

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE VERSAILLES
2 Esplanade Grand Siècle
78011 VERSAILLES CEDEX

**A Madame ou Monsieur le Président et
les Conseillers de la Cour Administrative
d'Appel de Versailles**

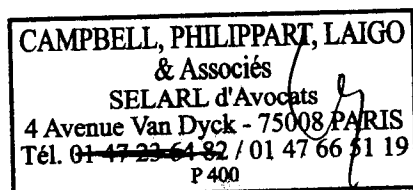
OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES N°3

A l'appui de la requête n° 16VE03906
Retenue à la source 2013

POUR:

La Caisse nationale des retraites de la République de Corée, également dénommée 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 :

MINISTÈRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS,
agissant par la DINR (anciennement DRESG)
10, rue du Centre – TSA 90009
93465 Noisy-le-Grand Cedex

1. A la suite de la décision, rendue par le Conseil d'Etat le 3 octobre 2018 (n°412.998), de non-admission du pourvoi dirigé contre le précédent arrêt de cette cour du 1^{er} juin 2017 (n°15VE01382) portant sur les impositions des années 2010 à 2012, la Caisse nationale des retraites de Corée, requérante, maintient les moyens précédemment exposés à l'appui de la présente requête dans toute la mesure où ils ne sont affectés ni par les motifs de ce précédent

arrêt ni par la décision de refus de transmission d'une QPC rendue par le Conseil d'Etat le 24 janvier 2018 (*Dr. Fiscal* 2018 n°42-43 comm. 428 concl. Bokdam-Tognetti), ni par la récente décision de non-admission.

2. La requérante se permet d'attirer l'attention de la cour sur le récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (C-480/16 du 21 juin 2018 *Fidelity funds*) qui retient - comme l'avait fait le précédent *Groupe Steria SCA* (C-386/14 du 2 septembre 2015) sur une question de cette cour relative à des dividendes entrants - qu'un traitement fiscal différencié contraire à la liberté de circulation des capitaux peut résulter de ce qu'en dépit d'un régime de droit commun généralement égalitaire, les dividendes en provenance ou à destination de l'étranger sont soumis à un régime moins favorables que les dividendes nationaux lorsque la loi nationale réserve aux seuls contribuables nationaux « *la possibilité d'obtenir l'exonération* » de l'impôt de droit commun sur les dividendes nationaux ou de l'acquitter sur une base réduite. **Une telle possibilité légale constitue, à elle seule, un avantage fiscal dont l'application différenciée aux flux transfrontaliers est prohibée.**

Comme en l'espèce actuelle, l'arrêt *Fidelity funds* concerne la retenue à la source sur les dividendes sortants, distribués par une société nationale à des organismes non-résidents tandis que les organismes résidents ont seuls la possibilité, sous certaines conditions, d'obtenir une exonération du même impôt normalement exigible dans les conditions de droit commun (points 41 à 45 de l'arrêt). Les organismes en cause étaient des organismes de placement collectif mais le raisonnement paraît transposable aux organismes de retraite. La CJUE a jugé qu'il en résultait un traitement différencié non justifié par une différence de situation pertinente (points 49 à 63) ni par une raison impérieuse d'intérêt général (points 64 à 87).

De même, dans ses conclusions sur l'affaire C-575/17 *Sofina, Rebelco et Sidro c/Ministre de l'action et des comptes publics*, concernant la retenue à la source sur le montant brut des dividendes sortants versés à des sociétés non-résidentes et l'imposition différente, fondée sur le résultat net, après imputation de déficits, des dividendes versés à des sociétés résidentes, l'avocat général a présenté ses conclusions le 7 août 2018. Il y énonce notamment que « *même s'il n'y a pas formellement d'exonération des dividendes versés à des sociétés résidentes déficitaires, l'imposition des dividendes qui leur sont versés n'interviendra qu'éventuellement, en tout cas plus tard et peut-être jamais, puisque la société résidente qui reçoit ces dividendes pourrait ne jamais devenir bénéficiaire, voire même cesser son activité* » (point 34), ce qui constitue une différence de traitement non justifiée par une différence de situation pertinente (points 36 à 39 et 53 à 55) ni par les autres moyens invoqués par le ministre comme raison d'intérêt général (points 56 à 69).

3. En l'espèce actuelle qui concerne aussi l'imposition de dividendes sortants, la requérante présente des moyens similaires, rappelés aux points 17, 18, 22, et 23, 35 et 36 des Observations complémentaires n°1. Dans le cadre de la QPC, ces moyens ont paru inopérants car ne s'adressant pas à l'article 119 bis du CGI lui-même (point 8 dernier alinéa et point 11 des conclusions Bokdam-Tognetti précitées). Avant l'arrêt *Fidelity funds* du 21 juin 2018, ces moyens n'avaient pas été analysés comme tels ni par la cour dans son précédent arrêt du 1^{er} juin 2017, ni par le Conseil d'Etat dans le cadre de la procédure d'admission du pourvoi en cassation, de sorte que la requérante est conduite à les préciser, voire les reformuler pour inviter la cour à les considérer, tant au regard du droit de l'Union européenne et de la clause de non-discrimination de la convention fiscale franco-coréenne.

