

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES

POUR : NATIONAL PENSION SERVICE,

ayant pour avocat au Conseil d'Etat la S.C.P. Jean-Jacques GATINEAU – Carole FATTACCINI.

CONTRE : Monsieur le ministre de l'Action et des Comptes publics.

à l'appui du pourvoi n°412.998

* * *
* *
*

I.

A titre liminaire, l'établissement public de droit coréen NATIONAL PENSION SERVICE, exposant, entend remarquer que, par une récente **décision « National Pension Service », en date du 24 janvier 2018** (Req. n°415.526), le Conseil d'Etat a décidé de ne pas renvoyer au Conseil constitutionnel sa question prioritaire de constitutionnalité, qui, soulevée dans le cadre de l'instance actuellement pendante devant la Cour administrative d'appel de Versailles sous le n°16VE03906, portait sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, dans sa rédaction issue du A du I de l'article 6 de la loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finance rectificative pour 2012, et des dispositions combinées du 1 de l'article 187, du 2 de l'article 219 bis et du c du 5 de l'article 206 de ce code, dans leur rédaction issue de l'article 34 de la loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

Pour ce faire, la Haute juridiction administrative a retenu les motifs suivants :

« *Considérant ce qui suit :*

1 Il résulte des dispositions de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que, lorsqu'une juridiction relevant du Conseil d'Etat a transmis à ce dernier, en application de l'article 23-2 de cette même ordonnance, la question de la conformité à la Constitution d'une disposition législative, le Conseil constitutionnel est saisi de cette question de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

2. En vertu des dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, les dividendes perçus par des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France sont soumis à une retenue à la source. Dans leur rédaction issue du A du I de l'article 6 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, applicable à l'année 2013 en litige, ces dispositions introduisent une exonération au profit des " organismes de placement collectif constitués sur le fondement d'un droit étranger situés dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ", à la condition, notamment, qu'ils présentent des caractéristiques similaires à celles d'organismes de placement collectif de droit français. Il résulte, par ailleurs, de la combinaison des dispositions du 1 de l'article 187 et de l'article 219 bis du même code, dans leur rédaction issue de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, que le taux de la retenue à la source est fixé à 15 % " pour les dividendes qui bénéficient à des organismes qui ont leur siège dans un Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et qui seraient imposés dans les conditions prévues au 5 de l'article 206 s'ils avaient leur siège en France ". Enfin, l'article 34 de cette loi de finances rectificative pour 2009 a modifié les dispositions du 5 de l'article 206 du même code, pour préciser que les établissements publics, autres que les établissements scientifiques, d'enseignement et d'assistance, ainsi que les associations et collectivités non soumis à l'impôt sur les sociétés en vertu d'une autre disposition, sont assujettis à l'impôt sur les sociétés " en raison des revenus patrimoniaux qui ne se rattachent pas à leurs activités lucratives ", s'agissant notamment : " (...) c. Des revenus de capitaux mobiliers dont ils disposent, lorsque ces revenus n'entrent pas dans le champ d'application de la retenue à la source visée à l'article 119 bis ; ces revenus sont comptés dans le revenu imposable pour leur montant brut ; / (...) ".

3. En premier lieu, l'établissement public de droit coréen National pension service soutient que les dispositions précitées du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques garantis par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

4. L'établissement requérant soutient, tout d'abord, que ces dispositions ne lui permettent pas d'être exonéré de retenue à la source alors qu'il est assimilable à un organisme de placement collectif et que, en tout état de cause, elles traitent de manière défavorable les investisseurs directs en actions par rapport à ceux qui opèrent des placements par l'intermédiaire de fonds de placement exonérés. Toutefois, d'une part, les dispositions du A du I de l'article 6 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, qui ont exonéré, sous certaines conditions, de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du code général des impôts les dividendes de source française versés à compter du 1er janvier 2013 à des organismes de placement collectif constitués sur le fondement d'un droit étranger, n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire à l'organisme requérant, qui est situé dans un Etat ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, d'établir, s'il s'y croit fondé, qu'il présente des caractéristiques similaires aux organismes de placement collectif de droit français et, si tel est le cas, de bénéficier de l'exonération de retenue à la source qu'elles prévoient. D'autre part, les organismes de placement collectif, intermédiaires financiers transparents sur le plan fiscal, ne sont pas placés, au regard de l'objet du texte, dans la même situation que les personnes physiques ou morales qui investissent en leur nom propre. Enfin, si l'établissement public National pension service soutient que les organismes à but non lucratif, français ou étrangers, sont assujettis à la retenue à la source sur le montant brut des dividendes perçus, alors que les entreprises commerciales sont soumises à l'impôt sur les sociétés sur un montant net des mêmes produits, après déduction des provisions techniques correspondantes, cette argumentation est inopérante pour contester des dispositions du

A du I de l'article 6 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, seules transmises au Conseil d'Etat par la cour administrative d'appel de Versailles et qui ne traitent pas de l'assiette de la retenue à la source.

5. L'établissement public de droit coréen National pension service soutient, ensuite, que les dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts méconnaissent également les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques en ce qu'elles n'exonèrent pas de retenue à la source les dividendes perçus par des établissements publics d'assistance qui n'ont pas leur siège en France, alors que les établissements publics d'assistance qui ont leur siège en France sont exonérés d'impôt sur les sociétés en application du 5 de l'article 206 du code général des impôts. Toutefois, alors même que le requérant serait, comme il le soutient, assimilable à un établissement public d'assistance et eu égard à l'objet de cette exonération, les établissements publics d'assistance français sont, en raison des missions de service public qu'ils remplissent en France dans le secteur social et médico-social, placés, en tout état de cause dans une situation différente de celle des établissements publics d'assistance qui n'ont pas leur siège en France et n'y disposent pas d'un établissement stable par l'intermédiaire duquel ils exerceraient de telles missions.

6. L'établissement public de droit coréen National pension service soutient, enfin, que les dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques en ce qu'elles n'exonèrent pas de retenue à la source les revenus qu'il a perçus, alors que de tels revenus seraient exonérés d'impôt sur les sociétés en application du 5 de l'article 206 du code général des impôts s'ils avaient été perçus par un organisme de retraite français. Toutefois et en tout état de cause, il résulte des dispositions de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, éclairées par les travaux préparatoires dont sont issues les dispositions invoquées du 5 de l'article 206 du code général des impôts, qu'un organisme établi en France ayant pour objet de servir des pensions de retraite est assujéti à l'impôt sur les sociétés à raison des revenus patrimoniaux qui ne se rattachent pas à ses activités lucratives, sauf si ces revenus sont soumis à la retenue à la source visée à l'article 119 bis du code général des impôts.

7. Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de ce que les dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, dans leur rédaction issue du A du I de l'article 6 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, méconnaîtraient les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens est dépourvu de caractère sérieux.

8. En second lieu, l'établissement public National pension service soutient que les dispositions combinées du 1 de l'article 187, du 2 de l'article 219 bis et du c du 5 de l'article 206 de ce code, dans leur rédaction issue de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques garantis par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dès lors qu'il assujéttit les organismes à but non lucratif, français ou étrangers, à la retenue à la source, au taux de 15 %, sur le montant brut des revenus perçus, alors que les entreprises commerciales sont imposées à l'impôt sur les sociétés, au taux de 33 1/3 %, sur le montant net des mêmes produits, après déduction des provisions techniques correspondantes. Cependant, le législateur a pu, en tout état de cause, soumettre les organismes sans but lucratif à un régime fiscal spécifique, dès lors que les modalités d'exploitation de leur activité s'exercent dans des conditions différentes de celles des entreprises privées et que le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi. Par suite, la question de constitutionnalité soulevée sur ce point est également dépourvue de caractère sérieux.

9. Il résulte de tout ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée, qui n'est pas nouvelle... ».

Au vu des motifs de cette décision, l'exposant entend porter au soutien de ses précédentes écritures les observations complémentaires suivantes.

II. S'agissant, en premier lieu, du contexte factuel, juridique et fiscal de cette affaire :

I.1. Rappel des circonstances factuelles et de la législation coréenne pertinente :

1. Comme la décision n°415.526 du 24 janvier 2018 et les conclusions du rapporteur public sur cette affaire ne relatent pas les traits caractéristiques essentiels du « National Pension Service » (NPS) ou « Caisse nationale des retraites », dénomination de l'établissement public national coréen requérant qui gère le régime général obligatoire d'assurance vieillesse (du 1^{er} pilier, voire également du pilier 2, selon la nomenclature internationale) en Corée du Sud, et le Fonds national de réserve de retraites qui lui est attaché, il semble nécessaire de les rappeler et de compléter les informations exposées dans le mémoire complémentaire.

2. L'objet essentiel de la Caisse nationale des retraites de Corée est d'assurer la couverture du risque retraite de l'ensemble des citoyens et des résidents coréens (sauf régimes particuliers pour les agents du secteur public). Créée il y a 30 ans, elle perçoit des cotisations au taux de 9% sur la rémunération des 21 millions d'affiliés, plafonnée à 3 500 euros environ par mois. Elle sert aux retraités, au nombre actuel de 3,53 millions en augmentation constante, une pension de base qui est fonction des revenus et d'un taux de remplacement décroissant, dont le montant est plafonné à hauteur du revenu moyen standard.

En raison de la démographie de la population coréenne, le Fonds national de réserve des retraites, dont la Caisse requérante est le gestionnaire, a été institué par la loi pour investir une partie importante des cotisations afin d'assurer le financement des pensions croissantes avec le vieillissement de la population.

a) La création de la Caisse nationale des retraites coréenne ou « National Pension Service » :

3. Instituée par une loi de 1986, la Caisse nationale des retraites coréenne est placée par cette même loi sous le contrôle du Ministère de la Santé et des Affaires sociales. Sous la dénomination de « Caisse des pensions nationales », elle est l'organisme de liaison pour l'application de l'accord de sécurité sociale entre la France et la Corée du 6 décembre 2004 et l'arrangement administratif du 19 mai 2006.

Cet établissement public a été créé le 18 septembre 1987 en exécution des articles 22 et 24 de la loi coréenne sur les retraites n°3902 du 31 décembre 1986 (« National Pension Act » dans la traduction figurant au dossier), et du décret d'application de cette loi n°1227 du 14 août 1987.

L'objet de la loi est de « *contribuer à la stabilisation des moyens de subsistance et la promotion du bien-être national par la fourniture de prestations de pension dans la vieillesse, l'invalidité et la mort* » (article 1). Le ministre de la santé et des affaires sociales est chargé du programme national de retraite prévu par le texte (article 2). Aux termes de l'article 4, « *Le niveau des prestations et contributions prévues par la loi sera ajusté pour maintenir l'équilibre à long terme du régime national de retraites* ».

b) L'organisation de la Caisse nationale des retraites :

4. Aux termes de l'article 24 de la loi, la Caisse nationale des retraites a été constituée pour « *rendre de manière efficace les services qui poursuivent le but déterminé par l'article 1, sous l'égide (« entrustment ») du ministre de la santé et des affaires sociales* ». L'article 25 donne une liste des affaires attribuées à la Caisse nationale des retraites, laquelle peut être complétée par d'autres sujets qui lui sont confiés par le ministre de la santé et des affaires sociales concernant le programme national de retraites. La Caisse nationale des retraites a la personnalité morale (article 26). Ses statuts, approuvés par le ministre de la santé et des affaires sociales, contiennent les dispositions énumérées par la loi (article 28).

Aux termes des articles 30 et suivants de la loi, cet établissement est dirigé par :

- un directeur général, président du conseil d'administration, nommé et révoqué par le Président de la République de Corée sur proposition du ministre de la santé et des affaires sociales ;
- un à quatre administrateurs exécutifs - dont l'administrateur exécutif en charge de la gestion et des opérations du Fonds national des retraites (« National pension fund »), ou fonds de réserve défini par les articles 101 et suivants de la loi ;
- des administrateurs non exécutifs représentant les employeurs, les salariés et les assurés individuels et, en raison de sa fonction, un haut fonctionnaire de l'État ;

lesquels composent le conseil d'administration qui délibère et décide les importantes affaires de la Caisse nationale des retraites (article 38 de la loi), définies par l'article 26 du décret d'application.

