

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE VERSAILLES

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES n°2

POUR :

« NATIONAL PENSION SERVICE », établissement public coréen dont le siège est à Jeollabuk-do (République de Corée du Sud), 180, Giji-ro, Deokjin-gu, Jeonju-si, Jeollabuk-do 54870, immatriculé au registre de Jeollabuk-do sous le numéro 000172/110171-00071134,

Ayant pour avocat,
Campbell, Philippart, Laigo & Associés
Selarl d'Avocats au Barreau de Paris
4, avenue Van Dyck – 75008 Paris
représentée par Maître Alain Philippart

CONTRE :

Monsieur le Ministre de l'Action et des Comptes Publics

A l'appui de la requête n° 16VE03906

Le 10 juillet 2018

Le nouveau mémoire en réplique présenté pour le ministre le 25 juin 2018 appelle les observations suivantes.

I - Sur le résumé de la législation coréenne pertinente et les dispositions, nationales et internationales, relatives à la sécurité sociale et son financement.

1. Le ministre ne conteste pas l'exposé de la législation coréenne relative au requérant et au fonds national de réserve des retraites qu'il gère, non plus que sur l'économie de ce fonds et leur 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.

Il ne conteste pas sérieusement que leur mission et leurs fonctions sont comparables 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 autres organismes qui participent, notamment par le placement financier de leurs réserves, au financement de la branche retraite de la sécurité sociale .

En France, cet aspect du financement de la branche retraite de la sécurité est analysé chaque année par le rapport annuel du Conseil d'orientation des retraites, dont l'édition 2015 relative à l'année 2013 correspondant à l'année d'imposition relatait notamment ce qui suit (pages 95 et 96) :

« De nombreux régimes de retraite ont accumulé des réserves afin de couvrir leurs besoins de trésorerie à court terme, de faire face à leurs besoins de financement ou de piloter leurs engagements à moyen-long terme. La date anticipée d'épuisement des réserves diffère en fonction de l'objectif d'utilisation de ces réserves. Elle est plus rapprochée pour l'AGIRC et l'ARRCO, par exemple, qui assurent actuellement l'équilibre annuel de leurs comptes grâce aux produits financiers de leurs placements et en puisant dans leurs réserves ; elle est éloignée de plusieurs décennies pour les régimes complémentaires des indépendants et des professions libérales, dont les excédents actuels viennent alimenter les réserves.

Les réserves accumulées par l'ensemble des régimes de retraite français de base et complémentaires financés en répartition (donc hors RAFP, Fonds de réserve pour les retraites et régime complémentaire des pharmaciens financé en partie en capitalisation) s'élèvent à 131 milliards d'euros en 2013, soit 6,2 % du PIB. Près d'un quart de ces fonds sont destinés à couvrir des besoins de trésorerie à court terme.

Certains régimes ne disposent d'aucune réserve financière. C'est le cas des régimes qui disposent de ressources venant, en dernier ressort, assurer leur équilibre financier, tels que le régime des fonctionnaires de l'État (à l'époque), ou de la CNAV dont les besoins de financement (avec ceux du FSV) sont repris chaque année et jusqu'en 2018 par la CADES.

Le Fonds de réserve pour les retraites (FRR), qui dispose de 36,1 milliards d'euros de réserves en 2013, concourt au financement de la CADES depuis le 1er janvier 2011 et finance ainsi partiellement la dette de la CNAV et du FSV ; ses versements annuels représentent 13 % des ressources de la CADES. Par ailleurs, le régime additionnel de la fonction publique (RAFP), de par sa nature de régime en capitalisation, constitue des réserves pour couvrir en totalité ses engagements de retraite. À la fin de l'année 2013, son actif financier est de l'ordre de 15,4 milliards d'euros – soit une couverture de 107 % de ses engagements, estimés à 14,4 milliards d'euros, lesquels augmentent rapidement du fait de la montée en charge des droits en cours de constitution.

Au total, les réserves constituées au sein du système de retraite représentent 8,9 % du PIB au 31 décembre 2013 : 6,2 % du PIB pour les régimes en répartition (dont 3,9 % du PIB pour les régimes complémentaires AGIRC et ARRCO), 1,7 % du PIB pour le FRR, 0,7 % du PIB pour le RAFP et 0,2 % du PIB pour les régimes en capitalisation de la CNAVPL.

Tableau 3.4 – Montants des réserves financières au sein du système de retraite au 31 décembre 2013 (mis en forme selon le tableau du rapport annuel de juin 2018)

| | En milliards d'euros |
|---------------------------------------|----------------------|
| CNAVPL | 0,5 |
| CNBF | 0,4 |
| RSI | 0,7 |
| Sous total « régimes de base » | 1,6 |

| | |
|--|--------------|
| <i>BDF</i> | 5,7 |
| <i>CNRACL</i> | 1,2 |
| <i>CRPCEN</i> | 0,4 |
| <i>Sous total « régimes intégrés »</i> | 7,3 |
| | |
| <i>AGIRC</i> | 17,1 |
| <i>ARRCO</i> | 64,9 |
| <i>IRCANTEC</i> | 6 |
| <i>MSA complémentaire</i> | 0,3 |
| <i>RSI complémentaire</i> | 14,4 |
| <i>CNAVPL complémentaire</i> | 23,2 (1) |
| <i>CNBF complémentaire</i> | 1,1 |
| <i>Sous total « régimes complémentaires »</i> | 127 |
| | |
| <i>RAFP</i> | 15,4 (1) |
| <i>FRR</i> | 36,1 (2) |
| <i>Total général</i> | 187,4 |

*Notes : (1) le RAFP et le régime complémentaire des pharmaciens (CAVP) fonctionnent par capitalisation. Les réserves de la CAVP représentent 5,3 milliards d'euros. (2) alors qu'il avait initialement pour objet de constituer des réserves jusqu'en 2020, puis de les utiliser progressivement pour financer une partie des retraites, le FRR concourt depuis le 1er janvier 2011 (et jusqu'en 2024) au financement de la CADES par un versement annuel de 2,1 milliards d'euros (à l'issue de cette période, le FRR conserverait un portefeuille résiduel)
Sources : documentations des régimes ».*

Aucun de ces organismes n'est effectivement imposable sur les produits de ses placements financiers, que ce soit en application d'une exonération expresse (Fonds de réserve pour les retraites) ou par l'effet de l'exonération des OPCVM de capitalisation auxquels ils confient la gestion de leurs placements (voir **pièces complémentaires n°9 et 10**¹) ou encore par la déduction fiscale des provisions pour engagements de retraite à servir.

2. Le ministre ne conteste pas davantage que le modèle français de fiscalité des fonds de retraite, y compris les plans d'épargne en vue de la retraite (PERCO et autres)

¹ Comme le montre le rapport de la CNAVPL sur sa politique de placements (voir **pièce complémentaire n°9**) 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 R623-10-4 du code de sécurité sociale.

De même, Le rapport de contrôle par l'IGAS montre que la gestion des placements des fédérations ARRCO (11,7 Mds€ en 2011) et AGIRC (5,2 Mds€ en 2011) était à plus de 80%, déléguée à des organismes externes, essentiellement au moyen de fonds dédiés non imposables (voir **pièce complémentaire n° 10**, 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.

comporte l'exonération – ou la quasi-exonération par la déduction fiscale des provisions techniques – des produits financiers et notamment des dividendes pendant la période d'accumulation.

3. Pour apprécier la similitude ou la comparabilité objective des situations au sens de la clause de non-discrimination (article 24§1) de la convention fiscale franco-coréenne du 19 juin 1979 et des exigences de la liberté de circulation des capitaux protégée par les dispositions combinées de l'article 63, paragraphe 1, et de l'article 65 TFUE, il y a donc lieu de retenir la similitude des fonctions exercées en matière de financement par le requérant et le fonds national de réserve des retraites qu'il gère et par les organismes français précités.

Pour apprécier la différence de traitement fiscal au regard de ces textes, il y a lieu de retenir l'imposition, ou plutôt l'absence d'imposition, effective des organismes précités et la retenue à la source litigieuse pratiquée à l'encontre du requérant.

Au sujet des dividendes reçus par des compagnies d'assurance ou des organismes de retraite, la Cour de justice de l'Union européenne 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*).

Le ministre n'est pas fondé à prétendre que certains des organismes français de retraite ou qui participent au financement des retraites seraient, en théorie, assujettis à l'IS au taux de 15% sur les revenus provenant de fonds communs de placement ou autres entités alors que cette imposition n'est pas effective en l'absence de répartition par les fonds communs de placement de capitalisation, lesquels sont hors du champ d'application de l'IS et non pas « fiscalement transparents ».

Ici encore, la jurisprudence de la Cour de justice est certaine (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).

4. C'est plus vainement encore que le ministre tire argument de ce que les stipulations de l'Accord de sécurité sociale entre la France et la Corée s'appliquent aux seuls travailleurs qui ont été soumis aux législations de sécurité sociale visées par ces conventions et à leurs ayants droits.

Les stipulations de l'Accord de sécurité sociale - et la coopération internationale que prévoient ces textes comme l'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme - s'appliquent nécessairement aussi aux Organismes mis en place par les législations de sécurité sociale en question pour percevoir les cotisations, servir les prestations et effectuer tous règlements financiers que ces législations prévoient, et notamment au National Pension

Service comme aux Organismes de sécurité sociale français, institutions compétentes pour la mise en œuvre de l'Accord franco-coréen de sécurité sociale.

