

Retenue à la source

211 Pas de retenue à la source sur les dividendes distribués à un fonds de pension étranger

La Cour de justice confirme que les grandes libertés européennes font obstacle à la perception d'une retenue à la source sur le montant brut d'un revenu versé à l'étranger lorsqu'elle excède l'impôt sur les sociétés dont un résident est redevable sur son bénéfice net. Tel est notamment le cas des dividendes de source nationale versés à un fonds de retraite étranger lorsque les organismes nationaux équivalents peuvent déduire de leur résultat les provisions pour engagements de retraite. La solution, rendue à l'occasion de dividendes sortant d'Allemagne à destination d'un fonds de pension canadien, paraît transposable en France.

CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III* (non-reproduit), note Ph. Derouin : JurisData n° 2019-022055

NOTE

1 – Rendu par trois des plus prestigieux magistrats de la Cour de justice, en dépit des conclusions partiellement contraires de son avocat général, mais dans la ligne d'un précédent arrêt de manquement sur le même sujet (CJUE, 4^e ch., 8 nov. 2012, aff. C-342/10, *Commission c/ Finlande* : EU :C :2012 :688 ; Dr. fisc. 2012, n° 46, act. 452 ; RJF 2/2013, n° 240), l'arrêt *College pension plan of British Columbia* est important pour la fiscalité des flux financiers internationaux bénéficiant aux investisseurs institutionnels que sont les organismes de retraite, et vraisemblablement aussi d'assurances.

Dans son analyse des faits et du cadre juridique, la Cour a procédé en trois temps :

- En premier lieu, elle a relevé qu'en application de la législation fiscale d'Allemagne, les fonds de pension y sont soumis à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire sur un résultat égal à la différence des valeurs d'actif net entre la clôture et l'ouverture de l'exercice, sauf l'incidence des apports et prélèvements (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III*, pts 5 à 7) ;

- En deuxième lieu, la Cour a résumé l'économie des organismes de retraite en relevant successivement :

- qu'en contrepartie des cotisations perçues, qui figurent à l'actif de leur bilan, les fonds de pension constituent au passif des provisions mathématiques qui anticipent les prestations de retraite professionnelle à servir à l'avenir ;

- que les capitaux recueillis par le fonds de pension permettent de générer des bénéfices au moyen des placements ;

- qu'au-delà d'un seuil technique appliqué pour calculer les cotisations, les bénéfices obtenus en investissant le panier de couverture augmentent les prestations de retraite professionnelle, d'au moins 90 % selon la réglementation allemande, dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la participation aux excédents ;

- qu'en conséquence les retours sur investissement augmentent non seulement l'actif du fonds de pension mais aussi la valeur des provisions mathématiques au passif « si bien que les bénéficiaires de la perception des dividendes sont intégralement neutralisés » (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III*, préc., pts 8 à 13) ;

- Enfin, elle a relevé que, sur le plan du bilan fiscal, l'accumulation des produits financiers se traduit par une augmentation des actifs et une augmentation correspondante des provisions mathématiques, « si bien que l'actif net de l'entreprise, pertinent fiscalement, n'augmente pas » (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III*, préc., pt 14).

2 – **Essentiel de la décision.** – L'apport essentiel de l'arrêt consister à préciser, contrairement aux conclusions de son avocat général sur ce point, que, pour apprécier la comparabilité objective des situations des organismes de retraite, nationaux et étrangers, il faut prendre en considération l'incidence des provisions pour engagements de retraite telles que provisions techniques et participation aux bénéfices des affiliés ou assurés.

Concrètement, même si les engagements de retraites sont provisionnés à l'étranger et sans qu'il soit besoin pour le fonds de pension d'établir un bilan fiscal dans le pays de la source des dividendes, il faut mais il suffit que le juge national soit en mesure de vérifier que le fonds de pension non-résident affecte des dividendes perçus au provisionnement des retraites qu'il devra verser dans le futur.

L'arrêt complète ainsi la jurisprudence de la Cour sur les fonds d'investissement (CJUE, 3^e ch., 10 mai 2012, aff. C-338/11 à C-347/11, *Santander asset management SGIIC SA* : EU :C :2012 :286 ; Dr. fisc. 2012, n° 20, act. 222 ; Europe 2012, comm. 276, obs. A.-L. Mosbrucker ; Dr. sociétés 2012, comm. 156, note J.-L. Pierre. – CJUE, 1^{re} ch., 10 avr. 2014, aff. C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* : EU :C :2014 :249 ; Dr. fisc. 2014, n° 16, act. 247 ; Europe 2014, comm. 258, obs. V. Michel. – CJUE, 5^e ch., 21 juin 2018, aff. C-480/16, *Fidelity Funds, Fidelity Investment Funds et Fidelity Institutional Funds* : EU :C :2018 :480 ; Dr. fisc. 2018, n° 26, act. 290 ; Dr. fisc. 2018, n° 31-35, chron. 362L. Bernardeau, spéc. n° 99) et sur les sociétés de portefeuille déficitaires (CJUE, 5^e ch., 22 nov. 2018, aff. C-575/17, *Sofina SA, Rebelco SA, Sidro SA* : EU :C :2018 :943 ; Dr. fisc. 2018, n° 49, act. 532 ; RJF 2019, n° 230), en se distinguant des précédents *Miljoen* (CJUE, 3^e ch., 17 septembre 2015, aff. C-10/14, *JBGT Miljoen* : EU :C :2015 :608 ; Dr. fisc. 2015, n° 45, comm. 664) et *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (CJUE, 1^{re} ch., 2 juin 2016, aff. C-252/14, *Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT)* : EU :C :2016 :402 ; Dr. fisc. 2016, n° 23, act. 366, Dr. fisc. 2016, n° 30-35, chron. 438, L. Bernardeau, O. Peiffert et F. Schmied).

