

Affaire C-602/23**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

3 octobre 2023

Jurisdiction de renvoi :

Verwaltungsgerichtshof (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

20 septembre 2023

Partie requérante en Revision:

Finanzamt für Großbetriebe

Partie défenderesse en Revision:

Verwaltungsgerichtshof

[OMISSIS] [référence
interne]
Le 20 septembre 2023.

Sur pourvoi en Revision formé par le Finanzamt für Großbetriebe (autorité fiscale pour les grandes entreprises ; ci-après « l'autorité fiscale »), établi à 1030 Vienne, [OMISSIS], contre l'arrêt du Bundesfinanzgericht (tribunal fédéral des finances, Autriche) du 22 avril 2022 (référence ZI. RV/7100203/2021), ayant pour objet un remboursement de l'impôt sur les revenus du capital pour l'année 2013 (partie intéressée : Franklin Mutual Series Funds – Franklin Mutual European Fund à San Mateo [États-Unis d'Amérique]), le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, Autriche ; ci-après la « juridiction de renvoi »), a rendu

l'ordonnance

[suivante] :

Les questions préjudicielles suivantes sont déférées à la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 TFUE :

- 1 Une disposition telle que l'article 188 de l'Investmentfondsgesetz (loi sur les fonds d'investissement) de 2011 (ci-après « l'InvFG 2011 »), qui a pour effet d'exclure du remboursement de l'impôt sur les revenus du capital en Autriche les entités étrangères comparables à une personne morale autrichienne, qui sont matériellement un OPCVM au sens de la directive 2009/65/CE et ne pourraient donc pas opérer en Autriche en tant que personne morale, étant donné que seule la forme juridique de fonds communs de placement transparents est prévue en Autriche pour de telles entités, constitue-t-elle une restriction à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 63 TFUE ?
- 2 En cas de réponse affirmative à cette question : Existe-t-il une situation objectivement comparable entre, d'une part, une personne morale autrichienne qui place ses fonds selon les principes de la répartition des risques, mais qui, parce qu'elle ne recueille pas de fonds auprès du public, n'est pas un OPCVM et peut donc opérer en tant que personne morale en Autriche et, d'autre part, une société d'investissement étrangère qui, parce qu'elle recueille des fonds auprès du public, serait un OPCVM au sens des principes nationaux et ne pourrait donc pas opérer en Autriche en tant que personne morale ?
- 3 En cas de réponse affirmative à cette question : La restriction de la liberté de circulation des capitaux est-elle justifiée par le maintien d'une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition, étant donné que les articles 186 et 188 de l'InvFG 2011 visent à garantir que ni un fonds autrichien ouvert au public ni un fonds étranger ouvert au public ne puissent produire un effet d'écran fiscal à l'égard des porteurs de parts et que, par conséquent, les porteurs de parts ne doivent bénéficier d'une exonération de l'impôt sur les revenus du capital que dans les cas où l'Autriche a renoncé à son pouvoir d'imposition dans une convention préventive de la double imposition ?

Motivation :

A. Faits et procédure jusqu'à ce jour

- 1 La partie intéressée est une société d'investissement ayant son siège aux États-Unis et a été créée en 2001. Elle est ce que l'on appelle une « Series » – c'est-à-dire une universalité de biens autonome – d'un trust établi aux États-Unis (Delaware), qui se compose de sept « Series » au total. Selon le droit américain (Delaware Statutory Trust Act, 12 Del. C., points 3801 et suivants), le Trust est une personne morale autonome, qui peut ester et être attraite en justice. Il est, en vertu du droit américain, le propriétaire civil de l'universalité de biens qui doit être affectée à la partie intéressée et celle-ci – selon ses déclarations dans les demandes de remboursement de la retenue à la source – est le propriétaire économique de cette universalité de biens. Chaque « Series » constitue un cadre comptable propre et est une personne morale imposable en vertu du droit américain. Tous les revenus nationaux et étrangers, y compris les revenus provenant de plus-values réalisées, sont soumis à l'impôt aux États-Unis. L'imputation des revenus aux porteurs de parts aux États-Unis suppose une distribution ; dans le cas contraire, les revenus sont imputés aux « Series » (pas d'imposition directe des porteurs de parts). Les « Series » bénéficient d'un avantage fiscal aux États-Unis : dans la mesure où elles distribuent au moins 90 % des revenus imposables (hors plus-values réalisées), elles sont autorisées à

faire valoir fiscalement la distribution. L'impôt fédéral américain dû sur le revenu peut ainsi être réduit jusqu'à zéro. Selon les constatations non contestées à cet égard du Bundesfinanzgericht, la partie intéressée a procédé à une distribution intégrale pour 2013, de sorte qu'aucun impôt fédéral américain sur le revenu n'a dû être acquitté.

