CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 25 mai 2011 [1]

I — Introduction

1. Par son recours introduit le 1er décembre 2009, la Commission européenne vise à faire constater que, en imposant les dividendes perçus par des fonds de retraite non-résidents sur le territoire portugais à un taux supérieur à celui grevant les dividendes perçus par les fonds de retraite résidents, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 63 TFUE (ancien article 56 CE) et de l'article 40 de l'accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992 [2] (ci-après l'«accord EEE»).

II — Le cadre juridique

2. En vertu de l'article 16, paragraphe 1, du régime des avantages fiscaux (Estatuto dos Beneficios Fiscais, ci-après l'«EBF»), les revenus perçus par les fonds de retraite et entités assimilées qui sont constitués et opèrent conformément au droit portugais sont exonérés de l'impôt sur les sociétés (imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, ci-après l'«IRC»).

3. L'article 16, paragraphe 4, de l'EBF dispose que, en cas de non-respect des conditions posées au paragraphe 1 de ce même article, la jouissance de l'avantage prévu reste sans effet pour l'exercice concerné, les sociétés gestionnaires des fonds de retraite et entités assimilées, y compris les associations mutualistes, étant responsables à titre principal des dettes d'impôts des fonds ou des patrimoines dont la gestion leur incombe et devant procéder au paiement de l'impôt dû dans le délai prévu à l'article 120, paragraphe 1, du code de l'impôt sur les sociétés (Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, ci-après le «CIRC»).

4. L'article 4, paragraphe 2, du CIRC dispose que les personnes morales et autres entités qui n'ont ni siège ni direction effective sur le territoire portugais demeurent imposables à l'IRC pour les revenus réalisés sur le territoire portugais. L'article 80, paragraphe 4, sous c), du CIRC précise que l'IRC s'élève à 20 %, sous

1 — Langue originale: le français.
2 — JO 1994, L 1, p. 3.

réserve, le cas échéant, de l'application des dispositions d'une convention destinée à éviter la double imposition [3].

5. Aux termes de l'article 4, paragraphe 3, sous c), point 3, du CIRC, les revenus du placement de capitaux dont le débiteur est domicilié, a établi son siège ou dispose d'une direction effective sur le territoire portugais, ou dont le paiement serait imputable à un établissement stable situé au Portugal, font partie des revenus de non-résidents imposables au Portugal.

6. Selon l'article 88, paragraphe 11, du CIRC:

«Sont imposés de manière autonome, au taux de 20 %, les bénéfices distribués par des entités soumises à l'IRC à des entités bénéficiant de l'exonération totale ou partielle, y compris, dans ce cas, les revenus des capitaux, lorsque les titres donnant lieu aux bénéfices ne sont pas restés sans interruption aux mains du même assujetti durant l'année précédant la date de leur mise à disposition et n'ont pas été conservés durant le temps nécessaire pour accomplir cette période.»

7. L'article 88, paragraphe 12, du CIRC ajoute:

«Du montant de l'impôt déterminé conformément aux dispositions du paragraphe 11 est déduit l'impôt qui a éventuellement été retenu à la source, l'impôt retenu ne pouvant dans ce cas être déduit au titre de l'article 90, paragraphe 2.»

8. Enfin, l'article 90, paragraphe 2, du CIRC précise, en ce qui concerne les dividendes versés à des fonds de retraite résidents, que les parties versantes ne sont pas tenues de procéder à la retenue à la source de l'IRC dès lors qu'il leur est présenté une preuve de l'exonération dont bénéficient ces fonds jusqu'à l'échéance du délai prévu pour le paiement de l'impôt.

III — La procédure précontentieuse

9. Le 23 mai 2007, la Commission a adressé à la République portugaise une lettre de mise en demeure, dans laquelle elle alléguait l'incompatibilité avec les articles 56 CE et 40 de l'accord EEE des dispositions fiscales portugaises

3 — Selon les explications de la Commission non contestées par la République portugaise, en application d'une telle convention, le taux d'imposition serait réduit à 10 %.

réservant un traitement fiscal désavantageux aux dividendes et intérêts perçus par des fonds de retraite non-résidents au Portugal.