Sur la clause de *standstill* de l'article 64 TFUE, l'arrêt retient, cette fois conformément aux conclusions de l'avocat général, que la possibilité laissée aux États membres de maintenir des restrictions sur les mouvements de capitaux qui impliquent la prestation de services financiers ne s'applique pas aux prises de participation et dividendes auxquels recourt un fonds de retraite pour honorer ses engagements

de retraite. Sur ce point, l'arrêt souligne la différence avec la prise de participation d'un particulier dans un fonds d'investissement de pays tiers, qui avait été jugé impliquer une prestation de services financiers (CJUE, 1^{re} ch., 21 mai 2015, aff. C-560/13, *Finanzamt Ulm c/Ingeborg Wagner-Raith* : EU :C :2015 :347 ; Dr. fisc. 2015, n° 30, chron. 488, L. Bernardeau et O. Peiffert, spéc. n° 30 ; JCP G 2015, 666, veille F. Picod).

3 – Perspective d'incidences en France. – Comme les règles françaises d'assiette de l'impôt sur les sociétés visent également la différence d'actif net entre l'ouverture et la clôture de l'exercice, après déduction des provisions justifiées, telles que les provisions mathématiques dans les sociétés d'assurance et les organismes de retraite professionnelle supplémentaire, cet arrêt ouvre également des perspectives en France.

Les organismes français de retraite qui ont investi en actions de sociétés d'autres États membres de l'Union européenne devraient pouvoir prétendre au remboursement de retenues à la source étrangères, notamment en Allemagne, à des conditions *a priori* plus favorables que les fonds d'investissement ordinaires. La solution ne devrait pas seulement concerner les organismes qui gèrent des contrats de retraite en euros, avec participation aux bénéfices des affiliés, mais aussi les contrats en unités de compte ou en points (ou unités de rente). La solution est peut-être moins évidente pour les organismes gestionnaires de plans d'épargne retraite collectifs (PERCO) qui n'ont pas pour support un contrat d'assurance mais sont appelés à se fonder dans le nouveau plan d'épargne retraite issu des lois Sapin II et PACTE. Il devrait en aller de même pour les régimes de retraite de base et complémentaire fonctionnant selon le principe de la répartition provisionnée dont certains disposent d'importantes réserves.

Symétriquement, les organismes de retraite étrangers, y compris de pays tiers, qui ont investi en actions de sociétés françaises devraient se trouver en France dans la même situation que le *College pension plan of British Columbia* et pouvoir prétendre aux mêmes avantages.

4 – La présente note examinera ces deux séries de questions successivement, selon le plan classique bien connu : ce que dit l'arrêt (1) et ce qu'il implique du côté français (2).

1. Prise en compte des engagements de retraite lors de l'imposition des dividendes perçus

5 – Rappel et question. – Depuis des lustres, la jurisprudence de la Cour de justice est bien établie en ce sens que la retenue à la source applicable sur les revenus versés à un non-résident à raison de leur montant brut ne peut pas excéder la charge effective d'impôt dont un résident du pays de la source percevant le même revenu est redevable à raison du montant net de son bénéfice imposable après déduction des dépenses directement liées à l'acquisition de ce même revenu (CJCE, 5^e ch., 12 juin 2003, aff. C-234/01, *Arnoud Gerritse* : EU :C :2003 :340 ; Dr. fisc. 2004, n° 13, comm. 374, concl. Ph. Léger ; RJF 2003, n° 1189 ; FR 39/2008, n° 16, note S. Austria) en matière de prestations de services. La règle est également applicable également en matière de mouvements de capitaux (CJCE, 3^e ch., 19 janv. 2006, aff. C-265/04, *Margaretha Bouanich* : EU :C :2006 :51 ; Rec. CJCE, I-923 ; Dr. fisc. 2006, n° 5, act. 17 ; Dr. fisc. 2013, n° 36, chron. 396, L. Bernardeau, O. Peiffert, spéc. n° 19 à 26 ; RAE 2006, p. 137 à 150, note A. Maitrot de la Motte ; RJF 4/2006, n° 484. – CJUE, 2^e ch., 31 mars 2011, aff. C-450/09, *Schröder* : EU :C :2011 :198 ; Dr. fisc. 2011, n° 14, act. 116 ; RJF 6/2011, n° 764). Cette question conditionne la comparabilité objective de situation des résidents et des non-résidents, laquelle s'apprécie au regard de l'objectif poursuivi par les

dispositions nationales en cause ainsi que de leur objet et de leur contenu.

Une grande partie du débat consiste donc à déterminer les dépenses directement liées au sens de cette jurisprudence et l'objectif poursuivi par le législateur national lorsqu'il admet leur déduction fiscale. Par-delà le rappel de principes bien connus, qu'on n'examinera pas dans la présente note, l'arrêt *College pension plan of British Columbia* tranche, aux points 74 à 82, une question controversée sur la prise en compte des provisions techniques constituées par les compagnies d'assurances et les fonds de retraite en regard des dividendes qu'elles perçoivent. L'arrêt l'examine tant pour la prohibition des entraves à la libre circulation des capitaux (A) que pour l'exception des mouvements de capitaux liés à la prestation de services financiers (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III, préc.*, pts 103 à 109) (B).