Les administrateurs et le commissaire aux comptes sont nommés et révoqués par le ministre de la santé et des affaires sociales, sur proposition du directeur général, avec une procédure particulière pour l'administrateur exécutif du fonds, spécialement sélectionné en fonction de sa haute compétence et de son expérience en matière de gestion, d'économie et de gestion de fonds d'investissement (article 31 de la loi). Les administrateurs et le commissaire aux comptes sont nommés pour trois ans, sauf l'administrateur exécutif du fonds, dont le terme des fonctions est fixé par contrat et le fonctionnaire de l'État, nommé en raison de sa fonction (article 32).

Les fonctions d'administrateur (non-exécutif) ne sont pas rémunérées (article 30 (3) de la loi). Cependant, le directeur général et les directeurs exécutifs sont, en vertu de la loi coréenne sur la gestion des établissements publics, rémunérés conformément aux règles fixées par le ministre de la stratégie et des finances, eu égard aux sujétions qui leur sont imposées et compte tenu des règles spécifiques applicables à la Caisse nationale des retraites.

Le directeur général, les administrateurs exécutifs, le commissaire aux comptes et les membres du personnel de la Caisse nationale des retraites ne doivent exercer aucune activité lucrative et les premiers ne peuvent occuper d'autres fonctions qu'avec l'accord du ministre de la santé et des affaires sociales (article 33 de la loi).

Les dirigeants et membres du personnel de la Caisse nationale des retraites sont considérés comme des agents publics (« government officials ») pour l'application des dispositions du code pénal sur la corruption, l'abandon de poste et les abus de pouvoirs (article 40 de la loi).

c) Les contrôles de l'État coréen :

5. Le contrôle du ministre de la santé et des affaires sociales s'exerce, a priori, sur le plan d'activité et le projet de budget et, a posteriori, sur le rapport de gestion et les comptes annuels ; le ministre peut prendre toutes mesures de supervision appropriées (article 41 de la loi).

Les comptes de la Caisse nationale des retraites, établis selon un plan comptable approuvé par le ministre de la santé et des affaires sociales, sont contrôlés par un commissaire aux comptes (articles 33(3) et 42 de la loi). A la clôture de chaque exercice, l'excédent éventuel est affecté à l'apurement des pertes et, le surplus réservé pour le Fonds national des retraites (article 45 de la loi et article 29 du décret d'application).

La Caisse nationale des retraites peut engager certains programmes sociaux, définis par décret, au bénéfice d'affiliés ou de bénéficiaires (article 46 de la loi et articles 31 et 32 du décret d'application). Lorsqu'à cet effet, elle acquiert des immeubles auprès de l'Etat, d'autorités locales ou d'autres institutions publiques, la Caisse nationale des retraites est considérée comme l'État ou une autorité locale (article 46-2 de la loi).

Sauf disposition contraire de la loi nationale sur les retraites, les dispositions du code civil sur les « fondations incorporées » s'appliquent par défaut, mutatis mutandis, à la Caisse nationale des retraites (article 48 de la loi). Ce renvoi fait essentiellement référence aux dispositions générales (première partie) du code civil coréen consacrées aux personnes morales (chapitre III, articles 31 à 97 du code civil), y compris certaines qui visent les fondations sans but lucratif reconnues par les autorités compétentes (articles 32, 43 à 45 du code civil).

d) Le Fonds national de réserve des retraites coréen ou « National Pension Fund » :

6. Créé par le ministre de la santé et des affaires sociales pour « servir de réserve (« liability reserve ») afin d'assurer les finances nécessaires au programme national de retraite et financer les prestations de retraite prévues par la loi » (article 101 de la loi n° 3902 sur les retraites), le Fonds national de réserve des retraites, ci-après dénommé le « Fonds » n'a pas la personnalité morale. Le ministre en a confié la gestion, les opérations et la comptabilité à la Caisse nationale des retraites ((5) de l'article 102 de la loi et article 76 du décret d'application).

L'article 102 de la loi précise que la gestion et les opérations du Fonds doivent :

- être conformes aux décisions du Comité de gestion du Fonds ;
- tendre à « *maximiser les profits en vue d'assurer la stabilité financière du Fonds* ».

Ses actifs doivent être « *investis pour le bien-être des personnes qui sont ou ont été assurées ou bénéficiaires sans compromettre la sécurité des finances du (régime) national de retraite* » ((2) de l'article 102). Sauf certains projets sociaux, la gestion et les activités du Fonds doivent être « *exécutés dans un effort de bonne foi de surperformer le taux de rendement du marché pour chaque classe d'actifs* » ((3) de l'article 102).

La loi a instauré un Comité de gestion du Fonds (« National pension fund management committee ») ayant notamment pour fonction d'arrêter les directives de gestion du Fonds (« Fund management guidelines ») pour « *maximiser les droits et intérêts des personnes assurées* » (articles 103 à 105 de la loi et 77 à 81 du décret d'application).

Les recettes du Fonds sont déposées chaque jour sur un compte ouvert au nom du Fonds auprès de la Banque centrale de Corée (articles 82 et 83 du décret).

Le Comité de gestion du Fonds reçoit les comptes-rendus trimestriels de gestion présentés par la Caisse nationale des retraites, rend compte à l'Assemblée nationale et assure l'information du public (article 107 de la loi et articles 86 et 87 du décret).

e) Economie du Fonds national de réserve des retraites coréen :

7. La population de la République de Corée s'établit à 50 millions en 2015, avec une espérance de vie à 79 ans pour les hommes et 85 ans pour les femmes. Avec 1,23 enfant par femme, la Corée a le taux de fécondité le plus faible au monde.

En raison de la démographie de la population coréenne, il est impossible d'assurer la viabilité et la pérennité d'un régime obligatoire d'assurance vieillesse en Corée qui serait financé, comme en France, par des cotisations et des impôts mis à la charge des générations futures. Créé il y a trente ans, à une époque où la population âgée représentait quelques pourcents de la population totale de la Corée, le Fonds national de réserve des retraites est ainsi destiné à investir une partie importante des cotisations afin d'assurer le financement des pensions croissantes avec le vieillissement de la population.

Comme indiqué au mémoire complémentaire, il est prévu que le fonds, actuellement de l'ordre de 427 milliards d'euros, culmine à environ 2 000 milliards d'euros en 2043, pour ensuite décroître jusqu'à complet épuisement de réserve en 2060.

Conformément à la loi de 1986 précitée, les actifs du fonds doivent être « *investis pour le bien-être des personnes qui sont ou ont été assurées ou bénéficiaires sans compromettre la sécurité des finances du (régime) national de retraite* » ((2) de l'article 102 de ladite loi), selon des directives de gestion

arrêtées pour « *maximiser les droits et intérêts des personnes assurées* » (articles 103 à 105 de la loi et 77 à 81 du décret d'application).

Ses actifs sont placés de façon diversifiée afin d'inclure une proportion croissante d'actions, particulièrement appropriées pour l'épargne longue destinée à la retraite, en majorité sur le marché national et, pour une partie croissante, sur les marchés mondiaux.

A ce titre, il a notamment acquis un portefeuille d'actions françaises à raison desquelles il a subi la retenue à la source sur les dividendes prévue à l'article 119 bis du CGI qui fait l'objet du litige.

8. Il ressort de ce rappel que la Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante, et le Fonds national de réserve des retraites qu'elle gère, exercent des missions équivalentes à celles réparties en France entre la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV), l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) et le Fonds de réserve pour les retraites.

Dans la décision n°415.526 du 24 janvier 2018, le Conseil d'Etat a pu implicitement considérer que ces éléments n'étaient pas pertinents pour apprécier l'égalité devant la loi et devant les charges publiques au regard des textes à valeur constitutionnelle. Il lui appartient de les prendre en considération pour apprécier la similitude de situations au regard des clauses de non-discrimination de la convention fiscale bilatérale du 19 juin 1979 et de la liberté de circulation des capitaux protégée par le droit de l'Union européenne.

Les autres aspects du régime de sécurité sociale coréen, la mission confiée à la Caisse nationale des retraites pour le recouvrement des cotisations, l'administration et le service des pensions sont décrits dans une note de synthèse publiée par le Centre de Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale (CLEISS).

I.2. Le contexte juridique : la sécurité sociale et son financement

9. Ni la décision n°415.526 du 24 janvier 2018, ni les conclusions du rapporteur public sur cette affaire ne mentionnent ni ne visent les instruments internationaux ou autres textes qui régissent la sécurité sociale et sont, en conséquence, susceptibles d'être pertinents en l'espèce actuelle.

a) La vocation universelle de la sécurité sociale :

10. Aux termes de l'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme :

« Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays »

Par ailleurs, le préambule de la Constitution de 1946 énonce :

« **10.** La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. »

11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. **Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.** »

Cette dernière phrase a, semble-t-il également, une vocation universelle.

Dans cet esprit, le Conseil d'Etat a jugé, pour l'exonération de retenue à la source du 2 de l'article 119 bis du CGI, que « *les régimes [étrangers] de retraite de base et complémentaire à affiliation légalement obligatoires sont susceptibles d'être regardés comme ayant un objet social à but non lucratif dans le secteur des prestations de retraite* » (CE 9 novembre 2015, n°371.132, Santander Pensions SA EGFP, point 4 : RJF 2/15 n° 138, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon p. 253). Cette décision, rendue sous le visa combiné du 5 de l'article 206 et du 5° bis de l'article 207 du CGI, comme du principe européen de libre circulation des capitaux applicable aux relations avec les pays tiers, est transposable aux organismes de retraite de tels pays qui gèrent les actifs représentatifs des réserves des régimes de retraite de base et complémentaire à affiliation obligatoire (désignés par la nomenclature internationale commune à l'Union européenne, l'OCDE et la Banque mondiale, comme formant les piliers 1 et 2), à savoir, l'espèce actuelle, la Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante.

Les actifs des fonds de réserve de ces régimes de retraite – et les produits financiers qu'ils génèrent – sont destinés à contribuer, en complément des cotisations, à l'équilibre financier à long terme de ces mêmes régimes de retraite. Cette destination implique que l'Etat s'abstienne de prélever tout impôt sur les produits financiers ou les actifs de ces fonds de réserve, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les régimes français ou étrangers, spécialement à l'égard de la Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante.

b) La convention franco-coréenne de sécurité sociale :

11. Autres instruments pertinents, ignorés par la décision n°415.526 du 24 janvier 2018 et par les conclusions du rapporteur public sur cette affaire, au point de n'être pas visés dans le texte de la décision, l'Accord de sécurité sociale entre la France et la Corée du 6 décembre 2004 et l'Arrangement administratif général du 19 mai 2006 prévoient notamment :

- L'égalité de traitement des ressortissants qui sont ou ont été soumis à la législation (de sécurité sociale) de l'un ou l'autre des Etats contractants (article 4 de l'Accord) ;
- La totalisation des périodes d'assurance, d'immatriculation et d'emploi (articles 11, 14 et 16 de l'Accord) ;

- L'assistance et la correspondance directe entre les organismes de sécurité sociale des deux Etats (articles 21 et 22 de l'Accord et Arrangement administratif).

La décision n°415.526 du 24 janvier 2018 et les conclusions du rapporteur public sur cette affaire ont ainsi méconnu que la sécurité sociale française bénéficie aux retraités qui sont devenus résidents à l'étranger, comme le régime des retraites coréen peut bénéficier à des salariés coréens qui prennent leur retraite hors de Corée, y compris en France. Elles ont surtout perdu de vue qu'un des objets essentiels de la convention franco-coréenne de sécurité sociale est d'assurer la totalisation des périodes de cotisation, en France et en Corée, pour déterminer – y compris après la prise en compte des produits financiers des fonds de réserve des retraites pendant la période totale – les droits à retraite des affiliés aux régimes de retraite de base et complémentaire à affiliation obligatoire, de France comme de Corée.