10. Insatisfaite de la réponse de la République portugaise, la Commission lui a adressée, le 8 mai 2008, un avis motivé dans lequel elle l'invitait à prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux articles 56 CE et 40 de l'accord EEE en ce qui concerne la législation relative à l'imposition des dividendes versés à des fonds de retraite non-résidents [4].

11. Dans sa réponse datée du 14 août 2008, la République portugaise a admis que le régime fiscal en cause était constitutif d'une restriction à la libre circulation des capitaux, mais qu'une telle restriction serait justifiée au regard du droit communautaire. En particulier, elle a fait valoir que le régime fiscal plus favorable réservé aux fonds de retraite établis au Portugal serait justifié par les caractéristiques particulières des fonds de retraite nationaux ainsi que par les règles spécifiques auxquelles ils sont soumis. Cet État membre insiste, dans sa réponse, sur l'impossibilité pratique de vérifier si une entité non-résidente satisfait à des conditions analogues à celles exigées par la législation nationale ainsi que sur la cohérence fiscale du régime litigieux.

4 — Ainsi qu'elle l'a précisé dans sa requête introductive d'instance, la Commission a abandonné ses griefs relatifs au traitement fiscal des intérêts lors de l'avis motivé, qui, selon ses explications, font l'objet d'une procédure d'infraction distincte.

IV — La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

12. Par acte déposé au greffe de la Cour le 1er décembre 2009, la Commission a introduit le présent recours, concluant à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en imposant les dividendes perçus par des fonds de retraite non-résidents à un taux supérieur à celui grevant les dividendes perçus par les fonds de retraite établis sur le territoire portugais, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 63 TFUE et 40 de l'accord EEE, et

— condamner la République portugaise aux dépens.

13. La République portugaise demande à la Cour de rejeter le recours et de condamner la Commission aux dépens.

14. Par acte déposé au greffe de la Cour le 8 avril 2010 et sur le fondement des articles 40, troisième alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et 93 du règlement de procédure de cette dernière, l'Autorité de surveillance AELE a demandé à être admise à intervenir dans la présente affaire au soutien des conclusions de la Commission.

15. Par ordonnance du 15 juillet 2010, le président de la Cour a rejeté cette demande.

16. La Commission et la République portugaise ont été entendues en leurs plaidoiries lors de l'audience qui s'est déroulée le 24 mars 2011.

V — Analyse

17. Avant d'examiner le caractère restrictif du régime litigieux ainsi que les justifications invoquées par la République portugaise, je tiens à faire quelques observations sur l'objet du manquement qui est reproché par la Commission, question qui a notamment été débattue lors de l'audience devant la Cour.

A — *Sur l'objet du manquement reproché*

18. L'objet du présent recours en manquement porte, ainsi que l'indique la Commission, sur la différence de traitement à laquelle procède le régime fiscal portugais entre les dividendes perçus par des fonds de retraite en fonction du lieu d'établissement desdits fonds. Ainsi, les dividendes versés par des sociétés portugaises à des fonds de retraite constitués et opérant conformément à la législation portugaise sont totalement exonérés de l'IRC, alors que les dividendes similaires versés à des fonds de retraite non-résidents y sont soumis, à un taux maximal de 20 % des dividendes versés.

19. La Commission voit dans cette différence de traitement une restriction à la libre circulation des capitaux, dans la mesure où l'investissement des fonds de retraite non-résidents dans des sociétés portugaises est rendu moins attrayant.