A la lumière de ces décisions et conclusions, les moyens maintenus par la requérante appellent les précisions suivantes.

I - Sur la différence de traitement fiscal entre les organismes dont l'objet est de servir des pensions de retraite selon qu'ils sont établis en France ou hors de France

4. Si les uns et les autres sont assujettis à l'impôt en France à raison des dividendes distribués par des sociétés françaises, la seule circonstance que seuls les organismes situés en France aient la possibilité d'éviter légalement l'imposition en confiant la détention et la gestion de leurs actifs à des fonds communs de placement, dédiés ou non, qui ne distribuent pas mais réinvestissent les dividendes et autres revenus de placement, constitue la différence de traitement fiscal, entraînant une imposition autre ou plus lourde des organismes étrangers, prohibée tant par le droit de l'Union européenne que par la convention fiscale franco-coréenne.

En effet, en dépit de la « transparence fiscale » de ces organismes, le fait générateur de l'impôt est, aux termes de l'article 137 bis du CGI, reporté à la distribution des produits de placement aux porteurs de parts, de sorte qu'il peut être indéfiniment reporté, à la différence du fait générateur de la retenue à la source sur les dividendes.

Si, dans la généralité des cas, les produits perçus et réinvestis par les organismes de placement collectif sont imposés aux noms des personnes morales porteuses de parts assujetties à l'impôt sur les sociétés en application de l'article 209-0 A du code général des impôts,

- D'une part, ce texte ne s'applique pas aux organismes sans but lucratif soumis à l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues au 5 de l'article 206 du même code (BOI-IS-BASE-10-20-10-20120912 : § 60 déjà cité) ;
- D'autre part, le quatrième alinéa ce texte énonce qu'il ne s'applique pas non plus aux parts ou actions d'OPC détenues par les entreprises exerçant majoritairement leur activité dans le secteur de l'assurance sur la vie ou de la capitalisation (y compris, par conséquent, en matière de retraites), ainsi que les fonds, mutuelles et autres institutions de retraite professionnelle supplémentaire créés par l'ordonnance du 6 avril 2017.

Vainement objectera-t-on que les produits ainsi accumulés seraient imposables comme plus-values de cession lors du rachat des parts d'OPC :

- D'une part, les organismes sans but lucratif soumis à l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues au 5 de l'article 206 du CGI ne sont pas imposables sur les plus-values ;
- D'autre part, pour les entreprises d'assurances, les mutuelles et autres institutions de retraite ou de prévoyance, les plus-values réalisées (comme les dividendes effectivement perçus) ont pour contrepartie les provisions techniques et la participation aux bénéfices des assurés et autres affiliés, lesquelles sont déductibles de la valeur ajoutée de ces institutions en application du (b) du VI de l'article 1586 *sexies* du CGI et du bénéfice imposable en application du droit commun de l'article 39 du même code, de sorte que la base nette taxable est nulle ou très réduite. A ce titre, l'imposition des organismes non-résidents similaires à la retenue à la source sur le montant brut des dividendes est discriminatoire, ainsi qu'en a jugé la Cour de justice dans son arrêt C- 342/10 *Commission c/Finlande* du 8 novembre 2012 déjà cité.

Plus radicalement encore, les organismes qui gèrent les plans d'épargne pour la retraite collectifs (PERCO) ne sont pas soumis à l'impôt sur les produits et plus-values que procurent les placements effectués et qui sont réemployés dans ces plans, ainsi que les crédits d'impôt, lesquels sont remboursés par l'Etat. Ces produits sont définitivement exonérés à l'expiration de la période d'indisponibilité (II de l'article 163 bis B du CGI).

5. A l'opposé, l'administration considère que l'interposition d'une « entité juridique », tel qu'un FCP, pour éviter ou retarder l'imposition à la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI par un investisseur non-résident constituerait un abus.

Dans sa « carte des pratiques et montages abusifs » mise en ligne en avril 2015, l'administration a notamment visé la « non-application de retenue à la source sur dividendes » en indiquant : « Afin de bénéficier de l'exonération de retenue à la source, une ou plusieurs entités juridiques sont interposées entre la société distributrice et un contribuable qui n'est pas résident d'un Etat membre de l'Union Européenne.

L'interposition de ces entités juridiques, qui sont dépourvues de substance, a pour principal objet de bénéficier d'une exonération de retenue à la source. (...)

« S'il s'avère que l'interposition de structures a pour objet de ne pas appliquer la retenue à la source, l'Administration procède au rappel de la retenue qui aurait dû être appliquée. Ce rappel peut être assorti de pénalités de 40 ou 80 % en cas de manquements délibérés ou de manœuvres frauduleuses.

Les personnes qui ont réalisé de telles opérations peuvent prendre contact avec l'administration fiscale pour régulariser leur situation .»

Concrètement, dès avant cette mise en garde publique, les investisseurs étrangers, comme les gérants et dépositaires de FCP français s'étaient abstenus de constituer des FCP dédiés aux premiers pour détenir des actions françaises, contrairement à la pratique courante au bénéfice des organismes français sans but lucratif ou des compagnies d'assurances et mutuelles françaises.