Contrairement à la suggestion du ministre, qui a mal analysé la décision d'Assemblée *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)* qu'il cite :

« une stipulation (d'un traité international) doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ». (CE 11 avril 2012 n°322326). Tel est notamment le cas de « l'engagement d'appliquer aux travailleurs migrants un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui appliqué aux ressortissants nationaux en matière de droit au logement et d'accès aux procédures juridictionnelles permettant de faire valoir ce droit (qui) ne saurait être interprété comme se bornant à régir les relations entre Etats et (qui), ne requérant l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets, se suffit à lui-même ; que, par suite, les stipulations précitées peuvent utilement être invoquées à l'encontre du décret attaqué » (décision précitée).

En l'espèce actuelle, tel est également le cas de l'article 18 de l'Accord franco-coréen de sécurité sociale, dont bénéficient tant les affiliés que le National Pension Service, institution compétente pour la mise en œuvre de l'Accord.

Aucune des objections du ministre ne peut être retenue.

II – Sur l'exonération des fondations d'utilité publique

5. Le ministre voudrait poser en principe qu'une caisse de retraite ne saurait être une fondation. Comme le montrent l'expérience française et les exemples étrangers, c'est évidemment faux.

En premier lieu, à une époque où la Sécurité sociale n'existait pas encore, des initiatives locales d'aide aux pasteurs en fin d'activité à cause de leur âge ou d'incapacité physique avaient été mises en place avec succès, à Strasbourg notamment dès le milieu des années 1850. La caisse de retraite pour les pasteurs des Eglises réformées de France a été constituée sous forme de *Fondation pour les ministres des églises protestantes de France*, reconnue d'utilité publique par un décret impérial du 26 décembre 1863 toujours en vigueur, même si ses fonctions de caisse de retraite ont été pour partie absorbées par le régime général de la sécurité sociale et pour le surplus reprises par une caisse complémentaire de retraite en 1950. Mais pendant près d'un siècle, le service des retraites a été assumé par une fondation reconnue d'utilité publiques (www.fondation-ministres-protestants.fr).

En second lieu la décision du Conseil d'Etat *Stichting Unilever Pensioenfonds Progress et autres* du 13 février 2009 (n° 298108, publiée au recueil Lebon, RJF 5/09 n° 525, concl. E. Geffray BDCF 5/09 n° 66) montre qu'à l'étranger des fonds de retraite peuvent être organisés sous forme de fondation (« *stichting* »).

6. Contrairement à ce que soutient encore le ministre, la perception de cotisations n'exclut nullement l'application du régime des fondations d'utilité publique.

Selon les termes de la décision du Conseil d'Etat *Fondation Jean et Lily Delaby*, il faut, mais il suffit « *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* ». Tel est le cas en l'espèce actuelle.

La décision du Conseil d'Etat n'exige notamment pas que les revenus du patrimoine constituent pour la fondation la source principale de financement de ses activités.

Cette objection du ministre ne vaut pas mieux que les précédentes.

III – Sur l'assimilation à un organisme de placement collectif

7. Sur les critères d'assimilation d'une caisse de retraite à un fonds commun de placement le ministre ne semble pas avoir lu l'arrêt de la CJUE C-464/12 *ATP Pension service*, cité par le requérant, qui énonce expressément qu'une caisse de retraite couvrant un large public de salariés et d'entreprises peut présenter les caractéristiques requises.

Tel est le cas en l'espèce actuelle.

Vainement le ministre cite-t-il un autre arrêt que concerne le fonds de pension créé par une seule entreprise, laquelle était engagée envers ses salariés, de sorte qu'ils ne courraient pas le risque des investissements. Tel n'est pas le cas en l'espèce actuelle, ou les affiliés au régime de retraite coréen courent les risques des investissements du Fonds national de réserve des retraites, dont la défaillance ou la moindre performance les exposerait, comme le prévoit la loi coréenne sur les retraites, à un moindre taux de remplacement de leurs revenus ou à une augmentation des taux ou de la durée des cotisations.

8. Peu importe à cet égard que le requérant et le Fonds national de réserve des retraites ne soit pas réglementé en tant qu'organisme de placement collectif selon la loi coréenne.

D'une part, l'exigence n'est pas requise par la loi française ni par la jurisprudence de la CJUE.

D'autre part, comme précédemment montré, le requérant et le Fonds national de réserve des retraites sont soumis à une législation et des contrôles appropriés à leur situation et qui sont comparables à ceux dont peuvent faire l'objet des OPCVM, voire plus rigoureux² en raison de l'importance des sommes investies et de leur destination sociale d'intérêt nationale.

² Voir en ce sens articles 103 et 104 de la loi coréenne n°3902 du 31 décembre 1986

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.

Alain PHILIPPART



Productions :

PJ9_Rapport CNAVPL sur les orientations de la politique de placements 2016
PJ10_Extraits rapport IGAS Juin 2013