



# Recueil de la jurisprudence

## CONCLUSIONS DE L'AVOCATE GÉNÉRALE

M<sup>ME</sup> JULIANE KOKOTT

présentées le 6 mai 2021<sup>1</sup>

### Affaire C-545/19

**Allianzgi-Fonds Aevn**

**contre**

**Autoridade Tributária e Aduaneira**

[demande de décision préjudicielle formée par le Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa [CAAD]) (tribunal arbitral en matière fiscale [centre d'arbitrage administratif], Portugal)]

« Renvoi préjudiciel – Fiscalité directe et libertés fondamentales – Libre circulation des capitaux – Imposition des dividendes versés aux organismes de placement collectif – Différence de traitement entre les organismes de placement collectif résidents et non-résidents – Discrimination du fait de l'application d'une technique d'imposition différente – Caractère comparable dans le contexte de la libre circulation des capitaux – Justification de régimes fiscaux différents – Garantie d'un impôt minimal dans l'État de résidence – Caractère proportionnel d'une autre technique d'imposition »

## I. Introduction

1. Le principe de libre circulation des capitaux impose-t-il à un État membre de soumettre les instruments d'investissement résidents et non-résidents au même régime fiscal ? Telle est la question à laquelle la Cour doit répondre dans cette affaire. En effet, la République portugaise a choisi, dans l'exercice de son autonomie fiscale, d'étendre aux instruments d'investissement non-résidents qui ne sont pas ou guère assujettis à l'impôt sur les sociétés dans leur État de résidence le régime classique de l'imposition des revenus d'investissement au moyen de l'impôt sur les sociétés, par l'application d'une retenue à la source.

2. En revanche, l'imposition des instruments d'investissement résidents suit une logique fiscale différente (le gouvernement portugais la décrit comme une sorte d'« imposition à la sortie »). Ceux-ci sont assujettis à un « droit de timbre », prélevé sur une base trimestrielle, au titre de leur actif net global (et donc également au titre des revenus qu'ils perçoivent sous forme de dividendes thésaurisés). En contrepartie, les revenus qu'ils perçoivent sous forme de dividendes ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés (et ne font pas non plus l'objet d'une retenue à la source à ce titre). Ce n'est qu'au moment où ils sont redistribués à l'investisseur que ces dividendes deviennent imposables, au titre de l'impôt sur les revenus portugais, au niveau de l'investisseur.

<sup>1</sup> Langue originale : l'allemand.

3. De ce fait, si la République portugaise impose tant les instruments d'investissement résidents que les instruments d'investissement non-résidents, elle ne procède pas de la même manière dans les deux cas. Cette différence de traitement entraîne sûrement des disparités, dans un sens ou dans l'autre, en matière de charge fiscale. Si aucun dividende n'est distribué à l'instrument d'investissement, sa charge fiscale est nettement plus élevée s'il est un résident. En revanche, pour peu qu'il perçoive des dividendes, les choses peuvent alors être différentes, mais seulement si l'instrument d'investissement non-résident n'est pas ou guère imposé dans son État de résidence.

4. En matière fiscale, les libertés fondamentales interdisent « seulement » tout traitement discriminatoire d'une situation transfrontalière ; dès lors, il convient, dans la présente affaire, de procéder à une comparaison de l'imposition des instruments d'investissement résidents et non-résidents. À cet égard, une harmonisation des différents impôts sur les revenus serait utile, mais fait toujours défaut. Il en découle une seconde question, concernant le point de savoir si le principe de libre circulation des capitaux est susceptible d'être d'un quelconque secours dans la présente affaire ou si, les situations n'étant pas comparables, chaque État membre peut prévoir des régimes fiscaux différents en fonction de la qualité de résident ou de non-résident de l'instrument d'investissement, le droit de l'Union devant donc tolérer une certaine inégalité de traitement en matière fiscale.

## **II. Le cadre juridique**

### **A. Le droit de l'Union**

5. Les dispositions pertinentes du droit de l'Union figurent dans le traité FUE. À cet égard, le principe de libre circulation des capitaux consacré aux articles 63 et 65 TFUE revêt une importance particulière.

6. L'article 65, paragraphe 1, sous a), et l'article 65, paragraphe 3, TFUE disposent :

« 1. L'article 63 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres :

a) 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 ;

[...]

3. Les mesures et procédures visées aux paragraphes 1 et 2 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. »

### **B. Le droit issu des traités internationaux**

7. L'article 10 de l'Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Portugiesischen Republik zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (convention entre la République portugaise et la

République fédérale d'Allemagne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune, ci-après la « convention fiscale ») détermine l'État auquel revient le droit d'imposer la personne à laquelle les dividendes sont versés :

« 1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

2. Toutefois, les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant sont aussi imposables dans cet État selon la législation de cet État, mais si la personne à laquelle ils sont payés en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 15 % du montant brut des dividendes. Les autorités compétentes des États contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application de ces limitations. Le présent paragraphe n'affecte pas l'imposition de la société au titre des bénéfices qui servent au paiement des dividendes. »

### C. Le droit portugais

8. Selon les éléments fournis par la juridiction de renvoi, l'état du droit en vigueur au Portugal au cours des exercices litigieux était le suivant.

9. En principe, conformément au Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas<sup>2</sup> (ci-après le « code de l'impôt sur les sociétés »), la République portugaise impose les dividendes versés par une entité juridique résidente à une autre entité juridique, résidente ou non-résidente, en tant que revenus d'investissement, au titre de l'impôt sur les sociétés, au taux de 25 %. L'entité juridique qui procède à la distribution des dividendes verse cet impôt sur les sociétés à l'État portugais par voie de retenue à la source.

10. Toutefois, aux termes de l'article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés, les dividendes versés à des investisseurs étrangers constitués sous forme d'entité juridique sont, en principe, exonérés de l'impôt sur les sociétés dans l'État de la source (Portugal). Cette disposition ne prévoit qu'une seule exception, lorsque le taux d'imposition dans l'État de résidence est inférieur à 60 % du taux de l'impôt sur les sociétés en vigueur au Portugal.

11. Le Decreto-Lei n.º 7/2015 de 13 de janeiro (ordonnance portugaise n.º 7/2015 du 13 janvier 2015) (*Diário da República*, 1<sup>re</sup> série, n.º 8), a modifié le régime fiscal des placements collectifs. Désormais, l'article 22 de l'Estatuto dos Benefícios Fiscais<sup>3</sup> (ci-après l'« EBF ») exonère certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) de l'impôt sur les sociétés au titre de leurs revenus d'investissement. L'article 22 EBF dispose :

« 1. Sont assujettis à l'impôt sur les sociétés, conformément aux dispositions du présent article, les fonds d'investissement de valeurs mobilières, les fonds d'investissement immobilier, les sociétés d'investissement de valeurs mobilières et les sociétés d'investissement immobilier constitués et opérant selon le droit portugais.

[...]

<sup>2</sup> Code portugais de l'impôt sur le revenu des personnes morales.

<sup>3</sup> Statut portugais des avantages fiscaux, tel que modifié par le Decreto-Lei n.º 7/2015 de 13 de janeiro (ordonnance portugaise n.º 7/2015 du 13 janvier 2015), lequel est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2015.

3. Aux fins de la détermination des bénéfices imposables, il n'est pas tenu compte des revenus visés aux articles 5 [revenus d'investissement], 8 [location et location-gérance] et 10 [plus-values] du Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares<sup>4</sup> [...]

[...]

8. Les taux d'imposition spécifiques prévus à l'article 88 du code de l'impôt sur les sociétés sont applicables, mutatis mutandis, au présent régime d'imposition. [...] »

12. En sus de l'exonération de l'impôt sur les sociétés au titre des revenus d'investissement, l'article 22, paragraphe 10, EBF exempte l'entité juridique qui verse les dividendes de l'obligation de procéder à une retenue à la source. L'article 22, paragraphe 10, EBF dispose :

« Il n'y a pas d'obligation de procéder à la retenue à la source de l'impôt sur les sociétés pour ce qui concerne les revenus perçus par les assujettis visés au paragraphe 1. »

13. Toutefois, aux termes de l'article 88, paragraphe 11, du code de l'impôt sur les sociétés, les revenus des OPCVM constitués et opérant selon le droit portugais ne sont pas traités comme étant exonérés d'impôt au titre de la première année suivant l'acquisition des participations correspondantes, nonobstant les dispositions de l'article 22, paragraphe 3, EBF. En effet, l'article 88, paragraphe 11, du code de l'impôt sur les sociétés dispose :

« Sont imposés de manière spécifique, au taux de 23 %, les bénéfices distribués par des entités juridiques soumises à l'impôt sur les sociétés à des assujettis qui bénéficient d'une exonération totale ou partielle de l'impôt, incluant, dans ce cas, les revenus des capitaux, lorsque les participations auxquelles se rapportent les bénéfices ne sont pas restées entre les mains du même assujetti, de manière ininterrompue, au cours de l'année qui a précédé la date de leur mise à disposition et n'ont pas été conservées pendant la durée nécessaire pour compléter cette période. »

14. Le Decreto-Lei n.º 7/2015 de 13 de janeiro (ordonnance portugaise n.º 7/2015 du 13 janvier 2015) porte également modification du Código do Imposto do Selo (code portugais du droit de timbre, ci-après le « code du droit de timbre ») et du barème y annexé, lequel contient les dispositions relatives à l'assiette de l'impôt. À la suite de l'adjonction de la partie 29 de l'annexe générale au droit de timbre, l'actif net global des organismes de placement collectif relevant du champ d'application de l'article 22 EBF est imposé aux taux y prévus.

