législation nationale qui est indistinctement applicable à tous les services, indépendamment du lieu d'établissement du prestataire, est susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services dès lors qu'elle réserve le bénéfice d'un avantage aux seuls utilisateurs de services qui remplissent certaines conditions qui sont, de fait, propres au marché national et prive ainsi les utilisateurs d'autres services essentiellement similaires, mais qui ne remplissent pas les conditions particulières prévues dans cette législation, du bénéfice de cet avantage. En effet, une telle législation affecte la situation des utilisateurs des services en tant que telle et est donc de nature à les dissuader d'utiliser ceux de certains prestataires, dès lors que les services proposés par ces derniers ne remplissent pas les conditions prescrites par ladite législation, conditionnant ainsi l'accès au marché¹⁷.

43. Cette jurisprudence s'applique également en matière de libre circulation des capitaux¹⁸.

¹⁴ Voir, notamment, arrêt du 25 juillet 2018, TTL (C-553/16, EU:C:2018:604, point 44 et jurisprudence citée).

¹⁵ Voir arrêt Fidelity Funds, point 40 et jurisprudence citée.

¹⁶ Voir, notamment, en ce sens, en matière de liberté d'établissement, arrêt du 5 février 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, points 37 à 41).

¹⁷ Voir arrêt du 8 juin 2017, Van der Weegen e.a. (C-580/15, EU:C:2017:429, point 29 et jurisprudence citée).

¹⁸ À ce propos, voir arrêt du 10 novembre 2011, Commission/Portugal (C-212/09, EU:C:2011:717, point 65), qui concerne la libre circulation des capitaux et que la Cour cite au point 29 de l'arrêt Van der Weegen e.a. cité à la note précédente afin d'établir le principe jurisprudentiel qui y est énoncé.

44. Une réglementation nationale qui s'applique indistinctement aux entités résidentes et non-résidentes est donc susceptible de constituer une restriction à la libre circulation des capitaux lorsqu'elle réserve le bénéfice d'un traitement fiscal privilégié aux seules entités satisfaisant à certaines conditions qui, de fait, sont propres au marché national et qu'elle prive ainsi des entités substantiellement similaires, mais ne remplissant pas les conditions particulières prévues par ladite législation, du bénéfice de ce traitement fiscal.

45. Une telle réglementation est en effet susceptible de dissuader les entités non-résidentes, qui ne remplissent pas les conditions particulières, propres au marché national, prévues par cette réglementation, de faire des investissements dans l'État membre concerné et les investisseurs résidents de cet État membre d'en faire dans des entités non-résidentes.

46. En deuxième lieu, il faut également rappeler qu'en matière de fiscalité directe, l'application des dispositions du traité FUE relative aux libertés fondamentales doit être conciliée avec le pouvoir d'imposition que les États membres tirent de leur compétence fiscale.

47. À cet égard la Cour a déclaré qu'il appartient à tout État membre d'organiser, dans le respect du droit de l'Union, son système d'imposition de bénéfices distribués, et notamment de définir l'assiette imposable ainsi que le taux d'imposition qui s'appliquent dans le chef de la société distributrice et/ou dans celui du bénéficiaire, pour autant qu'ils soient assujettis à l'impôt dans cet État¹⁹ et à condition que le système en cause ne comporte pas de discriminations interdites par le traité FUE²⁰.

48. En outre, en l'absence de mesures d'unification ou d'harmonisation adoptées par l'Union, les États membres demeurent compétents pour définir, par voie conventionnelle ou unilatérale, les critères de répartition de leur pouvoir de taxation²¹.

49. La Cour en a déduit que ces compétences, d'une part, n'impliquent nullement qu'un État membre serait obligé d'adapter son propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres États membres²² et, d'autre part, qu'elles impliquent que cet État membre ne saurait être tenu de prendre en considération, aux fins de l'application de sa propre législation fiscale, les conséquences éventuellement défavorables découlant des particularités d'une réglementation d'un autre État. En effet, dans l'état actuel du droit de l'Union en matière de fiscalité directe, les dispositions du traité FUE relatives aux libertés fondamentales ne sauraient être comprises en ce sens qu'un État membre est obligé d'aménager ses règles fiscales en fonction de celles d'un autre État membre afin de garantir, dans toutes les situations, une imposition qui efface toute disparité découlant des réglementations fiscales²³.

50. C'est dans ce contexte qu'il convient d'aborder, en troisième lieu, la question, amplement discutée durant l'audience, de savoir si, pour constater l'existence d'une restriction aux libertés fondamentales garanties par le traité FUE lorsque des conditions objectives s'appliquent indistinctement aux résidents et aux non-résidents mais entraînent, de fait, une restriction indirecte, il faut qu'il soit impossible aux non-résidents de satisfaire à ces conditions ou si, au contraire, il suffit qu'il leur soit simplement plus difficile de les satisfaire.

19 Voir arrêt du 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, point 50).

20 Arrêts du 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, point 40), et du 11 septembre 2014, *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, point 68 et jurisprudence citée).

21 En ce sens, voir arrêts du 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, point 48), et du 30 juin 2016, *Riskin et Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488, point 29).

22 En ce sens, voir arrêt du 10 juin 2015, *X* (C-686/13, EU:C:2015:375, points 33 et 34 et jurisprudence citée).

23 En ce sens, voir arrêt du 23 octobre 2008, *Krankenheims Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588, points 49 et 50 et jurisprudence citée).

51. Deux thèses se sont opposées sur cette question. D'une part, le gouvernement allemand – selon lequel la jurisprudence n'aurait pas encore résolu cette question – a soutenu qu'il ne serait pas possible de constater l'existence d'une restriction des libertés fondamentales lorsqu'il est simplement plus difficile pour les non-résidents de remplir les conditions prévues par la réglementation nationale mais uniquement lorsque cela leur est impossible. Adopter une solution contraire reviendrait en effet à empiéter sur l'autonomie fiscale que les traités reconnaissent aux États membres. D'autre part, la Commission a défendu la thèse opposée selon laquelle il ne serait pas nécessaire que les non-résidents se trouvent dans une situation d'impossibilité absolue pour constater une restriction aux libertés fondamentales. Il suffirait qu'il leur soit plus difficile de remplir les conditions prévues par la réglementation nationale en cause.

52. À cet égard, l'analyse de la jurisprudence pertinente montre que dans plusieurs affaires, la Cour a conclu à l'existence d'une restriction aux libertés fondamentales garanties par le traité FUE sans qu'il soit nécessaire que les non-résidents se trouvent dans l'impossibilité absolue de remplir les conditions prévues par la réglementation nationale applicable, et ce également en matière fiscale.

53. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt du 8 juin 2017, *Van der Weegen e.a.* (C-580/15, EU:C:2017:429), la Cour a reconnu l'existence d'une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 56 TFUE même s'il n'était pas, en fait ou en droit, impossible pour les établissements de crédit étrangers de remplir les conditions prévues par la réglementation belge pour pouvoir bénéficier du régime d'exonération fiscale en cause²⁴.