- 2 Selon les constatations du Bundesfinanzgericht, la partie intéressée est un fonds ouvert au public librement négociable qui investit principalement dans des actions européennes cotées en bourse et qui est soumis à une surveillance des marchés financiers – selon un ensemble de règles comparables aux réglementations prudentielles européenne et nationale – dans l'État de résidence. La gestion de ses fonds s'effectue selon les mêmes principes et critères d'investissement que ceux d'un fonds d'investissement du même nom agréé au Luxembourg. L'activité correspond dans tous ses aspects essentiels (protection des investisseurs, obligations d'information, notamment obligation de prospectus, rapports semestriels et annuels, activité commerciale agréée, efficacité de la surveillance et du contrôle) à un fonds d'investissement national et donc à un « organisme de placement collectif en valeurs mobilières » (OPCVM) au sens de la directive 2009/65/CE.
- 3 En raison de participations de portefeuille dans deux sociétés anonymes autrichiennes cotées en bourse, des dividendes d'un montant de 387.679 euros ont été distribués à la partie intéressée au cours de l'année civile 2013. Les sociétés distributrices ont retenu l'impôt de 25 % sur les revenus du capital et l'ont versé à l'administration fiscale. La retenue à la source prélevée en 2013 s'élevait à 96.920 euros.
- 4 Suite à une demande déposée par la partie intéressée pour ses porteurs de parts et au nom de ces derniers, l'administration fiscale – sur le fondement de la convention entre la République d'Autriche et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu (BGBl. III n° 6/1998) – a réduit l'impôt sur les revenus du capital à 15 % et a remboursé à la partie intéressée, pour ses porteurs de parts résidant aux États-Unis et relevant de la convention [préventive de la double imposition], la différence par rapport aux 25 % d'impôt sur les revenus du capital prélevés à la source. Le remboursement s'est élevé à 38.768 euros pour l'année 2013. Par d'autres demandes – fondées sur l'article 21, paragraphe 1, point la, du Körperschaftsteuergesetz 1988 (loi de 1988 relative à l'impôt sur les sociétés ; ci-après la « loi sur l'ISOC ») –, la partie intéressée a demandé en son nom propre le remboursement du solde de l'impôt à la source sur les mêmes revenus pour l'année 2013 (58.152 euros), de sorte qu'au total, l'impôt sur les revenus du capital serait réduit à zéro. À titre de motivation, elle a déclaré en substance que l'article 21, paragraphe 1, point 1a, de la loi sur l'ISOC n'était certes applicable, selon son libellé, qu'à certains contribuables ayant leur siège dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État de l'Espace économique européen avec lequel il existe une assistance administrative et d'exécution étendue, mais que, compte tenu du droit de l'Union – et notamment de la jurisprudence relative à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 63 TFUE –, il convenait d'accorder également aux entités juridiques d'États tiers la possibilité de demander le remboursement de l'impôt à la source acquitté.
- 5 L'administration fiscale a rejeté les demandes au motif que la partie intéressée n'était pas en droit de demander un remboursement de l'impôt sur les revenus du capital (les dividendes versés en Autriche), car elle ne résidait pas dans l'UE/EEE.

- 6 Par décision du 3 octobre 2017 (ZI. RV/7103986/2015), le Bundesfinanzgericht a refusé également le remboursement de l'impôt sur les revenus du capital.
- 7 Par décision du 13 janvier 2021 (Ro 2018/13/0003), la juridiction de renvoi a annulé cette décision au motif que son contenu était illégal, car, pour déterminer s'il y a lieu de procéder à un remboursement de l'impôt sur les revenus du capital, il faut d'abord déterminer, dans le cadre d'une comparaison typologique, si l'entité étrangère est comparable à une personne morale autrichienne et, dans un deuxième temps, examiner l'imputation des revenus. Si seul l'article 188 de l'InvFG 2011 s'oppose à l'imputation des revenus à l'entité étrangère, il y a restriction à la libre circulation des capitaux dont la justification doit être examinée.
- 8 Dans la suite de la procédure, le Bundesfinanzgericht a accordé à la partie intéressée le remboursement de l'impôt litigieux sur les revenus du capital. Il est parti du principe que, selon une comparaison typologique, la partie intéressée correspondait à une société autrichienne à laquelle les revenus devaient également être imputés conformément aux règles générales. L'article 188 de l'InvFG 2011 s'oppose à cette imputation, raison pour laquelle il existe une restriction à la libre circulation des capitaux qui n'est pas justifiée.
- 9 Le recours en Revision de l'administration fiscale est dirigé contre cette décision et fait valoir en substance, en s'appuyant sur le droit de l'Union, qu'il convient d'inclure dans la comparaison le fait que la partie intéressée est un fonds d'investissement également au sens du droit prudentiel de son État d'origine. Selon l'administration fiscale, au sein de l'UE, la partie intéressée est soumise à autorisation en vertu de la directive OPCVM. Les entités nationales qui sont qualifiées de fonds d'investissement au sens du droit prudentiel et qui correspondent à un OPCVM étaient soumises en 2013, sans exception, à l'imposition transparente des fonds. Le même traitement doit s'appliquer à une entité étrangère qui, selon le droit prudentiel étranger, doit également être qualifiée de fonds d'investissement et correspond à un OPCVM. Même si l'on parlait de l'hypothèse d'une situation comparable, cette disposition se justifierait par le maintien d'une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition, par la cohérence du système fiscal et la prévention des abus.