20. La République portugaise fait valoir que l'objet du manquement reproché est formulé en termes trop généraux. En effet, selon l'article 88, paragraphe 11, du CIRC, les bénéfices distribués par des entités portugaises assujetties à l'IRC à des fonds de retraite sont imposés au taux de 20 % lorsque les parts sociales donnant lieu aux dividendes ne sont pas restées sans interruption aux mains du même assujetti durant l'année précédant leur imposition et ne seront pas conservées durant le temps nécessaire pour accomplir cette période. Ce taux serait identique à l'imposition des fonds de retraite non-résidents. Partant, la République portugaise en déduit que le manquement reproché aurait dû être circonscrit à la situation des parts sociales détenues par un fonds de retraite pour une période *excédant* une année.

21. L'objection de la République portugaise ne me persuade pas.

22. En effet, il ressort clairement du libellé du dispositif de la requête introductive d'instance que le manquement ne vise pas les dispositions législatives qui imposent les

dividendes distribués par des sociétés portugaises à des fonds de retraite résidents et non-résidents au même taux de 20 %, telles que celles s'appliquant aux parts sociales conservées pendant une période inférieure à un an.

23. Dès lors, le petitum de la Commission n'englobe pas les situations dans lesquelles l'imposition des dividendes versés à des fonds de retraite résidents est égale à celle des dividendes versés aux fonds de retraite non-résidents.

26. En l'occurrence, tandis qu'une retenue à la source à hauteur de 20 % grève les dividendes versés à des fonds de retraite non-résidents, une telle retenue n'est pas supportée par les dividendes versés à des fonds de retraite portugais. L'investissement dans le capital des sociétés portugaises est dès lors rendu indéniablement moins attractif pour les fonds non-résidents que pour leurs homologues résidents, étant entendu que l'ensemble de ces fonds se trouvent dans une situation comparable au regard de la législation portugaise, puisque la République portugaise exerce, en tant qu'État membre de la source des revenus, sa compétence fiscale à l'égard des dividendes distribués à ces entités, indépendamment du lieu d'établissement de ces dernières.

B — *Sur l'existence d'une restriction aux mouvements de capitaux*

27. En outre, je tiens à faire observer que ce traitement moins favorable n'est pas contesté par la République portugaise.

24. À titre liminaire, je rappelle que, aux termes de l'article 63, paragraphe 1, TFUE, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres sont interdites.

28. Partant, j'estime que le régime fiscal en cause constitue une restriction aux mouvements de capitaux prohibée, en principe, par l'article 63, paragraphe 1, TFUE.

25. Constituent ainsi de telles restrictions des mesures, y compris fiscales, adoptées par un État membre qui sont de nature à dissuader les non-résidents de réaliser des investissements sur son territoire [5].

29. Dans la mesure où les stipulations de l'article 40 de l'accord EEE revêtent la même portée juridique que les dispositions, identiques en substance, de l'article 63, paragraphe 1,

5 — Voir en ce sens, notamment, arrêts du 18 décembre 2007, A (C-101/05, Rec. p. I-11531, point 40); du 3 juin 2010, Commission/Espagne (C-487/08, Rec. p. I-4843, point 43), ainsi que du 10 février 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, Rec. p. I-305, point 50).

TFUE, ces considérations sont transposables mutatis mutandis audit article 40 [6].

30. Il reste dès lors à examiner les motifs de justification avancés par la République portugaise.

C — *Sur les justifications invoquées par la République portugaise*

31. Au titre des justifications à la restriction aux mouvements de capitaux mise en évidence précédemment, la République portugaise invoque principalement deux ordres de justifications, à savoir, d'une part, la nécessité de préserver la cohérence du système fiscal et, d'autre part, la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux.