6. **La différence de traitement fiscal découlant de la faculté offerte aux organismes nationaux est donc certaine, sans** qu'il appartienne au juge d'exiger de l'investisseur étranger **la preuve que les organismes de retraite français échappent effectivement à l'impôt** sur les dividendes produits par le placement de leurs réserves.

Au demeurant, la requérante a montré dans ses observations n°2 que, même dans le système de retraite français essentiellement fondé sur la répartition, les réserves, essentielles à son bon fonctionnement et à sa pérennité, sont importantes (environ 187 milliards d'euros en 2013). Ce fait, constaté par la Commission des comptes de la sécurité sociale et par le Conseil d'orientation des retraites dans leurs rapports annuels successifs, n'est pas contesté par le ministre.

Si la CNAV et le Fonds de solidarité vieillesse n'ont pas de réserves ni d'actifs ou de produits de placement correspondants, c'est que les montants des pensions de retraites versées par ces organismes ont excédé les cotisations et autres recettes de sorte qu'ils ont accumulé des déficits et ont une situation nette négative. Aux termes de la loi de financement de la sécurité sociale n°2010-1594 du 20 décembre 2010, les déficits de 2011 à 2018 ont été transférés à la CADES, et partiellement financés, chaque année de 2011 à 2024, par des versements annuels du Fonds de réserve pour les retraites, lequel est expressément exonéré d'impôt sur les produits de ses placements, ainsi qu'on le rappellera plus loin.

La requérante a également montré, sans être sérieusement contredite sur ce point que, conformément aux normes financières de gestion des organismes de retraite, dont certaines sont fixées par décret en conformité d'une directive européenne, les actifs correspondants sont généralement investis, et pour des proportions très importantes, dans des organismes de placement collectifs. Comme le montrent leurs comptes accessibles au public et contrôlés par les pouvoirs publics, la plupart de ces organismes, notamment les principaux d'entre eux comme l'ARRCO-AGIRC, la CNAVPL, le régime complémentaire des indépendants (RCI), Erafp, IRCANTEC, la Caisse de réserve des -employés de la Banque de France etc. n'acquittent pas d'impôt sur leurs produits financiers, ou, s'agissant de certains régimes spéciaux, pour des montants sans commune mesure avec l'application d'un taux de 15% aux montants bruts de leurs produits financiers.

Ces éléments de preuve, incontestés ou non sérieusement contestés, rendent plus que vraisemblable l'usage effectif par les organismes de retraite établis en France de la faculté que leur offrent la loi et la réglementation françaises d'échapper effectivement à l'impôt sur les produits du placement de leurs réserves, et notamment les dividendes distribués par les sociétés françaises, à la différence des organismes de retraite étrangers tels que la requérante.

Comme dit ci-dessus, **la seule existence de la faculté légale pour les seuls résidents d'échapper à l'impôt ou d'en réduire sensiblement l'assiette suffit pour établir la différence de traitement fiscal prohibée** (CJCE C-386/14 *Groupe Steria SCA* 2 septembre 2015 ; C-480/16 *Fidelity funds* 21 juin 2018 et conclusions Wathelet sur C-575/17 *Sofina, Rebelco et Sidro c/Ministre de l'action et des comptes publics*). Point n'est besoin d'établir l'exonération effective.

La différence de traitement fiscal des organismes de retraite selon qu'ils sont résidents ou non-résidents, alors que ces derniers sont placés objectivement dans une situation identique ou objectivement comparable au regard de l'imposition des dividendes distribués par les sociétés françaises, paraît confirmée.

7. A supposer qu'elle ait un doute sur la différence de traitement fiscal entre les organismes de retraite, la cour devrait interroger la Cour de justice de l'Union européenne au moyen de questions préjudicielles dont le libellé pourrait s'inspirer des suggestions faites au point 18. ci- après.

II – Sur la comparabilité objective de la requérante et du Fonds de réserve pour les retraites français.

8. Dans son précédent arrêt du 1^{er} juin 2017, la cour s'est fondée sur la considération essentielle que les sommes affectées au Fonds de réserve pour les retraites avaient, à l'origine, été mises en réserve jusqu'en 2020 et que ce fonds ferait partie des fonds de dotation dont les statuts ne prévoient pas la possibilité de consommer leur dotation en capital.

Ces propositions n'ont plus cours depuis la loi de financement de la sécurité sociale n°2010-1594 du 20 décembre 2010, laquelle, comme indiqué au point 6., a mis le Fonds de réserve pour les retraites à contribution pour financer indirectement les déficits, c'est à dire une partie des pensions servies, par la CNAV et le Fonds de solidarité vieillesse de 2011 à 2018 (dernier alinéa du I de l'article L135-6 du code de la sécurité sociale).

Désormais, et comme le confirment les rapports annuels de la Commission des comptes de la sécurité sociale et du Conseil d'orientation des retraites, le Fonds de réserve pour les retraites contribue, notamment par ses produits de placements expressément exonérés d'impôt sur les sociétés, au financement des prestations de retraite, ou du moins du déficit du régime de retraite de base.

Cette fonction est similaire voire identique à celle du Fonds national de réserve des retraites de Corée, ou *National pension fund*, géré par la requérante ainsi qu'il est montré aux points 6. et 7. des observations n°2, avec les citations de la loi coréenne et de son décret d'application, dont la traduction intégrale en anglais a été versée aux débats.

Au regard de cette similitude ou identité de fonctions, peu importent les différences relativement modérées d'organisation entre le fonds national de réserve français et le fonds national de réserve coréen qui sont, dès lors dans une situation objectivement identique ou comparable.

Au demeurant, il résulte de l'article L135-6 du code de la sécurité sociale précité que le Fonds de réserve pour les retraites n'est pas un fonds de dotation (personne morale de droit privé appelé à recevoir des biens de toute nature à titre gratuit et irrévocable) mais un établissement public ayant pour mission principale de gérer des sommes dans des buts déterminés par la loi, notamment contribuer à la pérennité des régimes de retraite, comme le *National pension fund* coréen. A la différence de l'article 140 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie concernant les fonds de dotation, aucun texte, statutaire ou autre, notamment pas le II de l'article 135-6 précité n'exclut la possibilité pour le Fonds de réserve pour les retraites de consommer sa dotation en capital ni ne lui permet d'utiliser que les revenus de celle-ci. Les comptes annuels du FRR montrent d'ailleurs que les versements annuels de 2,1 milliards d'euros à la CADES excèdent son résultat de l'exercice et, en cumulé, le montant de la création de valeur par le FRR depuis sa création.

9. La distinction entre les organismes dont l'objet est de servir des pensions de retraite et le Fonds de réserve pour les retraites qui n'en sert pas ne paraît pas pertinente pour l'application du droit de l'Union européenne et de la convention fiscale franco-coréenne.

Pour apprécier la similitude ou la comparabilité objective des situations, il est de jurisprudence constante depuis les arrêts *Royal* de la Cour de cassation de 1990, et *Pinacothèque d'Athènes* du Conseil d'Etat en 2010, relatifs aux conventions fiscales bilatérales, et les nombreuses décisions de la CJUE sur les grandes libertés européennes, qu'il y a lieu d'effectuer la comparaison au regard du fait générateur de l'impôt ou de l'objet de la disposition fiscale en question, à savoir en l'espèce actuelle l'imposition des dividendes distribués par des sociétés françaises.

La distinction entre les organismes dont l'objet est de servir des pensions de retraite et les fonds nationaux qui n'en servent pas mais contribuent ou ont vocation à contribuer au financement des déficits de la branche retraite de la sécurité sociale concerne l'emploi, direct ou indirect selon le cas, des ressources de ces organismes, y compris les dividendes perçus, au financement des pensions de retraite. Elle ne concerne pas le fait générateur de l'impôt (à savoir le paiement de dividendes) ni l'objet des dispositions fiscales en question, exclusivement relatives à l'imposition des dividendes distribués par les sociétés françaises.

Au regard du droit de l'Union européenne et de la convention fiscale, la similitude ou la comparabilité objective des situations paraît confirmée.

10. Le ministre soutient alors que la mise à contribution du Fonds de réserve pour les retraites au déficit de la branche retraite du régime français de sécurité sociale répond à un motif d'intérêt général national. Ce n'est pas contesté mais, d'une part il n'en résulte pas une différence objective de situation au sens de la jurisprudence et, d'autre part, un tel objectif ne paraît pas une justification pertinente de la différence de traitement fiscal des dividendes respectivement perçus par le fonds national français et le fonds national coréen.

En premier lieu, comme rappelé aux points **10.** et **11.** des observations n°2, la vocation universelle de la sécurité sociale et la coopération internationale qu'impliquent tant l'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme que les dispositions précises de l'Accord de sécurité sociale entre la France et la Corée, spécialement la totalisation des périodes d'assurance, d'immatriculation et d'emploi, excluent une discrimination en fonction de la nationalité des régimes de sécurité sociale français et coréen.

En deuxième lieu, rien n'indique qu'un motif d'intérêt général national, pertinent au regard de la Constitution, soit une « raison impérieuse d'intérêt général » de nature à justifier une différence de traitement au regard du droit de l'Union européenne. Aucun arrêt de la Cour de justice ne paraît avoir retenu que la nécessité de financer le déficit du régime de base national de la sécurité sociale fut une justification admissible pour un traitement fiscal différencié entre résidents et non-résidents placés dans une même situation objective.

En troisième lieu, et plus grave encore, à supposer la justification admissible, la Cour de justice estime qu'il faut encore que la mesure différenciée soit appropriée pour atteindre l'objectif. Au cas présent on ne voit pas :

- en quoi l'exonération permanente dont bénéficie le Fonds de réserve pour les retraites à raison des produits de ses placements, c'est-à-dire ses recettes, serait appropriée à l'emploi temporaire de ses ressources au comblement du déficit de la branche retraite de la sécurité sociale pour les années 2011 à 2018 ;
- ni surtout en quoi le déficit français actuel serait nature à justifier une différence de traitement avec le régime coréen dont la démographie et le niveau des cotisations sont tels que la période d'utilisation prévisible du *National pension fund* est plus tardive.