Si la totalisation des périodes d'assurance, d'immatriculation et d'emploi a pu être implicitement ignorée par le Conseil d'Etat pour apprécier l'égalité devant la loi et les charges publiques au regard de la Constitution et rendre la décision n°415.526 du 24 janvier 2018 sur la QPC, l'effet de ces clauses d'égalité de traitement et de totalisation sur les obligations des organismes de retraite doit être pris en compte pour apprécier la similitude de leur situation au regard des clauses de non-discrimination de la convention fiscale bilatérale du 19 juin 1979 et de la liberté de circulation des capitaux protégée par le droit de l'Union européenne.

Mais ce n'est pas tout. L'article 18 de l'Accord intitulé « Libre transfert » stipule expressément :

*« Nonobstant toutes dispositions internes en matière de réglementation des changes, les deux Gouvernements s'engagent mutuellement à n'apporter **aucun obstacle au libre transfert des sommes correspondant à l'ensemble des règlements financiers rattachés à des opérations de protection sociale** soit en application du présent Accord, soit en application de la législation interne de chaque État contractant concernant les travailleurs salariés et non-salariés, notamment au titre des assurances volontaires et des régimes de retraites complémentaires. »*

Les produits financiers des fonds de réserve des régimes de retraite couverts par cet Accord ne sont-ils pas des « *règlements financiers rattachés à des opérations de protection sociale* » au sens de ce texte ? Tout régime de retraite comporte nécessairement trois étapes : les cotisations qui l'alimentent pendant la période d'activité des affiliés ; les produits financiers qu'il accumule pendant cette même période et les prestations qu'il verse après la cessation d'activité des affiliés. Si la situation démographique implique la constitution de réserves (au moins pendant une certaine période où les actifs cotisants sont relativement plus nombreux que les pensionnés, actuels ou à venir) alors les produits perçus et accumulés à cette fin sont nécessairement « *rattachés à des opérations de protection sociale* » au sens du texte.

L'engagement mutuel de « *n'apporter aucun obstacle au libre transfert des sommes* » concerne-t-il seulement la réglementation des changes, spécialement visée par le texte mais sans portée à la date de l'Accord ni par la suite ? N'inclut-il pas la prohibition de tout obstacle, y compris fiscal, tel qu'une

retenue à la source (comme celle du 2 de l'article 119 bis du CGI) sur ces règlements financiers, incluant les produits financiers affectés au financement des opérations de protection sociale ?

Si la question a pu être éludée dans le cadre restreint du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité, elle a toute sa pertinence pour apprécier la validité de l'imposition. De nature à faire obstacle à « *toute disposition interne* », elle relève du champ d'application de la loi et revêt ainsi un caractère d'ordre public.

En résumé, il se confirme que la Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante, et le Fonds national de réserve des retraites qu'elle gère, ont une **mission sociale de service public** du pilier 1 (voire également du pilier 2) des régimes de retraite de base, ou complémentaire à affiliation légalement obligatoire, comparable à celles qu'exercent en France la Caisse nationale d'assurances vieillesse, l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale, le Fonds de réserve des retraites et certains organismes similaires. La **coopération internationale en matière de sécurité sociale, et l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions internationales**, impliquent la coordination des fonctions de ces organismes en vue de l'égalité de traitement des usagers, de France comme de Corée, et la totalisation des leurs droits sans qu'un des Etats en cause puisse y porter atteinte en instaurant unilatéralement un prélèvement fiscal sur les ressources financières du fonds de réserve des retraites de l'autre Etat.

c) Les lois de financement de la sécurité sociale :

12. Puisqu'un des éléments du litige est l'appréciation de l'égalité de traitement fiscal entre les produits financiers perçus par la Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante et ceux revenant à des organismes similaires de retraite français, il est nécessaire de rappeler la situation fiscale de ces organismes.

La Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante, étant l'organisme public de sécurité sociale coréen en charge de la branche retraite, l'instrument le plus pertinent a priori pour procéder à la comparaison sont les lois de financement de la sécurité sociale, lesquelles « *déterminent les conditions générales de son équilibre financier* » aux termes de l'article 34 de la Constitution. Les lois organiques relatives aux lois de financement de la sécurité sociale, reprises aux articles LO 111-3 et suivants du code de la sécurité sociale prescrivent les règles applicables, notamment « *à l'équilibre financier, aux recettes et aux objectifs de dépenses de l'ensemble des régimes obligatoires de base et, (...), celles du régime général, ainsi que les recettes des organismes concourant au financement de ces régimes* ».

Sauf erreur, aucune des lois de financement de la sécurité sociale intervenues depuis 1998, notamment pas depuis la modification des textes fiscaux relatifs à l'imposition des dividendes perçus par les organismes sans but lucratif par la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, ne prévoit de prélèvement fiscal sur les produits financiers des régimes de retraite relevant de la sécurité sociale ou des organismes concourant à leur financement. Les comptes annuels de la CNAV, de l'ACOSS, du Fonds de réserve pour les retraites et autres organismes similaires concourant au financement de la

sécurité sociale ne relatent pas davantage, voire excluent expressément, toute imposition de cette nature.

L'égalité de traitement fiscal qu'imposent les instruments internationaux pertinents en l'espèce actuelle implique qu'il en aille de même pour les dividendes de source française perçus par la Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante.

I.3. Analyse économique de la fiscalité des fonds d'investissement et régimes de retraite dans le monde : le modèle « EET » et son application en France

13. Aux fins de comparaison, de coordination et d'harmonisation internationales de la fiscalité des fonds d'investissement en général – et plus particulièrement des régimes de retraite – la méthode généralement pratiquée consiste à distinguer trois étapes : la **contribution**, au moyen des cotisations et autres versements au régime de retraite ou au fonds d'investissement ; l'**accumulation** des intérêts et autres produits pendant la période d'activité des affiliés, qui est aussi leur période d'épargne, et le **retrait**, sous forme de prestations de retraite (pension ou capital).

En théorie, chaque étape peut être exemptée ou taxée :

- Exemption lors de la contribution si les cotisations sont déductibles du revenu imposable de l'affilié actif cotisant ; taxation si elles ne le sont pas ;
- Exemption ou imposition des intérêts et autres produits accumulés, le cas échéant avec une variante qui rapproche l'imposition de l'exemption lorsque le fonds, d'investissement ou de retraite, peut déduire, sous forme de provision, les prestations qu'il est appelé à verser ;
- Exemption ou imposition des prestations de retraite lors de leur perception.

Les comparaisons internationales, et notamment celles qui ont été faites en vue du « produit pan-européen d'épargne retraite individuelle » lancé par la Commission européenne en juin 2017, ou les études de la Banque mondiale, montrent que, parmi les modèles les plus fréquents de régimes de retraite, figure le modèle dit « EET », où les cotisations sont déductibles du revenu imposable (dans la limite d'un plafond), les produits accumulés sont exemptés et les prestations de retraite sont imposées. Tout en assurant une imposition effective à la sortie, cette formule évite la double imposition économique des revenus, exonérés ou déductibles aux stades de la contribution et de l'accumulation.

A l'opposé, le modèle applicable à l'assurance-vie, du moins en France, est le modèle dit « TEE » où les souscriptions et versements de prime ne donnent pas lieu à déduction par les souscripteurs ; les produits accumulés sont, en pratique, exemptés par la déduction des provisions techniques et les retraits sont exemptés sous certaines conditions. En troisième lieu, les placements en fonds d'investissement, organismes de placement collectif et autres institutions similaires relèvent en France du modèle « TET », où les souscriptions ne donnent lieu à aucun avantage, l'accumulation des produits ne donne lieu à aucune imposition et les retraits sont imposables à raison de l'accroissement de valeur par rapport à la souscription.

Dans tous les cas, la double imposition économique est évitée et, dans ce but, la phase d'accumulation est toujours exemptée d'imposition.

14. La vision d'ensemble des régimes français des retraites comportant un élément d'épargne montre que les modèles « EET » et « TET » sont prédominants et que – sauf l'effet, apparemment limité de l'article 34 de la 3ème loi de finances rectificative pour 2009 sur lequel on reviendra (aux points **30 à 37**) – tous comportent l'exonération des produits perçus pendant la phase d'accumulation.

Comme on l'a vu précédemment, ci-dessus et dans le mémoire complémentaire, la CNAV, l'ACOSS et le Fonds de réserve pour les retraites sont exonérés de tout impôt sur leurs bénéfices ou revenus, et spécialement sur les produits de leurs actifs. Il en va de même des plans et organismes de retraite qui relèvent des deuxième et troisième piliers.

a) Le plan d'épargne en vue de la retraite, devenu plan d'épargne pour la retraite collectif :

15. Dès la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, le législateur s'est soucié d'offrir aux contribuables la faculté d'ouvrir des plans d'épargne en vue de la retraite :

« A compter du 1^{er} janvier 1988, les contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4 B du code général des impôts peuvent ouvrir des plans d'épargne en vue de la retraite auprès d'organismes relevant du code des assurances ou du code de la mutualité » (article 1).

« Les produits et plus-values que procurent les placements effectués, ainsi que les crédits d'impôt attachés à ces produits et remboursés par l'Etat, s'ajoutent aux versements. Ils ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu » (article 4).

16. Ces textes ont été refondus par la loi n°2003-775 portant réforme des retraites, dite loi Fillon, du 21 août 2003, sous la dénomination de « plan partenarial d'épargne salariale volontaire pour la retraite ». Le plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO) est un système d'épargne collective qui offre aux salariés de se constituer un produit d'épargne retraite longue, à travers un portefeuille de valeurs mobilières, soit par versement de l'entreprise, soit par des versements volontaires du salarié. Une des spécificités du PERCO par rapport à d'autres plans d'épargne salariale (PEE, PEI) réside dans le fait que les fonds sont bloqués jusqu'au départ à la retraite du bénéficiaire. Il est régi par les articles L. 3334-1 à L. 3334-15 du code du travail.

Conformément au II de l'article 163 bis B du CGI, qui vise tous les plans d'épargne constitués conformément aux dispositions du titre III du livre III de la troisième partie du code du travail :

« II. Les revenus des titres détenus dans l'un des plans d'épargne mentionnés au I sont également exonérés d'impôt sur le revenu s'ils sont réemployés dans ce plan et frappés de la même indisponibilité que les titres auxquels ils se rattachent. Ils sont définitivement exonérés à l'expiration de la période d'indisponibilité correspondante. Par dérogation aux dispositions de l'article 199 ter, les crédits d'impôt attachés à ces revenus sont restituables. Ils sont exonérés dans les mêmes conditions que ces revenus. »

Ces dispositions sont commentées par l'administration fiscale au Bofip, dans le BOI-RSA-ES-10-30-10 (et, pour la période antérieure au 12 septembre 2012, au BOI 5 F 1154 du 10 février 1999) qui concerne le plan d'épargne d'entreprise mais auquel renvoie le §10 du BOI-RSA-ES-10-30-20 consacré au plan d'épargne pour la retraite collectif.

Durant la vie du plan, les revenus des titres détenus dans un PERCO réemployés dans ce plan bénéficient ainsi d'une exonération d'impôt sur le revenu s'ils sont indisponibles jusqu'au départ à la retraite du bénéficiaire, fin de la période d'indisponibilité du PERCO. Le §190 du BOI-RSA-ES-10-30-10 précise que « *Le remploi doit être immédiat et porter sur l'intégralité des revenus. L'exonération est maintenue au-delà de cette période d'indisponibilité tant que les salariés et anciens salariés ne demandent pas la délivrance des parts ou actions acquises pour leur compte* ».