A. - Dividendes perçus par un organisme de retraite et déduction fiscale des provisions pour engagements de retraite : identité de situation des fonds résidents et non-résidents

6 – Thèse. – Dans sa précédente décision sur une action en manquement dirigée contre la Finlande, la Cour avait retenu :

« 41 [...] que, dans la législation nationale en cause et, en particulier, aux articles 7 et 8, premier alinéa, point 10, de l'EVL, **le législateur national assimile explicitement les montants provisionnés en vue de faire face aux engagements en matière de pensions, à des « dépenses [...] exposées pour acquérir ou conserver le revenu d'une activité économique** ». Il crée ainsi un lien direct entre ces montants et l'activité des organismes d'assurance pension générant des revenus imposables et les rend lui-même indissociables.

42 Ainsi, ce lien direct entre dépense et revenu imposable découle de la technique d'assimilation même choisie par le législateur finlandais, parmi d'autres techniques possibles, telle qu'une exonération pure et simple d'impôt, **afin de tenir compte de la finalité spécifique des fonds de pension qui est d'accumuler des capitaux, par le biais d'investissements produisant, notamment, un revenu sous la forme de dividendes, afin de faire face à leurs obligations futures** au titre de contrats d'assurance.

43 Dès lors que cette finalité spécifique est de nature à être également celle des fonds de pension non-résidents qui poursuivent la même activité, ces derniers se trouvent dans une situation objectivement comparable à celle des fonds de pension résidents s'agissant des dividendes de source finlandaise » (CJUE, 4^e ch., 8 nov. 2012, aff. C-342/10, *Commission c/ Finlande, préc.*, pts 41 à 43).

En conséquence, la Finlande ne pouvait pas percevoir de retenue à la source sur les dividendes versés à des compagnies d'assurances étrangères pratiquant l'assurance retraite.

La solution était-elle liée à la disposition spécifique de la loi finlandaise ? ou reflétait-elle une analyse plus générale susceptible de s'appliquer également à tous les organismes de retraite, même en l'absence d'une telle disposition ?

7 – Antithèse. – Une des raisons de douter provenait de ce que, dans l'action parallèlement engagée contre l'Allemagne, où une telle disposition spécifique n'existe pas, la Commission européenne n'avait pas invoqué le grief. Elle s'était bornée à discuter la question des frais de banque et autres coûts liés à la perception des dividendes, de sorte que son recours avait été rejeté par la Cour (CJUE, 4^e ch., 22 nov. 2012, aff. C-600/10, *Commission c/ Allemagne* : EU :C :2012 :737 ; Dr. fisc. 2012, n° 48, act. 477 ; Europe 2013, comm. 12, note A. Rigaux). À quoi l'on ajoutera que la Cour de justice a une vision stricte des frais directement liés à la perception de divi-

dendes, de sorte qu'elle a notamment exclu les frais de financement des titres ayant donné lieu à la distribution des dividendes (*CJUE, 3^e ch., 17 septembre 2015, aff. C-10/14, JBGT Miljoen, préc.*).

Pour inviter la Cour à s'écarter du précédent finlandais et considérer que les provisions des fonds de pension ne sont pas en lien direct avec les dividendes perçus, l'avocat général a avancé plusieurs moyens (*concl. P. Pikamae, pts 80 à 83 ss CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, préc.*, EU : C : 2019 : 463.). Le premier, partiellement retenu par la Cour, était que les provisions constituées par le fonds de pension ne peuvent évidemment pas être qualifiées de frais liés à la perception des recettes, ce qui était déjà acquis par l'arrêt finlandais mais n'avait alors pas paru un obstacle. Le deuxième tendait à réserver la prise en considération des dépenses directement liées à l'établissement d'un bilan fiscal. Le troisième, apparemment plus sérieux, était que les provisions techniques constituent une dépense liée à l'activité d'assurances, qu'elles trouvent leur cause dans les engagements de retraite pris et non dans le volume des produits financiers générés. Enfin, le quatrième était tiré de la large manœuvre d'appréciation laissée par le législateur européen aux États membres pour fixer les modes d'établissement des provisions techniques par les compagnies d'assurances et les institutions de retraite professionnelle. Tel est le cas, respectivement, de la directive IORP 2003/141/CE du 3 juin 2003, successivement modifiée puis refondue par la directive 2016/2341/UE du 14 décembre 2016, et de la directive 2009/138/CE Solvabilité II sur les activités d'assurance et leur exercice.

8 – Motivation. – Aucun de ces moyens ou arguments n'a été retenu par la Cour dans son arrêt.

Dans un premier temps, la Cour a retenu qu'à la différence de la loi finlandaise en cause en 2012, la loi fiscale allemande ne comporte pas de disposition expresse prévoyant la déduction des dotations aux provisions techniques, encore moins qui assimile de telles dotations à des dépenses exposées pour acquérir ou conserver le revenu (*comp. CJUE, 4^e ch., 8 nov. 2012, aff. C-342/10, Commission c/ Finlande, pt 41, préc. – V. § 6*). En conséquence, sa propre jurisprudence relative aux frais professionnels directement liés à l'activité génératrice des revenus imposables, et leurs limites, s'est révélée sans pertinence (*CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III, préc., pts 74 à 77*). À ce stade, on pourrait craindre l'affaire perdue pour le fonds de pension étranger.