En quatrième lieu, s'agissant de la non-discrimination prévue par l'article 24 de la convention fiscale franco-coréenne,

- d'une part, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que l'établissement public étranger exerce sa mission d'intérêt général en France ou dans l'autre Etat contractant (voir la décision *Pinacothèque d'Athènes* précitée et aussi, implicitement, la décision *Fondation Jean et Lily Delaby*, déjà citée également pour une fondation suisse, qui ne retient pas davantage le critère de territorialité de l'activité exercée),
- d'autre part, l'imposition autre ou plus lourde prohibée par le texte ne peut pas être justifiée par une quelconque « raison impérieuse d'intérêt général », à la différence de la solution qui prévaut en droit de l'Union européenne.

11. Ici encore, à supposer que la cour ait encore un doute sur la similitude de situation, lui appartiendrait d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne au moyen de questions préjudicielles dont le libellé pourrait s'inspirer des suggestions faites au point **18.** ci-après.

III - Sur la différence de traitement fiscal au regard des exonérations prévues par le premier alinéa du 5 de l'article 206 du CGI et la jurisprudence *CIIL* et *CARPA de Lyon et de l'Ardèche* du Conseil d'Etat

12. Dans sa décision n°415.526 sur la QPC, le Conseil d'Etat a considéré qu'au regard des principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques, la requérante n'est pas dans la même situation que les établissements publics d'assistance exonérés par application du premier alinéa du 5 de l'article 206 du CGI en raison des missions d'assistance qu'ils remplissent en France dans le secteur social et médico-social.

Si le critère de territorialité de l'activité exercée est pertinent au regard de ces principes constitutionnels, il ne l'est pas au regard du droit de l'Union européenne ni des clauses de non-discrimination des conventions fiscales bilatérales (décisions *Pinacothèque d'Athènes* et *Fondation Jean et Lily Delaby* précitées).

Si la notion d'établissement d'assistance au sens du texte législatif, seul susceptible de QPC, a été ainsi précisée par le Conseil d'Etat pour être limitée aux prestations d'assistance dans le secteur social et médico-social – de sorte qu'elle n'aurait normalement pas vocation à s'appliquer aux organismes de sécurité sociale et notamment pas à ceux dont l'objet est de servir des prestations de retraite – il n'en reste pas moins que la doctrine administrative, citée dans les précédentes écritures de la requérante, inclut formellement - vraisemblablement dans l'esprit du législateur de 1941 qui est à l'origine du texte, revu dans le contexte de la Libération et de l'établissement de la sécurité sociale - la CNAV et l'ACOSS dans la notion. Cette doctrine serait ainsi opposable par ces organismes nationaux sur le fondement de l'article L80 A du LPF s'ils étaient recherchés en paiement de l'impôt sur les sociétés au taux de 15% sur les dividendes qu'ils perçoivent ou viendraient à percevoir.

L'avantage fiscal résultant de l'existence, voire de l'opposabilité, de la doctrine administrative publiée est réservé aux seuls établissements nationaux de sécurité sociale que cette doctrine vise alors que les organismes de sécurité sociale non-résidents, placés dans une situation comparable, ne pourraient pas en bénéficier. Il y a là une différence de traitement fiscal injustifiée par une différence de situation objective, ni par une raison impérieuse d'intérêt général.

La Cour de justice a jugé de longue date qu'une discrimination prohibée par les libertés fondamentales de l'Union européenne peut résulter de simples pratiques administratives, telle que des instructions et circulaires, quelle qu'en soit la validité au regard de la loi nationale, comme c'est le cas en l'espèce actuelle. Au demeurant, la question de la légalité interne d'une pratique administrative nationale est une question de droit interne qui ne peut pas faire obstacle à la primauté du droit de l'Union européenne et qui est en conséquence inopérante. La sanction s'impose du seul fait de l'existence établie de la pratique administrative en question. En droit de l'union européenne, cette sanction n'est pas et ne peut pas être l'annulation de la pratique litigieuse mais est nécessairement l'extension au non-résident de la solution favorable dont bénéficient les résidents placés dans une situation objectivement comparable. La jurisprudence de la CJUE est certaine et constante en ce sens.

Pour cette raison, il y aurait donc lieu soit d'étendre le bénéfice de cette doctrine administrative, c'est à dire de l'exonération qu'elle prévoit en faveur de la CNAV et de

l'ACOSS, à la requérante, et par suite de faire droit à sa requête, soit d'interroger à titre préjudiciel la CJUE sur la question.

13. Pour des raisons déjà exposées - qui n'ont pas été examinées ni écartées par la cour ou le Conseil d'Etat lors des contentieux précédents et qui ne sont pas sérieusement contestées par le ministre - la requérante peut et doit être considérée comme une **fondation reconnue d'utilité publique**, visée au premier alinéa du 5 de l'article 206 du CGI, qui aurait ainsi vocation à être exonérée d'impôt sur les sociétés à raison des revenus patrimoniaux visés au deuxième alinéa du même texte, et notamment des dividendes perçus, si elle était établie en France.