En outre, et conformément à l'article 82 de l'annexe II au CGI, les crédits d'impôts attachés aux revenus de ces titres sont restitués sur demande de l'organisme chargé de la conservation des titres. « *La restitution est opérée au profit de cet organisme [et non du bénéficiaire, par dérogation à l'article 199 ter du même code] à charge pour lui d'employer les sommes correspondantes de la même façon que les revenus auxquelles elles se rattachent* » (§200 du BOI-RSA-ES-10-30-10). Ils sont exonérés d'impôt sur le revenu dans les mêmes conditions de remploi et d'indisponibilité que les revenus auxquels ils sont attachés.

A la sortie, les revenus et plus-values de l'épargne investie sont exonérés en cas de sortie en capital. En cas de sortie en rente viagère, celle-ci est réputée acquise à titre onéreux (art. L 3334-15 C. trav.) et imposée après abattement de 30 à 70% en fonction de l'âge du bénéficiaire lors de l'entrée en jouissance de la rente. Dans tous les cas, les prélèvements sociaux, actuellement à 17,2% sont exigibles (BOI-RSA-ES-10-30-20, § 60 à 90).

b) La combinaison des régimes de retraite et des organismes de placement collectif tels que les fonds communs de placement :

17. Depuis que la loi n°88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances a supprimé l'obligation de distribution des produits de SICAV et fonds communs de placement, ces organismes ont acquis la faculté de capitaliser en franchise d'impôt les produits de leur portefeuille. Les fonds communs de placement sont situés hors du champ d'application de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés. Les porteurs français ne sont imposés, lorsqu'ils le sont, que lors des répartitions (article 137 bis du code général des impôts). Il en va de même pour les produits de fonds de placement ou d'investissement constitués à l'étranger (article 120, 11° du même code).

Ainsi, depuis près de trente ans, les fonds communs de placement offrent aux souscripteurs – et notamment aux organismes sans but lucratif relevant du 5 de l'article 206 du CGI – la faculté de capitaliser les dividendes et intérêts du portefeuille sans encourir l'imposition prévue à ce texte.

Ces mêmes organismes sont exonérés d'imposition sur les plus-values réalisées lors du rachat des parts de SICAV ou de fonds communs de placement et ne sont pas davantage tenus d'évaluer les parts ou actions à leur valeur liquidative en application de l'article 209-0 A du CGI, comme cela est précisé sous BOI-IS-BASE-10-20-10-20120912 :

« 60 - Les entreprises qui ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 209-0 A du CGI, quelle que soit la nature de leur activité.

Il en est de même des collectivités et organismes soumis à l'impôt sur les sociétés dans les conditions particulières prévues à l'article 206-5 du CGI, sous réserve du cas prévu au II-B-3 § 70. »

Ainsi, même après la réforme opérée par la troisième loi de finances rectificative pour 2009 du 30 décembre 2009, les organismes sans but lucratif peuvent légalement échapper – et échappent effectivement – à l'imposition des revenus de capitaux mobiliers qu'ils réalisent par l'intermédiaire de fonds communs de placement et autres organismes de placement collectif de capitalisation, français ou étrangers.

Ces dispositions sont naturellement mises en œuvre par les organismes de retraite qui délèguent la gestion des actifs de leurs fonds de réserve à des gestionnaires de fonds d'investissement. Tel est le cas des organismes du secteur concurrentiel comme des organismes publics de gestion des retraites du secteur public que sont l'IRCANTEC et l'ERAFP, examinés dans le mémoire complémentaire. Cette circonstance – avec le maintien de l'exonération expresse du Fonds de réserve pour les retraites et du PERCO et la déduction des provisions techniques des assureurs et mutuelles – est probablement une des raisons pour lesquelles le législateur de 2009 a pu considérer, et souhaiter, que la « *base imposable (résultant de la réforme) demeure (..), malgré tout (son absence d'évaluation), relativement étroite* » (rapport Marini, analysé au point 30 ci-après).

c) La déduction des provisions techniques (dont la provision pour participation aux bénéfices financiers des assurés) :

18. Les entreprises d'assurance, les mutuelles et autres organismes de retraite supplémentaire qui gèrent des systèmes de retraite relevant des 2^{ème} et 3^{ème} piliers sont tenus, par la nature même de leurs activités comme par la loi et les directives européennes, de constituer des provisions techniques incluant notamment la provision mathématique et les provisions pour participation aux bénéfices (techniques et financiers) des assurés (article 15 de la directive 2003/41/CE et articles L. 132-29 et L. 310-7 du code des assurances, après modifications successives par les ordonnances n° 2006-344 du 23 mars 2006 et n° 2017-484 du 6 avril 2017). Parmi ces provisions techniques obligatoires, figure la provision pour participation aux bénéfices financiers d'au moins 85% des produits de placement (arrêté du 28 décembre 2015, articles A.132-10 à A.132-17 du code des assurances).

En application de l'article 39 du CGI, ces provisions techniques sont déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés applicable au taux normal sur le résultat net de l'entreprise d'assurance sur la vie (CE 14 décembre 1984

n°41.139 SMAVBTP mentionné au Recueil Lebon : RJF 2/85, n° 210, Dr. fisc. 11/85 c. 578, concl. Ph. Bissara ; a contrario, CE 3 février 2011 n°325.834, SMAVBTP, RJF 4/11 n° 413, concl. L. Olléon BDCF 4/11 n° 41).

Concrètement, en ne retenant par hypothèse que le taux minimum de participation aux bénéfices financiers de 85 % du produit net des placements, une compagnie d'assurance ou un organisme de retraite complémentaire était imposable au taux de 33 1/3 % sur 15 % des dividendes perçus, soit un taux effectif de 5 %, voire moins encore si l'on prend en compte les autres provisions techniques. On aboutit ainsi à une exonération, ou quasi-exonération, effective des produits financiers, et notamment des dividendes perçus pendant la période d'accumulation.

A ce titre encore, le modèle français de fiscalité des régimes de retraite est du type EET ou TET et l'on va vérifier, aux points 28 à 37 ci-après, que l'article 34 de la troisième loi de finances pour 2009 n'y a rien changé.

I.4. Egalité de traitement fiscal et non-discrimination à l'égard des non-résidents

19. L'application, largement indifférenciée, d'une retenue à la source sur le montant brut des dividendes distribués à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France, prévue par le 2 de l'article 119 bis du code général des impôts et l'article 187 du même code, instaure une inégalité de traitement par rapport à certains bénéficiaires ayant leur siège en France placés dans une situation similaire, qui ne sont assujettis ni à l'impôt sur le revenu ni à l'impôt sur les sociétés ou qui sont exonérées d'impôt – ou imposés pour un montant moindre, après déduction de certaines charges – sur les mêmes dividendes.

Depuis près de trente ans, cette disparité de traitement des résidents et des non-résidents, personnes physiques comme personnes morales, a été régulièrement condamnée tant sur le fondement des clauses de non-discrimination figurant dans les conventions bilatérales contre la double imposition que sur celui des grandes libertés protégées par le droit de l'Union européenne. Selon les cas, la censure porte sur l'exigibilité de la retenue à la source ou sur le plafonnement de son montant.

a) L'exonération de retenue à la source :

20. Avant la modification de certaines dispositions du code général des impôts par l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, le Conseil d'Etat en a jugé ainsi par une importante décision *Stichting Unilever Pensioenfonds Progress et autres* du 13 février 2009 (n°298.108, publiée au recueil Lebon, RJF 5/09 n° 525, concl. E. Geffray BDCF 5/09 n° 66) qui concerne les dividendes perçus par les organismes du secteur non lucratif ayant pour objet de servir des pensions de retraite de base ou complémentaire (fonds de pension et caisses de retraite).

Le Conseil d'Etat a décliné cette approche de la similarité de situation à d'autres organismes non-résidents, en premier lieu un établissement public grec à vocation culturelle dans son pays d'origine, pour une exonération de plus-value de cession réalisée en France (CE 5 juillet 2010 n°309.693,

Pinacothèque d'Athènes : publié au Lebon et à la RJF 11/10 n° 1092, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 11/10 n°122, Dr. fisc. 44/10, 543, note F. Dieu). L'égalité de traitement, prescrite par l'article 22 paragraphe 1 de la convention fiscale bilatérale entre la France et la Grèce du 21 août 1963 (en des termes similaires à ceux de l'article 24 de la convention franco-coréenne du 19 juin 1979), s'applique ainsi aux organismes publics sans but lucratif d'un Etat à raison des revenus patrimoniaux qu'ils réalisent en France, n'est pas limitée à raison de la territorialité de leurs activités de service public et n'est pas affectée par les modifications apportées par la loi de finances rectificative pour 2009.

Le Conseil d'Etat en a jugé de même à l'égard d'une caisse de retraite allemande (CE 30 décembre 2014 n°361.842, Versorgungswerk der Zahnärztekammer aus Berlin : RJF 3/15 n° 284, concl. F. Aladjidi BDCF 3/15 n° 38) et d'un « charitable trust » britannique pour des exonérations de dividendes (CE 22 mai 2015 n°369.819 et 369.820 Wellcome Trust, RJF 08-09/15 n° 684, concl. F. Aladjidi BDCF 8-9/15 n° 101) ou, plus récemment, d'une fondation suisse pour une exonération de loyers (CE 9 juin 2017 n°389.927 Fondation Jean et Lili Delaby, RJF 10/17 n° 914, concl. E. Bokdam-Tognetti C-914, Dr. fisc. 2017 n° 45 comm. 533). Le régime fiscal des fondations reconnues d'utilité publique et des fonds de dotation, caractérisé par l'exonération prévue au premier alinéa du 5 de l'article 206 du CGI, n'a pas davantage été modifié par l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

21. La Cour de justice de l'Union européenne en a jugé de même au regard des sociétés mères sur le fondement de la liberté d'établissement (CJCE 14 décembre 2006, Denkavit International BV et Denkavit France, C-170/05 : Rec. p. I-11949, concl. L.-A. Geelhoed ; et, dans la même affaire, CE 6 avril 2007, n°235.069) ainsi que pour les participations minoritaires sur le fondement de la liberté de circulation des capitaux (CJCE 8 novembre 2007, Amurta, C-379/05 : Rec. p. I-9569). L'administration s'est alignée sur cette position de la Cour dans une instruction du 10 mai 2007 (BOI 4C-7-07, reprise au BOI-RPPM-RCM-30-30-20-40).

Cette jurisprudence s'applique également aux organismes de placement collectif qui ne sont pas assujettis à l'impôt (fonds communs de placement) ou qui en sont exonérés (SICAV) (CJUE 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC et autres, C-338/11 à C-347/11 ; 21 juin 2018, C-480/16, Fidelity funds). La Cour de justice a complété sa jurisprudence en ce sens à l'égard d'autres Etats membres, tels la Pologne, et de fonds d'investissement de pays tiers, comme les Etats-Unis (C-190/12 du 10 avril 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company). Le Conseil d'Etat s'était prononcé dans le même sens dans son avis du 23 mai 2011, n°344.678 à 344.687, Santander Asset Management SGIIC (RJF 8-9/11 n° 1009, concl. P. Collin BDCF 8-9/11 n° 104).