Toutefois, **dans un deuxième temps**, en se fondant sur les indications données par la juridiction de renvoi sur le cadre juridique national allemand, la Cour a retenu :

« 79 [...] qu'il existe un lien de cause à effet entre la perception de dividendes, l'augmentation des provisions mathématiques et des autres postes du passif et la non-augmentation de la base imposable du fonds résident, dans la mesure où les dividendes qui sont utilisés aux fins de provisions techniques n'augmentent pas le résultat imposable du fonds de pension, ce qui a d'ailleurs été confirmé par le gouvernement allemand lors de l'audience. En effet, selon ce gouvernement, pour une grande part les bénéfices obtenus grâce au placement doivent bénéficier à l'affilié, en ce sens qu'ils ne peuvent pas rester acquis au fonds de pension et que les revenus sont la condition des dépenses au titre des provisions. »

Autrement dit, le lien de causalité directe entre les revenus assujettis à la retenue à la source et les dépenses à prendre en considération pour apprécier la comparabilité des situations n'est pas limité à la circonstance que les dépenses aient été exposées pour acquérir ou conserver le revenu. Il s'étend aussi aux dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe de la perception des revenus en question. Tel est le cas des provisions techniques inhérentes à l'activité d'assurance, qui trouvent leur cause dans les engagements de retraite mais

dont le montant varie en relation directe avec les produits financiers perçus.

Enfin, **dans un troisième temps**, la Cour a, en quelque sorte, généralisé l'analyse en considérant implicitement que la déduction fiscale des provisions techniques est, ainsi qu'elle l'avait jugé dans l'affaire finlandaise, une technique « parmi d'autres techniques possibles, telle qu'une exonération pure et simple d'impôt, afin de tenir compte de la finalité spécifique des fonds de pension qui est d'accumuler des capitaux, par le biais d'investissements produisant, notamment, un revenu sous la forme de dividendes, afin de faire face à leurs obligations futures » (*CJUE, 4^e ch., 8 nov. 2012, aff. C-342/10, Commission c/ Finlande, pt 42, préc. – V. § 6*).

En retenant l'objectif du législateur allemand d'exonérer fiscalement l'accumulation de produits financiers en vue de la retraite, la Cour a donc retenu, presque dans les mêmes termes :

« 80 Une réglementation nationale permettant une exonération en totalité ou en quasi-totalité des dividendes versés à des fonds de pension résidents facilite ainsi l'accumulation des capitaux de tels fonds, alors que, [...], tous les fonds de pension sont, en principe, tenus d'investir les primes d'assurance sur le marché des capitaux afin de générer des revenus sous la forme de dividendes qui leur permettent de faire face à leurs obligations futures au titre de contrats d'assurance.

81 Or, un fonds de pension non-résident, qui affecte les dividendes perçus au provisionnement des retraites qu'il devra verser dans le futur, de manière délibérée ou en application du droit en vigueur dans son État de résidence, se trouve, à cet égard, dans une situation comparable à celle d'un fonds de pension résident » (*CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III, préc., pts 80 et 81*).

Dans ces conditions, qui rejoignent ainsi les motifs n° 42 et 43 de l'arrêt C-342/10 *Commission c/ Finlande* précité sur l'objectif du législateur national, il paraissait inutile, voire irréaliste, d'exiger d'un fonds de pension étranger qu'il ait un établissement sur le territoire donnant lieu à un bilan fiscal local. La Cour a donc implicitement écarté l'argument pour retenir sobriement : « Il appartient à la juridiction (nationale du fond) de vérifier si tel est le cas » (*CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III, pt 82*).

La discussion des raisons impérieuses d'intérêt général aux points 83 à 88 de l'arrêt n'appelle pas de commentaire.

9 – Conclusion. – En conséquence, le dispositif de l'arrêt énonce en son point 1 à la fois un principe de large portée et assure son efficacité en limitant le contrôle de l'État de la source :

« Les articles 63 et 65 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, en vertu de laquelle les dividendes distribués par une société résidente à un fonds de pension résident [...] ne se traduisent pas par une augmentation du résultat imposable à l'impôt sur les sociétés ou se traduisent seulement par une augmentation modérée de celui-ci due à la faculté de déduire dudit résultat les provisions pour engagements de retraite, alors que les dividendes versés à un fonds de pension non-résident font l'objet d'une retenue à la source qui constitue pour un tel fonds un impôt définitif, lorsque le fonds de pension non-résident affecte des dividendes perçus au provisionnement des retraites qu'il devra verser dans le futur, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier ».

On observe que, dans cette décision, la prohibition de la retenue à la source sur les dividendes sortants n'est pas liée à la transposition, trait pour trait, de la législation applicable en régime intérieur. Il n'est pas exigé du fonds de pension étranger qu'il fonctionne comme un organisme de retraite national, ni même qu'il enregistre des provisions pour engagements de retraite comparables à celles que prévoit

l'État de la source des dividendes. Ce serait d'ailleurs inutile ou excessivement restrictif, si, dans son État de résidence, le fonds de retraite étranger est exonéré d'impôt sur les sociétés ou pratique une autre méthode de provisionnement que celle de l'État de la source.

Peu importe également que l'affectation des dividendes au provisionnement des retraites soit obligatoire selon le droit de l'État de résidence ou procède d'une politique délibérée des organes du fonds de pension. Il faut mais il suffit « que le fonds de pension non-résident affecte des dividendes perçus au provisionnement des retraites qu'il devra verser dans le futur » et c'est la seule chose que le juge de l'impôt de l'État de la source des dividendes ait à vérifier.

Les discussions qui ont eu cours en France sur le caractère désintéressé ou non de la gestion des fonds de pension étrangers devraient donc être évitées.

B. - Dividendes perçus par un organisme de retraite et prestation de services financiers

10 – La seconde question, relative à la clause de « *standstill* » ou de gel de l'article 64 TFUE, portait sur le point de savoir si la restriction aux mouvements de capitaux résultant de la disparité de traitement examinée pouvait cependant être maintenue comme (1^o) existant au 31 décembre 1993 et (2^o) concernant certains des mouvements de capitaux visés par le texte.