A ce titre encore, il y aurait donc lieu soit d'étendre le bénéfice de cette exonération à la requérante pour la décharger de retenue à la source et faire droit à sa requête, soit d'interroger à titre préjudiciel la CJUE sur la question.

14. Non expressément prévue par le premier alinéa du 5 de l'article 206 du CGI, l'exonération résultant de la jurisprudence *CIIL* et *CARPA de Lyon et de l'Ardèche* du Conseil d'Etat est d'autant plus certaine qu'elle résulte d'une décision de Section du contentieux et d'une décision de plénière fiscale, toutes deux publiées au recueil Lebon avec une analyse similaire qui n'a jamais été démentie. Conformément aux usages du Conseil d'Etat, elle ne pourrait être abandonnée que par une formation au moins équivalente, ce qui n'a pas été le cas des formations qui se sont prononcées sur la QPC ou l'admission du pourvoi présentés par la requérante. Ni l'une ni l'autre de ces décisions n'en dit rien, alors que, dans ses conclusions sur la première, Madame Bokdam-Tognetti avait rappelé cette jurisprudence.

Ainsi qu'elle l'a relevé au point 10 de ses conclusions, cette exonération est fondée sur la considération que les produits de placement de la CARPA ne procèdent pas d'une activité patrimoniale mais sont inhérents à la réalisation de leur objet social de conservation des fonds reçus par les avocats pour le compte de leurs clients avant qu'ils ne soient reversés à leurs bénéficiaires et obligatoirement réinvestis dans d'autres missions d'intérêt général ou collectif dans le cadre d'un dispositif fermé voulu par le législateur. Cette analyse est trait pour trait applicable à la requérante, voire de plus fort puisqu'il y a un **lien direct entre l'objet social de conservation des fonds provenant de l'excédent des cotisations de retraite perçues et le reversement de ces excédents augmentés des produits financiers de leur placement lors de l'insuffisance des recettes du même régime de sécurité sociale.**

Peu importe que, par les décisions *Stichting Unilever Pensioenfond*, *Zahnärztekammer* et *Santander pensiones*, le Conseil d'Etat n'ait pas expressément réservé l'effet de sa jurisprudence *CIIL* et *CARPA de Lyon et de l'Ardèche*. D'une part, ainsi que l'a relevé la rapporteure publique devant le Conseil d'Etat, la question n'était posée dans aucune de ces affaires. D'autre part, aucune des formations dans lesquelles ces décisions ont été rendues n'avait l'autorité requise par la pratique du Conseil d'Etat pour revenir ou atténuer la portée de décisions de Section ou de plénière fiscale.

Au même point 10 de ses conclusions, Madame Bokdam-Tognetti a encore rappelé que la modification législative résultant de l'article 34 de la loi n°2009-1674 de finances du 30 décembre 2009 est intervenue « *sans que soit jamais évoquée l'exception jurisprudentielle dégagée sous l'empire du texte précédent* ». Il est difficile d'en déduire que le nouveau texte l'aurait écartée pour les organismes de retraite, alors que la loi n'en dit pas davantage, pas

plus que, faute d'étude d'impact, les travaux préparatoires n'ont envisagé l'imposition des organismes de retraite français sur le produit du placement de leurs réserves.

Qu'en conclure ? sinon que le lien direct entre l'objet social de conservation des sommes provenant des excédents de cotisations jusqu'à l'emploi des sommes conservées, augmentées du produit de leur placement, à un objectif d'intérêt général défini par les pouvoirs publics, tel que la couverture des déficits techniques anticipés du même régime de sécurité sociale, demeure au cœur de la jurisprudence *CIL* et *CARPA de Lyon et de l'Ardèche* du Conseil d'Etat.

La seule question qui subsiste est alors celle du traitement fiscal approprié :

- soit, par mesure de simplification, l'exonération retenue par cette jurisprudence, laquelle aurait vocation à être maintenue, y compris au bénéfice des organismes de retraite sans but lucratif des premiers et deuxième piliers et comme le prévoit la loi sur le PERCO,
- soit la déduction corrélative des provisions techniques et autres participations au bénéfice des assurés et affiliés, comme pour les autres organismes du troisième pilier, sans distinguer suivant leur but lucratif ou non, ni leur forme d'entreprise d'assurance, de mutuelle, d'établissement public ou autre.

Quel que soit le terme de l'alternative, l'imposition sur le montant brut du dividende, telle que prévue à l'encontre des non-résidents par voie de retenue à la source, est un traitement fiscal défavorable incompatible avec la liberté de circulation des capitaux protégée par le droit de l'Union européenne et contraire à la clause de non-discrimination de la convention fiscale franco-coréenne. Ici encore, à supposer que la cour ait encore un doute, il lui appartiendrait de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, laquelle pourrait s'inspirer du projet présenté au point 18 ci-après.

IV – Sur l'assimilation de la requérante à un organisme de placement collectif pour l'exonération prévue au 2 de l'article 119 bis du CGI

15. Les conclusions de Madame Bokdam-Tognetti sur la décision QPC confirment que : « *Le vocable d'organisme de placement collectif utilisé par la loi ne nous paraît pas devoir être empreint de nominalisme et rien ne nous paraît interdire à un organisme étranger d'invoquer l'exonération ainsi prévue en démontrant qu'il fonctionne comme un fonds d'investissement satisfaisant aux deux conditions, tenant à l'objet et à la conduite de leur activité d'investissement et à la similarité de leurs caractéristiques avec les OPCVM, OPCE et SICAF de droit français, mises à l'exonération par le 2 de l'article 119 bis du code* » (point 8 al. 3 de ces conclusions).