Le Conseil constitutionnel a également condamné la disparité de traitement frappant les dividendes sortants au regard des textes constitutionnels dans sa décision Layher (C. cons. 30 septembre 2016, n° 2016-571 QPC), comme le Conseil d'Etat l'a fait au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CE 29 mars 2017, n°399.506).

b) Le plafond de la retenue à la source applicable aux non-résidents :

22. La Cour de justice a jugé, de longue date, que l'imposition établie à l'encontre de non-résidents **ne peut pas représenter une charge supérieure à celle qui s'applique aux résidents sur le montant net de leurs revenus après déduction des charges y afférentes** (CJCE 12 juin 2003 C-234/01, Gerritse, points 27 et 53, pour la rémunération d'un travailleur indépendant ; 19 janvier 2006 C-265/04, Bouanich I, points 40 et 41, pour le rachat d'actions ; gde ch., 3 octobre 2006 C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionem, points 41 à 49, pour la rémunération d'un artiste ; CJUE 2 juin 2016 C-252-14 Pensioenfonds Metaal en Techniek, point 64, pour la retenue à la source sur des dividendes ; 17 septembre 2015, C-10/14, C-14/14 et C-17/14, Miljoen et Société Générale : points 57 à 61 et 73 à 74, également pour la retenue à la source sur des dividendes ; 13 juillet 2016 C-18/15, Brisal – Auto Estradas do Litoral SA, KBC Finance Ireland, points 39 à 43, pour la retenue à la source sur des intérêts).

Au sujet des dividendes reçus par des compagnies d'assurance ou des organismes de retraite, la Cour de justice a précisé que, pour effectuer la comparaison entre résidents et non-résidents, il y avait lieu de déduire les provisions techniques correspondant aux droits des assurés ou retraités, déductibles en régime intérieur (C-342/10 du 8 novembre 2012, Commission c./ Finlande). La Cour est actuellement saisie d'une question similaire par une institution de retraite professionnelle d'un pays tiers (Canada) (Affaire C-641/17 College pension fund of British Columbia).

En France, lorsque la retenue à la source portant sur les salaires de l'article 182 A est supérieure au montant de l'impôt sur le revenu exigible en définitive, l'excédent ne pouvait à l'origine être restitué, jusqu'à ce que le législateur introduise le remboursement de l'excédent par la loi n°93-1353 du 30 décembre 1993 (article 197 B du CGI). Concernant la retenue à la source de l'article 182 B, le Conseil d'Etat a jugé, par application de la loi interne, que l'excédent de retenue à la source sur l'impôt sur le revenu après déduction des charges professionnelles (article 164 A du CGI) devait être restitué (CE 17 février 2015, n°373.230, min c/Fisichella, RJF 5/15 n° 380 concl. E. Cortot-Boucher).

23. Dans ses décisions Lenglet du 11 octobre 2017 (CE, 3e et 8e ch., n°398.510 à 398.512 : Dr. fisc. 2017, n° 42, act. 568), le Conseil d'Etat a comparé le montant de retenue à la source de 15% sur le montant brut des dividendes résultant de la convention franco-belge et l'impôt sur le revenu applicable en France au barème progressif après l'abattement de 40%. Il a ainsi montré que les principes dont s'inspire la jurisprudence de la Cour de justice sont applicables à la retenue à la source de l'article 119 bis 2 perçue aux taux de 15%, 25% ou 30% selon les cas et les années, sur le montant brut des dividendes perçus par des non-résidents. Le législateur en a tiré les conséquences par la mise en œuvre du prélèvement forfaitaire unique au taux de 12,8% pour les personnes physiques résidentes comme non-résidentes (article 28 de la loi de finances pour 2018).

La solution est transposable aux organismes de retraite, tandis qu'une imposition moindre, assise à un taux supérieur mais sur le bénéfice net, s'applique aux organismes français du secteur concurrentiel (compagnies

d'assurances et mutuelles), y compris ceux du troisième pilier, lesquels rendent les mêmes services et peuvent déduire des provisions techniques, et notamment celles correspondant aux produits financiers des placements, du bénéfice net imposable à l'impôt sur les sociétés.

Par sa décision Sofina, Rebelco et Sidro n°398.662 du 20 septembre 2017, le Conseil d'Etat a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles tendant notamment à savoir si :

« les articles 56 et 58 du traité instituant la Communauté européenne, devenus 63 et 65 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

- **s'opposent à la perception d'une retenue à la source sur les dividendes** versés par une société résidente à une société déficitaire non-résidente d'un autre Etat membre lorsque cette dernière cesse son activité sans redevenir bénéficiaire, **alors qu'une société résidente placée dans cette situation n'est pas effectivement imposée sur le montant de ces dividendes ;**
- ces stipulations doivent être interprétées en ce sens qu'en présence de règles d'imposition traitant différemment les dividendes selon qu'ils sont versés aux résidents ou aux non-résidents, il convient de **comparer la charge fiscale effective supportée par chacun d'eux au titre de ces dividendes**, si bien qu'une restriction apportée à la liberté de circulation des capitaux, résultant de ce que ces règles excluent pour les seuls non-résidents la déduction des frais qui sont directement liés à la perception, en elle-même, des dividendes, pourrait être regardée comme justifiée par l'écart de taux entre l'imposition de droit commun mise, au titre d'un exercice ultérieur, à la charge des résidents et la retenue à la source prélevée sur les dividendes versés aux non-résidents, lorsque cet écart compense, au regard du montant de l'impôt acquitté, la différence d'assiette de l'impôt ».

24. Si, dans sa décision Easyvista II du 17 juillet 2017 (n°407.269, concl. E. Cortot-Boucher, Dr. fisc. 2017 n°45 comm. 535) le Conseil d'Etat a refusé de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant notamment sur la déduction des charges professionnelles engagées par des personnes morales non-résidentes et la conformité de l'article 182 B du CGI au principe d'égalité, au motif essentiel que « les dispositions de l'article 182 B visent à imposer des personnes physiques ou morales à l'égard desquelles l'administration fiscale ne dispose pas de moyens de contrôle dès lors qu'elles ne résident pas sur le territoire national », cette motivation ne paraît pas transposable en l'espèce actuelle où le requérant est un établissement public de sécurité sociale de la République de Corée, laquelle est un Etat pratiquant un niveau élevé de coopération en matière fiscale.

Comme la précédente décision Sofina, Rebelco et Sidro (n°398.662 du 20 décembre 2016 qui a refusé de renvoyer une QPC dans l'affaire qui a donné lieu à renvoi préjudiciel à la CJUE), et comme la décision n°415.526 du 24 janvier 2018, la décision Easyvista II semble procéder de la considération que l'égalité devant la loi et les charges publiques au regard de la Constitution aurait une portée moindre que la non-discrimination et l'égalité de traitement au regard des conventions bilatérales et du droit de l'Union européenne, pertinentes pour l'examen du présent pourvoi.

III. S'agissant, en second lieu, des précisions et compléments que l'exposant entend apporter à la discussion développée dans ses précédentes écritures :

25. La Caisse nationale des retraites de la République de Corée, requérante, maintient l'ensemble des moyens précédemment exposés à l'appui de son pourvoi. Elle précise et complète les moyens de fond qui conservent toute leur pertinence après la décision n°415.526 du 24 janvier 2018 :

- tant pour l'interprétation des dispositions législatives pertinentes et la constatation des différences de traitement fiscal ;
- que pour apprécier la similitude ou la comparabilité objective des situations au regard des clauses de non-discrimination de la convention fiscale franco-coréenne (paragraphe 1 de l'article 24 de la convention du 19 juin 1979) et du droit de l'Union européenne (libre circulation des capitaux consacrée par les dispositions combinées de l'article 63, paragraphe 1, et de l'article 65 TFUE).

26. Pour dire n'y avoir lieu à renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité proposée, en tant qu'elle concernait les dispositions modifiées par l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, le Conseil d'Etat a essentiellement retenu, en premier lieu :

« il résulte des dispositions de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, éclairées par les travaux préparatoires dont sont issues les dispositions invoquées du 5 de l'article 206 du code général des impôts, qu'un organisme établi en France ayant pour objet de servir des pensions de retraite est assujéti à l'impôt sur les sociétés à raison des revenus patrimoniaux qui ne se rattachent pas à ses activités lucratives, sauf si ces revenus sont soumis à la retenue à la source visée à l'article 119 bis du code général des impôts. »

Cette proposition, la seule de la décision qui fasse mention de retraites, mérite d'être nuancée à plusieurs titres, au point de n'être pas pertinente en l'espèce actuelle, ainsi qu'il sera démontré aux points **29 à 37**. En effet, pour apprécier la conformité à la Constitution des dispositions législatives qui lui sont déférées, le Conseil constitutionnel – et, par suite le Conseil d'Etat dans sa fonction de filtre – ne considère que les dispositions prises en elles-mêmes et non pas leur combinaison avec d'autres dispositions pertinentes. En revanche, pour apprécier **la disparité de traitement fiscal** de situations identiques ou objectivement comparables, au regard des clauses de non-discrimination de conventions internationales et des libertés protégées par le droit de l'Union européenne, l'ensemble des dispositions pertinentes au regard du fait générateur ou de la liquidation de l'impôt doivent être prises en considération, y compris en leur combinaison.

27. Le Conseil d'Etat a retenu, en second lieu :

« le législateur (de 2009) a pu, en tout état de cause, soumettre les organismes sans but lucratif à un régime fiscal spécifique, dès lors que les modalités d'exploitation de leur activité s'exercent dans des conditions différentes de celles des entreprises privées et que le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi. »

Cette pétition de principe, très générale, oppose tous les organismes sans but lucratif aux entreprises privées sans distinction. Faisant abstraction de toutes autres dispositions relatives aux régimes de retraite, à leurs fonds de réserve ou à leurs provisions techniques (comme cela semble prescrit dans les limites du contrôle de constitutionnalité des lois) elle n'est pas transposable à l'espèce actuelle où l'application des clauses et principes de non-discrimination conduit à examiner tous les éléments qui déterminent l'identité ou la comparabilité objective des situations au regard du fait générateur et de la liquidation de l'impôt.

En particulier, cette proposition n'indique nullement en quoi l'activité de gestion d'un régime de retraite ou de son fonds de réserve s'exercerait dans des conditions différentes (notamment au regard de la destination des produits financiers, et spécialement des dividendes perçus) selon que l'organisme gestionnaire du régime de retraite ou de son fonds de réserve est une entreprise ou une institution sans but lucratif. Faute d'avoir examiné cet aspect essentiel à l'examen du présent pourvoi, la décision n°415.526 du 24 janvier 2018 a ignoré :

1. que, dans l'un et l'autre cas, les produits financiers en question ont pour origine les sommes provenant des cotisations perçues des affiliés actifs et pour contrepartie l'obligation de servir des prestations de retraite aux retraités ;
2. qu'en raison de leurs obligations de servir à l'avenir des prestations de retraite à des affiliés alors qu'ils sont encore en activité, les organismes sans but lucratif comme les entreprises privées sont appelés à constituer des réserves en vue de l'équilibre financier à long terme des régimes qu'ils gèrent, dans tous les cas, dans l'intérêt collectif des affiliés et
3. que les placements en actions sont particulièrement appropriés à l'épargne à long terme en vue de la retraite et à la stabilité financière à long terme des fonds de réserve des retraites.

Si cet aspect de la question a pu être éludé dans le cadre restreint du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité, il ne peut être évité dans celui du présent pourvoi.

III.1. Sur la portée des modifications opérées par l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009

28. En modifiant les articles 187, 206-5 et 219 bis du code général des impôts, le législateur de 2009 a eu pour objectif de mettre la loi française en conformité avec le droit de l'Union européenne qui interdit les entraves à la libre circulation des capitaux, *en alignement des conditions d'imposition des organismes sans but lucratif français et étrangers à raison des dividendes de source française*. Plus précisément, l'objectif affiché était de faire échec à la décision du Conseil d'État qui, dans son arrêt n° 298 108 du 13 février 2009 « Sté Stichting Unilever Pensioenfond Progress », concernant des fonds de pension néerlandais, avait jugé que l'application de la retenue à la source constituait une restriction à la libre circulation des capitaux contraire à l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne, dès lors que les dividendes de sociétés établies en France perçus par un organisme à but non lucratif établi en France étaient exonérés.