15. Par conséquent, depuis l'introduction de l'article 22 EBF, un OPCVM constitué et opérant selon le droit portugais est assujetti à un impôt élargi sur les actes authentiques, le droit de timbre. Il s'agit d'un impôt de 0,0125 % de la valeur nette comptable totale de l'OPCVM, prélevé sur une base trimestrielle. À cet égard, les dividendes que l'OPCVM a perçus, mais qu'il n'a pas encore redistribués à ses investisseurs, sont inclus dans l'assiette de l'impôt.

### III. Le litige au principal

16. Le requérant, Allianzgi-Fonds Aevn, est un OPCVM ayant son siège en Allemagne qui perçoit des revenus d'investissement sous forme de dividendes distribués par des entreprises sises au Portugal. Un OPCVM est un fonds d'investissement dont le cadre juridique est défini par la

<sup>4</sup> Code portugais de l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

directive 2009/65/CE 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)<sup>5</sup>. Les OPCVM ont pour but de permettre aux investisseurs privés d'accéder plus facilement au marché des valeurs mobilières.

17. En principe, la République portugaise traite les dividendes distribués aux OPCVM de droit portugais comme étant exonérés de l'impôt sur les sociétés. Ainsi, pour l'investisseur privé, il n'y a aucune différence entre acquérir directement des titres et investir indirectement dans une autre entreprise par l'intermédiaire d'un OPCVM. À cet égard, les dividendes versés par des entreprises à l'OPCVM résident, que celui-ci redistribue à ses investisseurs, ne sont pas imposés par la République portugaise au niveau de l'OPCVM. En effet, l'OPCVM de droit portugais est assujéti à un droit de timbre, prélevé sur une base trimestrielle, dont l'assiette, outre sa valeur nette comptable totale, englobe les revenus qu'il perçoit sous forme de dividendes thésaurisés, lesquels sont donc également imposés.

18. Cependant, l'exonération de l'impôt sur les sociétés au titre des revenus d'investissement des OPCVM ne s'applique pas au requérant, celui-ci n'étant pas une entité juridique constituée et opérant selon le droit portugais. Cela ne serait possible que s'il avait son siège social ou un établissement stable au Portugal et s'il remplissait en outre certaines autres conditions prévues par la législation portugaise. Par conséquent, le requérant relève du régime général du code de l'impôt sur les sociétés. Dès lors, les dividendes qui lui ont été versés par des entreprises portugaises durant les années 2015 et 2016 étaient soumis à l'impôt sur les sociétés portugais, au taux de 25 %, que ces entreprises ont retenu à la source avant de le transférer à l'administration fiscale portugaise.

19. Toutefois, en raison de la convention fiscale, la République portugaise ne peut imposer les revenus d'investissement d'un OPCVM ayant son siège en Allemagne qu'à hauteur de 15 % maximum. C'est pourquoi la République portugaise, sur réclamation du requérant, a procédé au remboursement d'une partie de l'impôt retenu à la source au titre de l'exercice 2015. Le requérant n'a cependant pas introduit de réclamation en ce sens pour l'exercice 2016.

20. L'exonération de l'impôt sur les sociétés au titre des dividendes versés aux entités juridiques non-résidentes, prévue par le droit portugais à l'article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés, se heurte au traitement fiscal des OPCVM en Allemagne. En effet, selon les éléments fournis par la juridiction de renvoi, les OPCVM ayant leur siège en Allemagne sont également exonérés de l'impôt sur les sociétés dans cet État membre.

21. Contrairement à la République portugaise, la République fédérale d'Allemagne considère, pour les exercices litigieux, qu'un OPCVM est un « contribuable » transparent, c'est-à-dire qu'est assujéti non pas l'OPCVM, mais l'investisseur directement. Or, celui-ci n'est pas assujéti au titre du seul montant des revenus qu'il perçoit, mais au titre de l'entière quote-part des revenus de l'OPCVM qui lui revient (imposition « transparente »). Cela doit permettre d'aboutir aussi, en définitive, à un traitement identique à celui des investissements directs.

<sup>5</sup> La directive 2009/65 a remplacé la directive 85/611/CEE 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).

22. Les OPCVM n'étant pas assujettis à l'impôt sur les sociétés en Allemagne, l'impôt sur les sociétés portugais ne peut pas non plus être imputé à leur niveau. Ainsi, le montant de l'impôt portugais ne peut être imputé, proportionnellement, que sur l'impôt correspondant auquel l'investisseur est assujéti en Allemagne, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de l'Investmentsteuergesetz (loi allemande sur la fiscalité des investissements, ci-après l'« InvStG »), dans sa version alors en vigueur<sup>6</sup>. Cependant, la Cour ignore si les investisseurs du requérant ont fait usage de cette possibilité.

23. Le requérant a introduit une réclamation tendant à l'annulation des avis d'imposition portugais ayant conduit à la retenue à la source de l'impôt sur les sociétés au titre des exercices fiscaux 2015 et 2016 ainsi qu'au remboursement des montants retenus à ce titre. L'autorité fiscale compétente n'a pas donné suite à cette réclamation. C'est cette décision que vise la requête en arbitrage introduite devant le Tribunal Arbitral Tributário [Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)] [tribunal arbitral en matière fiscale (centre d'arbitrage administratif), Portugal].

#### IV. Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

24. Par décision du 9 juillet 2019, la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) L'[article 63 TFUE], relatif à la libre circulation des capitaux, ou l'[article 56 TFUE], relatif à la libre prestation de services, s'opposent-ils à un régime fiscal comme celui dont il s'agit dans le litige au principal, institué par l'article 22 [EBF] qui prévoit la retenue libératoire de l'impôt à la source sur les dividendes distribués par des sociétés portugaises à des organismes de placement collectif ne résidant pas au Portugal et établis dans d'autres États membres de l'Union, alors que les organismes de placement collectif constitués conformément à la législation fiscale portugaise et qui ont leur résidence fiscale au Portugal peuvent bénéficier d'une exemption de la retenue à la source s'agissant des revenus en question ?
- 2) En prévoyant une retenue à la source sur les dividendes versés aux organismes de placement collectif non-résidents et en réservant aux organismes de placement collectif résidents la possibilité d'obtenir l'exemption de la retenue à la source, la réglementation nationale en cause dans la procédure au principal prévoit-elle un traitement plus défavorable des dividendes versés aux organismes de placement collectif non-résidents, dans la mesure où ces derniers n'ont aucune possibilité de bénéficier d'une telle exemption ?
- 3) Convient-il de considérer que le cadre fiscal des détenteurs de participations dans les organismes de placement collectif a de la pertinence pour les besoins de l'appréciation du caractère discriminatoire de la législation portugaise, dans la mesure où celle-ci prévoit un traitement fiscal spécifique et distinct i) pour les organismes de placement collectif

<sup>6</sup> L'article 4, paragraphe 2, InvStG, dans son ancienne version, dispose : « 2. Lorsque les revenus distribués au titre des parts détenues dans des placements collectifs et les revenus équivalents à une telle distribution incluent des revenus provenant d'un État étranger qui, dans cet État, sont soumis à un impôt déductible de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés au titre de l'article 34 quater, paragraphe 1, de l'Einkommensteuergesetz (EStG) (loi allemande relative à l'impôt sur le revenu) (BGBl. 2009 I, p. 3366) ou de l'article 26, paragraphe 1, du Körperschaftsteuergesetz (KStG) (loi allemande relative à l'impôt sur les sociétés) (BGBl. 2002 I, p. 4144) ou en application d'une convention en vue d'éviter les doubles impositions, le montant de l'impôt étranger déterminé puis acquitté par l'investisseur totalement assujéti à l'impôt, lorsqu'il ne bénéficie d'aucune réduction, est imputé sur la partie de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés qui correspond à ces revenus étrangers augmentés du montant proportionnel de l'impôt étranger. [...] » [Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentsteuermodernisierungsgesetz) vom 15. Dezember 2003 (loi allemande de modernisation des investissements et établissant un impôt sur les placements collectifs du 15 décembre 2003, BGBl. 2003 I, p. 2676 et suiv.)].

(résidents) et ii) pour les différents détenteurs de participations dans les organismes de placement collectif ? Ou alors, compte tenu du fait que le régime fiscal des organismes de placement collectif résidents n'est, en aucune manière, modifié ou affecté par le fait que les détenteurs des participations en question résident ou non au Portugal, faut-il considérer que l'appréciation du caractère comparable des situations aux fins de déterminer le caractère discriminatoire de la réglementation en cause doit être effectuée uniquement par rapport à la fiscalité applicable au niveau du véhicule d'investissement ?

- 4) La différence de traitement entre les organismes de placement collectif résidents et les organismes de placement collectif ne résidant pas au Portugal est-elle admissible, compte tenu du fait que les personnes physiques ou morales résidant au Portugal, qui sont détentrices de participations dans des organismes de placement collectif (résidents ou non-résidents) sont, dans les deux cas, assujetties de la même manière (et, normalement, sans exonération) à l'imposition des revenus distribués par des organismes de placement collectif, alors que les détenteurs non-résidents de participations dans des organismes de placement collectif sont soumis à une fiscalité plus élevée ?
- 5) Compte tenu du fait que la discrimination visée en l'espèce concerne une différence d'imposition du revenu résultant de dividendes distribués par des organismes de placement collectif résidents aux différents détenteurs de participations dans les organismes de placement collectif, est-il légitime de tenir compte, pour les besoins de l'analyse du caractère comparable de l'impôt sur le revenu, d'autres impôts, taxes ou contributions dus du fait des investissements effectués par les organismes de placement collectif ? En particulier, est-il légitime et admissible de considérer, pour les besoins de l'analyse du caractère comparable, également l'impact produit par des impôts sur le patrimoine, sur les dépenses ou autres, et pas seulement l'impact de l'impôt sur le revenu des organismes de placement collectif, en incluant d'éventuels impôts spécifiques ? »

25. En réponse à une demande d'information de la Cour, la juridiction de renvoi a apporté des précisions concernant la situation fiscale des OPCVM résidents et non-résidents et de leurs investisseurs respectifs.