Cette phrase éclaire la décision n°415.526 du Conseil d'Etat et confirme la légitimité de la démonstration faite par la requérante et l'analyse de son fonctionnement et de ses caractéristiques, à la lumière notamment de l'arrêt C-464/12 *ATP Pension service* du 13 mars 2014 par lequel la Cour de justice a retenu qu'une caisse de retraite, comme *PensionDanmark*, qui faisait l'objet des prestations en litige pouvait constituer un fonds commun de placement au sens de la directive TVA qui exonère les services de gestion de ces fonds.

Cette même phrase condamne le critère bureaucratique que le ministre tire de l'absence d'enregistrement de la requérante comme OPC en Corée. Les critères pertinents sont le fonctionnement comme un fonds d'investissement, ce qui est le cas du *National pension fund*, et la similarité des caractéristiques sur lesquelles la requérante s'est expliquée, avec références à la législation et la réglementation coréenne et ses rapports annuels, disponibles sur internet.

Le ministre, qui a pu demander et échanger des renseignements à l'administration coréenne pour vérifier ces points, n'a présenté aucune objection. Dans le régime de preuve objective qui prévaut en la matière, les éléments de preuves produits par la requérante, confortés par les présomptions qui découlent de l'absence de contestation par l'administration, conduisent à établir l'assimilation à un OPC et, par suite, le bénéfice de l'exonération.

La question n'a pas été examinée dans le cadre de l'admission du pourvoi en cassation en raison de la nouveauté du moyen.

16. En revanche, comme la requérante l'a déjà indiqué dans ses observations n°1, les considérations relatives au régime fiscal des OPC français, présentés comme « transparents sur le plan fiscal » alors que les organismes de retraite résidents seraient « fiscalement opaques » (point 4 troisième phrase de la décision n°415.526 et point 8 alinéas 5 à 7 des conclusions) sont sans pertinence ni portée pour la comparaison à effectuer au regard de l'exonération de retenue à la source de l'article 119 bis du CGI.

En premier lieu, sur le défaut de pertinence des régimes fiscaux des OPC et organismes de retraite, pour l'exonération de retenue à la source, il résulte des termes mêmes de la loi, et de l'arrêt C-338/11 à C-347/11 *Santander Asset management* de la CJUE du 10 mai 2012, dont le législateur s'est inspiré en vue de la mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne, que l'assimilation des OPC étrangers aux OPC français en vue de l'exonération de retenue à la source est exclusivement liée au fonctionnement et aux caractéristiques des organismes établis en Europe ou selon les lois de pays tiers et ne dépend pas de leur régime fiscal « transparent » ou « opaque », lequel n'est donc pas pertinent.

En deuxième lieu, la jurisprudence de la CJUE prescrit d'apprécier la comparabilité des situations au regard de la législation fiscale pertinente, c'est-à-dire celle qui détermine l'imposition à savoir en l'espèce actuelle la retenue à la source litigieuse.

Lorsque le législateur national prend en considération la situation fiscale des porteurs de parts d'OPC pour déterminer le régime fiscal des OPC, comme c'était le cas aux Pays-Bas (dans l'affaire C-194/06 *Orange European smallcap fund* jugée le 20 mai 2008) et comme c'est le cas au Danemark (dans l'affaire C-480/16 *Fidelity funds* précitée, jugée le 20 juin 2018) alors la Cour examine la situation tant au niveau du fonds qu'à celui des porteurs de parts (arrêts précités).

En revanche, lorsque le législateur national ne prend en considération que la situation de l'OPC ou de l'organisme de retraite pour établir une retenue à la source sur les dividendes servis à des organismes non-résidents cependant qu'il exonère, expressément ou indirectement, les organismes résidents, dans les deux cas indépendamment de la situation fiscale des porteurs de parts de l'OPC, comme c'était le cas de la France dans l'affaire *Santander Asset management* jugée en 2012 et encore aujourd'hui, alors, et alors seulement,

la Cour de justice ne considère le caractère discriminatoire qu'au niveau du véhicule d'investissement imposé (points 28 à 41 de l'arrêt).

A cet égard, les OPC français ne sont pas plus « transparents sur le plan fiscal » que les organismes de retraite ne sont « fiscalement opaques ». Dans l'arrêt *Santander Asset management*, la Cour de justice avait déjà relevé que « *s'agissant des OPCVM qui procèdent à la capitalisation des dividendes perçus, aucune redistribution des dividendes susceptible d'une imposition ultérieure dans le chef des porteurs de parts n'interviendra. La réglementation nationale en cause au principal n'établit ainsi aucun lien entre le traitement fiscal des dividendes d'origine nationale perçus par les OPCVM de capitalisation — qu'ils soient résidents ou non-résidents — et la situation fiscale de leurs porteurs de parts.* » (point 31). C'est encore le cas après la modification législative de 2012 qui n'établit toujours aucun lien entre le traitement fiscal des dividendes d'origine nationale perçus par les OPC de capitalisation, résidents ou non-résidents, et la situation fiscale des porteurs de parts.