B. Les dispositions applicables du droit autrichien :

- 10 Article 2 de l'InvFG 2011, dans sa version publiée au BGBl. n° 77/2011 (extraits) :
- « Organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)
- (1) Un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)
1. a pour objet exclusif le placement collectif des fonds recueillis auprès du public, conformément au principe de la répartition des risques [OMISSIS], et
 2. ses parts sont rachetées et remboursées à la demande des porteurs de parts, directement ou indirectement, à charge des actifs de l'OPCVM ; est assimilé à de tels rachats et remboursements le fait d'agir afin que la valeur des parts de l'OPCVM ne s'écarte pas sensiblement de leur valeur nette d'inventaire ; et

3. est agréé conformément à l'article 50 ou agréé dans son État membre d'origine conformément à l'article 5 de la directive 2009/65/CE.

(2) Un OPCVM ne peut être constitué en Autriche que sous la forme d'un fonds commun de placement au sens de l'article 46, réparti en parts égales matérialisées en valeurs mobilières et détenues en copropriété par les porteurs de parts. Dans la mesure où la présente loi fédérale fixe des obligations pour un OPCVM, toute obligation positive qui en découle s'applique à la société de gestion qui gère cet OPCVM.

(3) Un OPCVM peut se composer de différentes universalités de biens ; aux fins du deuxième titre, troisième chapitre, troisième section, [de la présente loi], chaque universalité de biens d'un OPCVM est considérée comme un OPCVM distinct. [OMISSIS] »

11 Article 3 de l'InvFG 2011, dans sa version publiée au BGBl. n° 77/2011 (extraits) :

« (1) Dans la mesure où la présente loi fédérale ne définit pas de notions propres, il y a lieu d'appliquer, au contenu des notions utilisées dans la présente loi fédérale, les définitions du Bankwesengesetz (loi bancaire) [OMISSIS], du Kapitalmarktgesetz (loi relative au marché des capitaux) ainsi que des règlements (UE) n° 583/2010 et (UE) n° 584/2010.

(2) Aux fins de la présente loi fédérale, on entend par :

[...]

19. Fonds d'investissement : un OPCVM sous la forme d'un fonds commun de placement au sens de l'article 2, paragraphe 2, et un fonds d'investissement alternatif (AIF) au sens de l'article 3, paragraphe 2, point 31, sous a) et c) ;

[...] »

12 Article 46 de l'InvFG 2011, dans sa version publiée au BGBl. n° 77/2011 (extraits) :

« Un OPCVM revêtant la forme d'un fonds commun de placement au sens de l'article 2, paragraphe 2, n'a pas de personnalité juridique propre ; il se décompose en parts égales matérialisées par des valeurs mobilières (titres). Les titres sont des instruments financiers [article 1, point 6, sous c), du Wertpapieraufsichtsgesetz de 2007 (loi relative à la surveillance des valeurs mobilières)] ; ils matérialisent les parts de copropriété des actifs de l'OPCVM et les droits des porteurs de parts vis-à-vis de la société de gestion ainsi que de la banque dépositaire. Les titres peuvent être au porteur ou nominatifs. [OMISSIS]

[...] »

13 Article 186 de l'InvFG 2011, dans sa version publiée au BGBl. n° 77/2011 (extraits) :

« Impôts sur les revenus, les bénéfices et le patrimoine

(1) Les bénéficiaires distribués provenant des revenus d'un fonds d'investissement au sens de l'article 27 de l'Einkommensteuergesetz (loi relative à l'impôt sur le revenu) de 1988, déduction faite des dépenses y afférentes, constituent des recettes imposables pour le porteur de parts. Si les revenus au sens de l'article 27, paragraphes 3 et 4, de la loi relative à l'impôt sur les revenus de 1988 donnent lieu à une perte, après déduction des dépenses y afférentes, celle-ci doit être compensée par d'autres revenus du fonds. Si une telle compensation n'est pas possible, il convient de procéder à une compensation avec les recettes du fonds au cours des années suivantes, en priorité avec les revenus du fonds au sens de l'article 27, paragraphes 3 et 4, de la loi relative à l'impôt sur les revenus de 1988. En cas de distribution, sont considérés, à des fins fiscales, comme étant distribués tout d'abord les revenus en cours et ceux perçus au cours des années précédentes au sens de l'article 27 de la loi relative à l'impôt sur les revenus de 1988, puis les montants qui ne constituent pas des revenus au sens de l'article 27 de la loi relative à l'impôt sur le revenu de 1988.

[...] »

14 Article 188 de l'InvFG 2011, dans sa version publiée au BGBl. n° 77/2011:

« Les dispositions de l'article 186 s'appliquent également aux fonds d'investissement étrangers. Est considéré comme tel, indépendamment de sa forme juridique, tout patrimoine relevant d'un droit étranger qui, en vertu de la loi, des statuts ou de l'usage effectif, est investi selon les principes de la répartition des risques. Les organismes de placement collectif au sens de l'article 42 de l'Immobilien-Investmentfondsgesetz (loi sur les fonds immobiliers) sont exclus. »

15 Article 93 de la loi de 1988 relative à l'impôt sur les revenus, dans la version applicable à la période du pourvoi en Revision (BGBl. I n° 112/2012) :

« (1) Pour les revenus autrichiens du capital, l'impôt sur les revenus est prélevé par retenue à la source (impôt sur les revenus du capital). Cette disposition ne s'applique pas aux revenus visés à l'article 27a, paragraphe 2.

(2) Il y a des revenus nationaux provenant d'un capital :

1. dans le cas de revenus provenant de la mise à disposition de capitaux (article 27, paragraphe 2), lorsque l'organisme payeur (article 95, paragraphe 2, point 1, sous b) se trouve en Autriche ; dans le cas de revenus provenant de la mise à disposition de capitaux conformément à l'article 27, paragraphe 2, point 1, à l'article 27, paragraphe 5, point 7, et d'intérêts provenant de dépôts d'argent auprès d'établissements de crédit et d'autres créances vis-à-vis des établissements de crédit, également lorsque le débiteur des revenus du capital a son domicile, sa direction ou son siège en Autriche ou est une succursale autrichienne d'un établissement de crédit étranger. Sont également considérés comme des dépôts de fonds auprès d'établissements de crédit les fonds reçus en fiducie ou à des fins de gestion par les établissements de crédit, qui supportent le risque économique de leur perte.
2. en cas de revenus provenant de plus-values réalisées sur un capital (article 27, paragraphe 3) et de revenus provenant de produits dérivés (article 27, paragraphe 4), s'il existe un établissement autrichien chargé de la gestion du dépôt (article 95,

paragraphe 2, point 2, sous a) ou un établissement autrichien chargé du paiement (article 95, paragraphe 2, point 2, sous b) et que celui-ci procède à l'exécution.

[...] »

16 Article 21, paragraphe 1, de la loi sur l'ISOC, dans sa version applicable au cours de la période du pourvoi en Revision (BGBl. I n° 112/2012) :

« IMPOSITION EN CAS D'ASSUJETTISSEMENT LIMITÉ À L'IMPÔT

Revenus en cas d'assujettissement limité à l'impôt

(1) Pour les personnes faisant l'objet d'un assujettissement limité à l'impôt au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 3, point 1, les dispositions suivantes s'appliquent :

1. L'obligation fiscale ne s'étend qu'aux revenus au sens de l'article 98 de la loi relative à l'impôt sur le revenu de 1988. La loi relative à l'impôt sur le revenu de 1988 et la présente loi fédérale déterminent les modalités du calcul des revenus. L'article 5, point 6, s'applique mutatis mutandis lorsque la personne morale, la société de personnes ou la masse patrimoniale
 - a son siège social ou sa direction dans le reste du territoire de l'Union européenne ou dans un État de l'Espace économique européen ; ou
 - [OMISSIS]

[OMISSIS]

- la. Les personnes faisant l'objet d'un assujettissement limité à l'impôt qui résident dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État de l'Espace économique européen avec lequel il existe une assistance administrative et d'exécution étendue ont le droit, conformément à l'article 27, paragraphe 2, point 1, sous a), b) et c), de la loi relative à l'impôt sur le revenu de 1988, d'obtenir, sur demande, le remboursement de l'impôt sur les revenus du capital pour les revenus qu'elles ont perçus, dans la mesure où l'impôt sur les revenus du capital ne peut pas être imputé dans l'État de résidence en vertu d'une convention préventive de la double imposition. Le contribuable doit apporter la preuve que l'impôt sur les revenus du capital ne peut pas être imputé en tout ou en partie.

[...] »

C. Observations sur les questions préjudicielles

17 Les dispositions légales et les explications juridiques citées se réfèrent, sauf indication contraire, à la version de la loi applicable au cas d'espèce.

18 [OMISSIS] Conformément à l'article 2, paragraphe 2, de l'InvFG 2011, les fonds d'investissement autrichiens qui doivent être qualifiés d'OPCVM ne pouvaient être constitués, en vertu du droit prudentiel, que sous la forme de fonds communs de placement. Ces fonds communs de placement étaient imputables aux porteurs de parts

respectifs ; les fonds communs de placement eux-mêmes n'avaient pas de personnalité juridique.

19 Conformément à l'article 186 de l'InvFG 2011, une imposition transparente des fonds a été prévue de manière contraignante pour de tels OPCVM. Cela signifie que le fonds lui-même n'est pas soumis à l'impôt et que les revenus sont imputés aux porteurs de parts. Seuls ces derniers sont soumis directement à l'impôt.

20 Conformément à l'article 93 de la loi de 1988 relative à l'impôt sur les revenus, celui-ci est prélevé par une retenue à la source sur les revenus du capital perçus en Autriche (impôt sur les revenus du capital).