26. Dans le cadre de la procédure devant la Cour, le requérant, le gouvernement portugais et la Commission européenne ont présenté des observations écrites sur la demande de décision préjudicielle avant de répondre aux questions de la Cour.

## V. Analyse juridique

27. La juridiction de renvoi pose cinq questions relatives à la compatibilité d'une disposition du droit fiscal portugais avec les libertés fondamentales. Par ces questions, prises ensemble, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si l'imposition d'un OPCVM de droit étranger ayant son siège dans un autre État membre est compatible avec la libre circulation des capitaux et la libre prestation de services lorsque, pour leur part, les OPCVM de droit portugais sis au Portugal sont exonérés de l'impôt sur les sociétés, mais sont assujettis à un autre impôt, le droit de timbre. Par conséquent, ces questions peuvent faire l'objet d'une réponse commune, comme l'estime la Commission.

## A. Clarification de la question et de la liberté fondamentale pertinente

28. La juridiction de renvoi se demande si l'exonération de l'impôt sur les sociétés prévue à l'article 22, paragraphe 3, EBF et l'exemption de la retenue à la source prévue à l'article 22, paragraphe 10, EBF, s'agissant des dividendes versés aux OPCVM de droit portugais résidents, portent atteinte à la libre circulation des capitaux (article 63 TFUE) ou à la libre prestation de services (article 56 TFUE).

29. Or, si l'on regarde ces dispositions de plus près, l'on constate que, en principe, les dividendes versés au requérant devraient également être exonérés d'impôt. Une telle exonération n'est exclue que du fait de l'article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés, dès lors que le requérant n'est pas assujéti à l'impôt sur les sociétés dans son État de résidence. Par conséquent, la différence de traitement en question résulte non seulement du régime fiscal spécifique aux OPCVM de droit portugais résidents, mais aussi de l'article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés, dont le but est manifestement d'assurer la perception d'un impôt minimal sur les revenus que les entités juridiques non-résidentes perçoivent sous forme de dividendes.

30. Tout d'abord, il y a lieu de déterminer la liberté fondamentale sur laquelle doit se fonder l'examen de cette différence de traitement. Dans une affaire dans laquelle un juge s'interroge sur la compatibilité d'une disposition avec deux libertés fondamentales différentes, il convient d'identifier en premier lieu celle au regard de laquelle la disposition en cause doit être appréciée. À cet effet, il résulte d'une jurisprudence bien établie qu'il y a lieu de prendre en considération l'objet de la législation en cause<sup>7</sup>.

31. Alors que l'article 22, paragraphe 3, EBF exonère les OPCVM résidents de l'impôt sur les sociétés au titre des dividendes qu'ils perçoivent, l'article 22, paragraphe 10, EBF, à l'inverse, exempte les entreprises qui leur versent des dividendes de l'obligation de retenir cet impôt à la source avant de le transférer à l'administration fiscale.

32. Ainsi, la législation nationale en cause au principal a pour objet l'imposition de dividendes et non l'imposition de services<sup>8</sup>. Par conséquent, il y a lieu d'apprécier l'article 22, paragraphes 3 et 10, EBF et l'article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés au regard du principe de libre circulation des capitaux. S'agissant de dividendes issus de « capital flottant », le champ de la protection offerte par la liberté d'établissement n'est pas non plus ouvert<sup>9</sup>. Dès lors, seule doit être examinée la question de l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux consacrée à l'article 63 TFUE.

<sup>7</sup> Arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, point 33) ; du 5 février 2014, *Hervis Sport – és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47, point 21), et du 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, point 90 et jurisprudence citée).

<sup>8</sup> Voir aussi, en ce sens, arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, points 35 et 36) ; du 10 avril 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, point 29), et du 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, point 92).

<sup>9</sup> En effet, il ne s'agit pas de participations permettant au requérant d'exercer une influence certaine sur les décisions et les activités de la société concernée. Voir, à cet égard, arrêts du 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, points 90 et suiv.) ; du 10 février 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen* (C-436/08 et C-437/08, EU:C:2011:61, point 35), et du 21 octobre 2010, *Idryma Typou* (C-81/09, EU:C:2010:622, point 47).

## B. La restriction à la libre circulation des capitaux

33. Il résulte d'une jurisprudence constante 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 États<sup>10</sup>.

34. Or, il y a lieu de considérer que, s'agissant des impôts et des taxes, ceux-ci représentent en soi une charge et que, dès lors, ils réduisent toujours l'attractivité d'un placement. Par conséquent, la Cour a déjà jugé à plusieurs reprises que les réglementations des États membres relatives aux conditions et au niveau de l'imposition relèvent de l'autonomie fiscale des États membres, sous réserve que la situation transfrontalière ne soit pas traitée de manière discriminatoire par rapport à la situation interne<sup>11</sup>. Une telle retenue dans l'étendue du contrôle en droit fiscal (à laquelle l'avocat général Hogan se réfère explicitement dans des conclusions récentes<sup>12</sup>) correspond, à y regarder de plus près, à la logique qui a amené la Cour, dans sa jurisprudence issue de l'arrêt du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*<sup>13</sup>, à renoncer à un contrôle général des restrictions<sup>14</sup>.

35. À cet égard, en droit fiscal, il ne peut y avoir de restriction aux mouvements de capitaux que si un État membre applique un traitement moins avantageux aux dividendes versés aux entités juridiques non-résidentes qu'aux dividendes versés aux entités juridiques résidentes. En effet, un tel traitement est susceptible de dissuader les sociétés non-résidentes de faire des placements dans cet État membre et, partant, de constituer une restriction à la libre circulation des capitaux interdite, en principe, par l'article 63 TFUE<sup>15</sup>.

### 1. Sur l'existence d'une telle restriction

36. Selon la législation en cause au principal, seuls sont soumis à l'impôt sur les sociétés portugais les dividendes versés aux OPCVM non-résidents (et ce seulement s'ils ne sont pas imposés à l'étranger au titre d'un impôt sur les sociétés d'au moins 60 % du niveau d'imposition portugais). L'impôt sur les sociétés est prélevé par voie de retenue à la source. En revanche, aux termes de l'article 22, paragraphes 3 et 10, EBF, tel n'est pas le cas des dividendes versés aux OPCVM de droit portugais résidents.

37. Certes, il appartient à chaque État membre d'organiser, dans le respect du droit de l'Union, son système d'imposition des bénéfices distribués et de définir, dans ce cadre, l'assiette de l'impôt ainsi que le taux d'imposition qui s'appliquent dans le chef de l'actionnaire auquel ils sont versés<sup>16</sup>. Il s'ensuit que les États membres sont libres de prévoir, aux fins d'encourager le recours aux

<sup>10</sup> Arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, point 40) ; du 2 juin 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, point 27), et du 8 novembre 2012, *Commission/Finlande* (C-342/10, EU:C:2012:688, point 28).

<sup>11</sup> Voir, en ce sens, arrêts du 26 mai 2016, *NN (L) International* (C-48/15, EU:C:2016:356, point 47) ; du 14 avril 2016, *Sparkasse Allgäu* (C-522/14, EU:C:2016:253, point 29) ; ordonnance du 4 juin 2009, *KBC Bank et Beleggen, Risicokapitaal, Beheer* (C-439/07 et C-499/07, EU:C:2009:339, point 80), et arrêt du 6 décembre 2007, *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754, points 51 et 53).

<sup>12</sup> Conclusions de l'avocat général Hogan dans l'affaire *Autoridade Tributária e Aduaneira (Impôt sur les plus-values immobilières)* (C-388/19, EU:C:2020:940, points 36 et suiv.).

<sup>13</sup> C-267/91 et C-268/91, EU:C:1993:905, point 16.

<sup>14</sup> Voir, à cet égard, mes conclusions dans l'affaire *Google Ireland* (C-482/18, EU:C:2019:728, points 35 et suiv.).

<sup>15</sup> Voir, en ce sens, arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, point 44) ; du 2 juin 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, point 28), et du 8 novembre 2012, *Commission/Finlande* (C-342/10, EU:C:2012:688, point 33).

<sup>16</sup> Arrêts du 30 janvier 2020, *Köln-Aktienfonds Deka* (C-156/17, EU:C:2020:51, point 42) ; du 30 juin 2016, *Riskin et Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488, point 29) ; du 20 octobre 2011, *Commission/Allemagne* (C-284/09, EU:C:2011:670, point 45), et du 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, point 30).

OPCVM, un régime fiscal spécifique à ces organismes et aux dividendes qu'ils perçoivent, ainsi que de définir les conditions matérielles et formelles qui doivent être respectées afin de bénéficier d'un tel régime<sup>17</sup>.

38. Néanmoins, les États membres doivent exercer leur autonomie fiscale dans le respect des exigences découlant du droit de l'Union, notamment celles imposées par les dispositions du traité FUE relatives à la libre circulation des capitaux<sup>18</sup>. Par conséquent, l'instauration d'un régime fiscal spécifique aux OPCVM, lié à leur qualité de résidents ou de non-résidents, ne doit pas être constitutive d'une restriction à la libre circulation des capitaux.

***a) Sur la mise en évidence de l'existence d'une restriction dans le cadre d'un examen isolé de l'assujettissement des OPCVM à l'impôt sur les sociétés***

39. Par conséquent, dans le cadre de la présente affaire, l'on pourrait à première vue soutenir, à l'instar de la Commission et du requérant, que les dispositions susvisées sont de nature à dissuader un OPCVM ayant son siège dans un autre État membre de faire des investissements dans des entreprises sises au Portugal.