54. De la même manière, dans l'arrêt du 9 octobre 2014, *van Caster* (C-326/12, EU:C:2014:2269), la Cour a conclu à l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux dans une situation où les fonds non-résidents ne se trouvaient pas dans l'impossibilité de se conformer aux obligations prévues par la réglementation fiscale nationale²⁵.

55. Par ailleurs, cette jurisprudence montre également que la Cour n'a pas considéré que le simple fait qu'il soit plus difficile pour les non-résidents de remplir les conditions, indistinctement applicables, prévues par la réglementation nationale suffit à constituer une restriction aux libertés fondamentales garanties par le traité FUE. Conformément à la notion de « restriction »²⁶, le niveau de difficulté doit être tel qu'il dissuade d'exercer ces libertés.

56. Quant à l'autonomie fiscale des États membres qu'invoque le gouvernement allemand, je partage la position de la Commission, à laquelle ce gouvernement s'est référé, selon laquelle il convient d'adopter une approche plus flexible pour apprécier une taxe dans le cadre des libertés du marché intérieur dans la mesure où le fait de prélever un impôt, quel qu'il soit, est susceptible de gêner l'activité économique ou de la rendre moins attrayante et où, dès lors, le simple assujettissement à une taxe entraîne potentiellement une restriction²⁷.

²⁴ Voir, en particulier, points 31 à 35 de cet arrêt.

²⁵ La conclusion de l'analyse de cette jurisprudence n'est, à mon avis, pas contredite par l'arrêt du 14 avril 2016, *Sparkasse Allgäu* (C-522/14, EU:C:2016:253) auquel le gouvernement allemand a fait référence lors de l'audience. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que l'article 49 TFUE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre qui impose aux établissements de crédit ayant leur siège social dans cet État membre de déclarer aux autorités nationales les actifs déposés ou gérés auprès de leurs succursales non indépendantes établies dans un autre État membre, en cas de décès du propriétaire de ces actifs résidant dans le premier État membre, lorsque le second État membre ne prévoit pas d'obligation de déclaration comparable et que les établissements de crédit y sont soumis à un secret bancaire protégé par des sanctions pénales. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu, en substance, la liberté des États membres d'étendre aux succursales non indépendantes opérant à l'étranger d'établissements de crédit nationaux une obligation visant à garantir l'efficacité des contrôles fiscaux (voir, plus particulièrement, point 29 de cet arrêt).

²⁶ Sur la notion de « restriction à la libre circulation des capitaux », voir point 40 des présentes conclusions.

²⁷ Lors de l'audience, le gouvernement allemand s'est explicitement référé aux observations présentées par la Commission dans l'affaire pendante C-565/18, *Société Générale*.

57. Toutefois ce n'est que lorsqu'un impôt ne s'applique pas, ouvertement ou de manière dissimulée, de manière discriminatoire et, partant, lorsqu'il est appliqué de la même manière à tous les citoyens de l'Union ou à tous les opérateurs se trouvant dans une situation analogue que l'on ne se trouve pas, en principe, dans une situation pertinente sous l'angle du droit de l'Union. Par contre, lorsque la mise en œuvre des critères prévus par la réglementation fiscale nationale a pour conséquence que les non-résidents sont traités moins favorablement que les résidents, les dispositions du traité FUE relatives aux libertés fondamentales limitent l'autonomie fiscale des États membres²⁸.

58. À cet égard, j'ajouterai que la nécessité de respecter les libertés fondamentales garanties par le traité FUE, qui limite l'exercice de l'autonomie fiscale des États membres, implique que, lorsqu'ils définissent dans le cadre de cette autonomie les conditions permettant de bénéficier d'un régime fiscal privilégié, ces derniers ne peuvent pas prévoir de conditions telles qu'il est impossible ou excessivement difficile pour les non-résidents de les satisfaire.

59. En ce qui concerne l'application d'une condition prévue par la réglementation nationale pour pouvoir bénéficier d'un régime fiscal de faveur, cela implique, à mon avis, que, s'il est démontré qu'il est impossible ou excessivement difficile pour un non-résident de satisfaire à cette condition, l'État membre concerné ne pourra pas appliquer un traitement différencié en raison du non-respect de cette condition lorsque, sur la base de la réglementation de l'État membre de résidence de l'intéressé, ladite condition peut, en substance, être considérée comme étant satisfaite.

60. Dans de telles situations, il incombera à l'intéressé non-résident de démontrer aux autorités fiscales de l'État membre concerné qu'il lui est impossible ou excessivement difficile de satisfaire exactement à la condition prévue par la réglementation nationale et qu'il remplit, sur le fond, cette condition en application du droit national de son État membre de résidence ou d'établissement.

61. Enfin, en quatrième lieu, en ce qui concerne l'existence de justifications éventuelles, il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE, l'article 63 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis.

62. À cet égard, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que cette disposition, en tant qu'elle constitue une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des capitaux, doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Partant, elle ne saurait être interprétée en ce sens que toute législation fiscale comportant une distinction entre les contribuables en fonction du lieu où ils résident ou de l'État dans lequel ils investissent leurs capitaux est automatiquement compatible avec le traité FUE. En effet, la dérogation prévue à l'article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE est elle-même limitée par le paragraphe 3 du même article, qui prévoit que les dispositions nationales visées audit paragraphe 1 « ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 63 [TFUE] »²⁹.

63. Il y a lieu, dès lors, de distinguer les différences de traitement permises au titre de l'article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE des discriminations interdites par l'article 65, paragraphe 3, TFUE. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour qu'une législation fiscale nationale puisse être considérée comme compatible avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux, il faut que la différence de traitement concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou qu'elle soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général³⁰.

28 Voir points 39 et 47, in fine, des présentes conclusions et jurisprudence citée.

29 Voir arrêt *Fidelity Funds*, point 47 et jurisprudence citée.

30 Voir arrêt *Fidelity Funds*, point 48 et jurisprudence citée.

64. Parmi les raisons impérieuses d'intérêt général que la Cour a admises dans sa jurisprudence, on peut notamment citer la nécessité d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres³¹, la nécessité de préserver la cohérence du régime fiscal³², la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux³³, ainsi que les règles professionnelles destinées à protéger les destinataires du service, la bonne réputation du secteur financier et la protection des consommateurs³⁴.

65. Il convient de répondre aux deuxième et troisième questions préjudicielles posées par le juge de renvoi à la lumière de ces principes jurisprudentiels.

C. Sur la deuxième question préjudicielle

66. Par sa deuxième question préjudicielle, le juge de renvoi demande, en substance, s'il faut interpréter l'article 63 TFUE en ce sens qu'il s'oppose à la réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle un OPCVM non-résident se voit refuser le remboursement de l'impôt sur les dividendes qui a été retenu sur les dividendes qu'il a recueillis d'entités établies aux Pays-Bas, au motif qu'il ne démontre pas qu'il satisfait à certaines conditions relatives à la composition de son actionnariat prévues par la réglementation de cet État membre.