Dans le cas – comme en l'espèce – de dividendes de portefeuille (participation inférieure à 10 %), la société autrichienne qui distribue les dividendes doit retenir l'impôt sur les revenus du capital et le verser à l'administration fiscale.

21 Si un fonds d'investissement autrichien perçoit des dividendes de portefeuille provenant d'une participation dans une société de capitaux autrichienne, les revenus ne sont pas imputés fiscalement au fonds, mais aux porteurs de parts. Seuls ces derniers peuvent demander le remboursement ou l'imputation de l'impôt sur les revenus du capital retenu. Le fonds ne bénéficie pas d'une imputation ou d'un remboursement de l'impôt sur les revenus du capital. Ainsi, un fonds d'investissement autrichien est traité comme transparent sur le plan fiscal. Si les porteurs de parts ne résident pas en Autriche, ils obtiennent un remboursement de l'impôt sur les revenus du capital conformément à la convention préventive de double imposition conclue avec leur État de résidence.

22 Si une société autrichienne qui n'est pas un OPCVM [OMISSIS] perçoit des dividendes provenant de revenus de participations autrichiens, l'imputation de l'impôt sur les revenus du capital sur l'impôt sur les sociétés s'effectue dans le cadre de l'impôt sur les sociétés. Une telle personne morale est toujours imposée selon les principes de la législation fiscale sur les sociétés, indépendamment de son activité commerciale.

23 Les personnes morales qui n'ont ni direction ni siège en Autriche, mais qui sont comparables à une personne morale autrichienne, sont soumises à une obligation fiscale limitée en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la loi sur l'ISOC. Si une société étrangère soumise à une obligation fiscale limitée est comparable à une société autrichienne, est établie dans un État membre de l'UE/EEE et reçoit des dividendes provenant de revenus de participation autrichiens, elle peut, en vertu de l'article 21, paragraphe 1, point 1a, de la loi sur l'ISOC, introduire une demande de remboursement de l'impôt sur les revenus du capital. Une telle personne morale est également soumise à l'impôt – si l'article 188 de l'InvFG 2011 n'est pas applicable – selon les principes du droit fiscal des sociétés.

24 Le remboursement à la personne morale est subordonné à la condition que la société étrangère soit considérée comme étant soumise à une obligation fiscale limitée conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 3, point 1a, de la loi sur l'ISOC. Elle doit donc être comparable à une personne morale autrichienne. Le caractère comparable est déterminé sur la base d'une comparaison typologique dans laquelle différentes caractéristiques structurelles (telles que les statuts, la personnalité juridique, etc.) sont comparées. Le remboursement à la personne morale est en outre subordonné à la

condition que les revenus du capital soient imputables à la personne morale étrangère – et non à ses porteurs de parts.

25 L'article 188 de l'InvFG 2011 prévoyait que, pour les fonds d'investissement étrangers, l'article 186 de l'InvFG 2011, c'est-à-dire la règle relative à l'imposition transparente des fonds via l'imputation des revenus aux porteurs de parts, quelle que soit leur forme juridique, est toujours d'application si les fonds soumis au droit étranger sont investis selon les principes de la répartition des risques, conformément à la loi, aux statuts ou à la pratique effective. Cela s'applique également aux sociétés étrangères qui placent leurs fonds conformément aux principes de répartition des risques si celles-ci sont comparables à une personne morale autrichienne sur la base d'une comparaison typologique.

26 En revanche, les sociétés autrichiennes organisées comme des personnes morales étaient toujours évaluées en fonction de leur forme juridique et imposées conformément à la législation relative à l'impôt sur les sociétés, même si leurs fonds étaient placés selon les principes de la répartition des risques, conformément à la loi, aux statuts ou à la pratique effective.

27 [OMISSIS]

28 [OMISSIS]

29 Les affaires jugées jusqu'à présent par la juridiction de renvoi concernaient [OMISSIS] des situations dans lesquelles la personne morale étrangère aurait également pu opérer en Autriche en tant que personne morale, conformément à son objet et ses activités, et donc ne relevait pas de l'article 186 de l'InvFG 2011, qui prévoit une transparence. Ces entités ont donc fait l'objet d'une différence de traitement sur le plan fiscal uniquement en raison de leur siège social.

30 Dans la décision attaquée, le Bundesfinanzgericht est parti du principe qu'en raison de diverses caractéristiques structurelles relevant du droit des sociétés (personnalité juridique, responsabilité, capital propre, etc.), la partie intéressée correspondait, sur la base d'une comparaison typologique, à une personne morale autrichienne et qu'elle était donc soumise à une obligation fiscale limitée sur les revenus qui lui étaient imputés, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 3, point 1a, de l'ISOC. Ce point n'est pas contesté dans la procédure de Revision, raison pour laquelle la juridiction de renvoi fonde sa décision sur l'appréciation du Bundesfinanzgericht.