La présente note ne porte ni sur l'application du critère temporel (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III*, préc., pts 92 à 99) ni sur la constatation que les investissements de portefeuille d'un fonds de pension ne sont pas des « investissements directs » au sens de l'article 64 paragraphe 1 TFUE (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III*, préc., pts 100 à 102). Plus rarement évoquée, l'exception relative aux prestations de services financiers mérite un instant d'attention.

Par un précédent arrêt, la Cour de justice avait retenu « que le critère déterminant pour l'application de l'article 64, paragraphe 1, TFUE porte sur le lien de cause à effet qui existe entre les mouvements de capitaux et la prestation de services financiers et non sur le champ d'application personnel de la mesure nationale litigieuse ou son rapport avec le prestataire, plutôt qu'avec le destinataire, de tels services » (CJUE, 1^{re} ch., 21 mai 2015, aff. C-560/13, *Finanzamt Ulm c/ Ingeborg Wagner-Raith*, préc., pt 39). « Afin de pouvoir relever de ladite dérogation, la mesure nationale doit dès lors porter sur les mouvements de capitaux ayant un lien suffisamment étroit avec la prestation de services financiers, à savoir, un lien de cause à effet entre le mouvement de capitaux et la prestation de services financiers » (CJUE, 1^{re} ch., 21 mai 2015, aff. C-560/13, *Finanzamt Ulm c/ Ingeborg Wagner-Raith*, préc., pts 43 et 44).

« S'agissant de l'acquisition de parts dans des fonds d'investissement situés dans un territoire d'outre-mer britannique ainsi que de la perception des dividendes qui en découlent, la Cour a jugé, au point 46 de l'arrêt du 21 mai 2015, *Wagner-Raith* (C-560/13, EU :C:2015:347), qu'elles impliquent l'existence de prestations de services financiers effectuées par ces fonds d'investissement au profit de l'investisseur concerné. La Cour a précisé qu'un tel investissement permet à l'investisseur concerné, grâce à ces services, notamment, de bénéficier d'une diversification accrue entre différents actifs ainsi que d'une meilleure répartition des risques » (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III*, préc., pt 107).

11 – La Cour de justice relève qu'« un fonds de pension est susceptible de fournir des services financiers à ses assurés » (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/*

Finanzamt München Abteilung III, préc., pt 103) et que, certes, les placements internationaux d'un fonds de pension tendent aussi à « une diversification accrue et une meilleure répartition des risques ».

Toutefois, à l'opposé de l'acquisition de parts de fonds d'investissement par un investisseur, qui tend à l'obtention des prestations de services fournies par le fonds d'investissement ou sa société de gestion, la Cour juge que les fonds de pension ont pour objet essentiel d'honorer leurs engagements de retraite envers les assurés ou affiliés et que le placement des sommes qui leur sont confiées à cet effet est le moyen de réaliser cet objectif :

« les prises de participation d'un fonds de pension et les dividendes qu'il perçoit à ce titre servent prioritairement au maintien des actifs et à garantir les provisions qu'il constitue [...] aux fins d'assurer le respect de ses engagements de retraite à l'égard de ses assurés. Ces prises de participation et ces dividendes constituent ainsi, en premier lieu, un moyen auquel recourt un fonds de pension pour pouvoir honorer ses engagements de retraite et non pas un service qu'il fournit à ces assurés » (CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, aff. C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia c/ Finanzamt München Abteilung III*, préc., pt 108).

Indépendamment de l'antériorité de la restriction en Allemagne, elle ne peut donc pas faire obstacle à la liberté de circulation des capitaux et à la prohibition de la retenue à la source sur les dividendes sortants à destination de fonds de pension étrangers.

2. Incidences du côté français

12 – La similitude des règles d'assiette de l'impôt sur les sociétés comme l'objectif, au moins implicite, de la législation française d'affranchir d'impôt l'accumulation de capitaux en vue de la retraite dans les cadres qu'elle a réglementés conduit naturellement à s'interroger sur l'incidence qu'est susceptible d'avoir en France l'arrêt de la Cour de justice.

La question vaut tant pour les dividendes en provenance de l'étranger au bénéfice d'organismes français de retraite supplémentaire et autres, et leur faculté de demander à l'étranger le remboursement des retenues à la source qu'ils ont supportées, que pour les organismes de retraite étrangers qui perçoivent des dividendes en provenance de France.

La difficulté pour ces derniers vient de que :

1) le Conseil d'État juge constamment depuis une décennie que, par principe, « 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 de capitaux mobiliers dont il dispose » (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 13 févr. 2009, n° 298108, *Sté Stichting Unilever pensioenfonds progress* : *JurisData* n° 2009-081442 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 12-13, comm. 253, concl. É. Geffray, note V. Agulhon et N. Sénéchault ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 104, note J.-L. Pierre ; *RJF* 2009, n° 525 ; *Lexbase* n° N7796BIL, note F. Dieu ; *BGFE* 2009, p. 1, obs. J.-L. Pierre – publié au recueil *Lebon*). Cet énoncé de principe tendait à donner un caractère dérogatoire aux dispositions, aujourd'hui abrogées, bénéficiant aux organismes sans but lucratif « tel(s) qu'une caisse de retraite de base ou complémentaire ou une société mutualiste, dont la gestion est désintéressée et dont les activités non lucratives restent significativement prépondérantes » qu'il avait alors retenues pour faire tardivement et partiellement droit à un recours pour excès de pouvoir ;

2) statuant sur le cas d'un fonds de pension étranger comparable à un organisme de retraite professionnelle supplémentaire français du secteur concurrentiel, le Conseil d'État en a déduit la même conclusion que les dividendes seraient assujétiés à la retenue à la source du 2 de l'article 119 bis du CGI tout en reconnaissant « qu'il n'existait pas de différence de situation objective entre ces organismes français et le

fonds de pension individuel, à caractère facultatif, qu'elle [une société de gestion de fonds de retraite] gère en Espagne » (CE, 9^e et 10^e s-s-ect., 9 nov. 2015, n° 371132, *Sté Santander Pensionnes SA EGFP Juris-Data* n° 2015-026398 ; ; *Dr. fisc.* 2016, n° 28, *comm.* 421, *concl.* M.-A. Nicolazo de Barmon, *note* G. Glon ; *RJF* 2/2016, n° 178 – inédit au recueil Lebon).