29. Toutefois, comme cela a été souligné à l'époque, la réforme a été faite dans la précipitation et sans étude d'impact. Dans l'évaluation préalable annexée au projet de loi de finances, le chapitre 4 **Impact de la disposition envisagée** est vide (si ce n'est une paraphrase du texte au titre des coûts et bénéfices financiers) : aucune analyse des incidences économiques (point 4.1.1) sociales (4.1.3), aucun chiffrage des incidences budgétaires (point 4.2.1.). Le seul chiffre cité est l'estimation du total des sommes prélevées sur le fonds de pension étrangers à raison de la retenue à la source sur les dividendes de source française).

Au titre des consultations menées, le Conseil national de la vie associative (CNVA) est seul cité, à l'exclusion de toute caisse de retraite et de prévoyance ou organisation commune aux organismes de retraite et de toute organisation professionnelle de la gestion financière. Pis encore : les « options possibles » examinées (point 2.1) sont excessivement restreintes et aucune analyse n'est faite des « organismes sans but lucratif ayant pour objet de servir des pensions de retraite », notamment pas pour les comparer aux entreprises ayant le même objet.

L'indigence de l'évaluation préalable de l'article 23 du troisième PLFR pour 2009 est telle que, devant l'Assemblée Nationale, l'ancien ministre du budget et ancien président de cette assemblée Henri Emmanuelli a déclaré :

*« Cet article propose une réforme importante de l'imposition des revenus patrimoniaux des organismes sans but lucratif, sans qu'**aucune évaluation des effets budgétaires ou financiers de ces dispositions nouvelles** soit fournie au Parlement.*

Au vu des effets inattendus, mais massifs de certaines décisions, qui se révèlent parfois extrêmement coûteux, il est proposé de supprimer l'article car nous ne disposons pas du chiffrage qui nous permettrait de savoir de quoi il s'agit » (voir compte rendu des débats à l'Assemblée Nationale, deuxième séance du jeudi 10 décembre 2009, page 10498).

De même, dans son rapport au Sénat, M. Philippe Marini a souligné que la réforme de l'imposition des revenus patrimoniaux des organismes sans but lucratif se faisait sans aucune visibilité mais devait avoir une courte portée :

*« Votre rapporteur général (...) note que **cette réforme se fait sans réelle visibilité**. En effet, **les services du ministère des finances ne sont pas en mesure de chiffrer les conséquences de la réforme**. Ainsi, jusqu'à présent, les revenus des dividendes de sociétés françaises versés à des OBSL français étaient exonérés d'impôt et, par conséquent, ne faisaient pas l'objet d'une déclaration. Les services fiscaux ne peuvent avoir qu'**une idée très frustrée de la base imposable** qui est désormais taxée au taux de 15 %. Il est clair cependant qu'**elle demeurera, malgré tout, relativement étroite** ».*

30. Aucun des autres travaux préparatoires n'a fait, ne serait-ce qu'allusion aux dividendes perçus par les organismes de retraite français, encore moins entre ces différents régimes et les fonds concourant à leur financement. Certains débats ont porté sur des amendements relatifs à certaines catégories d'associations et leurs ressources, aucun sur les organismes de retraite français et leurs actifs représentatifs de provisions techniques ou de réserves.

A plus forte raison, n'a-t-il pas été question de ceux qui gèrent un régime public de retraite obligatoire de base ou complémentaire. Était-ce fondé sur la considération qu'ils n'étaient pas concernés par la notion de « revenus patrimoniaux » introduite au 5 de l'article 206 du CGI ? ou qu'aucun d'entre eux n'était autrement concerné ? ou encore qu'en investissant dans des organismes de placement collectif de capitalisation ils avaient et conserveraient la faculté de transformer des revenus imposables en plus-values exonérées d'impôt ?

La décision « Stichting Unilever Pensioenfond Progress » du Conseil d'Etat ne portait elle-même que sur le principe de non-discrimination entre les organismes sans but lucratif en matière d'imposition des dividendes aux termes du second alinéa du 5 de l'article 206 du CGI. Elle ne prenait pas parti sur les conditions requises des organismes de retraite, français comme étrangers, pour entrer dans le champ de la mesure. La jurisprudence sur les textes antérieurs à 2009 ne s'est dégagée que par la suite.

Comme rappelé ci-dessus, le Conseil d'Etat a jugé que « *seuls les régimes de retraite de base et complémentaire à affiliation légalement obligatoire (c'est-à-dire des piliers 1 et 2) sont susceptibles d'être regardés comme ayant un objet social à but non lucratif dans le secteur des prestations de retraite* ». Cette même décision précise en revanche que tel n'est pas le cas des organismes qui, alors même qu'ils seraient gérés de façon désintéressée, « *exerce(nt) leur activité sur le marché des retraites complémentaires individuelles et facultatives qui, en dépit des règles juridiques spécifiques(...), permet aux fonds de pension de type individuel (c'est-à-dire du pilier 3) de se livrer à une concurrence entre eux sur l'ensemble du territoire de cet État ; (de sorte) que les besoins de prestations de retraite complémentaires sont couverts (...) par de multiples fonds de pension de type individuel, lesquels sont promus et gérés par des sociétés commerciales* » (CE 9 novembre 2015, n°371.132, Santander Pensiones SA EGFP, point 4 : RJF 2/15 n° 138, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon p. 253).

Au détour d'une lecture trop rapide de la décision « Stichting Unilever Pensioenfond Progress » du Conseil d'Etat, ces derniers organismes ont été la cible privilégiée de la réforme opérée en 2009. L'estimation de 900 millions d'euros, mentionnée dans l'évaluation préalable de l'article 23 du projet de loi de finances rectificative, portait sur « l'ensemble des fonds de pension dans le monde ». Il ressort de la jurisprudence ultérieure du Conseil d'Etat que les fonds de retraite du pilier 3 n'étaient, en réalité, pas concernés par le second alinéa du 5 de l'article 206 du CGI et se sont, en conséquence, trouvés hors du champ d'application de l'article 34 de la 3ème loi de finances rectificative pour 2009 qui l'a modifié. Pour les fonds du pilier 3, les références de comparaison sont :

- **d'une part**, en l'absence de texte spécifique, les règles relatives aux organismes de retraite complémentaire, (article 15 de la directive 2003/41/CE et articles L. 132-29 et L. 310-7 du code des assurances, après modifications successives par les ordonnances n°2006-344 du 23 mars 2006 et n°2017-484 du 6 avril 2017) avec la déduction fiscale des provisions techniques qu'elles comportent (voir le point 18 ci-dessus) ;
- **d'autre part**, l'exonération expresse des plans d'épargne pour la retraite collectifs (ci-dessus points **15 et 16**)

31. Restent donc « *les régimes de retraite de base et complémentaire à affiliation légalement obligatoire* », comme l'est la Caisse nationale des retraites en Corée. Sont-ils pour autant concernés par la réforme ? La réponse est certainement négative pour les régimes de retraite de base et la plupart des régimes complémentaires à affiliation obligatoire ; elle est extrêmement douteuse pour le reliquat.

a) L'article 34 de la 3^{ème} loi de finances rectificative pour 2009 n'affecte pas les exonérations expresses, prévues au premier alinéa du 5 de l'article 206 du CGI ou par des textes spécifiques, notamment pour les « réserves destinées à contribuer à la pérennité des régimes de retraite » :

32. Il en va ainsi tout d'abord des **établissements publics de sécurité sociale**, considérés comme des établissements publics d'assistance, tels que la CNAV et l'ACOSS évoqués au point IV du mémoire complémentaire.

Tel est le cas également du **Fonds de réserve pour les retraites**, créé par l'article 6-I de la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001, partiellement repris à l'article L 135-6 du code de la sécurité sociale, avec « *pour mission principale de gérer les sommes qui lui sont affectées afin de constituer des réserves destinées à contribuer à la pérennité des régimes de retraite. Les réserves sont constituées au profit des régimes obligatoires d'assurance vieillesse (alors) visés à l'article L. 222-1 du code de la sécurité sociale (CNAVTS pour les vieux travailleurs salariés) et au 2° de l'article L. 611-2 (RSI des professions artisanales, industrielles et commerciales)* » (aujourd'hui « *l'assurance vieillesse du régime général ainsi que du fonds (de solidarité vieillesse)* »).

Pour l'application de la clause de non-discrimination de l'article 24 §1 de la convention fiscale franco-coréenne du 19 juin 1979, comme pour la prohibition des atteintes à la liberté de circulation des capitaux en droit de l'Union européenne, l'identité de situation entre le Fonds de réserve pour les retraites français et le Fonds national de réserve des retraites coréen résulte de **l'identité de la mission qui leur a été confiée par l'Etat dans l'intérêt de la sécurité sociale** et de leur rôle consistant à gérer les sommes qui leur sont affectées (c'est-à-dire à les placer ou investir en vue de percevoir les produits financiers de leurs actifs) de manière à contribuer à la pérennité des régimes de retraite.

Comme l'a montré la jurisprudence concordante sur ce point de la Cour de cassation (depuis l'arrêt d'Assemblée plénière Roval du 21 décembre 1990), de la Cour de justice de l'Union européenne (depuis l'arrêt Gerritse du 12 juin 2003) et du Conseil d'Etat (depuis la décision Pinacothèque d'Athènes précitée du 5 juillet 2010), l'identité de situation au regard des clauses de non-discrimination des conventions bilatérales, ou leur comparabilité objective au regard des grandes libertés de l'Union européenne, s'apprécie en fonction du fait générateur, ou de la liquidation, de l'impôt, à savoir au cas présent la perception de dividendes dans le cadre de la gestion d'actifs de fonds de réserve de retraites. La circonstance que le Fonds de réserve pour les retraites français ait une personnalité juridique distincte que n'a pas le Fonds national de réserve des retraites coréen et celle que le premier soit financé par des ressources spécialement affectées cependant que le second l'est essentiellement par l'excédent annuel des cotisations au régime des retraites de base ne sont pas pertinentes au regard du fait générateur de l'impôt, à

savoir la perception de dividendes versés par des sociétés françaises en vue de couvrir des engagements de retraite futurs, seul pertinent pour apprécier l'identité ou la similitude de situation.

L'arrêt attaqué encourt toujours la même critique.

33. En tant que de besoin, on se permettra de rappeler que le premier alinéa du 5 de l'article 206 du CGI exonère aussi les **fondations reconnues d'utilité publique** et les fonds de dotation dont les statuts ne prévoient pas la possibilité de consommer leur dotation en capital. Rien dans l'article 34 de la 3ème loi de finances rectificative pour 2009 ou ses travaux préparatoires, ne permet de suggérer que la réforme porterait atteinte aux fondations reconnues d'utilité publique ou aux fonds de dotation qui auraient pour objet de servir des pensions de retraite ou de gérer un fonds de réserve pour les retraites. Si l'objectif du législateur a été de faire échec, pour l'avenir, à la jurisprudence «Stichting Unilever Pensioenfonds Progress » du Conseil d'Etat, la circonstance que cette décision ait été rendue à la requête d'une fondation (« stichting ») étrangère, n'implique pas que le législateur ait entendu viser les fondations étrangères qui rempliraient les conditions requises pour être reconnues d'utilité publique en France.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a précisé que, même pour les exercices postérieurs à 2009, « *l'exonération résultant des dispositions (...) ci-dessus ne saurait être refusée à une fondation établie (dans un Etat tel que la) Suisse qui apporte la preuve qu'elle pourrait bénéficier, si elle était établie en France, de l'exonération d'impôt sur les sociétés reconnue aux fondations reconnues d'utilité publique. Il appartient, à cette fin, à cette fondation d'établir que sa gestion présente un caractère désintéressé, qu'elle affecte de manière irrévocable ses biens, droits ou ressources à la réalisation d'activités d'intérêt général et à but non lucratif, qu'elle est soumise au contrôle des autorités publiques de son Etat d'établissement et qu'elle est administrée par un organe collégial dont la composition reflète les particularités propres à la fondation et assure une présence suffisante de représentants qualifiés de l'intérêt général* » (CE 9 juin 2017 n°389.927 Fondation Jean et Lili Delaby, RJF 10/17 n° 914, concl. E. Bokdam-Tognetti C-914, Dr. fisc. 2017 n° 45 comm. 533).