31 Dans le cadre du pourvoi en Revision, il est toutefois allégué que, pour vérifier s'il y a eu violation du droit de l'Union, la comparaison des éléments de fait autrichiens avec ceux d'un État tiers doit également tenir compte du fait que la partie intéressée a été qualifiée de fonds d'investissement en vertu du droit prudentiel de son État d'origine et que, même si elle était établie en Autriche, elle serait un OPCVM soumis à autorisation en vertu de la directive OPCVM. En vertu du droit prudentiel autrichien également, la partie intéressée serait également un OPCVM au sens de l'article 2 de l'InvFG 2011. Conformément à l'article 2, paragraphe 2, de l'InvFG 2011, un tel fonds d'investissement pouvait être constitué en Autriche exclusivement sous la forme d'un fonds commun de placement au sens de l'article 46 de l'InvFG 2011, divisé en parts identiques matérialisées

par des titres et détenues en copropriété par les porteurs de parts. Un tel fonds commun de placement était obligatoirement toujours soumis à l'imposition transparente des fonds d'investissement conformément à l'article 186 de l'InvFG 2011.

- 32 L'examen du pourvoi en Revision a fait naître des doutes quant à la question de savoir si le droit de l'Union impose d'écarter l'article 188 de l'InvFG 2011 également dans les cas des fonds étrangers ouverts au public qui, s'ils avaient leur siège en Autriche, ne pourraient opérer que sous la forme d'OPCVM et ne pourraient donc pas être fiscalement soumis à l'impôt.
- 33 Jusqu'à présent, la jurisprudence de la juridiction de renvoi ne concernait que les cas où une société étrangère aurait pu opérer en Autriche aussi en tant que personne morale aux fins de l'objet et de l'activité qu'elle exerce, et n'aurait donc pas dû opérer en tant qu'OPCVM. Pour les fonds d'investissement remplissant les conditions d'un OPCVM, une activité en tant que personne morale aurait toutefois été interdite en Autriche.
- 34 Par conséquent, si la partie intéressée avait opéré en tant que fonds d'investissement autrichien, elle aurait dû respecter l'article 2, paragraphe 2, de l'InvFG 2011, lu en combinaison avec l'article 46 de l'InvFG 2011, ce qui aurait eu pour conséquence qu'elle aurait été constituée en tant que fonds commun de placement et qu'elle n'aurait pas pu bénéficier d'un remboursement de l'impôt sur les revenus du capital, ni imputer l'impôt sur les revenus du capital dans le cadre de son imposition, car les revenus auraient obligatoirement été imputés aux porteurs de parts conformément à l'article 186 de l'InvFG 2011. [OMISSIS]
- 35 Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 63 TFUE interdit les mesures qui sont de nature à dissuader les non-résidents d'investir dans un État membre ou les résidents de cet État d'investir dans d'autres États (voir arrêts du 21 juin 2018, *Fidelity Funds e.a.*, C-480/16, EU:C:2018:480 ; et du 7 avril 2022, *Veronsaajien oikeudenvälvontayksikkö* (Exonération des fonds d'investissement contractuels), C-342/20, EU:C:2022:276). C'est le cas, par exemple, lorsque les investissements des non-résidents sont moins bien traités fiscalement que ceux des résidents.
- 36 La réglementation autrichienne prévue à l'article 188 de l'InvFG 2011 ne conduit toutefois pas à ce que les fonds ouverts au public ayant leur siège à l'étranger soient moins bien traités fiscalement que les fonds ouverts au public ayant leur siège en Autriche. Elle entraîne au contraire une égalité de traitement fiscal entre les fonds autrichiens et étrangers ouverts au public, car tous les fonds qui remplissent les conditions d'un OPCVM sont imposés de la même manière en Autriche.
- 37 Dans son arrêt du 10 avril 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249), la Cour a déclaré qu'un fonds d'investissement établi aux États-Unis se trouve dans une situation comparable à celle d'un fonds d'investissement établi en Pologne en ce qui concerne l'exonération fiscale et qu'une différence de traitement constitue donc une restriction à la libre circulation des capitaux.