Dans l'un et l'autre cas, le débat portait exclusivement sur l'extension des dispositions alors en vigueur prévoyant expressément l'exonération des dividendes de source française perçus par les organismes sans but lucratif également français et n'envisageait nullement les obligations de provisionnement des organismes de retraite à raison des revenus de capitaux mobiliers qu'ils perçoivent en vue d'honorer leurs engagements. Ces solutions ne méritent-elles pas d'être revisitées à la lumière de l'arrêt *College pension plan of British Columbia* de la Cour de justice ?

On examinera successivement le cas des organismes et des fonds de retraite professionnelle supplémentaire (A) puis celui des organismes de retraite de base et complémentaire à affiliation obligatoire fonctionnant sur le principe de la répartition provisionnée (B).

A. - Fonds et organismes de retraite professionnelle supplémentaire et leurs précurseurs

13 – Cadre juridique français. – Depuis l'ordonnance n° 2017-484 du 6 avril 2017 relative à la création d'organismes dédiés à l'exercice de l'activité de retraite professionnelle supplémentaire et à l'adaptation des régimes de retraite supplémentaire en unités de rente et la loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises :

– d'une part, des fonds et autres organismes de retraite professionnelle supplémentaire ont été établis pour fournir des prestations de retraite supplémentaire, conformément à la directive IORP (UE) 2016/2341 du 14 décembre 2016, en parallèle ou en substitution avec les entreprises d'assurances, seules autorisées jusque-là avec les mutuelles, les institutions de prévoyance et certains autres prestataires de services d'épargne en vue de la retraite ;

– d'autre part, les plans d'épargne retraite existant sous des formes et dénominations diverses ont vocation à converger vers un modèle commun de « plan d'épargne retraite » individuel ou collectif.

Autrement dit, il existe désormais des « fonds de pension à la française ». En réalité, ils prennent ou vont prendre la suite de fonds équivalents, organisés pour la plupart sous forme de contrats d'assurance sur la vie, ou de compte d'épargne comme le PERCO. Telle avait été la solution adoptée par le gouvernement pour transposer la directive IORP 2003/41/CE du 3 juin 2003 par l'ordonnance n° 2006-344 du 23 mars 2006 relative aux retraites professionnelles supplémentaires.

Chaque année, une étude, dénommée « *Les retraités et les retraites* », de la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES) des ministères sanitaires et sociaux, donne une présentation complète et chiffrée de ces régimes. Cette étude fait notamment apparaître les masses financières correspondantes à savoir des cotisations collectées de l'ordre de 14 milliards d'euros, des prestations servies de l'ordre de 6,6 milliards d'euros et des provisions accumulées d'un montant total de l'ordre de 229 milliards d'euros à fin 2017, dont 213 milliards de provisions mathématiques sur les contrats d'assurance et 16 milliards d'encours des PERCO (2019, *fiche* 26, p. 190 *et s.*, disponible sur <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/etudes-et-statistiques/publications/panoramas-de-la-drees/article/les-retraites-et-les-retraites-edition-2019>).

14 – Provisions techniques des assurances et fonds de retraite supplémentaires. – Les entreprises d'assurances, comme les fonds de

retraite supplémentaire, sont tenues d'établir des provisions techniques prudentielles pour leurs engagements envers les assurés (C. assur., art. L. 351-2 et R. 343-1 – pour les unes ; C. assur., art. R. 342-9-1 – pour les autres).

Plus précisément, les entreprises d'assurances (dites de la branche 26) et désormais aussi les fonds de retraite professionnelle supplémentaire, qui gèrent des régimes de retraite par points ou unités de rente, sont tenues de constituer notamment :

« 1° **La provision technique spéciale**, sur laquelle sont prélevées les prestations servies et les chargements de gestion, dans les limites prévues par la convention, et à laquelle sont affectées les cotisations versées, nettes des chargements inclus dans les cotisations et de taxes, ainsi que **la totalité des produits et charges financiers générés par les actifs affectés à la provision technique spéciale**, y compris les produits correspondant aux éventuels crédits d'impôts attachés à la détention de ces mêmes titres et placements et le solde des produits et charges financiers reçus des réassureurs au titre de la revalorisation de la part de provision technique spéciale cédée [...]

Les engagements mentionnés aux 1° à 3° sont à toute époque représentés par les actifs qui font l'objet d'une comptabilité auxiliaire d'affectation » (C. assur., art. R-441-7, *rédaction issue* D. n° 2017-1172, 18 juill. 2017 ; antérieurement, le texte visait la « participation aux bénéfices calculée dans des conditions fixées par arrêté », savoir l'ancien article A 441-2 du même code). Cette provision technique spéciale a vocation à couvrir ce qui serait nécessaire pour assurer le service des rentes dont le montant est représenté par la provision mathématique théorique prévue à l'article R. 441-21 du même code.