Au cas présent, on a vu plus haut (point 5.) que les dispositions du code civil coréen sur les « fondations incorporées » s'appliquent par défaut, mutatis mutandis, à la Caisse nationale des retraites (article 48 de la loi). Ce renvoi fait essentiellement référence aux dispositions générales (première partie) du code civil coréen consacrées aux personnes morales (chapitre III, articles 31 à 97 du code civil), y compris certaines qui visent les fondations sans but lucratif reconnues par les autorités compétentes (articles 32, 43 à 45 du code civil). Il résulte des autres dispositions de la loi coréenne rappelées ci-dessus, voire aussi de la convention franco-coréenne de sécurité sociale (points 1 à 11), que les autres conditions requises par la jurisprudence du Conseil d'Etat sont réunies. A ce titre encore, les clauses de non-discrimination de la convention fiscale franco-coréenne du 19 juin 1979 et les exigences du droit de l'Union européenne font obstacle à l'imposition contestée.

Il se confirme que l'arrêt attaqué encourt la censure du Conseil d'Etat.

- b) L'article 34 de la 3ème loi de finances rectificative pour 2009 n'affecte pas non plus la jurisprudence du Conseil d'Etat, rappelée au point III du mémoire complémentaire, aux termes de laquelle « doivent être exceptées des bases d'imposition à l'impôt sur les sociétés au taux réduit celles des recettes d'un (organisme sans but lucratif) qui lui ont été procurées par une activité indissociable du but non lucratif poursuivi par (lui) et dont la perception découle, non de la mise en valeur d'un patrimoine ou du placement de sommes disponibles, mais de la réalisation même de la mission désintéressée qui correspond à son objet social » :**

34. L'intention du législateur de ne pas porter atteinte à cette jurisprudence, bien établie quoique de portée relativement limitée, résulte :

- Non seulement de ce que, à la différence de la jurisprudence «Stichting Unilever Pensioenfond Progress », il n'en a été fait aucune mention dans le projet de 3ème loi de finances rectificative pour 2009 ou autres travaux préparatoires de cette loi ;
- Mais encore, de l'introduction, dans le texte du 5 de l'article 206 du CGI, de la notion de « revenus patrimoniaux » qui est, en quelque sorte, l'écho et la consécration de cette jurisprudence, que le Conseil d'Etat a pu reprendre dans sa décision de plénière fiscale « CARPA de Lyon et de l'Ardèche » du 4 juillet 2014 (Req. n°361.316 ; RJF 10/14 n° 879).

Autrement dit, ne sont pas des « revenus patrimoniaux » au sens du texte les revenus, y compris de la nature de ceux qui y sont énumérés, lorsque les recettes correspondantes ont été procurées à un organisme sans but lucratif par une activité indissociable de son but et dont la perception découle de la réalisation même de sa mission.

Ainsi, tout organisme sans but lucratif gérant un régime de retraite à affiliation légalement obligatoire est et demeure exonéré d'impôt à raison de celles de ses recettes qui lui ont été procurées par une activité indissociable de son but (notamment la collecte de cotisations légalement obligatoires) et dont la perception découle, non de la mise en valeur d'un patrimoine ou du placement de sommes disponibles, mais de la réalisation même de la mission désintéressée (consistant à gérer le produit de ces cotisations afin de servir, le moment venu, les prestations de retraite prévues par la loi) qui correspond à son objet social.

Pour cette raison encore l'article 34 de la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 n'a pas la portée absolue que lui ont attribuée l'arrêt attaqué et la décision n° 415 526 du 24 janvier 2018 sur la QPC.

La discussion proposée au III du mémoire complémentaire conserve toute sa pertinence et ses mérites : la Caisse nationale de retraites de Corée peut utilement revendiquer le bénéfice de cette jurisprudence, combinée avec les clauses de non-discrimination de la convention bilatérale et du droit de l'Union européenne, pour faire échec à l'imposition litigieuse.

c) L'article 34 de la 3^{ème} loi de finances rectificative pour 2009 n'affecte pas davantage l'exonération des dividendes et produits financiers des organismes de retraite de base ou complémentaire à affiliation obligatoire (ou non) qui délèguent la gestion de leurs fonds de réserve à des fonds communs de placement de capitalisation :

35. Enfin, la modification législative opérée par la 3^{ème} loi de finances rectificative pour 2009 du 30 décembre 2009 a laissé inchangé le régime fiscal des fonds communs de placement, avec la faculté de capitalisation des revenus en franchise d'impôt qu'il comporte, et l'exonération qui en découle pour les organismes sans but lucratif qui placent leurs actifs dans ces instruments. La formule est particulièrement appropriée pour les organismes de retraite dont la mission comporte le placement à long terme et l'accumulation des produits du placement des actifs représentatifs de leurs fonds de réserve.

Ainsi qu'il a été montré au mémoire complémentaire, cette formule est prescrite pour les régimes de retraite complémentaire à affiliation légalement obligatoire du secteur public (IRCANTEC et ERAFP). Elle est librement accessible à tous les autres organismes sans but lucratif, y compris les régimes de retraite complémentaire à affiliation obligatoire du secteur privé, de sorte que l'imposition des produits financiers correspondant à leurs fonds de réserve est pratiquement dépourvue de tout caractère obligatoire et ne s'applique que par défaut.

Ainsi, comme le montre le rapport de la Caisse Nationale Vieillesse des Professions Libérales (CNAVPL) sur sa politique de placements (voir **production n°1**), les réserves financières gérées par la CNAVPL, pour le compte de dix caisses de retraite de professions libérales, sont réparties entre plusieurs classes d'actifs **au travers d'investissements ayant pour support des OPC actions et des OPC monétaires non imposables**, afin de respecter les critères de rendement, de risque ainsi que le principe de prudence imposés par l'article R. 623-10-4 du code de la sécurité sociale.

De même, un rapport de contrôle établi en juin 2013 par l'IGAS montre que la gestion des placements des fédérations ARRCO (11,7 Mds€ en 2011) et AGIRC (5,2 Mds€ en 2011) étaient à plus de 80% déléguées à des organismes externes, essentiellement au moyen de fonds dédiés (voir **production n°2**, Rapport IGAS – Juin 2013 points 13 et 125). Cette structure d'investissement qui permet d'obtenir des rendements nets de toute imposition n'a pas changé depuis 2011.

On comprend ainsi que l'administration des impôts n'en ait pas donné d'évaluation à l'époque. Le rapporteur général au Sénat avait raison lorsqu'il concluait : « **la base imposable qui est désormais taxée au taux de 15 %. (...) demeurera, malgré tout, relativement étroite** » (rapport Marini cité au point **30** ci-dessus).

36. En conséquence, **l'imposition effective des dividendes perçus par les organismes de retraite** français à raison du placement des sommes représentatives de leurs fonds de réserve :

- D'une part, **est exclue** pour les régimes de retraite de base, voire aussi pour les régimes complémentaires à affiliation légalement obligatoire, et les fonds concourant à leur financement (points **33 à 35** ci-dessus) ;
- D'autre part, **présente un caractère résiduel, voire quasi-optionnel**, pour les autres régimes de retraite (point **36**).

Ce double caractère est conforme aux termes de l'ensemble des dispositions pertinentes de la loi et à l'intention du législateur de 2009, lequel a souhaité imposer les dividendes versés aux fonds de pension étrangers sans véritablement établir d'imposition équivalente à l'encontre des régimes de retraite français et des fonds qui concourent à leur financement.

Pour déterminer si l'imposition est « autre ou plus lourde », autrement dit pour apprécier la disparité de traitement fiscal au regard tant de l'article 24 de la convention fiscale franco-coréenne du 19 juin 1979 que de la liberté de circulation des capitaux protégée par le droit de l'Union européenne, **la comparaison doit s'effectuer en retenant l'imposition effective** applicable de façon obligatoire au plus grand nombre **et non pas une imposition théorique à caractère résiduel et à laquelle échappent, ou peuvent légalement échapper**, la plupart des agents économiques placés dans la même situation au regard du fait générateur de l'impôt.

En reprenant l'un des motifs essentiels de l'arrêt C-190/12 Emerging markets de la Cour de justice, on peut conclure :

« 60. (...) la législation fiscale nationale en cause au principal ne prévoit pas un tel traitement équivalent. En effet, alors que cette législation prévient (« ou, au cas présent, permet légalement d'éviter ») la double imposition économique des dividendes d'origine nationale perçus par des fonds d'investissement (au cas présent, « organismes de retraite et fonds concourant à leur financement ») résidents, (...), elle n'élimine pas, ni même n'atténue, la double imposition à laquelle un fonds d'investissement (ici « un fonds de retraite ») non-résident risque d'être soumis lorsqu'il perçoit de tels dividendes. »

37. Sur l'identité, ou la comparabilité objective, des situations respectives de la Caisse nationale des retraites de Corée et des organismes français de retraite, ou des fonds concourant en France au financement des retraites, au regard du fait générateur et de la charge effective de l'impôt, la décision n°415.526 du 24 janvier 2018, qui ne les a pas examinées (voir le point **28** ci-dessus), n'a pas modifié les termes de la discussion.

Les moyens du pourvoi conservent donc toute leur force et leur pertinence.

III.2. Sur la similitude, ou la comparabilité objective, du Fonds national de réserve des retraites coréen et des fonds commun de placement

38. Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat dans la décision n°415.526 du 24 janvier 2018, les dispositions du 2 de l'article 119 bis du CGI, même après la modification issue de la loi du 16 août 2012, « n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire à l'organisme requérant, qui est situé dans un Etat ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la

fraude et l'évasion fiscales, d'établir, s'il s'y croit fondé, qu'il présente des caractéristiques similaires aux organismes de placement collectif de droit français et, si tel est le cas, de bénéficier de l'exonération de retenue à la source qu'elles prévoient. » Ce rappel procède essentiellement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne précitée (CJUE 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC et autres, C-338/11 à C-347/11 et C-190/12 du 10 avril 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company). Il est pertinent en l'espèce actuelle où la Caisse nationale des retraites de Corée se propose de montrer que le Fonds national de réserves des retraites qu'elle gère présente les caractéristiques essentielles d'un fonds commun de placement.

Le Conseil d'Etat a ajouté : « *D'autre part, les organismes de placement collectif, intermédiaires financiers transparents sur le plan fiscal, ne sont pas placés, au regard de l'objet du texte, dans la même situation que les personnes physiques ou morales qui investissent en leur nom propre.* ». Cette formule est quelque peu contradictoire, voire contestable et contraire à l'analyse de la Cour de justice dans l'arrêt C-338/11 Santander Asset management précité (points 31 à 40), en ce qu'elle fait référence à une « transparence » sur le plan fiscal qui ne s'applique en France qu'en cas de répartition et non pas pendant la période d'accumulation, pertinente en l'espèce actuelle. Elle ne fait pas obstacle à la proposition qui la précède ni à la démonstration que le Fonds national de réserves des retraites de Corée présente les caractéristiques essentielles d'un fonds commun de placement lequel n'est, en droit français, assujetti ni à l'impôt sur le revenu ni à l'impôt sur les sociétés, à quelque taux que ce soit, à raison des dividendes qu'il perçoit.

39. En droit, sur la comparabilité objective des fonds d'investissement nationaux et des fonds de pays tiers, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé, dans son arrêt C-190/12 Emerging markets précité que : « *dans la mesure où la directive OPCVM ne s'applique pas aux fonds d'investissement établis dans des pays tiers, en raison du fait qu'ils se trouvent en dehors du champ d'application du droit de l'Union, exiger que ces derniers soient réglementés de manière identique par rapport aux fonds d'investissement résidents priverait la liberté de circulation des capitaux de tout effet utile* » (point 67).