- 38 Pour la juridiction de renvoi, la question se pose donc de savoir si une réglementation telle que l'article 188 de l'InvFG 2011, qui, dans le cas particulier des OPCVM ou des fonds étrangers ouverts au public correspondant à des OPCVM, garantit une égalité de traitement sur le plan fiscal des fonds d'investissement autrichiens et étrangers, est constitutif d'une restriction de la libre circulation des capitaux. Cela s'explique par le fait que la partie intéressée, si elle avait opéré en tant que fonds d'investissement autrichien, n'aurait pas non plus pu bénéficier d'une imputation de l'impôt sur les revenus du capital ni d'un remboursement de l'impôt sur les revenus du capital. Il n'est donc pas plus intéressant pour un porteur de parts d'investir dans des fonds autrichiens ouverts au public plutôt que dans des fonds étrangers ouverts au public. C'est le contraire qui est vrai : si l'article 188 de l'InvFG 2011 est écarté par le droit de l'Union, même dans le cas des OPCVM, il est plus intéressant d'investir dans un fonds étranger ouvert au public plutôt que dans un fonds autrichien ouvert au public, car seul le fonds étranger produit un effet d'écran.
- 39 Pour déterminer s'il y a eu violation de la libre circulation des capitaux, il convient également d'examiner si un fonds d'investissement étranger, qui correspond matériellement à un OPCVM, se trouve dans une situation objectivement comparable à celle d'une personne morale autrichienne qui ne remplit pas les critères d'un OPCVM et qui, par conséquent, a pu être constituée en tant que personne morale en Autriche aux fins de son objet et de ses activités commerciales.
- 40 En effet, la partie intéressée fait valoir, en fin de compte, une inégalité de traitement par rapport aux personnes morales autrichiennes qui, bien qu'elles placent leurs fonds selon les critères de la répartition des risques, ne sont pas des OPCVM et peuvent donc exercer leurs activités en tant que personnes morales en Autriche.
- 41 Selon la jurisprudence constante de la Cour, le caractère comparable de deux situations doit être interprété à la lumière de l'objectif de la réglementation en question (arrêt du 20 septembre 2018, EV, C-685/16, EU:C:2018:743). L'article 186 de l'InvFG 2011 a pour objectif notamment de garantir, dans le cas des OPCVM, que le fonds ne produit pas d'effet d'écran et que seuls les porteurs de parts sont imposés. L'objectif de l'article 188 de l'InvFG 2011 est de garantir l'égalité de traitement fiscal des fonds d'investissement autrichiens et étrangers, en ce sens que les fonds étrangers ne peuvent pas non plus produire un effet d'écran et que l'imposition s'effectue au niveau des porteurs de parts.
- 42 Dans le cas des fonds ouverts au public qui sont ou seraient à qualifier d'OPCVM au sens du droit prudentiel, l'article 188 de l'InvFG 2011 garantit l'égalité de traitement des fonds autrichiens et étrangers ouverts au public. Un traitement identique des fonds étrangers ouverts au public correspondant à un OPCVM et des personnes morales autrichiennes ne correspondant pas à un OPCVM impliquerait une imposition différente des fonds ouverts au public en fonction du siège du fonds et de son droit prudentiel national.
- 43 Comme indiqué, la juridiction de renvoi a déjà jugé par le passé que les personnes morales étrangères qui placent leurs fonds selon les principes de la répartition des risques se trouvent, en ce qui concerne le remboursement de l'impôt sur les revenus du capital, dans une situation comparable à celle des personnes morales autrichiennes qui placent

également leurs fonds selon les principes de la répartition des risques. Mais cela ne concernait toujours que les personnes morales étrangères qui auraient également pu opérer en tant que personnes morales en Autriche, et qui n'auraient donc pas dû opérer en tant qu'OPCVM.

44 Selon les constatations du Bundesfinanzgericht, la partie intéressée est certes comparable à une personne morale autrichienne en raison des caractéristiques formelles de sa structure, mais elle n'aurait pu être constituée – si elle était établie en Autriche – qu'en tant que fonds commun de placement conformément à l'article 2, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 46 de l'InvFG 2011. Mais cela implique obligatoirement un traitement fiscal transparent du fonds en Autriche et exclut tout remboursement ou imputation au fonds lui-même de l'impôt sur les revenus du capital. Dans le cas des OPCVM, l'article 188 InvFG 2011 a pour seul objectif d'assurer une égalité d'imposition des OPCVM autrichiens et étrangers. Le remboursement de l'impôt sur les revenus du capital peut toutefois être effectué – comme dans le cas des OPCVM autrichiens – au porteur de parts si celui-ci remplit les conditions requises.

45 Dès le début, la conception de la fiscalité autrichienne en matière de fonds d'investissement a été étroitement liée au droit prudentiel, qui n'autorisait pas de constituer un fonds en tant que personne morale, et visait à garantir une imposition transparente au niveau des porteurs de parts des fonds autrichiens et étrangers ouverts au public. Cela résulte déjà de la réglementation commune du droit prudentiel et des dispositions fiscales à partir de l'année 1963 dans une seule loi (article 23 de l'InvFG de 1963) ainsi que de l'exposé des motifs de cette loi, qui était rédigé comme suit : « Les fonds d'investissement ne sont pas des personnes morales ni des patrimoines d'affectation ; ils ne sont donc pas soumis en tant que tels aux impôts sur les revenus, les bénéfiques et le patrimoine ; une règle [Note : fiscale] pour les fonds eux-mêmes est par conséquent superflue. » Une règle spécifique pour l'imposition des fonds autrichiens ouverts au public n'a donc pas été jugée nécessaire, car le droit prudentiel n'envisageait comme fonds que des entités transparentes de sorte que le fonds ne pouvait donc pas faire l'objet d'une imposition.