67. Il ressort de la description de la réglementation nationale en cause au principal que donne le juge de renvoi qu'afin d'obtenir le remboursement de la retenue effectuée, au titre de l'impôt sur les dividendes, lors de la perception de dividendes d'actions de sociétés établies aux Pays-Bas, un OPCVM qui entendait bénéficier du régime des OPCfi devait apporter la preuve qu'il remplissait les conditions requises dans l'actionnariat, mentionnées aux points 14 à 16 des présentes conclusions, que prévoyait la réglementation en vigueur au cours de la période concernée par le litige au principal.

68. Il ressort encore de la décision de renvoi que les conditions requises dans l'actionnariat avaient pour objectif de garantir que le régime des OPCfi ne soit utilisé que par les investisseurs auxquels il était destiné. Il s'agirait donc, en substance, de dispositions anti-abus.

69. Telle qu'elle est formulée, la question du juge de renvoi porte sur la compatibilité avec l'article 63 TFUE de l'exigence de *prouver* que les conditions requises dans l'actionnariat sont respectées et non sur la compatibilité des conditions en tant que telles avec cette disposition.

70. À cet égard, il faut rappeler que la Cour a affirmé que le principe de l'autonomie fiscale des États membres, mentionné aux points 47 à 49 des présentes conclusions, implique que ces derniers déterminent quels sont, selon le système national qui leur est propre, les éléments de preuve requis afin de bénéficier d'un tel régime fiscal³⁵.

71. Il en découle que les autorités fiscales d'un État membre sont en droit d'exiger du contribuable les preuves qu'elles jugent nécessaires pour apprécier si les conditions d'un avantage fiscal prévu par la législation en cause sont réunies et, en conséquence, s'il y a lieu ou non d'accorder ledit avantage³⁶.

31 Voir, ex multis, arrêt du 10 avril 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, point 99 et jurisprudence citée).

32 Arrêt du 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 50 et jurisprudence citée).

33 Voir, notamment, arrêt du 9 octobre 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, point 46 et jurisprudence citée).

34 Arrêt du 14 février 2019, Milivojević (C-630/17, EU:C:2019:123, point 71 et jurisprudence citée).

35 En ce sens, voir arrêt du 30 juin 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438, point 37).

36 Voir arrêts du 10 février 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, EU:C:2011:61, point 95 et jurisprudence citée), et du 30 juin 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438, point 45).

72. Toutefois, les États membres doivent exercer cette autonomie fiscale dans le respect des obligations découlant du droit de l'Union, notamment celles que leur imposent les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux³⁷, ce qui implique que les bénéficiaires potentiels non-résidents ne sauraient être soumis à des charges administratives excessives qui les mettraient dans l'impossibilité effective de bénéficier du régime fiscal en cause³⁸.

73. En ce sens, l'obligation de fournir des justificatifs pourrait être évaluée de manière critique si la raison pour laquelle elle ne peut pas être respectée tenait à ce que les justificatifs exigés devraient être produits suivant un modèle national et que ceux-ci seraient inadaptés aux situations présentant un élément transfrontalier, sans pour autant être obligatoirement nécessaires³⁹.

74. En l'espèce, il ressort de la décision de renvoi que KA Deka ne serait pas en mesure de démontrer qu'elle satisfait aux conditions requises dans l'actionnariat prévues par la réglementation en cause en raison du système de négociation qu'elle a choisi, à savoir le « global stream system » qui ne lui permettrait pas de savoir qui sont ses propres porteurs de parts.

75. Il semblerait donc que, en l'espèce, le problème se situe à un niveau purement factuel. Or, même si une telle preuve s'avérait en définitive impossible à fournir, parce que l'OPCVM ne serait matériellement pas en mesure de se procurer ces informations, je considère que cela relève de sa sphère de responsabilité⁴⁰.

76. Partant, à défaut d'informations fournies par la personne intéressée, l'administration fiscale concernée peut, selon moi, refuser d'accorder l'avantage fiscal demandé. En effet, comme l'a déjà affirmé la Cour, la défaillance du flux d'informations à laquelle l'intéressé se trouve confronté n'est pas, en principe, un problème dont l'État membre concerné devrait répondre⁴¹. En d'autres termes, ainsi que l'a relevé le juge de renvoi, c'est l'intéressé qui doit supporter les conséquences de son incapacité à prouver qu'il remplit les conditions prévues par la réglementation fiscale pertinente.

77. Cela dit, trois considérations semblent néanmoins encore pertinentes à cet égard.

78. En premier lieu, il a été soutenu devant la Cour que, en raison des règles relatives à la protection des données personnelles, il serait juridiquement impossible de fournir aux autorités fiscales les informations nécessaires pour satisfaire aux conditions requises dans l'actionnariat.

79. À cet égard, j'observerai, avant tout, que la rédaction d'une liste reprenant des informations concernant les actionnaires ou porteurs de parts des OPCVM (tels que les noms des personnes physiques qui détiennent des actions ou des parts de l'OPCVM) et sa transmission aux autorités fiscales néerlandaises constituent un « traitement de données à caractère personnel » au sens de l'article 2, sous b), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁴², la réglementation qui était applicable au cours de la période en cause dans le litige au principal.

37 En ce qui concerne plus particulièrement la preuve qu'il est satisfait aux conditions prévues par une réglementation fiscale, voir arrêt du 30 juin 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438, point 45).

38 En ce sens, voir arrêts du 10 février 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, EU:C:2011:61, points 96 et 97), et du 30 juin 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438, point 46).

39 Dans le même sens, conclusions de l'avocate générale Kokott dans les affaires jointes Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, EU:C:2010:668, point 54).

40 Voir, en ce sens, conclusions de l'avocate générale Kokott dans les affaires jointes Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, EU:C:2010:668, point 58).

41 En ce sens, voir arrêts du 10 février 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, EU:C:2011:61, point 98), et du 30 juin 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438, point 48).

42 JO 1995, L 281, p. 31. Voir arrêt du 27 septembre 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, point 103).

80. À cet égard, il faut également relever que l'article 7, sous e), de cette directive prévoit que le traitement de données à caractère personnel est licite s'« il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées ».

81. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la perception de l'impôt, aux fins de laquelle sont établis les documents relatifs aux actionnaires ou aux porteurs de parts, doit être considérée comme une mission d'intérêt public au sens de cette disposition⁴³, de sorte que l'on peut considérer qu'elle rentre dans le champ de la liste exhaustive et limitative des cas dans lesquels un traitement de données à caractère personnel peut être considéré comme licite en vertu de l'article 7 de la directive 95/46⁴⁴.

82. En deuxième lieu, il faut observer qu'il a été soutenu devant la Cour que, dans la pratique, les autorités fiscales néerlandaises ne demandent les informations destinées à vérifier que les conditions requises dans l'actionnariat sont remplies qu'aux OPCVM non-résidents et non aux OPCVM résidents. Il appartient au juge de renvoi de vérifier cette circonstance, mais il est évident que si tel était effectivement le cas, une telle mise en œuvre discriminatoire, au détriment des OPCVM non-résidents, poserait clairement des problèmes de compatibilité avec le droit de l'Union.

83. En troisième lieu, il convient de vérifier si les dispositions en vigueur durant la période concernée, qui prévoyaient que les conditions requises dans l'actionnariat qui devaient être remplies pour pouvoir bénéficier du statut d'OPCfi, constituent une restriction à la libre circulation des capitaux visée à l'article 63 TFUE, telle que décrite au point 40 des présentes conclusions.