40. En effet, le requérant ne peut pas bénéficier, en Allemagne, d'une imputation de l'impôt retenu à la source au Portugal, car, du fait de la technique d'imposition transparente appliquée en Allemagne (voir, à cet égard, points 21 et 22 des présentes conclusions), il n'est pas non plus assujéti à l'impôt sur les sociétés dans cet État membre. Certes, en vertu de la convention fiscale, il peut réclamer à l'administration fiscale portugaise le remboursement d'une partie de l'impôt retenu à la source. Il n'en reste pas moins que, en tout état de cause, les dividendes qui lui sont versés par les entreprises portugaises sont imposés au Portugal, au titre de l'impôt sur les sociétés, au taux de 15 %. En revanche, les dividendes versés par des entreprises portugaises aux OPCVM résidents ne sont pas soumis à cet impôt.

41. Le montant des revenus d'investissement et, partant, la rentabilité de l'investissement du requérant dans les entreprises portugaises s'en trouvant diminués, l'on pourrait considérer, dans le cadre d'un examen isolé, que cet état du droit fiscal est de nature à dissuader le requérant de faire des investissements au Portugal. En conséquence, l'on pourrait estimer qu'il constitue bien une restriction à la libre circulation des capitaux.

42. Cependant, il ressort de la jurisprudence de la Cour issue de l'arrêt du 2 juin 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>19</sup>, que, s'agissant de la question de l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux, il convient de ne pas limiter l'examen à l'exonération d'un certain type d'impôt sur le plan purement formel. En effet, il convient de tenir compte de l'ensemble du contexte fiscal de l'imposition des OPCVM et donc de procéder à un examen complet (sur le plan matériel).

<sup>17</sup> Arrêts du 30 janvier 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, point 43) ; du 24 octobre 2018, Sauvage et Lejeune (C-602/17, EU:C:2018:856, point 34), et du 9 octobre 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, point 47).

<sup>18</sup> Arrêts du 30 janvier 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, point 45), et du 30 juin 2011, Meilicke e.a. (C-262/09, EU:C:2011:438, point 38).

<sup>19</sup> C-252/14, EU:C:2016:402, points 29 et suiv.

***b) Sur la mise en évidence de l'existence d'une restriction dans le cadre d'un examen complet de l'imposition des OPCVM au Portugal***

*1) Exonération de l'impôt ou imposition selon une autre technique*

43. Si l'on regarde la législation portugaise de plus près, l'on constate que les OPCVM ne sont pas exonérés de l'impôt au Portugal. Ils sont seulement soumis, en ce qui concerne les dividendes qui leur sont versés, à deux techniques d'imposition différentes, dont l'application dépend de leur qualité de résident ou non sur le territoire de l'État membre de la société qui distribue ces dividendes.

44. En effet, il ressort de la décision de renvoi et des précisions apportées par la juridiction de renvoi à la demande de la Cour, ainsi que des observations du gouvernement portugais, que, s'agissant des OPCVM résidents, cet État membre a opté, depuis l'année 2015, pour un régime fiscal spécifique.

45. L'exclusion des revenus d'investissement des OPCVM résidents de l'assiette de l'impôt sur les sociétés s'est accompagnée de l'instauration d'un droit de timbre spécifique. Comme le confirme la juridiction de renvoi, le droit de timbre et le régime d'imposition spécifique prévu à l'article 22 EBF pour les OPCVM résidents sont liés. Le droit de timbre a remplacé l'imposition des dividendes au titre de l'impôt sur les sociétés. Comme le confirme également la juridiction de renvoi, ce droit ne s'applique qu'aux OPCVM résidents. D'après le gouvernement portugais, il s'agissait d'imposer les dividendes en question selon le principe de l'« imposition à la sortie ».

46. Je comprends ce régime fiscal en ce sens que ce n'est qu'au moment où ils sont redistribués à l'investisseur que les dividendes perçus par l'OPCVM, entre autres actifs, deviennent imposables, au titre de l'impôt sur les revenus, au niveau de l'investisseur. En revanche, dans l'intervalle, ils sont soumis à un autre impôt, le droit de timbre, sur une base trimestrielle. À cet égard, les faits sont très similaires à ceux de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 2 juin 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek<sup>20</sup>. Dans cette affaire, les fonds de pension résidents étaient assujettis non pas à l'impôt sur les sociétés normal, mais à un impôt sur les revenus des capitaux spécifique, également prélevé sur le patrimoine, que certaines parties ont d'ailleurs analysé comme un impôt sur le patrimoine<sup>21</sup>.

47. Indépendamment de la question de savoir si, d'un point de vue dogmatique, ce droit de timbre doit être analysé plutôt comme une sorte d'impôt sur le patrimoine, comme le soutient la Commission, ou bien comme un impôt sur les revenus spécifique prélevé sur la valeur nette comptable totale, son assiette englobe les dividendes qui ne sont pas redistribués (dividendes thésaurisés). Partant, la législation fiscale portugaise distingue, dans le cas des OPCVM résidents, les revenus des capitaux thésaurisés et ceux qui sont immédiatement redistribués. En outre, l'assiette du droit de timbre englobe non seulement les revenus issus des dividendes thésaurisés, mais aussi la totalité des actifs de l'OPCVM. De ce fait, c'est l'ensemble de ses participations qui est imposé et non seulement les participations qu'il détient dans des entreprises portugaises.

<sup>20</sup> C-252/14, EU:C:2016:402, points 29 et suiv.

<sup>21</sup> Voir aussi, à cet égard, conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571, point 23).

48. Même les dividendes portugais que les OPCVM résidents redistribuent immédiatement à leurs investisseurs sont imposés au titre du droit de timbre, puisque son assiette englobe les participations dont sont issus ces dividendes. Or, le choix de soumettre des actifs, dont le montant est beaucoup plus élevé, à un impôt beaucoup plus faible (le droit de timbre) ou les dividendes distribués au titre de ces actifs, dont le montant est beaucoup plus faible, à un impôt plus élevé (15 %) n'est, à mon avis, qu'une question de technique d'imposition. En effet, si l'OPCVM veut conserver ses actifs, il doit s'acquitter du droit de timbre au moyen de ses revenus issus des dividendes (en supposant que l'OPCVM n'ait pas d'autres revenus). Par conséquent, c'est à tort que le requérant affirme, à plusieurs reprises, que la République portugaise n'impose pas les dividendes versés aux OPCVM résidents. En effet, l'application de cette autre technique d'imposition ne change rien au fait que les OPCVM portugais résidents sont imposés du fait des participations qu'ils détiennent dans des entreprises portugaises.

49. Comme le souligne à juste titre le gouvernement portugais, c'est ce qui différencie également la présente affaire des affaires ayant donné lieu aux arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.*<sup>22</sup>, et du 14 décembre 2006, *Denkavit Internationaal et Denkavit France*<sup>23</sup>. Dans ces affaires, l'État de la source a choisi de ne pas imposer les OPCVM résidents, alors que, dans la présente affaire, la République portugaise ne renonce pas à l'imposition, mais applique une technique d'imposition différente. Comme dans le cadre de l'arrêt du 2 juin 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek*<sup>24</sup>, il convient, dans la présente affaire, de tenir compte de cette autre technique d'imposition pour déterminer si l'on est en présence d'une restriction.

50. C'est pourquoi les graphiques et les calculs comparatifs hypothétiques fournis par le requérant ne sont pas non plus très convaincants. À cet égard, celui-ci estime, notamment, qu'il suffit d'interposer un OPCVM portugais pour échapper à l'impôt. Cela n'est pas tout à fait exact. S'il est vrai qu'un OPCVM interposé de la sorte ne serait pas assujéti à l'impôt sur les sociétés au titre des dividendes en question, il devrait quand même s'acquitter, chaque trimestre, d'un droit de timbre sur la totalité de ses actifs, ce qui, en définitive, réduirait également les revenus de ses investisseurs, puisque ce droit est prélevé sur ses revenus. La question de savoir quelle est l'option la plus favorable dépend alors de l'importance des dividendes perçus par rapport à la valeur des actifs. Si l'entreprise portugaise ne distribue pas de dividendes au titre d'un exercice, d'un point de vue fiscal, l'« interposition » d'un OPCVM résident serait plutôt désavantageuse pour cet exercice.

## *2) Signification de l'imputation intégrale de l'impôt dans l'État de résidence*

51. À cela s'ajoute une autre circonstance dont les parties tiennent peu compte dans leurs mémoires et qui est liée à l'objet et à la finalité des OPCVM.

52. En effet, un OPCVM est un instrument d'investissement spécial conçu pour offrir à des investisseurs privés la possibilité de faire des placements sur le marché des valeurs mobilières sans formalités administratives accrues, tout en bénéficiant d'une protection particulière. Cela ressort, notamment, du considérant 3 de la directive 2009/65, ainsi que de la restriction des OPCVM à certains types de placements, de leurs obligations spécifiques en matière de rapports, de la simplification des prospectus, d'une transparence accrue concernant les coûts et de la surveillance particulière dont les OPCVM font l'objet de la part des autorités de régulation.

<sup>22</sup> C-480/16, EU:C:2018:480, points 42 et suiv.

<sup>23</sup> C-170/05, EU:C:2006:783, points 37 et suiv.

<sup>24</sup> C-252/14, EU:C:2016:402.

53. Pour que les investisseurs privés soient disposés à devenir actifs sur le marché des valeurs mobilières par l'intermédiaire d'un tel OPCVM, le rendement ne doit pas être inférieur à celui d'un investissement direct dans une entreprise. En conséquence, l'imposition des OPCVM est généralement structurée de telle sorte que, d'un point de vue financier, il n'y a aucune différence, pour l'investisseur, entre investir directement dans une entreprise ou y investir indirectement, en tant qu'investisseur dans un OPCVM.