En l'absence de disposition spécifique, les contrats d'assurance en euros comportent une participation aux bénéfices minimale de 85 % des produits financiers (C. assur., art. A 132-11, I, al. 3).

Dans les fonds de retraite en unités de compte, le emploi des dividendes, par l'organisme de retraites s'il détient directement les actions servant d'unités de compte, ou par les OPCVM de capitalisation dont les parts constituent les unités de compte, a vocation à réaliser la même affectation des dividendes perçus au provisionnement des retraites qu'il devra verser dans le futur, requise par l'arrêt *College pension plan of British Columbia* de la Cour de justice.

En conséquence, les entreprises d'assurances françaises qui procurent des contrats de retraite, comme les fonds de retraite professionnelle supplémentaire français, ont vocation à satisfaire les exigences de cet arrêt pour revendiquer l'exonération de retenue à la source dans les États de l'Espace économique européen qui, comme l'Allemagne et la Finlande, exonèrent les dividendes perçus par les fonds de pension résidents. À charge de montrer concrètement qu'ils affectent effectivement des dividendes perçus par eux au provisionnement des retraites qu'ils devront verser dans le futur.

15 – PERCO. – Le plan d'épargne collectif en vue de la retraite a vocation à satisfaire aux mêmes exigences.

Certes, le PERCO est un dispositif d'épargne salariale, une variété de plan d'épargne d'entreprise, et non pas un contrat d'assurance mais, ainsi que l'énonçait l'article 8 de l'ordonnance n° 2006-344 du 23 mars 2006 relative aux retraites professionnelles supplémentaires, « le plan d'épargne pour la retraite collectif mentionné à l'article L. 443-1-2 [désormais C. trav., art. L. 3334-1 *et s.*] du Code du travail peut être une institution de retraite professionnelle collective ». Désormais, depuis la loi PACTE du 22 mai 2019, le PERCO peut être transformé en plan d'épargne retraite collectif, comme les autres plans d'épargne retraite organisés sous forme de contrats d'assurances.

Certes encore la loi française prévoit des cas de sortie anticipée, du PERCO comme des autres plans de retraite professionnelle supplémentaire, avant que le bénéficiaire ait atteint l'âge de la retraite. Cela

suffirait-il à les disqualifier au regard de la jurisprudence de la Cour de justice ? La question mériterait, le cas échéant, d'être posée.

16 – Fiscalement en France, les provisions techniques des entreprises d'assurances sont déductibles du résultat imposable à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun du 5° du 1 de l'article 39 du CGI. Il devrait en aller de même pour les fonds de retraite professionnelle supplémentaire.

La variation des provisions techniques est également déductible pour le calcul de la valeur ajoutée des unes comme des autres pour l'établissement de la CVAE (CGI, art. 1586 sexies, VI, 2, b). Afin d'éviter l'accélération de la reconnaissance des produits réalisés par les OPCVM de capitalisation, auxquels ont largement recours les unes comme les autres, les dispositions des quatre premiers alinéas du 1° de l'article 209-0 A du CGI ne leur sont pas applicables (CGI, art. 209-0 A, al. 5).

Ainsi, pour reprendre un motif essentiel de l'arrêt C-641/17 de la Cour de justice, la législation française paraît bien être, de façon constante, « une réglementation nationale permettant une exonération en totalité ou en quasi-totalité des dividendes versés à des fonds de pension résidents (qui) facilite ainsi l'accumulation des capitaux de tels fonds ». La proposition contraire énoncée par le Conseil d'État dans sa décision du 13 février 2009 (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 13 févr. 2009, n° 298108, *Sté Stichting Unilever pensioenfonds progress, préc.*) et celles qui l'ont suivie, mériterait d'être reconsidérée à la lumière de l'arrêt de la CJUE et de la réglementation française sur les provisions techniques.

S'agissant des PERCO, l'exonération fiscale des produits financiers accumulés sur un plan d'épargne pour la retraite collectif est certaine puisqu'elle résulte d'une disposition expresse de la loi (CGI, art. 163 bis b, II).

En conclusion, l'unité du système français d'exonération fiscale des produits financiers accumulés au titre de la retraite professionnelle supplémentaire transparait par-delà la multiplicité des véhicules existants qui ont vocation à converger. La solution de l'arrêt *College pension plan of British Columbia* paraît ainsi transposable aux fonds de pension étrangers pour revendiquer la décharge de la retenue à la source sur les dividendes qu'ils reçoivent en provenance de France et qu'ils affectent au provisionnement des retraites qu'ils devront verser dans le futur.

Pourquoi en irait-il différemment des dividendes affectés aux réserves des organismes de retraite de base et complémentaire à affiliation obligatoire fonctionnant sur le principe de la répartition provisionnée ?

B. - Organismes de retraite de base et complémentaire à affiliation obligatoire fonctionnant sur le principe de la répartition provisionnée

17 – Différences et similarité des réserves des régimes obligatoires de base et complémentaire par répartition et des provisions techniques des régimes de retraite supplémentaire par capitalisation.

A priori tout oppose les deux catégories de régime. Un régime fonctionnant par répartition a vocation à répartir les cotisations dès qu'il les perçoit ; un régime obligatoire a vocation se perpétuer sans qu'il soit de besoin de constituer des provisions techniques pour le cas où il viendrait à prendre fin ou celui où les affiliés cesseraient de cotiser ou transféreraient leurs droits et obligations à un autre régime. Dans un tel régime, la solidarité intergénérationnelle consiste à faire cotiser les actifs pour le service des pensions aux retraités, même si ces derniers ont peu ou pas cotisé pendant leur période d'activité. Tout à l'inverse, un régime facultatif fonctionnant par capitalisation tend à verser aux retraités le produit de leur épargne, ce qui conduit à provi-

sionner les engagements pris à leur égard, y compris en cas de résiliation anticipée ou de transfert à un autre gestionnaire.