1. Sur la justification tirée de la cohérence du système fiscal

32. Selon la République portugaise, le régime fiscal relatif aux fonds de retraite serait justifié au titre d'une application large du principe de cohérence fiscale. Ainsi, l'exonération des revenus des fonds de retraite portugais serait compensée par l'imposition des pensions de retraite versées aux bénéficiaires résidant au Portugal au titre de l'impôt sur le revenu des personnes physiques. Dans le domaine des retraites, une telle interprétation serait nécessaire pour écarter tout risque d'atteinte à l'équilibre financier du système de sécurité sociale. La République portugaise se réfère, dans ses écritures, au principe dit «EET» (exonération des cotisations versées aux fonds de retraite, exonération des revenus perçus et des plus-values réalisées par les fonds de retraite, et taxation des retraites versées aux personnes physiques). Un tel système viserait in fine à canaliser l'épargne vers les instruments de financement des retraites en prévenant la double imposition économique de ces revenus.

33. La Commission rétorque que, au vu de la jurisprudence de la Cour, une telle justification ne saurait être retenue en l'espèce.

34. Je partage la position de la Commission.

35. À cet égard, je rappelle que, depuis les arrêts Bachmann et Commission/Belgique [7], la Cour a admis que la nécessité de préserver la cohérence d'un système fiscal est susceptible de justifier une réglementation de nature

6 — Voir, à cet égard, arrêt du 7 avril 2011, Commission/Portugal (C-20/09, Rec. p. I-2637, point 68 et jurisprudence citée).

7 — Arrêts du 28 janvier 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), et Commission/Belgique (C-300/90, Rec. p. I-305).

à restreindre l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité [8].

36. Toutefois, selon une jurisprudence constante, pour qu'un argument fondé sur la justification de la cohérence du système fiscal puisse prospérer, la Cour exige 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 de la réglementation en cause [9].

37. Jusqu'à l'arrêt Manninen [10], la Cour interprétait la notion de lien direct comme nécessitant que la déduction et le prélèvement s'effectuent dans le cadre d'une même imposition et qu'ils soient effectués dans le chef d'un même contribuable [11].

38. Comme je l'ai déjà indiqué dans mes conclusions présentées dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Columbus Container Services [12], à compter dudit arrêt Manninen, la Cour a atténué la rigidité de l'interprétation de la notion de lien direct, qui reposait sur les critères d'identité de l'imposition et d'identité du contribuable, prévalant jusque-là dans la jurisprudence.

39. C'est dans ce contexte que la République portugaise propose à la Cour d'adopter une conception «large» de la justification tirée de la cohérence du système fiscal.

40. La République portugaise est parfaitement consciente que, si l'on suivait la ligne de jurisprudence traditionnelle antérieure à l'arrêt Manninen, précité, l'existence, dans le cas d'espèce, d'un lien direct ferait clairement défaut. En effet, le désavantage fiscal pesant sur les fonds de retraite non établis au Portugal et l'exonération des pensions de retraite versées à la personne physique pensionnée concernent deux contribuables différents, dans le cadre de deux impositions distinctes, à savoir, d'une part, l'imposition des bénéfices d'une personne morale et, d'autre part, l'imposition des revenus de personnes physiques.

41. En tout état de cause, même à l'égard de la jurisprudence postérieure à l'arrêt Manninen, précité, un lien direct ne saurait être constaté en l'espèce.

8 — Voir arrêts Bachmann, précité (point 28); Commission/Belgique, précité (point 21); du 23 février 2006, Keller Holding (C-471/04, Rec. p. I-2107, point 40), et du 8 novembre 2007, Amurta (C-379/05, Rec. p. I-9569, point 46).

9 — Voir, notamment, arrêts du 7 septembre 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477, points 42 et 43); du 28 février 2008, Deutsche Shell (C-293/06, Rec. p. I-1129, point 37); du 27 novembre 2008, Papillon (C-418/07, Rec. p. I-8947, point 44); du 18 juin 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Rec. p. I-5145, point 72), ainsi que du 1er juillet 2010, Dijkman et Dijkman-Lavaleije (C-233/09, Rec. p. I-6649, point 55).

10 — Arrêt précité.

11 — Voir, notamment, arrêts du 13 avril 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787, point 40); du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071, points 57 et 58); du 18 septembre 2003, Bosal (C-168/01, Rec. p. I-9409, points 29 et 30), ainsi que du 15 juillet 2004, Lenz (C-315/02, Rec. p. I-7063, point 36).