54. Afin d'atteindre cet objectif, la République fédérale d'Allemagne a choisi, pour les exercices litigieux, de traiter les OPCVM comme des contribuables transparents. Toutefois, cela a pour conséquence que l'impôt sur les sociétés portugais ne peut, en soi, être imputé au niveau de l'OPCVM. En raison de cette technique d'imposition (allemande), seule entre en ligne de compte une imputation de l'impôt au niveau des investisseurs. Or, si l'impôt fait l'objet d'une imputation dans l'État de résidence (soit, dans la présente affaire, en Allemagne), l'investisseur ne sera pas dissuadé de faire un placement dans un OPCVM investissant dans des entreprises portugaises.

55. Comme la Cour l'a précédemment relevé, la question de l'imputation de la retenue à la source dans l'État de résidence constitue, elle aussi, un critère décisif pour établir l'existence d'un traitement défavorable<sup>25</sup>. Cependant, si, pour des raisons liées à l'articulation des différents régimes fiscaux, cette imputation n'est pas possible au niveau de l'OPCVM et ne peut intervenir qu'au niveau des investisseurs, une imputation effective de l'impôt au niveau des investisseurs est tout aussi pertinente que son imputation au niveau de l'OPCVM.

56. Si la République fédérale d'Allemagne impute dès lors effectivement l'impôt prélevé en amont au Portugal (15 %) sur l'obligation fiscale de l'investisseur au titre de l'impôt sur le revenu (ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier), tout au plus peut-on considérer, dans un tel cas, que l'OPCVM fait, certes, l'objet d'une différence de traitement sur le plan formel, mais que les investisseurs ne sont pas traités différemment sur le plan matériel. L'objet et la finalité des OPCVM étant uniquement de permettre aux investisseurs d'accéder au marché des valeurs mobilières pour y faire des placements, seul le point de vue de ces derniers est pertinent.

57. En revanche, si l'impôt portugais n'est pas imputé en Allemagne, la différence de technique d'imposition entraîne une inégalité de traitement. À cet égard, la différence entre les deux techniques d'imposition réside notamment dans la méthode de calcul de l'assiette (actifs ou dividendes), dans le taux d'imposition nominal (0,0125 % quatre fois par an ou 15 % en une seule fois au moment de la distribution) ainsi que dans les modalités de prélèvement (sur une base trimestrielle ou lors du paiement).

58. S'agissant de la question de savoir si une législation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, constitue une restriction à la libre circulation des capitaux, il convient alors de déterminer si un tel traitement différencié de l'imposition des dividendes versés aux OPCVM, selon la qualité de résident ou non de ces derniers, conduit à un traitement non seulement différent, mais aussi désavantageux des OPCVM non-résidents par rapport aux OPCVM résidents<sup>26</sup>.

59. Il incombe à la juridiction de renvoi, qui est la seule à pouvoir connaître avec précision des faits de l'affaire dont elle est saisie, d'apprécier si, s'agissant des dividendes en cause dans cette affaire, l'application au requérant de la retenue à la source de 15 % prévue par la convention fiscale aboutit à ce que celui-ci supporte, en définitive, une charge fiscale plus lourde au Portugal

<sup>25</sup> Voir, en ce sens, arrêt du 14 décembre 2006, *Denkavit Internationaal et Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, points 44 et suiv.).

<sup>26</sup> Voir, explicitement en ce sens, arrêt du 2 juin 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, point 33).

que celle supportée par les OPCVM résidents qui se trouvent dans la situation du requérant (au regard de ses actifs)<sup>27</sup>. À cet égard, la période pertinente est, comme la Cour l'a précédemment jugé<sup>28</sup>, l'exercice fiscal en cause.

## 2. Conclusion intermédiaire

60. Par conséquent, s'il s'avère que le droit de timbre trimestriel prélevé non seulement sur les dividendes non redistribués, mais aussi sur les actifs, correspond à une charge fiscale comparable aux 15 % d'impôt prélevés sur les dividendes versés au requérant, il ne s'agit pas d'un traitement défavorable et donc pas non plus d'une restriction à la libre circulation des capitaux. Étant donné que le législateur fiscal est normalement habilité à forfaitiser, dans une certaine mesure, les différents régimes fiscaux, il devrait suffire que le niveau d'imposition soit seulement à peu près comparable, à défaut d'être exactement identique.

61. Dans un tel cas, la demande du requérant s'apparenterait davantage à du « cherry picking » [comportement consistant à vouloir bénéficier de tous les avantages d'une situation sans en subir les inconvénients], celui-ci demandant l'exonération de l'impôt sur les sociétés au même titre que les OPCVM résidents alors qu'il ne supporte pas la charge fiscale du droit de timbre instaurée en même temps que cette exonération à titre d'imposition équivalente. Or, ce n'est alors pas un traitement identique à celui des OPCVM résidents qu'il demande, mais un traitement plus favorable. Cependant, les libertés fondamentales ne sont pas destinées à favoriser les situations transfrontalières, mais « seulement » à garantir l'égalité de traitement<sup>29</sup>.

62. En revanche, s'il s'avère que, dans la présente affaire, le droit de timbre trimestriel conduit à un traitement fiscal nettement plus favorable des OPCVM résidents, cela peut dissuader les OPCVM non-résidents de faire des investissements dans l'État membre concerné et constitue donc une restriction à la libre circulation des capitaux interdite, en principe, par l'article 63 TFUE.

## C. Justification de la restriction à la libre circulation des capitaux

63. Dans ce dernier cas, il y a lieu de déterminer si une telle restriction est justifiée. Or, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour<sup>30</sup> que, pour qu'une législation fiscale nationale qui, aux fins de l'imposition, établit une distinction entre résidents et non-résidents puisse être considérée comme étant compatible avec les dispositions du traité FUE relatives à la libre circulation des capitaux, il faut que la différence de traitement qu'elle prévoit concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables (section 2) ou des situations dans lesquelles une telle différence de traitement est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général (section 3). Dans ce contexte, il convient d'examiner la question de la libre circulation des capitaux au même titre que les autres libertés fondamentales, tout en tenant compte des particularités du principe de libre circulation des capitaux (section 1).

<sup>27</sup> Voir, en ce sens, arrêts du 2 juin 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, point 34), et du 17 septembre 2015, Miljoen e.a. (C-10/14, C-14/14 et C-17/14, EU:C:2015:608, point 48).

<sup>28</sup> Arrêt du 2 juin 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, point 41).

<sup>29</sup> Voir aussi, à cet égard, mes conclusions dans l'affaire Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728, points 35 et suiv.) ; voir aussi, plus récemment, conclusions de l'avocat général Hogan dans l'affaire Autoridade Tributária e Aduaneira (Impôt sur les plus-values immobilières) (C-388/19, EU:C:2020:940, points 36 et suiv.).

<sup>30</sup> Arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 48) ; du 10 avril 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, point 57) ; du 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 23), et du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, point 43).

## 1. Sur les particularités du principe de libre circulation des capitaux

64. À cet égard, la libre circulation des capitaux, à la différence des autres libertés fondamentales, peut voir le champ de la protection qu'elle confère limité par une restriction en matière fiscale. En effet, aux termes de l'article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE, l'article 63 TFUE 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. Cela se comprend d'ailleurs au vu du champ d'application plus étendu du principe de libre circulation des capitaux. Contrairement aux autres libertés fondamentales, celle-ci s'applique également dans les cas de figure impliquant des États tiers.

65. Cependant, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE, en tant qu'il 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 membre 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 l'article 65, paragraphe 3, TFUE, qui prévoit que les dispositions nationales visées au paragraphe 1 de cet article « 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] »<sup>31</sup>.

66. Dès lors, toujours selon la Cour, il y a lieu 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<sup>32</sup>. Cependant, la Cour laisse en suspens la question des critères permettant de distinguer les différences de traitement permises [article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE] d'une discrimination arbitraire ou d'une restriction déguisée interdites par l'article 65, paragraphe 3, TFUE. Néanmoins, elle emploie, à cet égard, la formule usuelle, laquelle est également utilisée dans le contexte des autres libertés fondamentales.

67. Selon cette formule, pour qu'une législation fiscale nationale puisse être considérée comme étant compatible avec les libertés fondamentales, il faut que la différence de traitement qu'elle prévoit concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou qu'elle soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général<sup>33</sup>.

68. Cependant, il ne me semble pas certain que cette formule tienne suffisamment compte des particularités susvisées du principe de libre circulation des capitaux. Dans ses conclusions dans l'affaire Pensioenfond Metaal en Techniek<sup>34</sup>, l'avocat général Szpunar soutient que la Cour tient compte de ces particularités en ce qu'elle considère que la situation des résidents et celle des non-résidents ne sont, en règle générale, pas comparables. Une telle affirmation est peut-être

<sup>31</sup> Arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 47) ; du 2 juin 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, point 46), et du 10 avril 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, points 55 et 56 ainsi que jurisprudence citée).

<sup>32</sup> Arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 48) ; du 2 juin 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, point 47), et du 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 23 et jurisprudence citée).

<sup>33</sup> Voir notamment (à titre non exhaustif) arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 48) ; du 2 juin 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, point 47) ; du 1<sup>er</sup> décembre 2011, Commission/Belgique (C-250/08, EU:C:2011:793, point 51) ; du 7 septembre 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, point 29), et du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, point 43).

<sup>34</sup> C-252/14, EU:C:2015:571, point 2.

juste en ce qui concerne les jurisprudences plus anciennes, telle celle issue de l'arrêt du 14 février 1995, *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31). Dans cet arrêt, la Cour a encore jugé que, en matière d'impôts directs, la situation des résidents et celle des non-résidents ne sont pas comparables<sup>35</sup>.

69. Toutefois, si l'on examine une jurisprudence plus récente de la Cour, on constate que celle-ci suit plutôt une tendance inverse. En effet, la Cour a jugé que seuls les critères de distinction pertinents établis par la législation en cause doivent être pris en considération aux fins d'apprécier le caractère comparable de ces situations<sup>36</sup>. Ainsi, même en ce qui concerne le champ d'application de la libre circulation des capitaux, la question du caractère comparable ou non d'une situation transfrontalière avec une situation interne est examinée selon les mêmes conditions que les autres libertés fondamentales : en tenant compte de l'objectif poursuivi par les dispositions nationales en cause<sup>37</sup> ainsi que de l'objet et du contenu de ces dernières<sup>38</sup>.

70. Si la Cour considère que la « discrimination arbitraire » interdite par l'article 65, paragraphe 3, TFUE<sup>39</sup> doit être assimilée à une discrimination normale interdite en matière fiscale dans le contexte des autres libertés fondamentales, les particularités susvisées du principe de libre circulation des capitaux doivent néanmoins, en ce qui concerne la législation fiscale des États membres, être prises en considération au plus tard lors de la mise en balance effectuée dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

71. À cet égard, je considère que le niveau de protection conféré par le principe de libre circulation des capitaux contre les restrictions introduites par les législations fiscales a été abaissé par l'insertion de l'actuel article 65 TFUE lors la modification du traité de Maastricht<sup>40</sup>. En conséquence, dans de tels cas, la libre circulation des capitaux aura moins de poids que les autres libertés fondamentales lors de sa mise en balance avec les objectifs poursuivis par les États membres au titre de la différenciation qu'ils opèrent<sup>41</sup>. En d'autres termes, il est plus facile de justifier une restriction à la libre circulation des capitaux par une législation fiscale fondée sur la qualité de résident ou de non-résident que, par exemple, une restriction à la liberté d'établissement. Je reviendrai sur ce point lors de l'examen de la question du contrôle de proportionnalité.

<sup>35</sup> Arrêt du 14 février 1995, *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31, point 31), confirmé cependant également par les arrêts du 22 décembre 2008, *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762, point 38), et du 5 juillet 2005, *D.* (C-376/03, EU:C:2005:424, point 26).

<sup>36</sup> Arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, point 51) ; du 2 juin 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, point 49), et du 10 mai 2012, *Santander Asset Management SGIIC e.a.* (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 28). La Cour a même jugé, dans son arrêt du 26 février 2019, *N Luxembourg 1 e.a.* (C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, EU:C:2019:134, points 162 et suiv.), que l'exclusion d'un avantage de trésorerie dans une situation transfrontalière, alors qu'il est octroyé dans une situation équivalente sur le territoire national, constitue d'ores et déjà une restriction à la libre circulation des capitaux. Cependant, une retenue à la source entraîne, en soi, un désavantage de trésorerie par rapport à la perception (ultérieure) de l'impôt, même si ce désavantage est atténué par le système du précompte.

<sup>37</sup> Arrêts du 2 juin 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, point 48), et du 8 novembre 2012, *Commission/Finlande* (C-342/10, EU:C:2012:688, point 36 et jurisprudence citée).

<sup>38</sup> Arrêts du 2 juin 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, point 48), et du 10 mai 2012, *Commission/Estonie* (C-39/10, EU:C:2012:282, point 51).

<sup>39</sup> On peut d'ores et déjà exclure l'existence d'une « restriction déguisée » au sens de l'article 65, paragraphe 3, TFUE dans le cadre d'un régime fondé sur le lieu de résidence.

<sup>40</sup> Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 (JO 1992, C 191, p. 1).

<sup>41</sup> Voir mes conclusions dans l'affaire *Q* (C-133/13, EU:C:2014:2255, point 48), ainsi que J. Kokott, *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, Munich, 2018, article 3, point 94.

## ***2. Sur le caractère comparable des situations interne et étrangère***

72. Comme précédemment rappelé dans les présentes conclusions, la question du caractère comparable ou non d'une situation transfrontalière avec une situation interne doit être examinée en tenant compte de l'objectif poursuivi par les dispositions nationales en cause ainsi que de l'objet et du contenu de ces dernières. À cet égard, seuls les critères de distinction pertinents établis par la législation en cause doivent être pris en considération aux fins d'apprécier si la différence de traitement résultant d'une telle législation reflète une différence de situation objective<sup>42</sup>.

73. Dans la présente affaire, la technique d'imposition en cause est rattachée à un critère de distinction fondé essentiellement sur le lieu de résidence de l'OPCVM auquel les dividendes sont distribués. Dès lors, il convient de vérifier si, au regard de l'objectif ainsi que de l'objet et du contenu de la législation en cause au principal, les OPCVM résidents et non-résidents se trouvent dans une situation comparable.

74. À cet égard, il convient de souligner que l'imposition frappant les OPCVM résidents a un objet différent de celle appliquée aux OPCVM non-résidents. Ainsi, alors que les premiers sont imposés sur la totalité de leurs actifs, calculés sur la base de leur valeur nette comptable totale, à laquelle est appliqué un taux d'imposition forfaitaire, indépendamment de la perception effective des dividendes au cours de l'exercice fiscal concerné, les seconds sont imposés sur les dividendes qu'ils ont perçus au Portugal au cours de cet exercice.

75. Cette technique d'imposition spécifique découle manifestement de l'objectif particulier poursuivi par les OPCVM. En effet, ceux-ci sont conçus pour offrir à des investisseurs privés la possibilité de faire des placements sur le marché des valeurs mobilières sans formalités administratives accrues, tout en bénéficiant d'une protection particulière (voir, à cet égard, points 52 et 53 des présentes conclusions).

76. Or, un investisseur direct ne serait assujéti à l'impôt sur les revenus qu'au moment où les dividendes sont versés entre ses mains. Cependant, afin de bénéficier, dans l'intervalle, de l'accroissement de la valeur des actifs, la République portugaise a manifestement opté pour un impôt spécifique conçu à cette fin, frappant de manière forfaitaire la totalité des actifs des OPCVM résidents quatre fois par an, indépendamment du point de savoir si ces actifs génèrent des revenus, notamment des dividendes. Cet impôt garantit à la République portugaise des recettes fiscales certes plus faibles, mais constantes, sans devoir attendre une éventuelle distribution de dividendes à l'investisseur. Du point de vue du principe de l'imposition selon la capacité financière du contribuable, le droit de timbre pénalise plutôt les OPCVM résidents, ceux-ci supportant une charge fiscale même s'ils ne perçoivent aucun revenu. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le taux du droit de timbre est nominalement très faible. En revanche, les OPCVM non-résidents ne sont imposés que si leur capacité financière augmente à la suite d'une distribution de dividendes, quoique à un taux nominalement beaucoup plus élevé.

77. À cet égard, le raisonnement exposé par la Cour dans son arrêt du 2 juin 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, s'applique à l'identique dans la présente affaire<sup>43</sup>. L'imposition des revenus des OPCVM résidents est exercée par le Portugal, en sa qualité d'État de résidence de ces OPCVM disposant, à ce titre, d'un pouvoir d'imposition sur leurs revenus globaux, ce qui, dans la présente affaire, inclut la totalité de leur patrimoine.

<sup>42</sup> Arrêts du 2 juin 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, point 49), et du 10 mai 2012, *Santander Asset Management SGILC e.a.* (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 28).

<sup>43</sup> C-252/14, EU:C:2016:402, points 55 et suiv.

78. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, il convient de considérer, en ce qui concerne l'impôt sur le patrimoine, que la situation du non-résident est différente de celle du résident dans la mesure où non seulement l'essentiel des revenus, mais aussi l'essentiel des actifs de ce dernier sont normalement centralisés dans l'État dont il est résident<sup>44</sup>. Il s'ensuit qu'un contribuable qui ne détient qu'une partie non essentielle de son patrimoine dans un État membre autre que l'État dont il est résident n'est pas, en règle générale, dans une situation comparable à celle des résidents de cet autre État membre<sup>45</sup>. Ce raisonnement est sans aucun doute applicable aux OPCVM.

79. En ce qui concerne le requérant sis en Allemagne, la République portugaise ne dispose, conformément à la convention fiscale, que d'un pouvoir d'imposition des revenus générés par les actifs de l'OPCVM qui se trouvent au Portugal. Ainsi, cet État membre impose les dividendes perçus par l'OPCVM non-résident en sa qualité d'État de la source de ces dividendes.

80. Dès lors que, en vertu de la convention fiscale, la République portugaise ne dispose pas d'un pouvoir d'imposition des actifs d'un OPCVM non-résident qui, tels que ceux en cause au principal, ne sont pas situés sur son territoire, la simple circonstance que quelques actifs présentent un lien avec le Portugal ne peut pas donner lieu à une imposition, par cet État membre, de la totalité des actifs concernés.

81. Dans ces conditions, l'objectif poursuivi par la législation nationale en cause au principal, consistant à appliquer une « imposition à la sortie » aux investisseurs des OPCVM et à n'imposer ces derniers qu'au titre de leur patrimoine tant qu'aucun dividende n'est versé, ne peut être atteint s'agissant des OPCVM non-résidents.

82. Cet objectif ne peut pas non plus être atteint par l'imposition des dividendes perçus par les OPCVM non-résidents selon la méthode du droit de timbre (soit l'imposition des actifs « portugais » que ceux-ci détiennent). Cela résulte, en définitive, de ce que, en vertu de la convention fiscale (et du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE), les OPCVM non-résidents ne peuvent être imposés qu'au moment où des dividendes leur sont distribués.

83. Dès lors, il convient de constater que, au regard de l'objectif poursuivi par la législation nationale ainsi que de son objet et de son contenu, les OPCVM non-résidents ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des OPCVM résidents.