84. À cet égard, j'observerai avant tout qu'il ressort de la description effectuée par le juge de renvoi que, sous réserve de ce qui a été indiqué au point 82 des présentes conclusions, ces dispositions s'appliquent indistinctement aux OPCVM résidents et non-résidents, qui doivent tous remplir ces conditions pour bénéficier du régime des OPCfi.

85. Toutefois, conformément aux principes jurisprudentiels rappelés aux points 42 à 45 des présentes conclusions, il y a lieu de vérifier si les dispositions relatives aux conditions requises dans l'actionnariat, bien qu'elles s'appliquent indistinctement, renvoient à des conditions particulières propres au marché national, ce qui aurait pour conséquence de dissuader les OPCVM non-résidents, qui ne seraient pas en mesure de remplir ces conditions, d'effectuer des investissements aux Pays-Bas et les investisseurs résidents des Pays-Bas d'effectuer des investissements dans des OPCVM non-résidents.

86. J'observerai à cet égard que, dans leur version en vigueur jusqu'aux modifications législatives introduites en 2007, les dispositions concernées établissaient une distinction entre les organismes dont les actions ou parts étaient cotées à la bourse d'Amsterdam et ceux dont les actions ou parts ne l'étaient pas. Les premiers étaient soumis aux conditions requises dans l'actionnariat, énoncées au point 15 des présentes conclusions, lesquelles étaient moins sévères que les conditions, énoncées au point 16, que les organismes de la seconde catégorie devaient respecter afin de pouvoir bénéficier du régime des OPCfi.

87. Cette différence de traitement fondée sur le critère de la cotation à la bourse d'Amsterdam laisse perplexe. La raison pour laquelle ce critère serait pertinent pour soumettre les OPCVM à des conditions moins sévères pour accéder au régime des OPCfi n'est pas claire. L'application d'un critère de ce type pourrait avoir eu pour conséquence que, en fait, les entités résidentes auraient pu accéder de manière privilégiée, voir exclusive, au statut d'OPCfi puisqu'elles étaient les seules à pouvoir satisfaire

43 Arrêt du 27 septembre 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, point 108).

44 Arrêt du 27 septembre 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, point 105 et jurisprudence citée).

auxdites conditions, tandis que les entités non-résidentes, essentiellement similaires, auraient été privées de la possibilité de bénéficier de ce régime fiscal privilégié. Si tel était le cas, les dispositions en cause comporteraient une restriction telle que décrite aux points 44 et 45 des présentes conclusions.

88. J'estime toutefois que les informations figurant dans le dossier de la Cour ne permettent pas de conclure sur ce point. Il appartiendra donc au juge de renvoi d'établir si les dispositions en cause comportent ou non une restriction à la libre circulation des capitaux. Il serait, entre autres, opportun de vérifier si, pendant la période pertinente, la grande majorité des OPCVM cotés à la bourse d'Amsterdam étaient effectivement établis aux Pays-Bas de sorte que les conditions d'accès au régime des OPCfi plus favorables pour ces organismes constituaient, de fait, une condition discriminatoire à l'égard des OPCVM non-résidents. Il pourrait également être pertinent de vérifier si les conditions à remplir pour être coté à la bourse d'Amsterdam pendant la période concernée, étaient telles que, de fait, il était plus difficile pour les OPCVM non-résidents d'y satisfaire et d'être cotés à cette bourse de valeurs.

89. En définitive, le juge de renvoi devra vérifier si la mise en œuvre concrète des conditions requises dans l'actionnariat n'a pas constitué une manière dissimulée d'introduire une différence de traitement injustifiée entre organismes résidents et non-résidents.

90. À cet égard, il faut encore souligner, d'une part, que le gouvernement néerlandais n'a invoqué aucune raison impérieuse d'intérêt général qui pourrait justifier l'utilisation du critère tiré de la cotation à la bourse d'Amsterdam afin de permettre à des OPCVM d'accéder au régime des OPCfi à des conditions moins strictes et, d'autre part, qu'après les modifications législatives de 2007, le critère de la cotation à la bourse d'Amsterdam a été supprimé et remplacé par un critère apparemment plus neutre⁴⁵.

91. À la lumière de toutes les considérations qui précèdent, il convient, selon moi, de répondre à la deuxième question du juge de renvoi que l'article 63 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle un OPCVM non-résident se voit refuser le remboursement de l'impôt sur les dividendes qui a été retenu sur les dividendes qu'il a recueillis d'entités établies dans cet État membre au motif qu'il n'apporte pas la preuve qu'il satisfait à certaines conditions concernant la composition de son actionnariat, prévues par la réglementation de cet État membre, à condition que, premièrement, les autorités fiscales exigent que les conditions requises pour l'actionnariat soient respectées tant par les OPCVM résidents que par les OPCVM non-résidents et, deuxièmement, que la différence de traitement fondée sur le critère de la cotation à une bourse de cet État membre, en l'espèce la bourse d'Amsterdam, n'entraîne pas, de fait, un traitement plus favorable pour les organismes résidant dans ledit État membre, ce qu'il appartient au juge de renvoi d'établir.

D. Sur la troisième question préjudicielle

92. Par sa troisième question préjudicielle, le juge de renvoi demande si l'article 63 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle un OPCVM non-résident se voit refuser le remboursement de l'impôt sur les dividendes qui a été retenu sur les dividendes qu'il a recueillis d'entités établies dans cet État membre au motif qu'il n'a pas satisfait à l'obligation de redistribuer à ses actionnaires ou porteurs de parts les bénéfices distribués par des entités résidentes de cet État membre dans les huit mois de la clôture de son exercice comptable. Et ce même si, en vertu de la réglementation de l'État membre dans lequel cet OPCVM est établi, ces bénéfices sont réputés avoir été distribués ou sont soumis à

⁴⁵ Voir point 18 des présentes conclusions. La Cour ne dispose cependant pas d'informations précises en ce qui concerne ce nouveau critère.

l'impôt que l'État membre de résidence de l'OPCVM prélève au niveau des actionnaires ou porteurs de parts comme si ces bénéfices avaient été distribués. Le remboursement en question est en revanche accordé aux OPCVM résidents qui satisfont à cette obligation après retenue de l'impôt sur les dividendes dans cet État membre.

93. Cette question préjudicielle soulève une série de problèmes délicats concernant la détermination des limites au pouvoir d'imposition des États membres et à leur faculté de prévoir les conditions d'application des régimes fiscaux nationaux visées au point 47 à 49 des présentes conclusions en raison de la nécessité d'assurer l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité FUE et, en l'espèce de la libre circulation des capitaux.

94. L'obligation de redistribuer les bénéfices à laquelle la troisième question préjudicielle fait référence est liée à l'objectif du régime des OPCfi. Comme indiqué au point 6 des présentes conclusions, ce régime tend à assimiler les opérateurs qui investissent dans un OPCfi à des personnes physiques qui font le placement directement en évitant ainsi le risque de double imposition qui surviendrait si les dividendes distribués étaient soumis à un prélèvement au niveau de l'OPCVM concerné et au niveau de ses porteurs de parts. Le régime des OPCfi s'articule autour de deux mécanismes : d'une part, l'exonération de l'impôt sur les dividendes au niveau des OPCfi, obtenue grâce au remboursement de l'impôt retenu sur les dividendes distribués par les sociétés néerlandaises et, d'autre part, l'obligation de redistribuer les bénéfices.

95. Comme l'a expliqué le gouvernement néerlandais dans ses observations écrites, l'obligation de redistribution est étroitement liée à l'obligation, mentionnée au point 12 des présentes conclusions, imposée aux OPCfi de prélever, au moment de la distribution des bénéfices, au moyen d'une retenue à la source, l'impôt néerlandais sur les dividendes qui est dû par leurs actionnaires ou porteurs de parts. De cette manière, la perception de l'impôt sur les dividendes est reportée du niveau des OPCfi à celui de leurs actionnaires ou porteurs de parts.

96. L'obligation de redistribution s'applique indistinctement aux OPCVM néerlandais et aux OPCVM non-résidents et il s'agit d'une obligation de redistribution *effective* des bénéfices.

97. Le juge de renvoi a éprouvé des doutes concernant le refus de restituer à KA Deka la retenue à la source prélevée sur les dividendes qu'il a recueillis de sociétés établies aux Pays-Bas en raison du non-respect de cette obligation de redistribution effective. Ces doutes sont liés à la réglementation applicable en Allemagne, l'État membre dans lequel KA Deka est établi. En effet, en application de la réglementation fiscale en vigueur en Allemagne au cours de la période concernée, les personnes physiques détenant des participations dans un OPCVM étaient réputées se voir distribuer un montant minimal (théorique) de dividendes. Si ce montant minimal n'était pas effectivement atteint, un montant supplémentaire fictif était pris en considération⁴⁶.

98. Au cours de la procédure, deux thèses se sont opposées sur la question de savoir si, à la lumière d'une réglementation de ce type dans l'État membre de résidence de l'OPCVM non-résident, le refus de rembourser l'impôt retenu en raison du non-respect de l'obligation de redistribution effective, constitue ou non une restriction contraire à l'article 63 TFUE.

⁴⁶ Plus précisément, il ressort de la description figurant dans la décision de renvoi que dans le système fiscal allemand, durant la période concernée, aux fins de déterminer la base imposable, les particuliers participant à un fonds commun de placement étaient réputés bénéficier d'un montant minimal (théorique) de dividendes. Si les dividendes effectivement distribués ne permettaient pas d'atteindre ce montant minimal, la base imposable était majorée en tenant compte de montants supplémentaires fictifs [appelés « ausschüttungsgleiche Erträge » (produits assimilés à une distribution)]. Sur la base d'imposition ainsi déterminée, les particuliers qui détenaient des participations dans un OPCVM bénéficiaient d'une exemption pour la moitié de cette base d'imposition. Jusqu'en 2004, la législation allemande alors en vigueur permettait aux particuliers participant à un fonds commun de placement d'imputer intégralement sur l'impôt allemand prélevé sur la moitié imposée de la base d'imposition, l'impôt sur les dividendes retenu aux Pays-Bas à la charge du fonds commun de placement. À la suite d'une modification de la législation allemande, cette imputation a été limitée, de 2004 à 2008 inclus, à la moitié de l'impôt néerlandais prélevé à la source ; de plus, l'imputation ne pouvait plus se faire si le fonds commun de placement avait choisi de déduire du dividende l'impôt étranger prélevé à la source.

99. D'un côté, KA Deka, soutenu par l'Ordre néerlandais des conseillers fiscaux et par Loyens en Loeff, considère que, selon la jurisprudence de la Cour, un OPCVM non-résident doit avoir la possibilité de rapporter la preuve qu'il satisfait, dans l'État membre où il est établi, à des conditions équivalentes à celles qui sont applicables aux Pays-Bas⁴⁷. Puisqu'en droit allemand, les bénéfices non distribués étaient imposés au niveau des porteurs de parts comme s'ils avaient été distribués, il existerait en l'espèce une condition équivalente à l'obligation de redistribution prévue par le droit néerlandais. En revanche, exiger que les conditions prévues par la législation nationale en cause et dans celle de l'État membre où l'OPCVM est établi soient absolument identiques pour accorder le bénéfice du régime fiscal favorable porterait atteinte à la libre circulation des capitaux dans la mesure où, puisqu'il relève d'un autre ordre juridique, un fonds étranger ne pourra pratiquement jamais satisfaire aux exigences prévues par la législation néerlandaise.

100. La Commission se rallie, en substance, à cette position et estime qu'il y a lieu de considérer que le refus de tenir compte, aux fins du remboursement de l'impôt prélevé sur les dividendes, des obligations de distribution prévues dans l'État membre d'établissement de l'OPCVM non-résident qui sont comparables, même si elles ne sont pas identiques, à celles prévues par la législation nationale en cause n'est pas conforme à l'article 63 TFUE.

101. De l'autre côté, le gouvernement allemand estime que les dispositions du traité FUE relatives aux libertés fondamentales ne peuvent pas obliger un État membre, en l'espèce le Royaume des Pays-Bas, à prendre en considération la réglementation fiscale d'un autre État membre, en l'espèce, la réglementation allemande. Pour fonder sa thèse, ce gouvernement s'appuie sur la jurisprudence, rappelée au point 49 des présentes conclusions, selon laquelle un État membre n'est pas tenu d'adapter son propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres États membres ni de prendre en considération, aux fins de l'application de sa propre législation fiscale, les conséquences éventuellement défavorables découlant des particularités d'une réglementation d'un autre État membre.

102. Quant au gouvernement néerlandais, dans ses observations écrites, il a soutenu une thèse en substance équivalente à celle du gouvernement allemand. Il semble toutefois avoir nuancé sa position au cours de l'audience en soutenant qu'il serait possible de tenir compte de mesures d'un autre État membre qui conduisent à un résultat comparable à celui de la réglementation néerlandaise, par exemple, si, dans son État membre de résidence, l'OPCVM non-résident était réputé, en vertu d'une fiction légale, avoir distribué un montant de dividendes équivalent à celui que devrait distribuer un OPCVM résident pour bénéficier du statut d'OPCfi.

103. C'est dans ce cadre qu'il convient d'examiner la troisième question posée par la juridiction de renvoi.

1. Sur l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux

104. Il convient avant tout de vérifier si, dans une situation telle qu'en l'espèce, le refus des autorités fiscales nationales de restituer l'impôt retenu à un OPCVM non-résident qui ne satisfait pas à l'obligation de redistribution effective des bénéfices prévue par la réglementation nationale mais dont les bénéfices sont, dans l'État membre où il est établi, réputés distribués ou soumis à l'impôt que cet État membre prélève au niveau des actionnaires ou porteurs de parts, constitue ou non une restriction à la libre circulation des capitaux visée à l'article 63 TFUE.

⁴⁷ KA Deka fait référence à l'arrêt du 6 octobre 2011, Commission/Portugal (C-493/09, EU:C:2011:635, point 46).

105. Je rappelle à cet égard que toute mesure qui complique le transfert transfrontalier de capitaux ou le rend moins attrayant, et qui est donc de nature à dissuader l'investisseur de l'effectuer, constitue une restriction aux mouvements de capitaux⁴⁸.

106. En l'espèce, bien que l'obligation de redistribution effective s'applique indistinctement aux OPCVM résidents et non-résidents, elle est, selon moi, susceptible d'avoir des effets restrictifs à l'égard de certaines catégories d'OPCVM non-résidents.

107. La mise en œuvre concrète d'une obligation de ce genre a, en effet, pour conséquence de soumettre à des traitements fiscaux différents un OPCVM résident⁴⁹, qui aurait satisfait à l'obligation de redistribution effective et un OPCVM non-résident, qui n'aurait pas formellement satisfait à cette obligation dans la mesure où il lui serait impossible ou excessivement difficile d'y satisfaire⁵⁰, mais où, en vertu du droit de l'État membre où il est établi, ses bénéfices sont réputés distribués et y sont donc imposés. En effet, le premier OPCVM se verra rembourser la retenue à la source sur les dividendes recueillis de sociétés établies aux Pays-Bas tandis que le second ne bénéficiera pas de ce remboursement.

108. Ce traitement différencié est susceptible de dissuader un OPCVM non-résident, pour lequel il est impossible ou excessivement difficile de respecter l'obligation de redistribution effective mais dont les bénéfices sont, en vertu du droit de l'État membre dans lequel il est établi, réputés avoir été distribués et donc imposés dans cet État, d'effectuer des investissements dans des sociétés dont le siège se trouve aux Pays-Bas. À la différence des OPCVM résidents, les OPCVM de cette catégorie ne pourront en effet jamais bénéficier du remboursement de la retenue à la source de l'impôt sur les dividendes recueillis de sociétés établies aux Pays-Bas. Dans une telle situation, le traitement différencié est également susceptible de dissuader des particuliers résidents des Pays-Bas de faire des investissements dans ces organismes⁵¹, dans la mesure où ces investissements seraient moins attrayants que l'acquisition d'actions ou de parts d'OPCVM résidents.

109. Conformément à ce que j'ai relevé au point 60 des présentes conclusions, dans de telles situations, il incombera à l'OPCVM non-résident de rapporter aux autorités fiscales de l'État membre concerné, en premier lieu, la preuve de l'impossibilité dans laquelle il se trouve, ou de la difficulté excessive, de satisfaire exactement à l'exigence prévue par la réglementation nationale en cause – à savoir, en l'espèce, l'exigence de redistribution effective des bénéfices – et, en second lieu, la preuve qu'il satisfait en substance à une telle exigence en application du droit national de l'État membre dans lequel il est établi, – à savoir, en l'espèce, qu'en vertu de ce droit, les bénéfices sont réputés distribués et sont imposés.

110. Selon moi, il découle de ces considérations que la réglementation en cause dans le litige au principal constitue une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée, en principe, par l'article 63 TFUE.

48 Voir conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Manninen (C-319/02, EU:C:2004:164, point 28) avec référence à l'arrêt du 16 mars 1999, Trummer et Mayer (C-222/97, EU:C:1999:143, point 26). Voir également conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Amurta (C-379/05, EU:C:2007:323, point 28).

49 La condition s'appliquant indistinctement, en théorie, un OPCVM non-résident pourrait lui aussi satisfaire à l'obligation de redistribution effective. Il a toutefois été souligné au cours de l'audience que, dans les faits, aucun OPCVM étranger n'est jamais parvenu à obtenir le statut d'OPCf.

50 Cela pourrait résulter, par exemple, de conflits ou d'incompatibilités avec la réglementation de l'État membre dans lequel l'OPCVM est établi. Plusieurs exemples de ce genre de situations ont été mentionnés durant l'audience.

51 En ce sens, voir arrêt Fidelity Funds, points 42 à 44 et jurisprudence citée.

2. Sur la comparabilité des situations en cause dans le litige au principal

111. En l'espèce, il est toutefois essentiel de déterminer si les deux situations mentionnées au point 107 des présentes conclusions, à savoir celle d'un OPCVM résident satisfaisant à l'exigence de redistribution effective et celle d'un OPCVM non-résident, auquel il est impossible ou excessivement difficile de satisfaire à cette exigence et dont les bénéfices sont réputés distribués et sont imposés dans l'État membre où il est établi, sont objectivement comparables. Si tel n'était pas le cas, en application des principes mentionnés aux points 61 à 63 des présentes conclusions, le fait d'exclure la seconde catégorie d'OPCVM du remboursement de la retenue fiscale pourrait en effet être considéré comme justifié par une différence de situation objective entre les deux catégories d'OPCVM concernés⁵².

112. On pourrait certes apporter une réponse simple à cette question en concluant qu'il existe une différence de situation objective : les OPCVM qui ont satisfait à l'exigence de redistribution effective, exigence prévue par le Royaume des Pays-Bas dans le cadre de l'autonomie fiscale que lui reconnaît le droit de l'Union, se trouvent dans une situation objectivement différente de celle des OPCVM qui n'ont pas satisfait à cette exigence, ce qui justifierait que leur traitement fiscal soit différent.

113. J'estime cependant, eu égard aux considérations énoncées aux points 58 à 60 des présentes conclusions, que cette question mérite une analyse plus approfondie.

114. À cet égard, il découle de la jurisprudence de la Cour, que le caractère comparable ou non d'une situation transfrontalière avec une situation interne doit être examiné en tenant compte de l'objectif poursuivi par les dispositions nationales en cause ainsi que de l'objet et du contenu de ces dernières⁵³.

115. C'est donc à la lumière de l'objectif du régime des OPCfi auquel, comme il a été indiqué, est liée l'obligation de redistribution effective⁵⁴, qu'il convient d'analyser la comparabilité des deux situations exposées au point 111 des présentes conclusions.

116. Ce régime a pour principal objectif d'éviter aux investisseurs auquel il est destiné la double imposition des dividendes recueillis de sociétés établies aux Pays-Bas en déplaçant le niveau d'imposition de l'OPCVM vers ses actionnaires ou porteurs de parts.

117. À cet égard, je considère, en premier lieu, qu'en ce qui concerne la perception de dividendes de sociétés néerlandaises par les OPCVM, les deux situations sont objectivement comparables eu égard à l'objectif poursuivi par les dispositions nationales concernées.

118. En effet, lorsqu'un OPCVM, résident ou non-résident, perçoit de tels dividendes, en application de la réglementation néerlandaise il est d'emblée soumis à l'impôt au Pays-Bas à travers la retenue à la source au titre de l'impôt sur les dividendes (retenue qui, le cas échéant, sera ensuite restituée).

119. À cet égard, il ressort de la jurisprudence que, à partir du moment où un État membre, de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, assujettit à l'impôt sur le revenu, y compris sur les dividendes, non seulement les sociétés résidentes, mais également les sociétés non-résidentes, pour les revenus qu'elles perçoivent d'une société résidente, la situation desdites sociétés non-résidentes se rapproche de celle des sociétés résidentes⁵⁵.

⁵² En ce sens, voir arrêt Fidelity Funds, point 49.

⁵³ En ce sens, voir arrêt Fidelity Funds, point 50 et jurisprudence citée.

⁵⁴ Voir points 94 et 95 des présentes conclusions.

⁵⁵ En ce sens, voir arrêt Fidelity Funds, point 54 et jurisprudence citée.

120. En effet, c'est le seul exercice par ce même État de sa compétence fiscale qui, indépendamment de toute imposition dans un autre État membre, engendre un risque d'imposition en chaîne ou de double imposition économique. En pareil cas, pour que les sociétés bénéficiaires non-résidentes ne soient pas confrontées à une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée, en principe, par l'article 63 TFUE, l'État de résidence de la société distributrice doit veiller à ce que, par rapport au mécanisme prévu par son droit national afin de prévenir ou d'atténuer l'imposition en chaîne ou la double imposition économique, les sociétés non-résidentes soient soumises à un traitement équivalent à celui dont bénéficient les sociétés résidentes⁵⁶.

121. Le Royaume des Pays-Bas ayant choisi d'exercer sa compétence fiscale sur les revenus, plus précisément sur les dividendes, perçus par les OPCVM non-résidents, ceux-ci se trouvent par conséquent dans une situation comparable à celle des OPCVM résidant aux Pays-Bas en ce qui concerne le risque de double imposition économique des dividendes versés par les sociétés résidant aux Pays-Bas⁵⁷.

122. Il faut toutefois, en deuxième lieu, examiner si les deux situations sont comparables au regard du déplacement du niveau d'imposition des dividendes versés par des sociétés néerlandaises des OPCVM vers leurs actionnaires ou porteurs de parts.

123. Il me semble cependant qu'à cet égard également les deux situations sont objectivement comparables au regard de l'objectif d'éviter la double imposition des dividendes de sociétés établies aux Pays-Bas.

124. En effet, un OPCVM résident qui, conformément à l'obligation de redistribution effective, distribue tous ses bénéfices – provenant de la perception de dividendes de sociétés établies aux Pays-Bas – se trouve dans une situation comparable à celle d'un OPCVM non-résident qui n'a pas pu satisfaire à cette exigence parce que cela lui est impossible ou excessivement difficile mais dont les bénéfices – provenant de la perception de dividendes de sociétés établies aux Pays-Bas – sont, dans l'État membre dans lequel il est établi, réputés distribués à ses actionnaires ou porteurs de parts, dans un délai raisonnablement comparable à celui prévu par la réglementation nationale en cause, et y sont imposés au niveau de ces derniers.

125. Dans les deux cas, les bénéfices de l'OPCVM provenant des dividendes recueillis de sociétés établies aux Pays-Bas seront en effet imposés au niveau de l'actionnaire ou du porteur de parts de l'OPCVM, et ce en raison du choix fiscal effectué par les Pays-Bas. Dans cette perspective, les deux situations apparaissent dès lors objectivement comparables.

126. Maintenir l'imposition, à la seule charge d'un OPCVM non-résident, des dividendes recueillis de sociétés néerlandaises en ne remboursant pas la retenue à la source au titre de l'impôt sur les dividendes alors que – même si cet OPCVM n'a pas effectivement distribué les bénéfices découlant de ces dividendes du fait de l'impossibilité ou de la difficulté excessive pour lui de satisfaire à l'obligation de redistribution effective – dans l'État membre où il est établi, ces bénéfices sont réputés distribués et sont imposés au niveau de l'actionnaire ou du porteur de parts, constitue dès lors un traitement différent de situations comparables, contraire à l'objectif d'éviter la double imposition que poursuit la réglementation en cause.

127. La conclusion relative à la comparabilité des deux situations concernées n'est pas remise en cause par le fait que l'OPCVM non-résident n'est pas soumis à l'obligation de retenir à la source l'impôt néerlandais sur les bénéfices qu'il verse à ses actionnaires ou porteurs de parts, retenue qui a lieu après la mise en œuvre de l'obligation de redistribution effective des bénéfices découlant de la

⁵⁶ Voir arrêt *Fidelity Funds*, point 55, et jurisprudence citée.

⁵⁷ En ce sens, voir arrêt *Fidelity Funds*, point 56 et jurisprudence citée.

perception de dividendes de sociétés néerlandaises. Cette circonstance ne constitue pas, en effet, une différence de situation objective susceptible de justifier une différence de traitement entre les deux situations concernées au regard du remboursement de la retenue à la source sur les dividendes que l'OPCVM a recueillis de sociétés néerlandaises.

128. En effet, selon la jurisprudence, lorsque la réglementation fiscale en cause a pour objectif de déplacer le niveau d'imposition du véhicule d'investissement vers l'actionnaire de ce véhicule, ce sont en principe les conditions matérielles du pouvoir d'imposition sur les revenus des actionnaires qui doivent être considérées comme déterminantes, et non la technique d'imposition utilisée⁵⁸.

129. L'impossibilité d'imposer les porteurs de parts non-résidents⁵⁹ sur les bénéfices distribués par des OPCVM non-résidents qui proviennent de dividendes versés par des sociétés néerlandaises n'est que la conséquence logique du choix, que les Pays-Bas ont fait en application de leur propre autonomie fiscale, de déplacer le niveau d'imposition du véhicule d'investissement vers l'actionnaire⁶⁰.

130. Cette impossibilité, qui résulte du choix autonome de l'État membre, n'est donc pas due à une différence de situation objective et ne sera dès lors pas susceptible de justifier, en présence des conditions visées au point 111 des présentes conclusions, un traitement fiscal différent, en ce qui concerne le remboursement de l'impôt sur les dividendes retenu à la source au niveau des véhicules d'investissement, des OPCVM résidents et des OPCVM non-résidents au motif que ces derniers ne sont pas soumis à l'obligation de retenir l'impôt sur les dividendes de sociétés néerlandaises qu'ils versent à leurs propres actionnaires ou porteurs de parts et que, dans le cas où ces derniers sont des non-résidents, ces dividendes échappent à l'impôt aux Pays-Bas.

131. J'observerai, enfin, que la Cour a déjà admis expressément, au point 84 de l'arrêt *Fidelity Funds*, la possibilité que les autorités fiscales de l'État membre concerné (en l'espèce, le Royaume des Pays-Bas) puissent prendre en considération, au lieu de la retenue à la source sur les bénéfices versés aux porteurs de parts telle que celle visée au point 12 des présentes conclusions, l'impôt versé par un OPCVM non-résident aux autorités fiscales de son État membre d'établissement en vertu de sa propre réglementation fiscale, afin de permettre à cet OPCVM de bénéficier de l'exonération (qui correspond à la restitution, pertinente en l'espèce) de la retenue à la source de l'impôt sur les dividendes.

132. Il résulte, selon moi, de ce qui précède que les deux situations envisagées aux points 107 et 111 des présentes conclusions sont objectivement comparables.

3. Sur le caractère justifié de la restriction

133. Le gouvernement néerlandais n'a invoqué aucune raison impérieuse d'intérêt général pour justifier la réglementation en cause. À cet égard, j'estime, cependant, que les considérations énoncées par la Cour dans l'arrêt *Fidelity Funds* – qui, ainsi qu'il a été rappelé, portait sur une réglementation assez analogue à celle en cause dans le litige au principal – à propos des justifications relatives à la nécessité d'assurer la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres⁶¹ et de préserver la cohérence du régime fiscal⁶² sont, en substance, applicables à la situation en cause dans la présente affaire.

⁵⁸ Voir arrêt *Fidelity Funds*, point 60.

⁵⁹ Le Royaume des Pays-Bas pourra exercer sa compétence d'imposition à l'égard des résidents qui détiennent des parts de l'OPCVM non-résident bien que ce dernier ne soit pas tenu d'effectuer une retenue à la source sur les bénéfices qu'il distribue.

⁶⁰ Voir, en ce sens, arrêt *Fidelity Funds*, point 62.

⁶¹ Voir arrêt *Fidelity Funds*, points 66 à 76.

⁶² Voir arrêt *Fidelity Funds*, points 77 à 86.

134. En effet, en ce qui concerne, en premier lieu, la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, il ressort de la jurisprudence que, dès lors qu'un État membre a choisi, comme dans la situation en cause au principal en application de la restitution de la retenue à la source sur les dividendes versés par des sociétés néerlandaises, de ne pas imposer les OPCVM résidents bénéficiaires de dividendes d'origine nationale, il ne saurait invoquer la nécessité d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres afin de justifier l'imposition des OPCVM non-résidents bénéficiaires de tels revenus⁶³, à savoir, en l'espèce, des dividendes versés par des sociétés établies aux Pays-Bas.

135. En outre, le fait d'admettre qu'un État membre applique une retenue à la source sur les dividendes distribués aux OPCVM non-résidents, sans la leur restituer, en raison de l'impossibilité de retenir l'impôt sur l'ensemble des distributions effectuées par ces organismes, reviendrait non pas à prévenir des comportements de nature à compromettre le droit de cet État membre d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités réalisées sur son territoire, mais, au contraire, à compenser l'absence du pouvoir d'imposition découlant de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres⁶⁴.

136. En ce qui concerne, en second lieu, la nécessité de préserver la cohérence du régime fiscal, il ressort du point 84 déjà cité de l'arrêt *Fidelity Fund* que la cohérence interne du régime fiscal en cause dans le litige au principal pourrait être maintenue par une mesure moins restrictive que le refus de rembourser la retenue à la source.

137. Ce serait le cas si les OPCVM résidents d'un autre État membre que le Royaume des Pays-Bas, pour lesquels il est impossible ou excessivement difficile de satisfaire à l'obligation de redistribution effective mais dont les bénéfices sont, dans l'État membre d'établissement, réputés distribués et imposés au niveau de leurs actionnaires ou porteurs de parts, pouvaient bénéficier du remboursement de la retenue à la source sous réserve que les autorités fiscales néerlandaises s'assurent, avec la pleine collaboration de ces organismes, que ces derniers retiennent ou acquittent, dans l'État membre où ils sont établis, un impôt équivalent à l'impôt néerlandais sur les dividendes que les fonds résidents doivent retenir au titre de prélèvement à la source en application de l'obligation visée au point 12 des présentes conclusions, sur les bénéfices versés à leurs actionnaires ou porteurs de parts. Permettre à de tels OPCVM de bénéficier de cette restitution dans ces conditions constituerait une mesure moins restrictive que le régime actuel.

138. Par conséquent, la restriction découlant de l'application de la réglementation fiscale en cause au principal ne saurait être justifiée ni par la nécessité d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres ni par la nécessité de préserver la cohérence du régime fiscal.

139. À la lumière des considérations qui précèdent, j'estime qu'il convient de répondre à la troisième question préjudicielle posée par le juge de renvoi que l'article 63 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans le litige au principal, en vertu de laquelle un OPCVM non-résident se voit refuser la restitution de l'impôt sur les dividendes qui a été retenu sur les dividendes recueillis d'entités établies dans cet État membre, au motif qu'il n'a pas satisfait à l'obligation prévue par la réglementation fiscale de cet État membre, de distribuer à ses actionnaires ou porteurs de parts les bénéfices distribués par des entités résidentes de cet État membre dans les huit mois de la clôture de son exercice comptable, lorsqu'il est démontré qu'il est impossible ou excessivement difficile pour cet OPCVM de satisfaire à cette obligation et qu'il est démontré que, en vertu de la réglementation de l'État membre dans lequel l'OPCVM est établi, ces

⁶³ Voir point 71 de l'arrêt *Fidelity Funds* et arrêt du 10 mai 2012, *Santander Asset Management SGIIC e.a.* (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 48 et jurisprudence citée).

⁶⁴ Arrêt *Fidelity Funds*, point 75.

bénéfices sont réputés distribués ou sont soumis à l'impôt que cet État membre de résidence prélève au niveau des actionnaires ou porteurs de parts comme s'ils avaient été distribués, alors que cette restitution est accordée à un OPCVM résident qui satisfait à cette obligation, après retenue de l'impôt de l'État membre concerné sur les dividendes.

V. Conclusion

140. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux deuxième et troisième questions préjudicielles posées par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) de la manière suivante :

- 1) L'article 63 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle un OPCVM non-résident se voit refuser le remboursement de l'impôt sur les dividendes qui a été retenu sur les dividendes qu'il a recueillis d'entités établies dans cet État membre au motif qu'il n'apporte pas la preuve qu'il satisfait à certaines conditions concernant la composition de son actionnariat, prévues par la réglementation de cet État membre, à condition que, premièrement, les autorités fiscales exigent que les conditions requises pour l'actionnariat soient respectées tant par les OPCVM résidents que par les OPCVM non-résidents et, deuxièmement, que la différence de traitement fondée sur le critère de la cotation à une bourse de cet État membre, en l'espèce la bourse d'Amsterdam, n'entraîne pas, de fait, un traitement plus favorable pour les organismes résidant dans ledit État membre, ce qu'il appartient au juge de renvoi d'établir.
- 2) L'article 63 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans le litige au principal, en vertu de laquelle un OPCVM non-résident se voit refuser la restitution de l'impôt sur les dividendes qui a été retenu sur les dividendes recueillis d'entités établies dans cet État membre, au motif qu'il n'a pas satisfait à l'obligation prévue par la réglementation fiscale de cet État membre, de distribuer à ses actionnaires ou porteurs de parts les bénéfices distribués par des entités résidentes dans cet État membre dans les huit mois de la clôture de son exercice comptable, lorsqu'il est démontré qu'il est impossible ou excessivement difficile pour cet OPCVM de satisfaire à cette obligation et qu'il est démontré qu'en vertu de la réglementation de l'État membre dans lequel l'OPCVM est établi, ces bénéfices sont réputés distribués ou sont soumis à l'impôt que cet État membre de résidence prélève au niveau des actionnaires ou porteurs de parts comme s'ils avaient été distribués, alors que cette restitution est accordée à un OPCVM résident qui satisfait à cette obligation, après retenue de l'impôt de l'État membre concerné sur les dividendes.