12 — Point 189 des conclusions présentées le 29 mars 2007 dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 6 décembre 2007 (C-298/05, Rec. p. I-10451).

42. À cet égard, je rappelle que la finalité et la logique du régime fiscal litigieux reposent sur l'exonération des fonds de retraite résidents dans une optique d'éviter la double imposition des sommes destinées à être versées aux personnes pensionnées, qui, à défaut, se réaliserait, dans un premier temps, au niveau des fonds de retraite et, dans un second temps, lors du versement de la retraite aux personnes physiques.

43. L'exonération des fonds de retraite est une pratique commune aux États membres, une telle exonération étant encouragée par l'article 4 du modèle de convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui fait référence à l'exonération des organismes de retraite ou des organismes caritatifs. La plupart des États membres imposent les retraites professionnelles selon le système EET (cotisation exonérées, revenus des investissements et plus-values exonérées, et pensions imposées). Le régime EET permet ainsi d'accorder des abattements au cours de la phase de constitution de la réserve de retraite et impose les prestations des pensionnés qui leur seront versées lors de leur retraite.

44. Pour la République portugaise, il serait inhérent à la logique et à la finalité de ce régime que l'exonération fiscale des revenus des fonds s'applique uniquement aux fonds de retraite résidents, puisque, globalement, les retraites imposées par la suite résultent essentiellement des investissements effectués et des revenus générés par les fonds de retraite que la République portugaise n'assujettit pas à l'impôt.

45. Toutefois, je ne perçois pas les raisons pour lesquelles la cohérence interne du système national portugais pourrait être affectée par l'extension de l'exonération fiscale dont bénéficient les fonds de retraite résidents aux fonds de retraite établis dans d'autres États membres. À mon sens, la cohérence du système fiscal national peut parfaitement être préservée en accordant l'avantage fiscal aux fonds de retraite non-résidents [13].

46. À cet égard, j'ajouterai que cette extension pourrait, au contraire, renforcer la cohérence du système national lorsque les fonds de retraite non-résidents versent les pensions à des personnes physiques résidant au Portugal, lesquelles, à défaut d'une telle extension, s'avèrent subir une double imposition.

47. En outre, la République portugaise, malgré une question posée sur ce point lors de l'audience, est restée en défaut d'expliquer les raisons pour lesquelles elle admet une atteinte à la prétendue cohérence de son système national en accordant un traitement identique aux dividendes versés aux fonds de retraite résidents et non-résidents qui détiennent des parts sociales dans des sociétés portugaises pendant une période inférieure à une année,

13 — Voir, par analogie, arrêts précités Lenz (point 38) et Manninen (point 46). Voir, également, mes conclusions dans l'affaire Columbus Container Services, précitées (point 194).

en application de l'article 88, paragraphe 11, du CIRC.

48. Pour ces raisons, j'estime que la justification tenant à la préservation de la cohérence du système fiscal ne saurait être accueillie en l'espèce.

2. Sur la justification tirée de la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux

49. La République portugaise fait également valoir que la limitation de l'exonération de l'IRC aux fonds de retraite résidents se fonde sur des exigences liées à l'efficacité des contrôles fiscaux. Les conditions légales permettant de bénéficier de cette exonération requerraient que les fonds en bénéficiant puissent être contrôlés directement par les autorités fiscales portugaises.

50. Ainsi, les fonds portugais seraient soumis non seulement à des exigences prudentielles et de défense des investisseurs particulièrement strictes en application de la directive 2003/41/CE [14], mais encore à des conditions complémentaires propres au droit portugais, en particulier en matière de responsabilité financière. À cet égard, la République portugaise insiste sur le fait que le régime de responsabilité principale pour dette d'impôt, établi par l'article 16, paragraphe 4, de l'EBF, ne serait pas susceptible d'être activé dans le cas de fonds de retraite non-résidents.