84. Cette conclusion correspond d'ailleurs au choix effectué par le législateur à l'article 65, paragraphe 1, sous a), TFUE ainsi qu'à l'absence de toute différence de traitement arbitraire interdite par l'article 65, paragraphe 3, TFUE. On peut certainement critiquer le droit de timbre pour diverses raisons ou le trouver curieux. Néanmoins, en raison de la limitation des droits d'imposition précédemment mise en évidence dans les présentes conclusions, on peut comprendre la logique derrière cette différence de traitement entre OPCVM résidents et non-résidents, laquelle n'est donc pas arbitraire au sens de l'article 65, paragraphe 3, TFUE.

<sup>44</sup> Arrêt du 5 juillet 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, point 37).

<sup>45</sup> Voir, explicitement en ce sens, arrêt du 5 juillet 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, point 38).

### **3. À titre subsidiaire : sur les motifs justifiant une différence de traitement**

85. Pour le seul cas où la Cour considérerait que la situation des OPCVM résidents et celle des OPCVM non-résidents sont comparables, il convient de déterminer si la différence de traitement dont ceux-ci font l'objet en matière fiscale peut être justifiée. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour qu'une législation fiscale nationale puisse être considérée comme étant compatible avec les dispositions du traité FUE relatives à la libre circulation des capitaux, il faut que cette différence de traitement soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général<sup>46</sup>.

86. À cet égard, sont susceptibles de justifier cette différence de traitement les motifs suivants : la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres (sous-section a), la prévention de la non-imposition (sous-section b) et la préservation de la cohérence du régime fiscal portugais (sous-section c). En outre, la mesure en cause (soit, dans la présente affaire, la technique d'imposition différente) doit être proportionnée, c'est-à-dire qu'elle doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (sous-section d).

#### ***a) Sur la justification tirée de la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres***

87. La répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres est un objectif légitime reconnu par la Cour<sup>47</sup>. Cet objectif est l'expression de la souveraineté fiscale des États membres. Cette dernière comporte le droit d'un État de protéger ses revenus fiscaux, en particulier en ce qui concerne les bénéfices réalisés sur son territoire (principe de territorialité), et le droit d'un État d'aménager comme il l'entend son ordre juridique fiscal (principe d'autonomie).

88. Certes, comme la Commission le relève d'ailleurs, la Cour a précédemment jugé que, dès lors qu'un État membre a choisi de ne pas imposer les OPCVM résidents qui perçoivent des 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 qui perçoivent de tels revenus<sup>48</sup>.

89. Toutefois, ce cas de figure n'est pas pertinent dans la présente affaire. Comme précédemment rappelé dans les présentes conclusions, les OPCVM résidents ne sont pas exonérés de tout impôt au Portugal, mais sont simplement imposés par un autre moyen. La République portugaise a choisi d'imposer les OPCVM résidents sur une base trimestrielle, au titre de leur valeur nette comptable totale, à un taux relativement faible. Or, elle ne pouvait pas procéder de même à l'égard des OPCVM non-résidents. En effet, s'agissant de ces derniers, seuls les revenus de source portugaise

<sup>46</sup> Arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 48) ; du 2 juin 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, point 47) ; du 1<sup>er</sup> décembre 2011, Commission/Belgique (C-250/08, EU:C:2011:793, point 51) ; du 7 septembre 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, point 29), et du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, point 43).

<sup>47</sup> Arrêts du 7 novembre 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, point 50) ; du 6 septembre 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, point 23) ; du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, point 45), et du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, points 45 et 46).

<sup>48</sup> Arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 71) ; du 10 avril 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, point 99) ; du 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 48), et du 20 octobre 2011, Commission/Allemagne (C-284/09, EU:C:2011:670, point 78 et jurisprudence citée).

peuvent être imposés par la République portugaise, en tout cas selon les critères du droit international public (voir article 10 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE et article 10 de la convention fiscale).

90. La différence en découlant en matière de charge fiscale, tout comme l'éventuel désavantage de trésorerie inhérent à toute retenue à la source effectuée au moment du paiement et non à l'expiration d'une certaine période d'imposition (en l'occurrence, trois mois), est également justifiée par ce motif.

***b) Sur la justification tirée de la prévention de la non-imposition (« revenus blancs ») au titre de l'efficacité du recouvrement de l'impôt***

91. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'application aux contribuables non-résidents de la retenue à la source comme technique d'imposition, alors que les contribuables résidents ne sont pas soumis à une telle retenue à la source, peut être justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt<sup>49</sup>. En effet, la prévention de la non-imposition sert aussi, en définitive, l'efficacité du recouvrement de l'impôt.

92. Le régime prévu à l'article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés, aux termes duquel le requérant n'est assujéti à l'impôt sur les sociétés que dès lors qu'il n'est pas (ou guère) assujéti à l'impôt dans son État de résidence au titre de ses revenus issus des dividendes en question, sert à prévenir la non-imposition.

93. La retenue à la source de l'impôt sur les sociétés au titre des dividendes distribués aux OPCVM non-résidents participe, elle aussi, de l'efficacité du recouvrement de l'impôt. Elle fait obstacle, de manière simple et efficace, par exemple, aux fonds structurés de telle sorte qu'ils génèrent des « revenus blancs », en ce qu'aucun État, c'est-à-dire ni l'État de la source ni l'État de la résidence, ne peut imposer les revenus issus des dividendes, ni au niveau de l'OPCVM ni au niveau des investisseurs.

94. Il est vrai qu'une retenue à la source emporte le risque d'une double imposition. Cependant, ce risque peut, comme dans la présente affaire, être réduit ou évité au moyen de la conclusion d'une convention en vue d'éviter les doubles impositions.

95. Le législateur européen attache désormais, lui aussi, une importance particulièrement élevée à la lutte contre l'évasion fiscale. C'est la raison pour laquelle il a adopté la directive (UE) 2016/1164 du Conseil, du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur<sup>50</sup>. Cette directive contient des dispositions relatives à la lutte contre les « revenus blancs », à savoir des dispositions relatives aux dispositifs hybrides (article 9 de ladite directive) ainsi que des règles anti-abus générales (article 6 de la même directive).

<sup>49</sup> Arrêts du 22 novembre 2018, Sofina e.a. (C-575/17, EU:C:2018:943, point 67), et du 13 juillet 2016, Brisal et KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, point 21) ; voir, en ce sens, arrêts du 9 octobre 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, point 46) ; du 18 octobre 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, point 39), et du 3 octobre 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, point 35).

<sup>50</sup> JO 2016, L 193, p. 1.

96. Enfin, le Pilier Deux des mesures préconisées par l'OCDE pour lutter contre l'évasion fiscale montre également que cette dernière compte au rang des raisons impérieuses d'intérêt général<sup>51</sup>. Dans la déclaration préliminaire de son récent rapport issu de la procédure de consultation sur ses préconisations en matière de lutte contre l'évasion fiscale, l'OCDE note qu'un impôt minimal contribue à assurer l'équité et la justice des systèmes fiscaux, renforce l'architecture fiscale face à l'émergence de nouveaux modèles d'affaires et remet les finances publiques sur une trajectoire durable<sup>52</sup>, soulignant ainsi l'importance particulière, pour le public, d'un tel impôt minimal.

97. C'est à ce titre que l'objectif consistant à assurer une imposition minimale des OPCVM non-résidents est considéré comme étant une raison impérieuse d'intérêt général, laquelle est également pertinente dans la présente affaire, comme le confirme l'article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés.

### *c) Sur la justification tirée de la préservation de la cohérence du régime fiscal portugais*

98. Le gouvernement portugais fait également valoir que l'application de la législation fiscale en cause au principal est nécessaire afin de préserver la cohérence du régime fiscal portugais. En effet, selon lui, il existe un lien direct entre l'exemption de la retenue à la source, en ce qui concerne les dividendes versés aux OPCVM résidents, et l'imposition trimestrielle effectuée au titre du droit de timbre.

99. La Cour a précédemment jugé que la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal peut justifier une réglementation de nature à restreindre les libertés fondamentales<sup>53</sup>. Toutefois, pour qu'un argument fondé sur une telle justification puisse prospérer, il faut, selon une jurisprudence constante, que soit établie l'existence d'un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé, le caractère direct de ce lien devant être apprécié au regard de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause<sup>54</sup>.

100. D'après le gouvernement portugais, le droit de timbre a pour objectif de n'imposer les investisseurs qu'à une date ultérieure (mot pour mot : « dans une logique d'imposition à la sortie ») et, dans l'intervalle, d'imposer les actifs au niveau de l'OPCVM, *indépendamment* de la perception de tous dividendes. Cet objectif ne pourrait être atteint en imposant les dividendes au moment de leur distribution à l'OPCVM. C'est la raison pour laquelle le droit de timbre n'a été instauré que pour ces OPCVM, au cours de l'année 2015, en même temps que l'exonération des revenus d'investissement de l'impôt sur les sociétés et que l'exemption correspondante de la retenue à la source.

<sup>51</sup> Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux ([https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-rapport-sur-le-blueprint-du-pilier-deux\\_6c4f8dde-fr](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-rapport-sur-le-blueprint-du-pilier-deux_6c4f8dde-fr)).

<sup>52</sup> Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, Déclaration préliminaire ([https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-rapport-sur-le-blueprint-du-pilier-deux\\_6c4f8dde-fr](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-rapport-sur-le-blueprint-du-pilier-deux_6c4f8dde-fr)) (p. 10 et suiv.).

<sup>53</sup> Arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 79) ; du 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 50), et du 23 octobre 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, points 43 et 44).

<sup>54</sup> Arrêts du 21 juin 2018, Fidelity Funds e.a. (C-480/16, EU:C:2018:480, point 80) ; du 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, EU:C:2012:286, point 51), et du 27 novembre 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, point 44).