Elle a précisé :

« *68. En tout état de cause (...) dans la mesure où le critère principal établi par la réglementation fiscale nationale en cause au principal est fondé sur le lieu de résidence du fonds d'investissement, en permettant seulement aux fonds d'investissement qui sont établis en Pologne de bénéficier de l'exonération fiscale, en ce qui concerne l'affaire au principal, une comparaison entre le cadre réglementaire régissant les fonds établis dans un pays tiers et le cadre réglementaire uniforme appliqué au sein de l'Union est dépourvue de pertinence en ce qu'elle ne relève pas de la réglementation applicable en cause dans cette affaire* ».

Ce motif est exactement transposable en l'espèce actuelle, qui porte sur les années 2010 à 2012, antérieures à la modification opérée par la 2ème loi de finances rectificative pour 2012 du 16 août 2012. Comme l'a relevé la Cour de justice au point 39 de son arrêt C- 338/11 Santander Asset management, le critère de distinction établi par la réglementation française alors en vigueur était également fondé sur le seul lieu de résidence de l'OPCVM.

En conséquence, comme dans l'affaire polonaise, une comparaison entre le cadre réglementaire régissant les fonds établis dans un pays tiers et le cadre réglementaire uniforme appliqué au sein de l'Union (à savoir la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985, refondue dans la directive 2009/65/CE toujours en vigueur, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (la « directive OPCVM »)) transposée en législations française et polonaise est dépourvue de pertinence.

Pour cette raison déjà, il suffit que le Fonds national de réserve des retraites coréen présente les caractéristiques d'un fonds d'investissement, ainsi que cela ressort des dispositions nationales rappelées aux points **6 et 7** ci-dessus, et qu'il soit géré par la Caisse nationale des retraites, placée sous le contrôle des autorités coréennes, pour bénéficier de l'exonération de retenue à la source sur les dividendes, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de finances rectificative du 16 août 2012 précitée.

40. Mais ce n'est pas tout. La Cour de justice a encore précisé, à propos de l'exonération de TVA applicable aux services de gestion des fonds communs de placement, les conditions dans lesquelles un fonds de pension ou un régime de retraite peuvent être assimilés à un fonds commun de placement (CJUE 7 mars 2013, C-424/11, *Wheels Common Investment Fund Trustees* et 13 mars 2014, C-464/12, *ATP Pension Service*).

Cette dernière décision a été rendue sur le cas de *PensionDanmark*, une caisse de retraite professionnelle danoise qui couvre un grand nombre de salariés dans un grand nombre d'entreprises et qui, comme d'autres caisses de retraite similaires, procède elle-même aux investissements des sommes versées aux régimes de retraite (points 25 à 30 de l'arrêt). La Cour a notamment recherché si, bien que ne relevant pas de la directive 85/611/CEE sur les organismes de placement collectif, certains fonds de retraite présentent des caractéristiques identiques à ces derniers ou présentent des traits comparables au point de se situer dans un rapport de concurrence avec eux (points 47 et 48).

La Cour a notamment relevé :

« ...il découle de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 85/611 que cette directive vise des organismes dont l'objet exclusif est le placement collectif, en valeurs mobilières et/ou dans certains autres actifs financiers liquides, des capitaux recueillis auprès du public, dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques, et dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de cet organisme.

*50. Il s'agit d'organismes dans lesquels de nombreux placements sont regroupés et répartis sur une série de valeurs mobilières qui peuvent être gérées efficacement afin d'optimiser les résultats, et dans lesquels les placements individuels peuvent être relativement modestes. Ces fonds gèrent leurs placements en leur propre nom et pour leur propre compte, tandis que chaque client investisseur détient une participation dans le fonds, mais non pas les placements du fonds eux-mêmes (arrêt *Deutsche Bank*, précité, point 33)*

51. Le critère essentiel d'un fonds commun de placement est la mise en commun des actifs de plusieurs bénéficiaires, permettant la répartition du risque supporté par ces bénéficiaires sur une gamme de titres. Selon les indications de la juridiction de renvoi, tel semble être le cas dans l'affaire au principal, dès lors que les deuxième et troisième piliers du régime de pensions de retraite danois sont financés par les bénéficiaires des pensions versées. Par ailleurs, (la juridiction de renvoi) précise, au point c) de sa première question, que les sommes en cause sont investies selon le principe de la répartition des risques et, au point a) de cette question, que le risque des investissements est supporté par les affiliés. »

La Cour en a conclu que peuvent relever de la notion de fonds commun de placement au sens de la disposition pertinente en matière de TVA « des caisses de retraite, telles que celles en cause au principal, lorsqu'elles sont financées par les bénéficiaires des pensions versées, que l'épargne est investie selon le principe de répartition des risques et que ce sont les affiliés qui supportent le risque des investissements. Il importe peu à cet égard que les cotisations soient versées par l'employeur, que leur montant résulte de conventions collectives entre les organisations patronales et syndicales, que les modalités financières de restitution de l'épargne soient diversifiées, que les contributions soient déductibles au titre des règles applicables aux impôts sur le revenu ou qu'il soit possible d'y adjoindre un élément accessoire d'assurance. » (point 1 du dispositif).

Cette analyse est applicable à un organisme tel que la Caisse nationale des retraites de Corée, financée par les cotisations des affiliés, y compris pour le régime de base ou 1er pilier, dont le Fonds de réserve est investi selon le principe de répartition des risques, en vue de procurer rendement et stabilité à long terme de manière à réduire les risques des investissements pour les affiliés, qui prendraient la forme d'augmentation du taux des cotisations futures et/ou de baisse du taux de remplacement des pensions à venir.

Les motifs essentiels de l'arrêt de la Cour de justice montrent que l'assimilation n'est pas motivée par des considérations particulières à la TVA mais par les caractéristiques structurelles et fonctionnelles communes aux organismes de placement collectif et aux organismes de retraite, pertinentes pour apprécier la comparabilité objective des situations au regard de la liberté de circulation des capitaux. Comme la pratique française d'organismes de retraite tels que l'ERAFP, l'arrêt C-464/12 ATP Pension service, montre que, pour la gestion des actifs de leurs fonds de réserve, ces organismes peuvent alternativement opter pour une gestion directe ou une délégation à un ou plusieurs organismes de placement collectif qui leur sont dédiés. Ces OPC exercent alors, comme les organismes de retraite eux-mêmes lorsqu'ils gèrent directement ces actifs, tout ou partie des fonctions de gestion des « réserves destinées à contribuer à la pérennité des régimes de retraite ». La similitude des fonctions assumées dans l'intérêt des usagers et à leurs risques impose la similitude de leur traitement pour l'application de la TVA comme la mise en œuvre de la liberté de circulation des capitaux en vue de la prévention de la double imposition économique des dividendes.

Si, en dépit de ce qui a été montré au point **40** ci-dessus, la comparaison entre le cadre réglementaire régissant les fonds établis dans un pays tiers et le cadre réglementaire uniforme appliqué au sein de l'Union (directive OPCVM), était pertinente avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 août 2012, la solution de

l'arrêt C-464/12 ATP Pension service serait donc transposable à l'exonération de retenue à la source sur les dividendes de source française perçus par les organismes de retraite étrangers, qu'ils soient établis dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers.

41. **En fait**, le Fonds national de réserve des retraites, géré par la Caisse nationale des retraites requérante, remplit les conditions essentielles de la qualification, ou de l'assimilation à, un organisme de placement collectif ou fonds commun de placement.

Le code monétaire et financier ne comporte pas de définition des OPC mais renvoie aux termes de la directive OPCVM 2009/65/CE, laquelle désigne « les organismes :

a) *dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières ou dans d'autres actifs financiers liquides visés à l'article 50, paragraphe 1, des capitaux recueillis auprès du public et dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques ; et*

b) *dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de ces organismes ».*

Au vu des caractéristiques rappelées aux points **6 et 7** ci-dessus, le Fonds national de réserve des retraites de Corée remplit les conditions énoncées au a) : son objet est le placement collectif, en valeurs mobilières ou autres actifs financiers liquides des capitaux recueillis auprès du public des affiliés au régime de retraite national coréen. En vue d'en assurer la sécurité et la stabilité financière, les directives du Comité de gestion du fonds prescrivent la répartition des risques et c'est une des raisons pour lesquelles le Fonds est investi sur les marchés internationaux dans une proportion croissante.

Si le Fonds n'est pas représenté par des parts susceptibles d'être directement ou individuellement rachetées par les affiliés, d'une part, la directive assimile au rachat des opérations à effet économique similaire pour les porteurs; d'autre part, la loi coréenne prévoit qu'il soit prélevé sur les actifs du Fonds en cas d'insuffisance des cotisations par rapport aux prestations de retraite à servir, de sorte que le risque des investissements est supporté par les affiliés, lesquels sont exposés, en cas de défaillance des investissements, à l'augmentation de leurs cotisations (en durée ou en taux) et à la diminution du taux de remplacement. Peu importe, au regard de la directive OPCVM, que le risque des investissements soit supporté collectivement par les affiliés.

Les fonctions assumées par le Fonds national des retraites de Corée sont donc identiques, ou objectivement comparables, à celles d'un OPC et, plus précisément d'un fonds commun de placement.

42. Il en va de même pour l'organisation et le contrôle.

La Caisse nationale des retraites de Corée est l'équivalent de la société de gestion : elle en a le rôle et les compétences. Créée et contrôlée par l'Etat coréen, ainsi qu'il est exposé aux points 3 à 5 ci-dessus, elle remplit les conditions d'agrément prévues par la directive OPCVM en ses articles 4 à 14 et par les dispositions équivalentes du code monétaire et financier qui l'ont transposée en France.

Comme également exposé plus haut, **la garde des actifs du Fonds national de réserve des retraites de Corée est confiée à un dépositaire distinct**, qui satisfait aux conditions de la directive OPCVM (articles 22 à 25) et de la loi française, puisqu'il s'agit de la Banque centrale de Corée.

Enfin, les comptes de la Caisse et du Fonds national des retraites sont contrôlés par des commissaires aux comptes et périodiquement publiés.

Conformément aux exigences de la Cour de justice dans son arrêt C-190/12 Emerging markets et du Conseil d'Etat dans sa décision n°388.850 DFA Investment trust company, toutes ces informations peuvent être effectivement vérifiées par les autorités françaises auprès des autorités coréennes, tant en application des conventions en vigueur entre les deux Etats (convention fiscale, accord de sécurité sociale, coopération entre les autorités de marchés financiers) qu'en raison de la pratique, entièrement conforme, de la Corée en matière d'échange international d'informations en matière fiscale.

43. En conclusion, l'identité ou la comparabilité objective du Fonds national des retraites de Corée et d'un organisme de placement collectif au regard de la gestion des actifs qui leur sont confiés, des produits qu'ils en perçoivent et du risque d'investissement qui en résulte pour la collectivité des affiliées est certaine. Elle ne saurait surprendre : à ce triple égard, les fonds de retraite ouverts à un large public – et spécialement les fonds relevant de la sécurité sociale qui comportent un élément de capitalisation – sont une catégorie d'organismes de placement collectif ouverts au grand public.

Leur vocation sociale d'intérêt général, universellement reconnue, justifie qu'ils soient au moins aussi bien protégés que la plupart des autres organismes de placement collectif, spécialement contre la double imposition économique des dividendes.

Pour ces raisons encore les impositions contestées sont indues, l'arrêt attaqué encourt la censure et la restitution sollicitée devrait être ordonnée.

* * *
* *
*

PAR CES MOTIFS,

et tous autres à produire, à déduire, ou à suppléer, au besoin d'office, l'établissement public coréen NATIONAL PENSION SERVICE persiste purement et simplement dans ses précédentes conclusions.

Productions :

- 1) Rapport CNAVPL sur orientations de politique de placement 2016
- 2) Extraits rapport IGAS Juin 2013

Jean-Jacques GATINEAU
*Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation*