Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 21 novembre 2013[1]

Affaire C-326/12

Rita van Caster
Patrick van Caster
contre
Finanzamt Essen-Süd

[demande de décision préjudicielle formée par Finanzgericht Düsseldorf (Allemagne)]

«Libre circulation des capitaux — Imposition des revenus résultant des fonds d'investissement qui ne transmettent pas une communication détaillée des bénéfices aux investisseurs ('intransparente Fonds')»

I – **Introduction**

1. La présente procédure de renvoi préjudiciel concerne la compatibilité de dispositions nationales telles que les articles 5 et 6 de la loi allemande sur l'imposition des investissements (Investmentsteuergesetz, ci-après l'«InvStG»), avec les dispositions du traité FUE sur la libre circulation des capitaux. Selon les dispositions nationales en cause, les revenus que tire un investisseur d'un fonds d'investissement seront imposés sur une base forfaitaire en cas de défaut par la société gérante du fonds de s'être conformée aux obligations de transparence et de communication des informations prévues par cette loi.

II – **Le cadre juridique**

A – *Le droit de l'Union*

2. L'article 63, paragraphe 1, TFUE (ancien article 56, paragraphe 1, CE) est libellé comme suit:

«Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.»

3. Selon l'article 65, paragraphe 3, TFUE (ancien article 58, paragraphe 3, CE):

«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.»

1 — Langue originale: le français.

4. La directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs et des taxes sur les primes d'assurance [2], applicable au moment des faits, prévoyait dans son article 1er, intitulé «Dispositions générales», que:

«1. Les autorités compétentes des États membres échangent, conformément à la présente directive, toutes les informations susceptibles de leur permettre l'établissement correct des impôts sur le revenu et sur la fortune.

2. Sont considérés comme impôts sur le revenu et sur la fortune, quel que soit le système de perception, les impôts perçus sur le revenu total, sur la fortune totale ou sur des éléments du revenu ou de la fortune, y compris les impôts sur les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers ou immobiliers, les impôts sur le montant des salaires payés par les entreprises, ainsi que les impôts sur les plus-values.

[…]»

5. L'article 2 de cette directive, intitulé «Échange sur demande», stipule:

«1. L'autorité compétente d'un État membre peut demander à l'autorité compétente d'un autre État membre de lui communiquer les informations visées à l'article 1er, paragraphe 1 en ce qui concerne un cas précis. L'autorité compétente de l'État requis n'est pas tenue de donner une suite favorable à cette demande lorsqu'il apparaît que l'autorité compétente de l'État requérant n'a pas épuisé ses propres sources habituelles d'information, qu'elle aurait pu, selon les circonstances utiliser pour obtenir les informations demandées sans risquer de nuire à l'obtention du résultat recherché.

2. En vue de la communication des informations visées au paragraphe 1, l'autorité compétente de l'État membre requis fait effectuer, s'il y a lieu, les recherches nécessaires pour obtenir ces informations.»

6. L'article 11 de ladite directive, intitulé «Applicabilité de dispositions plus larges en matière d'assistance», dispose que:

«Les dispositions qui précèdent ne portent pas atteinte à l'exécution d'obligations plus larges quant à l'échange d'informations qui résulteraient d'autres actes juridiques.»

B – *Le droit allemand*

7. Le Finanzgericht Düsseldorf se fonde sur les dispositions suivantes de l'InvStG.

8. L'article 5 de l'InvStG dans sa version du 15 décembre 2003, applicable à compter du 1er janvier 2004, dispose ce qui suit:

«(Bases d'imposition)

(1) Les articles 2 et 4 s'appliquent uniquement si

1. la société d'investissement communique aux investisseurs, en langue allemande, pour chaque distribution de revenus, en rapport avec une participation dans un investissement,

2 — JO L 336, p. 15. Cette directive a été abrogée avec effet, au 1er janvier 2013, par la directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799 (JO L 64, p. 1). Même si la nouvelle directive comporte des modifications importantes au régime d'échange d'informations entre les autorités fiscales des États membres, ces modifications n'ont pas d'incidence sur la présente analyse.

a) le montant de la distribution (avec au moins quatre chiffres après la virgule),

b) le montant des revenus distribués (avec au moins quatre chiffres après la virgule),

c) les sommes contenues dans la distribution, à savoir

aa) les revenus de l'année précédente équivalant à une distribution,

bb) les plus-values de cessions exonérées au sens de l'article 2, paragraphe 3, point 1, première phrase,

cc) les revenus au sens de l'article 3, point 40, de la loi sur l'impôt sur le revenu,

dd) les revenus au sens de l'article 8b, paragraphe 1, de la loi sur l'impôt sur les sociétés,

ee) les plus-values de cessions au sens de l'article 3, point 40, de la loi sur l'impôt sur le revenu,

ff) les plus-values de cessions au sens de l'article 8b, paragraphe 2, de la loi sur l'impôt sur les sociétés,

gg) les revenus au sens de l'article 2, paragraphe 3, point 1, deuxième phrase, pour autant qu'il ne s'agit pas de revenus du capital au sens de l'article 20 de la loi sur l'impôt sur le revenu,

hh) les plus-values de cessions exonérées au sens de l'article 2, paragraphe 3, point 2,