17. **En résumé**, le niveau pertinent de comparaison est celui de la requérante soumise à la retenue à la source alors qu'elle ne serait imposable :

- ni à l'impôt sur les sociétés si elle était résidente et avait investi par un ou plusieurs OPC de capitalisation (points 4. à 6. ci-dessus) ou bénéficiait des mêmes exonérations ou déductions que des résidents en situation comparable (points 8. à 14. ci-dessus);
- ni à la retenue à la source si on la considère elle-même comme un OPC dont elle remplit les fonctions et présente les caractéristiques (point 15. à 16. ci-dessus).

V – Subsidiairement : projets de questions préjudicielles :

18. A supposer que le cour ait un doute sur un des moyens présentés ci-dessus, alors il lui appartiendrait de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une ou plusieurs questions préjudicielles dont le texte pourrait s'inspirer du projet suivant :

Les articles 63 TFUE et 65 TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui prévoit l'imposition, au moyen d'une retenue à la source, des dividendes d'origine nationale lorsqu'ils sont perçus par un organisme sans but lucratif de retraite obligatoire de base ou complémentaire des premier et deuxième piliers d'un pays tiers pratiquant un haut niveau de coopération internationale en matière fiscale, alors que :

1° les organismes sans but lucratif de retraite obligatoire des 1^{er} et 2^{ème} piliers et ceux facultatifs complémentaires du 3ème pilier exerçant dans l'Etat membre concerné soit sont exonérés d'imposition sur les produits financiers du placement de leurs réserves, soit ont la possibilité d'échapper à cette imposition en confiant la gestion de leurs actifs à des fonds communs de placement de capitalisation, soit sont imposés sur le montant net de leur valeur ajoutée et de leur résultat net, après déduction fiscale des provisions techniques et participations aux résultats des assurés et affiliés ;

2° le fonds national de réserve pour les retraites de l'Etat-membre concerné, qui participe au financement des déficits annuels de la branche retraite de la sécurité sociale de cet Etat membre, est exonéré d'impôt sur les produits de ses placements cependant que le fonds national des retraites du pays tiers, géré par l'organisme en question, a vocation à contribuer dans l'avenir, en fonction d'une démographie du pays-tiers

différente de celle de l'Etat-membre, au financement des mêmes déficits de la branche retraite de la sécurité sociale du pays tiers concerné et que les deux Etats en question sont liés par des accords de sécurité sociale prévoyant notamment la totalisation des périodes d'assurance, d'immatriculation et d'emploi ;

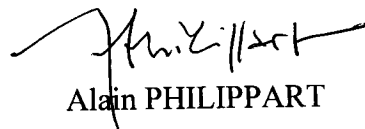
3° la pratique administrative de l'Etat membre concerné, confirmée par des instructions et circulaires publiées, exonère d'imposition sur le patrimoine et les revenus patrimoniaux, y compris les dividendes, qu'ils viendraient à percevoir, les établissements publics nationaux de sécurité sociale de cet Etat membre et notamment la caisse nationale des retraites comme l'agence centrale des organismes de sécurité sociale qui centralise leurs recettes ;

4° la loi fiscale et la jurisprudence de l'Etat-membre concerné exonèrent, d'une part, les revenus patrimoniaux perçus par les fondations reconnues d'utilité publique, selon des critères susceptibles d'application au fonds national de retraite du pays tiers en question, d'autre part, les produits de placement d'organismes d'intérêt général qui sont inhérents à la réalisation de leur objet social de conservation des fonds reçus, leur placement obligatoire dans un but d'intérêt général jusqu'à leur reversement aux bénéficiaires, le tout dans le cadre d'un dispositif fermé voulu par le législateur, susceptible d'être comparable à celui qui s'applique, dans le pays tiers en question, à l'organisme concerné ;

5° la loi fiscale de l'Etat-membre concerné exonère tant de toute imposition les organismes de placement collectif nationaux que de retenue à la source sur les dividendes sortants les organismes de placement collectif étrangers; mais soumet à l'impôt les fonds de retraite étranger alors qu'un organisme de retraite de pays tiers, ou son fonds de réserve, est susceptible d'être assimilé à un organisme de placement collectif dès lors qu'il est financé par les affiliés, bénéficiaires des pensions, que l'épargne est investie selon le principe de répartition des risques et que les affiliés supportent collectivement le risque des investissements sous forme de risques d'allongement des périodes, ou d'augmentation des taux, de cotisation ou de réduction des taux de remplacement en cas d'insuffisance du fonds de réserve, qu'il importe peu que les affiliés ne puissent pas demander le rachat de leurs droits ni que le fonds en question, réglementé au titre de la sécurité sociale dans le pays tiers, ne soit pas enregistré ou réglementé comme organisme de placement collectif dans ce même pays.

PAR CES MOTIFS

La requérante persiste dans ses précédentes conclusions.


Alain PHILIPPART