51. Or, le contrôle de ces éléments serait particulièrement complexe et nécessiterait que les autorités fiscales portugaises puissent s'adresser directement aux fonds de retraite bénéficiant de l'exonération de l'IRC. En particulier, en cas de non-respect des exigences de la législation portugaise en matière d'exonération de l'IRC, une emprise directe sur le fonds serait indispensable pour assurer le remboursement des sommes dues au titre de l'IRC. Une telle emprise serait impossible à assurer en ce qui concerne les fonds de retraite établis dans un autre État membre, a fortiori dans un État de l'Espace économique européen (EEE), les dispositions de l'Union relatives à la coopération en matière fiscale n'étant pas applicables dans le contexte dudit accord.

52. Pour la Commission, la thèse de la République portugaise devrait être rejetée. Le régime fiscal litigieux limiterait le bénéfice de l'exonération de l'IRC aux fonds de retraite résidents sans laisser de possibilité aux fonds non-résidents de prouver qu'ils offrent des garanties équivalentes à celles auxquelles sont soumis les fonds résidents. Partant, et pour assurer la réalisation des objectifs avancés par la République portugaise, il suffirait de demander aux fonds de retraite non-résidents

14 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (JO L 235, p. 10).

de prouver leur qualité et le cadre légal dans lequel ils agissent, les mécanismes de coopération et d'assistance mutuelle prévus par le droit de l'Union, mais également par des accords multilatéraux et bilatéraux en ce qui concerne les États de l'EEE, permettant aux autorités portugaises de procéder aux vérifications nécessaires, voire aux recouvrements des dettes fiscales dues.

53. Quant à moi, je souscris, en substance, à l'argumentation développée par la Commission.

54. En effet, ainsi que cette dernière l'a indiqué à juste titre, sous prétexte de la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux, la République portugaise nie toute possibilité aux fonds de retraite non-résidents de démontrer qu'ils peuvent satisfaire aux conditions prévues par le CIRC pour bénéficier de l'exonération fiscale accordée aux fonds de retraite résidents.

55. Or, je rappelle que, à diverses occasions, la Cour a jugé comme ne pouvant être justifiées au titre de la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux des réglementations nationales qui empêchaient de *manière absolue* le contribuable de rapporter la preuve qu'il pouvait satisfaire aux conditions imposées par l'État membre à l'égard duquel il demandait à bénéficier d'un avantage fiscal [15]. En effet, il ne saurait être exclu a priori que l'assujetti soit en mesure de fournir les pièces justificatives pertinentes permettant aux autorités fiscales de l'État membre d'imposition de vérifier, de façon claire et précise, la satisfaction des conditions imposées par ce dernier [16].

56. Cette appréciation s'étend également à l'égard des assujettis résidents dans les États de l'EEE.

57. En effet, en premier lieu, s'agissant plus particulièrement de l'argument de la République portugaise portant sur le respect des conditions de la directive 2003/41, il convient de relever que les fonds de retraite établis dans les États membres de l'Union européenne et les États de l'EEE doivent respecter lesdites dispositions [17], et peuvent donc parfaitement obtenir de la part de leurs autorités de surveillance respectives les documents nécessaires attestant qu'ils satisfont aux garanties exigées par la législation portugaise.

15 — Voir, en ce sens, arrêts du 10 mars 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Rec. p. I-2057, point 25); du 14 septembre 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203, point 49), et du 27 janvier 2009, Persche (C-318/07, Rec. p. I-359, point 60).

16 — Voir, en ce sens, arrêts Laboratoires Fournier, précité (point 25), et du 11 octobre 2007, ELISA (C-451/05, Rec. p. I-8251, point 96).

17 — S'agissant de ces derniers, la directive 2003/41 a été étendue à la République d'Islande, à la Principauté de Liechtenstein et au Royaume de Norvège par la décision nº 88/2006 du Comité mixte de l'EEE, du 7 juillet 2006, modifiant l'annexe IX (Services financiers) de l'accord EEE (JO L 289, p. 26).

58. En deuxième lieu, quant aux autres conditions, hormis celle relative à la responsabilité principale pour dette d'impôt, la République portugaise se borne à rappeler les exigences générales énumérées par le décret-loi n° 12/2006 du 20 janvier 2006, lequel constitue l'acte de transposition de la directive 2003/41 notifié, à ce titre, par les autorités portugaises à la Commission.

59. Je ne perçois dès lors pas ce qui empêcherait les autorités portugaises de s'adresser aux fonds de retraite non-résidents pour obtenir les informations nécessaires leur permettant de leur octroyer le bénéfice de l'exonération fiscale litigieuse, à l'instar du traitement accordé aux fonds de retraite établis au Portugal.

60. J'ajoute que, bien que la Commission et la République portugaise aient assez longuement débattu de l'application de la directive 77/799/CEE [18], ses dispositions me paraissent de peu d'utilité dans une situation telle que celle de la présente affaire.

61. En effet, les conditions dont le respect est exigé de la part des autorités portugaises pour accorder l'exonération litigieuse concernent non pas la situation fiscale des fonds de retraite non-résidents dans leurs États membres d'établissement respectifs, mais l'activité économique de ces fonds, en particulier les informations relatives à leur contrôle prudentiel et à la diversification de leurs actifs. Partant la directive 77/799, qui concerne l'échange d'informations dans le domaine fiscal entre autorités fiscales des États membres, ne constitue pas, à mon sens, le cadre juridique approprié pour obtenir les informations requises par la législation portugaise.

62. À supposer toutefois que tel soit le cas, je ne perçois pas, en ce qui concerne les relations avec les autres États membres, les raisons pour lesquelles de telles informations ne pourraient pas être obtenues par les autorités fiscales portugaises. S'agissant des États de l'EEE, il est vrai que la directive 77/799 ne trouve pas à s'appliquer. Toutefois, cela ne saurait suffire pour considérer que les restrictions prévues par la législation portugaise seraient justifiées. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour et selon ce qui ressort du récent arrêt Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen [19], la législation portugaise ne prévoit pas même la possibilité qu'une exonération des dividendes perçus par des fonds de retraite non-résidents puisse être octroyée lorsqu'il existe

18 — Directive du Conseil du 19 décembre 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JO L 336, p. 15).

19 — Arrêt précité (points 132 et 133).

un accord d'assistance mutuelle entre la République portugaise et les États de l'EEE [20].

63. En troisième lieu, s'agissant de la condition relative à la responsabilité principale pour dette d'impôt, établie par l'article 16, paragraphe 4, de l'EBF, il importe de faire les observations suivantes.

64. Selon la République portugaise, dès lors qu'il est établi que les différentes conditions auxquelles l'avantage fiscal est subordonné ne sont plus remplies, celui-ci cesse d'être accordé, les sociétés gestionnaires des fonds de retraite devant alors répondre à titre principal de la dette d'impôt des fonds dont elles ont la gestion. Or, selon l'État membre défendeur, il serait impossible de recouvrer une telle dette auprès de sociétés non-résidentes gestionnaires de tels fonds.

65. Cette argumentation n'emporte pas ma conviction.

66. Tout d'abord, je peine à saisir de quelle manière un mécanisme ayant pour objet le recouvrement de créances fiscales pourrait se révéler de nature à garantir l'efficacité des contrôles fiscaux, dans la mesure où un tel mécanisme ne participe pas de la réalisation des contrôles fiscaux diligentés par les autorités nationales. En effet, à mon sens, l'étape du recouvrement des créances de nature fiscale se rattache non pas à l'efficacité des opérations de contrôles fiscaux mais aux voies d'exécution disponibles pour les autorités fiscales.

67. Ensuite, comme la Commission l'a fait valoir à juste titre dans ses écritures et sans que cela ait été contesté par la République portugaise, les autorités de cet État membre peuvent parfaitement avoir recours, dans leurs relations avec les autorités fiscales des autres États membres, au mécanisme prévu par la directive 2008/55/CE [21] afin de se voir prêter assistance pour procéder au recouvrement de la créance fiscale née au Portugal.

68. Ladite directive permet en effet aux États membres de solliciter des autorités compétentes des autres États membres toute demande de recouvrement de créance afférente à l'ensemble des taxes, impôts et droits

20 — À noter que la Commission a fait état de telles clauses en ce qui concerne les relations entre la République portugaise et la République d'Islande et le Royaume de Norvège, respectivement.

21 — Directive du Conseil du 26 mai 2008 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, à certains droits, à certaines taxes et autres mesures (JO L 150, p. 28). Bien que cette directive a été adoptée au cours de la procédure en manquement, son contenu était toutefois applicable au moment de l'enclenchement de la procédure précontentieuse. En effet, la directive 2008/55 est simplement la version codifiée de la directive 76/308/CEE du Conseil, du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opérations faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que de prélèvements agricoles et de droits de douane (JO L 73, p. 18), telle que modifiée par la directive 2001/44/CE du Conseil, du 15 juin 2001 (JO L 175, p. 17), dont la transposition devait être assurée pour le 30 juin 2002.

quels qu'ils soient, y compris les impôts sur le revenu, perçus par un État membre ou pour le compte de celui-ci ainsi que d'échanger toutes les informations vraisemblablement pertinentes pour le recouvrement d'une telle créance [22].

69. Enfin, en ce qui concerne la situation des États de l'EEE, s'il est vrai que, ainsi que l'a admis la Commission, la directive 2008/55 n'a pas été étendue à l'accord EEE, j'estime cependant qu'une interdiction absolue opposée aux fonds de retraite non-résidents de bénéficier de l'exonération fiscale accordée aux fonds de retraite portugais est, en tout état de cause, disproportionnée au regard des difficultés alléguées de recouvrement de la dette d'impôt dans ces États de l'EEE.

70. Comme la Commission l'a suggéré, d'autres mesures moins restrictives peuvent être introduites afin de garantir le recouvrement de telles créances fiscales. Il est ainsi envisageable que l'administration fiscale portugaise puisse s'assurer a priori que les fonds établis dans les États de l'EEE qui sollicitent le bénéfice de l'exonération puissent accorder les garanties financières nécessaires. De manière alternative, on peut songer à la mise en place d'un régime permettant de recouvrer les créances fiscales impayées a posteriori au moyen d'un prélèvement libératoire portant sur les résultats des exercices fiscaux futurs de la société portugaise détenue par le fonds non-résident en cause, lorsque les conditions imposées par la législation portugaise ne sont pas respectées.

71. Par conséquent, il y a lieu de constater que la restriction à la libre circulation des capitaux ne peut pas non plus être justifiée au motif de la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux.

72. Eu égard à l'ensemble de ces considérations, la législation portugaise en cause constitue, à mon sens, une restriction à la libre circulation des capitaux qui ne saurait être justifiée.

73. Partant, je propose d'accueillir le recours introduit par la Commission.

74. J'ajoute que, aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission a conclu à la condamnation de la République portugaise. Dans ces conditions, si la Cour partage ma proposition d'accueillir le présent recours, il y aura donc lieu de condamner la République portugaise aux dépens.

22 — Voir, notamment, articles 2 et 4 de la directive 2008/55.

VI — Conclusion

75. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose qu'il plaise à la Cour de déclarer et d'arrêter ce qui suit:

«1) En imposant les dividendes perçus par des fonds de retraite établis dans les États membres et dans les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992, à un taux supérieur à celui grevant les dividendes perçus par les fonds de retraite établis au Portugal, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 63 TFUE et de l'article 40 de l'accord sur l'Espace économique européen.

2) La République portugaise est condamnée aux dépens.»