46 Le lien se manifeste en outre dans les dispositions de l'Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz (loi sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs ; BGBl. I Nr.135/2013 ; ci-après « l'AIFMG »), qui ne sont applicables que depuis le 22 juillet 2013 ; selon cette loi – conformément à la directive 2011/61/UE qu'elle transpose en droit autrichien – la création de certains fonds alternatifs ouverts au public aussi en tant que personnes morales a été autorisée en Autriche, contrairement à ce qui était le cas jusqu'alors (article 1^{er}, paragraphe 2, point 2 de l'AIFMG, par ex. fonds d'investissement immobilier). Parallèlement, cette loi a modifié l'imposition des fonds d'investissement prévue aux articles 186 et 188 de l'InvFG 2011 de manière à ce que, même en Autriche, seule la qualification du fonds en tant que fonds d'investissement au sens du droit prudentiel (soit un OPCVM ou un fonds d'investissement alternatif) soit prise en compte et que la forme juridique ne soit donc plus déterminante. Cela permet de continuer à garantir, pour tous les fonds ouverts au public, que le fonds – même s'il devait désormais s'agir d'une personne morale autrichienne – ne peut pas avoir un effet d'écran fiscal, et qu'une imposition transparente a lieu dans le chef du porteur de parts. Une règle fiscale – comparable à celle de l'article 188 de l'InvFG 2011 – pour les fonds autrichiens

ouverts au public n'a été rendue nécessaire que par la modification du droit prudentiel par l'AIFMG.

- 47 Dans ce contexte, la juridiction de renvoi doute que soient objectivement comparables les fonds étrangers ouverts au public, qui sont matériellement des OPCVM, et les personnes morales qui, bien qu'elles placent leurs fonds conformément aux principes de répartition des risques, ne sont pas des OPCVM.
- 48 Si la Cour devait reconnaître que les situations sont objectivement comparables, il conviendrait, selon la juridiction de renvoi, d'examiner si la restriction de la libre circulation des capitaux pourrait être justifiée. Dans ce cas, il conviendrait notamment d'examiner si le maintien d'une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition peut servir de justification.
- 49 Dans l'arrêt du 10 avril 2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249), la Cour a déclaré que la nécessité de sauvegarder la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres peut être admise dès lors, notamment, que le régime en cause 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. Toutefois, dès lors qu'un État membre a choisi de ne pas imposer les fonds d'investissement résidents bénéficiaires de dividendes d'origine nationale, il ne saurait invoquer la nécessité d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres afin de justifier l'imposition des fonds d'investissement non-résidents bénéficiaires de tels revenus.
- 50 Selon le droit autrichien, les OPCVM autrichiens ne sont pas exonérés de l'impôt sur les revenus du capital. Un dégrèvement ne peut avoir lieu qu'au niveau des porteurs de parts. La conception autrichienne de l'imposition des fonds d'investissement garantit ainsi que les revenus du capital imposables en vertu du droit fiscal autrichien ne sont exonérés de l'impôt sur les revenus du capital (par imputation ou remboursement) que si les porteurs de parts respectifs sont couverts par une convention préventive de la double imposition (conclue entre l'Autriche et leur État de résidence) qui accorde une réduction ou une exonération de l'impôt sur les revenus du capital.
- 51 L'article 188 de l'InvFG 2011 garantit de la même manière, pour les fonds d'investissement étrangers qui correspondent également à des OPCVM, un dégrèvement uniquement en application des conventions préventives de la double imposition conclues avec les États de résidence des porteurs de parts.
- 52 Cela est surtout pertinent pour les porteurs de parts personnes physiques qui sont imposables sur les revenus tirés de leurs participations autrichiennes et qui, en vertu d'une convention préventive de la double imposition, ne peuvent en général obtenir qu'un remboursement partiel de l'impôt sur les revenus du capital. Si ces porteurs de parts participent à un fonds autrichien, le remboursement n'a lieu qu'en vertu d'une convention préventive de la double imposition. Si un effet d'écran de la partie intéressée était reconnu, l'intégralité de l'impôt sur les revenus du capital serait remboursée au fonds et donc, en fin de compte, aux porteurs de parts, indépendamment du fait que ceux-ci avaient

droit à un remboursement en vertu de la convention préventive de la double imposition qui leur est applicable.

53 Contrairement à la réglementation polonaise, qui prévoyait une exonération des dividendes domestiques uniquement pour les fonds polonais, les articles 186 et 188 de l'InvFG 2011 visent précisément à garantir que, dans le cas d'un fonds d'investissement équivalent à un OPCVM, ce n'est pas le fonds qui est imposé, mais uniquement les porteurs de parts. Compte tenu de cet objectif, la juridiction de renvoi considère qu'il est concevable, dans la mesure où les fonds ouverts au public sont concernés, que le maintien d'une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition puisse constituer une justification de la restriction.

54 Dans l'ensemble, l'interprétation du droit de l'Union sur ces questions ne semble pas être évidente au point de ne laisser aucune place à un doute raisonnable (voir arrêt du 4 octobre 2018, Commission/France (Précompte mobilier), C-416/17, EU:C:2018:811, point 110).

55 C'est pourquoi nous avons déféré des questions préjudicielles à la Cour en application de l'article 267 TFUE.

Vienne, le 20 septembre 2023

[OMISSIS]