101. Il s'ensuit que, contrairement à ce que pensent manifestement la Commission et le requérant, il existe un lien direct suffisant entre ces deux impôts, ne serait-ce que du fait de leur similitude au regard de leur contenu et du moment où ils sont prélevés. Le fait que la compensation de l'avantage ne soit pas prescrite dans le code de l'impôt sur les sociétés, mais sous la forme d'un impôt équivalent prévu dans une autre loi fiscale, au moyen d'une autre technique d'imposition, ne saurait remettre en cause l'existence d'un lien direct. Le point de vue de la Commission et celui du requérant découlent d'une appréciation très formelle de la préservation de la cohérence du régime fiscal en tant que motif justifiant une différence de traitement. Or, une telle appréciation méconnaît le fait que ce motif porte non seulement sur la cohérence de la législation fiscale concernée, mais aussi sur la cohérence du régime fiscal<sup>55</sup> en tant que tel.

102. En effet, un régime fiscal peut tout à fait comprendre plusieurs types d'impôts et de méthodes d'imposition différents. Si, dès lors, ces différents avantages et désavantages sont liés sur le fond (ce que montre très clairement, en l'occurrence, la genèse de l'extension du droit de timbre lors de l'adoption de l'EBF), le point de savoir si l'avantage et le désavantage directs sont prévus dans la même loi ou « seulement » au sein du même régime d'imposition ne saurait revêtir une quelconque importance.

#### *d) Sur le respect du principe de proportionnalité*

103. La préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, l'efficacité du recouvrement de l'impôt aux fins de la prévention de la non-imposition et la préservation de la cohérence du régime fiscal étant des motifs pertinents pour justifier une différence de traitement, il y a lieu de déterminer si, dans le cas d'espèce, la restriction d'une possible exemption de la retenue à la source aux seuls OPCVM résidents est propre à garantir la réalisation de ces objectifs et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre<sup>56</sup>. À mon avis, il convient de répondre à cette question par l'affirmative.

104. Tout d'abord, étant donné l'absence d'autonomie fiscale en ce qui concerne l'actif net global des OPCVM non-résidents, aucune imposition propre à garantir les objectifs susvisés, autre qu'une imposition par voie de retenue à la source au titre des dividendes qu'ils perçoivent, n'entre en ligne de compte dans le cadre de la présente affaire. Cela ressort du seul fait que l'article 10, paragraphe 2, troisième phrase, du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE reconnaît à l'État de la source, outre le droit d'imposer l'entité juridique qui procède au paiement des dividendes, le droit d'imposer le destinataire de ces dividendes. En effet, il en résulte que les États membres de l'OCDE, à tout le moins, considèrent que l'imposition desdits dividendes par l'État de la source *en sus* de l'imposition des bénéfices de l'entreprise portugaise est un moyen propre et nécessaire à une répartition équitable des recettes fiscales entre les États.

105. L'imposition de l'actif net global d'un OPCVM non-résident à sa demande (option) est peut-être un moyen tout aussi propre à garantir les objectifs susvisés, mais pas moins contraignant, vu la double imposition qui en résulte. Par conséquent, dans la présente affaire, il

<sup>55</sup> Telle est, en tout état de cause, la teneur de la version en langue allemande de la jurisprudence récente de la Cour : arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, points 83 et suiv.) ; du 12 juin 2018, *Bevola et Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, point 51) ; du 21 décembre 2016, *Commission/Portugal* (C-503/14, EU:C:2016:979, point 62) ; du 30 juin 2016, *Feilen* (C-123/15, EU:C:2016:496, point 29), et du 17 décembre 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, point 45).

<sup>56</sup> Arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, point 64) ; du 24 novembre 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, point 56), et du 17 décembre 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, point 29).

n'y a pas lieu d'examiner la question, soulevée, à juste titre, par l'avocat général Hogan<sup>57</sup>, de savoir si doit être maintenue la jurisprudence de la Cour<sup>58</sup> selon laquelle une option n'est de toute façon pas propre à empêcher une inégalité de traitement.

106. Il n'est pas non plus certain qu'une imposition analogue, mais restreinte, des actifs des OPCVM non-résidents (limitée à la valeur nette des participations portugaises et des dividendes correspondants thésaurisés) constitue un moyen moins contraignant. En effet, une telle imposition impliquerait qu'un OPCVM non-résident dresse son bilan conformément au droit portugais afin de déterminer une valeur nette comptable totale à ces fins. En tout état de cause, un tel moyen ne serait pas aussi efficace, car le traitement et la surveillance d'un OPCVM non-résident sur le plan fiscal sont nettement plus difficiles que le fait de procéder à une retenue à la source au moment où celui-ci perçoit des dividendes.

107. Par conséquent, seule est pertinente la mise en balance du principe de libre circulation des capitaux dont bénéficie le requérant avec les raisons impérieuses d'intérêt général susvisées dans le cas d'espèce. À cet égard, comme je le constate aux points 64 et suivants des présentes conclusions, il convient de tenir compte, d'une part, du fait que la libre circulation des capitaux aura moins de poids lors de sa mise en balance avec les objectifs de différenciation des États membres. D'autre part, la garantie d'un impôt minimal, l'efficacité de son recouvrement et une répartition équitable du pouvoir d'imposition entre les États membres comptent au rang des intérêts généraux fondamentaux, car elles contribuent à garder les finances publiques sur une trajectoire durable. Sans substrat fiscal suffisant, l'État n'est en mesure ni d'accomplir ses missions ni de remplir ses fonctions.

108. Dans la présente affaire, ces intérêts juridiques n'impliquent que de légers désavantages pour le requérant. Soit l'impôt prélevé au Portugal est imputé sur l'obligation fiscale des investisseurs résidant en Allemagne (comme c'est le cas dans la présente affaire), de sorte que ceux-ci ne sont pas dissuadés de faire des investissements, soit, dans le pire des cas, ils font l'objet d'une double imposition sur le plan économique (d'une part, au niveau de l'OPCVM, au titre de l'impôt sur les sociétés portugais, au taux de 15 %, et, d'autre part, au niveau du porteur étranger, au titre de l'impôt sur les revenus étranger). Ce dernier cas, il est vrai, rend les placements dans des OPCVM non-résidents détenant des participations dans des entreprises portugaises un peu moins attrayants.

109. Toutefois, premièrement, la solution à cette situation de double imposition doit prendre la forme d'un accord bilatéral entre les États concernés, et non de mesures unilatérales prises au titre des libertés fondamentales, au détriment du Portugal. Deuxièmement, ce désavantage est, en tout état de cause, atténué, voire entièrement compensé, par l'absence de prélèvement trimestriel au titre du droit de timbre.

110. À cela s'ajoute le fait que le requérant est imposé sur la base de sa capacité financière, laquelle est déterminée par ses revenus, de sorte que, à la différence des OPCVM résidents, il n'est pas imposé sur sa fortune. En outre, la République portugaise ne prélève l'impôt que si le requérant n'est pas ou guère imposé dans son État de résidence. Enfin, la charge fiscale est déjà réduite par la convention fiscale.

<sup>57</sup> Conclusions de l'avocat général Hogan dans l'affaire *Autoridade Tributária e Aduaneira (Impôt sur les plus-values immobilières)* (C-388/19, EU:C:2020:940, point 73).

<sup>58</sup> Voir arrêts du 18 mars 2010, *Gielen* (C-440/08, EU:C:2010:148, points 49 à 54, dans lesquels la Cour suit un raisonnement très curieux), et du 8 juin 2016, *Hünnebeck* (C-479/14, EU:C:2016:412, point 42). Voir aussi, cependant, arrêt du 12 juin 2018, *Bevola et Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, points 25 et suiv.), dans lequel la Cour examine au moins rapidement la question de savoir si la différence de traitement est susceptible d'être remise en cause par l'existence d'une option.

111. Par conséquent, après mise en balance de tous ces éléments, la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, l'efficacité du recouvrement de l'impôt et la préservation de la cohérence du régime fiscal portugais, en tant que motifs justifiant une différence de traitement, l'emportent sur l'intérêt du requérant à être exonéré de l'impôt sur les sociétés au même titre que les OPCVM résidents et, dans le même temps, à ne pas être assujetti au droit de timbre, contrairement aux OPCVM résidents.

*e) Conclusion de l'examen des motifs justifiant une différence de traitement*

112. Dès lors, toute restriction à la libre circulation des capitaux susceptible de résulter de l'articulation des différents régimes portugais [assujettissement des OPCVM non-résidents à l'impôt sur les sociétés en l'absence d'imposition à l'étranger (article 14, paragraphe 3, du code de l'impôt sur les sociétés), exonération des OPCVM résidents de l'impôt sur les sociétés (article 22 EBF) accompagnée de leur assujettissement à un droit de timbre (code du droit de timbre)] est en tout état de cause justifiée.

## **VI. Conclusion**

113. Eu égard à ce qui précède, je propose à la Cour de répondre de la manière suivante à la question posée par le Tribunal Arbitral Tributário [Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)] [tribunal arbitral en matière fiscale (centre d'arbitrage administratif), Portugal] :

L'article 63 TFUE ne s'oppose pas à une législation nationale qui prévoit une retenue à la source au titre des dividendes distribués par une société résidente lorsque ces dividendes sont versés à un organisme de placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) non-résident qui n'est pas assujetti à l'impôt sur les sociétés dans son État de résidence. L'article 63 TFUE ne s'oppose pas non plus à une législation nationale qui, tout en exonérant de l'impôt sur les sociétés les dividendes versés par une société résidente à un OPCVM résident, prévoit l'application d'une autre technique d'imposition visant à garantir que ces dividendes ne seront imposés qu'au moment de leur redistribution à l'investisseur, au titre de l'impôt sur les revenus, tandis que, dans l'intervalle, l'OPCVM est imposé, sur une base trimestrielle, au titre de son actif net global.