ii) les revenus au sens de l'article 4, paragraphe 1,

jj) les revenus au sens de l'article 4, paragraphe 2, pour lesquels il n'y a pas eu de déduction au titre du paragraphe 4,

kk) les revenus au sens de l'article 4, paragraphe 2, qui, en vertu d'une convention de non double imposition, ouvrent droit à imputation sur l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés d'un impôt réputé acquitté,

d) de la partie de la distribution ouvrant droit à imputation ou remboursement de l'impôt sur les revenus du capital au sens de

aa) l'article 7, paragraphes 1 et 2,

bb) l'article 7, paragraphe 3,

e) le montant de l'impôt sur les revenus du capital à imputer ou à rembourser au sens de

aa) l'article 7, paragraphes 1 et 2,

bb) l'article 7, paragraphe 3,

f) le montant des impôts étrangers afférents aux revenus au sens de l'article 4, paragraphe 2, contenus dans les sommes distribuées et

aa) déductibles en vertu de l'article 34c, paragraphe 1, de la loi sur l'impôt sur le revenu ou d'une convention de non double imposition,

bb) déductibles en vertu de l'article 34c, paragraphe 3, de la loi sur l'impôt sur le revenu s'il n'y a pas eu de déduction en application de l'article 4, paragraphe 4,

cc) réputé acquitté en vertu d'une convention de non double imposition,

g) le montant de la déduction pour dépréciation ou diminution de substance en vertu de l'article 3, paragraphe 3, première phrase,

h) le montant de la réduction de l'impôt sur les sociétés invoqué par la société distributrice en vertu de l'article 37, paragraphe 3, de la loi sur l'impôt sur les sociétés;

2. la société d'investissement communique aux investisseurs, en langue allemande, pour les revenus équivalents à une distribution, au plus tard quatre mois après l'expiration de l'exercice comptable au cours duquel ils sont réputés avoir été versés, les données correspondant au point 1, en rapport avec une participation dans un investissement,

3. la société d'investissement communique les données citées dans les points 1 et 2 en liaison avec le rapport annuel au sens de l'article 45, paragraphe 1, et de l'article 122, paragraphes 1 et 2, de la loi sur les investissements dans le bulletin fédéral électronique des annonces officielles; les indications doivent être accompagnées d'une attestation d'un professionnel habilité à fournir des services de conseil à titre commercial en vertu de l'article 3 de la loi relative à la profession de conseiller fiscal, d'un organisme d'audit reconnu par l'administration ou un organisme comparable confirmant que les indications ont été établies d'après les règles du droit fiscal allemand; l'article 323 du code de commerce doit être appliqué mutatis mutandis. Si le relevé de compte n'est pas publié dans le bulletin fédéral électronique des annonces officielles d'après les dispositions de la loi sur les investissements, il convient également d'indiquer la référence sous laquelle le relevé de compte est publié en langue allemande;

4. la société d'investissement étrangère calcule et communique, avec le prix de retrait, la somme des revenus réputés avoir été versés après le 31 décembre 1993 au titulaire des participations dans les investissements étrangers et non encore soumis à la perception de l'impôt;

5. la société d'investissement étrangère démontre de manière complète à l'office central fédéral des impôts, à la demande de celui-ci et dans un délai de trois mois, la véracité des données indiquées dans les points 1, 2 et 4. Si les certificats sont rédigés dans une langue étrangère, une traduction certifiée en langue allemande peut être exigée. Si la société d'investissement étrangère a fourni des indications quant à un montant inexact, elle doit tenir compte de la différence de montant de sa propre initiative ou à la demande de l'office fédéral des finances, dans la publication pour l'exercice en cours.

Si les indications citées au point 1, sous c) ou sous f), ne sont pas disponibles, les revenus sont imposés en vertu de l'article 2, paragraphe 1, première phrase, et l'article 4 ne s'applique pas» [3].

3 — Comme l'indique le gouvernement allemand, l'article 5 de l'InvStG a été modifié à plusieurs reprises par la suite, mais à chaque fois de manière marginale et sans incidence pour le litige en cause.

9. L'article 6 de l'InvStG dans sa version du 15 décembre 2003, applicable à compter du 1er janvier 2004, dispose ce qui suit:

«(Imposition en l'absence de déclaration)Si les conditions de l'article 5, paragraphe 1, ne sont pas remplies, l'investisseur doit être imposé sur les distributions de revenus des participations, le bénéfice intermédiaire ainsi que 70 % de la plus-value découlant de la différence entre le premier prix de retrait établi durant l'année civile et le dernier prix de retrait établi durant cette même année; l'imposition doit être fixée à au moins 6 % du dernier prix de retrait établi durant l'année civile. Si un prix de retrait n'est pas fixé, le prix boursier ou prix du marché le remplace […]»

10. Dans son article 26, la convention entre le Royaume de Belgique et la République fédérale d'Allemagne en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, y compris la contribution des patentes et des impôts fonciers, signée le 11 avril 1967 (ci-après la «convention préventive de la double imposition»), prévoit que:

«(Échange de renseignements)

1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements nécessaires pour appliquer les dispositions de la convention et celles des lois internes des États contractants relatives aux impôts visés par la convention, dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient est conforme à la convention.

[…]»

III – **Le litige au principal et la question préjudicielle**

11. Mme van Caster et son fils, M. van Caster, ressortissants belges résidant en Allemagne, possèdent des participations dans des fonds d'investissement de capitalisation établis dans un autre État membre que la République fédérale d'Allemagne. Les participations avaient été placées en dépôt auprès de la banque BBL/ING située en Belgique.

12. Mme et M. van Caster ont déclaré les revenus de leurs participations dans des fonds d'investissement par voie d'estimation ou par évaluation sur la base des listes jointes ou du journal boursier, soit 8 435,43 euros pour l'année 2003, 10 500,94 euros pour l'année 2004, 12 318,18 euros pour l'année 2005, 13 263,04 euros pour l'année 2006, 12 672,46 euros pour l'année 2007 et 14 272,88 euros pour l'année 2008, soit une somme totale de 71 462,93 euros.

13. Par contre, estimant que les conditions posées par l'article 5 de l'InvStG n'étaient pas remplies, le Finanzamt Essen-Süd a déterminé ces revenus conformément à l'article 6 de l'InvStG, selon lequel l'imposition doit être fixée forfaitairement à au moins 6 % du dernier prix de retrait établi durant l'année civile. Cette méthode d'imposition a donné lieu aux montants suivants: 38 503,53 euros pour l'année 2003, 32 691,41 euros pour l'année 2004, 63 603,62 euros pour l'année 2005, 49 463,21 euros pour l'année 2006, 37 045,03 euros pour l'année 2007 et 25 139,27 euros pour l'année 2008, soit une somme totale de 246 446,07 euros.

14. Mme et M. van Caster ont contesté cette décision du Finanzamt Essen-Süd devant le Finanzgericht Düsseldorf en faisant valoir que les dispositions de l'article 6 de l'InvStG, applicables à partir de 2004, étaient contraires au droit de l'Union européenne, en particulier les dispositions du traité FUE sur la libre circulation des capitaux.

15. Lors de l'audience devant la juridiction de renvoi, les parties au principal se sont entendues sur le fond pour l'année 2003 en ce sens que les revenus de cette année devaient être estimés à 4 % du prix de retrait établi au 31 décembre 2003, soit à hauteur de 19 848,07 euros.

16. Concernant les années 2004 à 2008, M[me] et M. van Caster ont demandé à la juridiction de renvoi la modification des avis d'imposition pour que la base d'imposition des revenus en cause soit déterminée sur la base des montants déclarés. Le Finanzamt Essen-Süd a conclu au rejet du recours estimant que l'article 6 de l'InvStG est compatible avec le droit de l'Union.

17. Dans ces circonstances, le Finanzgericht Düsseldorf a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'imposition forfaitaire des revenus de fonds d'investissement (nationaux et) étrangers dits 'non transparents' au titre de l'article 6 de l'Investmentsteuergesetz (loi sur l'imposition des investissements) viole-t-elle le droit de l'Union européenne (article 56 CE) parce qu'elle constitue une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux (article 58, paragraphe 3, CE)?»

IV – **La procédure devant la Cour**

18. La demande de décision préjudicielle a été déposée à la Cour le 10 juillet 2012. M[me] et M. van Caster, le Finanzamt Essen-Süd, les gouvernements allemand et du Royaume-Uni, ainsi que la Commission européenne, ont déposé des observations écrites et, à l'exception du gouvernement du Royaume-Uni, présenté leurs observations orales lors de l'audience du 9 octobre 2013.

V – **Analyse**

A – *Observations liminaires sur les articles 5 et 6 de l'InvStG*

19. Selon l'article 5 de l'InvStG, si la société d'investissement se conforme aux obligations de fournir, en langue allemande, certaines informations aux investisseurs et aux autorités allemandes, dans les formes et les délais prescrits, les revenus de participations dans des fonds d'investissement sont soumis au régime général d'imposition transparente (articles 2 et 4 de l'InvStG), à savoir, comme le souligne la Commission, une imposition basée sur les valeurs réelles ou, du moins, estimées conformément aux dispositions de l'article 162 du code des impôts allemand et non sur des valeurs forfaitaires, comme si le contribuable avait placé ses avoirs directement sans passer par un fonds d'investissement.

20. Au cas où une société d'investissement ne se conforme pas aux conditions prévues à l'article 5, paragraphe 1, de l'InvStG, l'investisseur est alors tenu de s'acquitter de l'impôt sur un montant forfaitaire fixé par l'article 6 de cette loi à au moins 6 % du dernier prix de retrait établi durant l'année civile. Selon la juridiction de renvoi, ce calcul forfaitaire ne permet aucune dérogation, qui permettrait au contribuable d'être imposé sur une valeur réelle ou en tout cas estimée des revenus perçus.

21. C'est donc le contribuable qui doit supporter les conséquences du fait que la société qui gère le fonds d'investissement ne se conforme pas aux dispositions de l'InvStG.

22. De manière générale, les articles 5 et 6 de l'InvStG s'appliquent sans distinction aux sociétés d'investissement allemandes et étrangères, à l'exception, d'une part, de l'obligation de calculer et de communiquer avec le prix de retrait la somme des revenus réputés avoir été versés après le 31 décembre 1993 au titulaire des participations dans les investissements étrangers (article 5, paragraphe 1, point 4, de l'InvStG) et, d'autre part, de l'obligation de démontrer de manière complète à l'office central fédéral des impôts la véracité de certaines données (article 5, paragraphe 1, point 5, de l'InvStG). Ces deux obligations ne s'imposent qu'aux sociétés d'investissement étrangères.

23. À propos de cette dernière obligation, je constate qu'elle impose une obligation de prouver la véracité de données aux investisseurs à l'office central fédéral des impôts sur simple demande de ce dernier sans devoir justifier cette demande en quoi que ce soit. Rien dans le dossier n'explique les raisons pour lesquelles cette obligation de preuves ne vise pas aussi les sociétés d'investissement allemandes.

24. Quant à l'application de l'InvStG aux faits de la présente affaire, je note que la juridiction de renvoi n'indique pas la ou les conditions de l'article 5 de l'InvStG qui n'auraient pas été respectées par la société d'investissement étrangère en cause. Cela n'a pas d'incidence sur mon analyse puisque, comme l'a dit la Commission et l'a accepté le Finanzamt Essen-Süd lors de l'audience, le non-respect d'un seul des éléments prévus à l'article 5, paragraphe 1, de l'InvStG mène à l'imposition forfaitaire prévue à l'article 6 de l'InvStG.

B – *Sur l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux*

25. La juridiction de renvoi se réfère dans sa question aux articles 56 CE et 58, paragraphe 3, CE en vigueur à l'époque des faits qui, sans modification, sont devenus les articles 63 TFUE et 65, paragraphe 3, TFUE.

1. La position des parties

26. Le Finanzamt Essen-Süd ainsi que les gouvernements allemand et du Royaume-Uni nient l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux. Ils considèrent qu'une loi nationale, telle que celle en cause en l'espèce, qui s'applique sans distinction aux sociétés d'investissement allemandes et étrangères, ne peut constituer une restriction à ladite liberté.

27. Ils sont, aussi, d'avis qu'il n'existe pas non plus en l'espèce une restriction déguisée. Selon le Finanzamt Essen-Süd et le gouvernement allemand, les autorités allemandes peuvent à juste titre exiger des assujettis toutes les preuves qui leur semblent nécessaires pour calculer correctement l'impôt dû sur le revenu.

28. Ils relèvent qu'en réalité la législation en cause n'impose pas de difficultés particulières aux sociétés d'investissement étrangères. Ils estiment qu'il en est de même ainsi pour les deux exigences qui ne s'imposent qu'aux sociétés d'investissement étrangères, à savoir l'obligation de communiquer le prix de retrait et la somme des revenus réputés avoir été versés, après le 31 décembre 1993, au titulaire des participations dans les investissements étrangers (article 5, paragraphe 1, point 4, de l'InvStG), et l'obligation de démontrer de manière complète à l'office central fédéral des impôts la véracité de certaines données (article 5, paragraphe 1, point 5, de l'InvStG).

29. À l'appui de leur thèse, le Finanzamt Essen-Süd et le gouvernement allemand font référence au fait qu'en 2011 l'Office fédéral central des impôts a examiné environ 31 800 communications de sociétés d'investissement étrangères. Le gouvernement allemand ajoute qu'une violation des obligations de calcul et de communication imposées par l'article 5 de l'InvStG n'a été constatée que pour 25 de ces sociétés d'investissement étrangères.

30. Partant du principe que la juridiction de renvoi n'évoque pas les conditions réservées aux sociétés d'investissement étrangères par l'article 5, paragraphe 1, points 4 et 5, de l'InvStG, la Commission concentre son analyse sur les deux obligations données en exemple par la juridiction de renvoi comme étant celles que les sociétés d'investissement étrangères ne remplissent pas «souvent», à savoir l'obligation de communiquer les revenus des investissements en langue allemande et de publier les données requises par l'InvStG dans la version électronique du bulletin fédéral des annonces officielles.

31. Concernant la première de ces obligations, la Commission note que les réglementations prudentielles applicables aux fonds d'investissement pendant les années litigieuses, notamment l'article 47 de la directive 85/611/CEE [4], ne prescrivaient des exigences linguistiques que pour les données qui étaient pertinentes aux fins de la surveillance prudentielle et qui devaient être publiées pour cette raison.

32. À propos de la seconde obligation, la Commission remarque que ce sont leurs intérêts commerciaux plus que les dispositions de l'InvStG qui incitent les fonds étrangers à communiquer de telles données aux investisseurs allemands en langue allemande et à les publier dans cette langue au bulletin fédéral des annonces officielles.

33. S'agissant de l'imposition forfaitaire prévue à l'article 6 de l'InvStG, la Commission estime plausible, sous réserve des constatations de la juridiction de renvoi, qu'il s'agisse d'une restriction déguisée en ce que l'avantage fiscal, à savoir l'imposition sur la base des valeurs réelles ou estimées, dépend de formalités auxquelles, à la différence des sociétés étrangères, satisfont naturellement les sociétés nationales dont la clientèle principalement ciblée est nationale et avec laquelle ils communiquent dans la langue qui leur est commune.

34. Au contraire, une société d'investissement étrangère ne les remplira pas en cas d'une commercialisation passive de ses parts en Allemagne, la seule raison de s'y conformer étant l'imposition des investisseurs établis dans ce pays et non leurs propres impératifs commerciaux.

35. Quant à M^me^ et M. Caster, ils se rallient à la position prise par la juridiction de renvoi selon laquelle, malgré l'application sans distinction de l'article 5 de l'InvStG aux sociétés d'investissement nationales et étrangères, existe une discrimination déguisée ou de fait au détriment des seconds, parce que les sociétés d'investissement allemandes se conforment presque toutes aux exigences de l'article 5 de l'InvStG, alors que les sociétés d'investissement étrangères n'auraient pas souvent de raisons de s'y plier.

2. Appréciation

36. Il y a lieu de rappeler d'emblée que, en vertu d'une jurisprudence constante, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent toutefois exercer celle-ci dans le respect du droit de l'Union [5].

4 — 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 L 375, p. 3).

5 — Voir arrêts du 4 mars 2004, Commission/France (C-334/02, Rec. p. I-2229, point 21); du 20 janvier 2011, Commission/Grèce (C-155/09, Rec. p. I-65, point 39); du 16 juin 2011, Commission/Autriche (C-10/10, Rec. p. I-5389, point 23), et du 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a. (C-338/11 à C-347/11, point 14).

37. Il résulte également d'une jurisprudence constante que les mesures interdites par l'article 63, paragraphe 1, TFUE, en tant que restrictions à la libre circulation 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 dudit État membre d'en faire dans d'autres États membres [6].

38. Comme la Cour l'a déjà jugé dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 janvier 2009, Persche, concernant la possibilité d'obtenir en Allemagne une déduction fiscale pour des dons versés à des organismes reconnus d'intérêt général lorsqu'ils sont établis dans d'autres États membres, «[…] dès lors que la possibilité d'obtenir une déduction fiscale est susceptible d'influer de façon significative sur l'attitude du donateur, la non-déductibilité en Allemagne des dons versés à des organismes reconnus d'intérêt général lorsqu'ils sont établis dans d'autres États membres est de nature à affecter la disponibilité des contribuables allemands à effectuer des dons à leur profit. Une telle législation constitue donc une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée, en principe, par l'article [63 TFUE]» [7].

39. De plus, la Cour a jugé très récemment, à propos d'une disposition du droit polonais plafonnant les investissements à l'étranger des fonds de pension polonais ouverts à 5 % de la valeur des actifs du fond concerné, qu'«[u]ne telle disposition produit également un effet restrictif à l'égard des sociétés établies dans d'autres États membres en ce qu'elle constitue à leur encontre un obstacle à la collecte de capitaux en Pologne, dans la mesure où l'acquisition notamment d'actions ou de parts d'organismes de placement collectif est limitée […]» [8].

40. Il ressort donc clairement de la jurisprudence de la Cour qu'une disposition nationale qui a pour effet de dissuader les résidents d'un État membre d'investir dans une entreprise établie dans un autre État membre ainsi que d'empêcher les entreprises établies dans les autres États membres d'attirer des investisseurs établis ou résidant dans cet État membre constitue une restriction à la libre circulation des capitaux.

41. La question est donc de savoir si les articles 5 et 6 de l'InvStG ont cet effet dissuasif.

42. S'il est vrai que les exigences de l'article 5 de l'InvStG s'appliquent indistinctement aux sociétés d'investissement nationales et étrangères (à l'exception des obligations prévues au paragraphe 1, points 4 et 5) et que, comme le relève le gouvernement du Royaume-Uni, elles ne doivent pas être impossibles à rencontrer par une grande banque internationale, il n'en reste pas moins tout aussi incontestable que, indépendamment des difficultés techniques qu'elles recèlent, une société d'investissement étrangère qui ne cible pas ou prou le marché allemand n'a guère d'intérêt à se plier à ces exigences. Et ce d'autant plus que ce sera l'investisseur qui supportera les conséquences de la décision de la société gérante du fonds de ne pas s'y plier.

43. Les conséquences pour l'investisseur peuvent être lourdes. Contrairement au gouvernement allemand, qui estime que l'imposition forfaitaire au titre de l'article 6 de l'InvStG est modérée, je partage l'opinion de la Commission qu'un rendement fixé forfaitairement à 6 % est en soi élevé, surtout lorsque les taux d'intérêt se maintiennent à de bas niveaux sur une longue période. Le gouvernement allemand a indiqué à l'audience que ce chiffre avait été fixé en 2004, dès l'entrée en vigueur de la version actuelle de l'InvStG, et n'avait pas été modifié depuis.

6 — Voir arrêts du 25 janvier 2007, Festersen (C-370/05, Rec. p. I-1129, point 24); du 18 décembre 2007, A (C-101/05, Rec. p. I-11531, point 40); du 10 février 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, Rec. p. I-305, point 50), ainsi que Santander Asset Management SGIIC e.a., précité (point 15).

7 — C-318/07, Rec. p. I-359, points 38 et 39.

8 — Voir arrêt du 21 décembre 2011, Commission/Pologne (C-271/09, Rec. p. I-13613, point 52). Voir, aussi, arrêts du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071, points 34 et 35), et du 15 juillet 2004, Weidert et Paulus (C-242/03, Rec. p. I-7379, points 13 et 14).

44. Dans le dossier en cause, l'application de l'article 6 de l'InvStG a pour conséquence de faire passer les revenus imposables de M[me] et M. van Caster d'une valeur réelle ou estimée de 71 462,93 euros à une valeur fixée forfaitairement à 246 446,07 euros.

45. Je suis donc d'avis que, comme le suggère d'ailleurs la juridiction de renvoi, l'effet conjugué des articles 5 et 6 de l'InvStG, à savoir le grand risque d'une imposition plus lourde (à la suite de la détermination forfaitaire des revenus imposables), lié à la grande possibilité que les sociétés d'investissement étrangères ne se conforment pas aux exigences des articles 5 et 6 de l'InvStG, est de dissuader les investisseurs allemands d'investir dans des fonds d'investissement étrangers.

46. Cette conclusion sur l'existence d'une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux est renforcée par le fait que l'article 6 de l'InvStG exclut toute détermination ou estimation différente, et notamment sur la base de données fournies par l'investisseur-contribuable lui-même.

47. En effet, même si la Cour a souvent retenu cette circonstance au stade de la justification [9], ce que je ferai également ci-après, la Cour a jugé dans l'arrêt Meilicke e.a. que «[…] une législation nationale […] en vertu de laquelle le crédit d'impôt n'est accordé que moyennant la production d'une attestation conforme au système interne de l'État membre concerné, *sans possibilité aucune pour l'actionnaire de prouver par d'autres éléments et informations pertinents le montant de l'impôt effectivement versé par la société distributrice de dividendes*, constitue une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux interdite par le paragraphe 3, de l'article 65 TFUE […]» [10].

48. À la lumière de ce qui précède, je conclus que l'effet conjugué des articles 5 et 6 de l'InvStG entraîne une restriction à la libre circulation des capitaux.

C – *Sur la justification*

49. Reste à examiner si cette restriction est susceptible d'être justifiée au regard des dispositions du traité FUE.

50. La Cour a itérativement jugé que la libre circulation des capitaux ne peut être limitée par une réglementation nationale que si elle est justifiée par l'une des raisons mentionnées à l'article 65 TFUE ou par une raison impérieuse d'intérêt général au sens de la jurisprudence de la Cour [11].

51. Le Finanzamt Essen-Süd et le gouvernement allemand n'invoquent aucune des raisons mentionnées à l'article 65 TFUE, mais bien deux raisons impérieuses d'intérêt général qui ont déjà été reconnues par la Cour comme pouvant justifier une restriction aux libertés de circulation, à savoir la préservation de la répartition des compétences fiscales entre les États membres [12] et l'efficacité du contrôle fiscal [13].

9 — Voir arrêts du 8 juillet 1999, Baxter e.a. (C-254/97, Rec. p. I-4809, points 19 et 20); du 28 octobre 1999, Vestergaard (C-55/98, Rec. p. I-7641, point 26); du 11 octobre 2007, ELISA (C-451/05, Rec. p. I-8251, point 95); Persche, précité (point 53); du 6 octobre 2011, Commission/Portugal (C-493/09, Rec. p. I-9247, point 46), et du 28 février 2013, Petersen (C-544/11, point 51).

10 — Arrêt du 30 juin 2011 (C-262/09, Rec. p. I-5669, point 40). Souligné par mes soins.

11 — Voir arrêts du 14 février 2008, Commission/Espagne (C-274/06, point 35), et Commission/Pologne, précité (point 55).

12 — Voir arrêts du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Rec. p. I-10837, point 45); du 7 septembre 2006, N (C-470/04, Rec. p. I-7409, point 42); du 18 juillet 2007, Oy AA (C-231/05, Rec. p. I-6373, point 51); du 15 mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Rec. p. I-3601, point 31); du 25 février 2010, X Holding (C-337/08, Rec. p. I-1215, point 28), et du 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, Rec. p. I-12273, point 45).

13 — Voir arrêts du 20 février 1979, Rewe-Zentral, dit «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649, point 8); du 15 mai 1997, Futura Participations et Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471, point 31); du 10 mars 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Rec. p. I-2057, point 24); du 11 juin 2009, X et Passenheim-van Schoot (C-155/08 et C-157/08, Rec. p. I-5093, point 45); du 1[er] juillet 2010, Dijkman et Dijkman-Lavaleije (C-233/09, Rec. p. I-6649, point 58); Commission/Portugal, précité (point 42); Meilicke e.a., précité (point 41); du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, point 36), ainsi que Petersen, précité (point 50).

52. Concernant la sauvegarde de la répartition des compétences fiscales entre les États membres, qui n'a pas été évoquée à l'audience, le Finanzamt Essen-Süd et le gouvernement allemand relèvent dans leurs observations écrites que les dispositions de l'InvStG visent à traiter fiscalement de la même manière à la fois, d'une part, les investissements dans les fonds et les investissements effectués directement et, d'autre part, les investissements dans des fonds étrangers et les investissements dans des fonds nationaux. Le Finanzamt Essen-Süd rappelle que la République fédérale d'Allemagne taxe le revenu mondial de ses résidents, qui doivent donc être assujettis à l'impôt sur le revenu de manière illimitée.

53. À mon avis, il ressort clairement du dossier que ne se pose en l'occurrence aucune question de répartition des compétences fiscales entre les États membres. En effet, cette raison impérieuse d'intérêt général concerne un régime qui «vise à prévenir des comportements de nature à compromettre le droit d'un État membre d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités réalisées sur son territoire» [14], et plus particulièrement lorsque des contribuables cherchent à mettre en cause la compétence fiscale d'un État membre au profit de celle d'un autre qui leur serait plus favorable. Tel n'est pas le cas en l'espèce, le pouvoir d'imposition de la République fédérale d'Allemagne restant intact sur les revenus obtenus par ses résidents, même à partir de leurs investissements dans des fonds étrangers. Par conséquent, aucune question de répartition d'un pouvoir d'imposition entre les États membres n'est en cause.

54. En tout état de cause, le raisonnement du Finanzamt Essen-Süd et du gouvernement allemand sur ce point ne concerne pas du tout la protection de la répartition des compétences fiscales entre les États membres, mais plutôt l'égalité entre les résidents allemands devant les impôts allemands quel que soit le type ou la localisation de leurs investissements.

55. Quant à l'efficacité du contrôle fiscal, le Finanzamt Essen-Süd et le gouvernement allemand estiment qu'il y a un risque que le fisc allemand ne puisse effectivement percevoir l'impôt sur les revenus provenant de fonds d'investissement étrangers, et ce surtout lorsque les revenus du fonds d'investissement étranger sont thésaurisés – car il s'agit en l'espèce des fonds de capitalisation – et qu'il n'y a donc aucun versement dans le pays dans lequel le prélèvement de l'impôt sur les revenus du capital doit être effectué.

56. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité FUE [15].

57. Comme le relève le gouvernement allemand, les autorités fiscales d'un État membre peuvent exiger des assujettis toutes les preuves qui leur semblent nécessaires pour juger de la question de savoir si les conditions d'un avantage fiscal sont remplies [16].

58. En citant l'arrêt du 28 octobre 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, Rec. p. I-10659, point 35), le gouvernement du Royaume-Uni ajoute qu'«un État membre peut appliquer des mesures qui permettent la vérification de façon claire et précise du montant dû par les contribuables», ce qui implique qu'il n'est pas excessif pour un État membre d'exclure certaines situations du bénéfice d'un avantage fiscal lorsqu'«il n'est pas en mesure de procéder à un contrôle réel et effectif du respect des conditions auxquelles sa loi nationale soumet cet avantage» (point 134 des conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt A, précité).

14 — Arrêt du 21 janvier 2010, SGI (C-311/08, Rec. p. I-487, point 60 et jurisprudence citée). Voir, aussi, arrêts Oy AA, précité (point 54), et du 18 juin 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Rec. p. I-5145, point 66).

15 — Voir arrêts précités Cassis de Dijon (point 8); Futura Participations et Singer (point 31); Laboratoires Fournier (point 24); X et Passenheim-van Schoot (point 45); Dijkman et Dijkman-Lavaleije (point 58); Commission/Portugal (point 42); Meilicke e.a. (point 41); SIAT (point 36) et Petersen (point 50).

16 — Voir arrêts du 3 octobre 2002, Danner (C-136/00, Rec. p. I-8147, point 50); du 26 juin 2003, Skandia et Ramstedt (C-422/01, Rec. p. I-6817, point 43), et Persche, précité (point 54).

59. Toutefois, toute mesure restrictive, pour pouvoir être justifiée par la nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux, doit respecter le principe de proportionnalité, en ce sens qu'à la fois elle doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre [17].

60. Il est probable que les informations ainsi que le contrôle de la véracité de certaines données exigé par l'article 5 de l'InvStG devraient permettre aux autorités fiscales allemandes d'établir correctement l'impôt dû sur les revenus tirés de fonds d'investissement, et ce sur la base de leur valeur réelle ou estimée. J'ai toutefois de sérieuses raisons de penser que la réglementation allemande va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif d'établissement correct de l'impôt dû.

61. Comme je l'ai déjà relevé, la juridiction de renvoi n'indique pas les obligations imposées par l'article 5 de l'InvStG, qui n'auraient pas été respectées dans le dossier de M[me] et M. Van Caster, mais les points communs des différentes catégories d'exigences posées par cet article 5 permettent de dégager les éléments suivants.

62. Tout d'abord, l'article 5 de l'InvStG n'impose des obligations qu'aux sociétés d'investissement et non aux contribuables dont les revenus sont imposables en Allemagne. Lorsque ces sociétés qui gèrent les fonds d'investissement sont étrangères, elles ne sont non seulement pas contribuables dans cet État membre, mais ne sont pas non plus soumises au droit allemand.

63. Or, au moins pour toute une série d'informations exigées par l'article 5 de l'InvStG, les autorités fiscales allemandes auraient pu demander l'assistance des autorités fiscales de l'État membre où la société d'investissement est établie, en l'occurrence le Royaume de Belgique, sur la base de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 77/799 ou encore recourir à l'article 26 de la convention préventive de la double imposition conclue entre le Royaume de Belgique et la République fédérale d'Allemagne, ce qui sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi n'a pas été fait.

64. Effectivement, comme la Cour l'a déjà dit dans l'affaire Persche, précitée, «les autorités fiscales concernées peuvent s'adresser, en vertu de la directive 77/799, aux autorités d'un autre État membre pour obtenir *tout renseignement qui s'avère nécessaire* à l'établissement correct de l'impôt d'un contribuable […] En effet, les informations dont la directive 77/799 permet aux autorités compétentes d'un État membre de demander la communication sont précisément *toutes celles qui leur paraissent nécessaires afin d'établir le montant correct de l'impôt* par rapport à la législation qu'elles sont appelées à appliquer elles-mêmes» [18]. Les autorités allemandes avaient donc la faculté de demander aux autorités belges les informations énumérées dans l'article 5, paragraphe 1, points 1 et 2, de l'InvStG.

65. De plus, selon une jurisprudence constante [19], indépendamment de l'application de ces deux instruments d'échange d'informations que sont la directive 77/799 et la convention préventive de la double imposition conclue entre le Royaume de Belgique et la République fédérale d'Allemagne, une interdiction absolue empêchant le contribuable de fournir aux autorités fiscales les informations

17 — Voir arrêt Meilicke e.a., précité (point 42). Voir, également, arrêts du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37); et A, précité (point 56), et Persche, précité (point 52).

18 — Points 61 et 62 de l'arrêt Persche, précité; c'est moi qui souligne. Voir, également, en ce sens, arrêts du 11 août 1995, Wielockx (C-80/94, Rec. p. I-2493, point 26); Futura Participations et Singer, précité (point 41); Vestergaard, précité (points 26 et 28); Danner, précité (point 49); Skandia et Ramstedt, précité (point 42); du 14 septembre 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203, point 50); du 30 janvier 2007, Commission/Danemark (C-150/04, Rec. p. I-1163, point 52); du 29 mars 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Rec. p. I-2647, point 56), et du 27 septembre 2007, Twoh International (C-184/05, Rec. p. I-7897, point 36).

19 — Voir arrêt Meilicke e.a., précité (points 43 et 44). Voir, également, en ce sens, arrêts précités Baxter e.a. (points 19 et 20); Laboratoires Fournier (point 25); ELISA (point 96); Persche (point 53) et Commission/Portugal (point 46).

nécessaires, en l'occurrence pour M[me] et M. van Caster de prouver que la valeur réelle ou estimée de leur participation dans le fonds d'investissement étranger est inférieure à celle présumée par l'application de l'article 6 de l'InvStG, ne peut dans une situation interne à l'Union être justifiée au regard de la libre circulation des capitaux.

66. À ce sujet, la Cour a été très claire dans son arrêt Meilicke e.a., où elle a jugé que:

«43 […] une réglementation d'un État membre qui empêcherait de manière absolue les personnes assujetties à l'impôt sur le revenu à titre principal dans cet État membre ayant investi dans des sociétés de capitaux établies dans un autre État membre de fournir des éléments de preuve répondant à d'autres critères, notamment de présentation, que ceux prévus pour les investissements nationaux par la législation du premier État membre irait non seulement à l'encontre du principe de bonne administration, mais surtout au-delà de ce qui est nécessaire afin de réaliser l'objectif d'efficacité des contrôles fiscaux.

44 En effet, il ne saurait être exclu, a priori, que lesdits actionnaires soient en mesure de fournir des pièces justificatives pertinentes permettant aux autorités fiscales de l'État membre d'imposition de vérifier, de façon claire et précise, la réalité et la nature des retenues d'impôt opérées dans d'autres États membres […]» [20].

67. Lors de l'audience, le gouvernement allemand a suggéré qu'il serait inutile de permettre à l'investisseur-contribuable de fournir lui-même les informations contenues dans l'article 5, paragraphe 1, de l'InvStG, car il ne s'agit pas d'informations qui lui sont normalement disponibles. Je ne vois pas pourquoi cette possibilité devrait être exclue d'emblée, surtout lorsque rien n'exclut la possibilité qu'un investisseur-contribuable puisse demander et recevoir ces informations de la société gérante du fonds. Dans ce cas, rien ne justifierait le refus de la part des autorités fiscales allemandes de prendre en compte ces informations.

68. Pour toutes ces raisons, j'estime que la mesure restrictive constituée par la conjugaison des articles 5 et 6 de l'InvStG ne peut être justifiée par la nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux.

VI – **Conclusion**

69. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle posée par le Finanzgericht Düsseldorf de la manière suivante:

«Une législation d'un État membre telle que les articles 5 et 6 de la loi allemande sur l'imposition des investissements (Investmentsteuergesetz) en cause, dont l'effet conjugué est de soumettre les revenus tirés par des résidents de cet État membre des fonds d'investissement étrangers à une imposition forfaitaire en cas de non-respect des obligations de transparence et de communication d'informations prévues par cette loi plutôt qu'à une imposition sur la base des valeurs réelles ou estimées, constitue une restriction à la libre circulation des capitaux interdite par l'article 63 TFUE et ne peut être justifiée par la nécessité ni de préserver une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres ni d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux.»

20 — Arrêt précité (points 43 et 44).