Cependant, l'évolution démographique – dans laquelle le rapport entre actifs et retraités en France est passé de 4 à 1,7 – est telle qu'un régime de répartition « pure » ne peut pas durablement fonctionner. Des réserves sont nécessaires, sauf à réduire les prestations futures ou à augmenter les cotisations au-delà de ce que pourront supporter les actifs des générations futures. À la solidarité intergénérationnelle, le mot d'ordre ajoute désormais l'équité intergénérationnelle. Le législateur français, comme le pouvoir réglementaire en ont tiré les conséquences.

Aux termes de l'article L. 111-2-1, II, alinéa 4 du Code de la sécurité sociale, « la pérennité financière du système de retraite par répartition est assurée par des contributions réparties équitablement entre générations » (C. assur., art. L. 111-2-1 issu de L. n° 2014-40, 20 janv. 2014 *garantissant l'avenir et la justice du système des retraites*, qui a repris sur ce point les dispositions de C. assur., art. L. 161-17 A créé par L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010 *portant réforme des retraites*).

Ces dispositions législatives impliquent la constitution de telles réserves et provisions. Elles ont, en quelque sorte, consacré la légitimité des mesures de contrôle, notamment prudentielles, prises par les pouvoirs publics à l'égard des actifs gérés en couverture des risques assumés par les régimes spéciaux de retraite de la sécurité sociale et autres organismes similaires (V. not., CE, 1^{re} et 4^e ch., 26 nov. 2018, n° 412177, *CRPCEN et a.* : *JurisData* n° 2018-021437 – mentionnée dans les tables du recueil Lebon).

Lors de la séance plénière du 11 juillet 2018, le Conseil d'orientation des retraites (COR) a publié un document (n° 6) intitulé « *La gestion financière des régimes complémentaires de retraite obligatoire gérés en répartition* ». Dans ce document, le COR, précise que la constitution de réserves permet de répartir dans le temps l'ajustement des paramètres du régime afin de ne pas faire supporter le poids excessif, et ponctuel, de cet ajustement sur certaines générations. Cette analyse a été récemment reprise par le rapport « *Pour un système universel de retraite, Préconisations de Jean-Paul Delevoye, Haut-Commissaire à la réforme des retraites* » de juillet 2019, qui souligne notamment :

« L'existence de réserves financières est indispensable pour assurer un bon pilotage du système universel de retraite. Elles permettent de faire face à des déséquilibres démographiques ou économiques. **L'utilité des réserves sera prioritairement de jouer un rôle dans l'équilibre financier du système** pour tenir compte des évolutions démographiques et notamment de **préserver l'équité intergénérationnelle** face à ces évolutions » (« *Pour un système universel de retraite, Préconisations de Jean-Paul Delevoye, Haut-Commissaire à la réforme des retraites* », préc., p. 106 et 107).

18 – Importance financière et principes de gestion des réserves des régimes de retraite obligatoires français. – Les réserves des régimes complémentaires obligatoires de retraite français représentent des masses financières importantes : 129 milliards d'euros à fin 2016 ; le fonds de réserve pour les retraites, évoqué plus loin (V. § 19), disposait en outre de 36 milliards d'euros (*DREES, Les retraités et les retraites, préc., fiche 26, tableau 3, note 4*).

Leur gestion prudentielle est soumise à des contraintes statutaires et réglementaires, dont les plus anciennes remontent à l'entre-deux-guerres et ont été renforcées par le décret n° 2017-887 du 9 mai 2017, maintenu pour l'essentiel par la dernière décision précitée du Conseil d'État.

Dans cette décision, la Haute Assemblée a notamment relevé que les régimes en question « ont pour caractéristique commune de revêtir un caractère obligatoire et de devoir gérer des actifs destinés à contribuer au financement à terme des prestations à servir à leurs affiliés » (CE, 1^{re} et 4^e ch., 26 nov. 2018, n° 412177, *CRPCEN et a.*,

préc., pt 16). Elle a retenu que « Le principe de l'adossement prévu par (I) es dispositions (du décret attaqué) vise à prendre en considération le décalage entre les cotisations et les prestations pouvant exister au fil du temps, y compris pour des régimes par répartition, et à adapter les types de placements, à la fois quant à leur durée et aux risques qu'ils comportent, aux échéances prévisibles de décaissements liés au paiement des prestations dues à leurs affiliés, compte tenu des autres recettes et dépenses prévisibles, soit pour faire face à un déséquilibre passager, soit pour mieux répartir entre les générations l'ajustement des niveaux de cotisations et de prestations rendu nécessaire par les évolutions démographiques, conformément à l'objectif mentionné par l'article L. 111-2-1 du Code de la sécurité sociale » (*CE, 1^{re} et 4^e ch.*, 26 nov. 2018, n° 412177, *CRPCEN et a.*, *préc.*, pt 17).

Sur les actifs et opérations admissibles, la décision du Conseil d'État a encore relevé :

– « Le décret permet par ailleurs aux caisses de diversifier leurs placements et, notamment, de détenir une part plus importante d'actions, portée de 25 à 50 % de l'actif, à condition qu'elles investissent dans de tels titres par le biais des "fonds mutualisés" (OPCVM ou FIA), destinés à renforcer la qualité de la politique de gestion et la surface financière du fonds par la présence d'une autre caisse et d'un investisseur tiers acceptant de partager les risques des investissements réalisés » (*CE, 1^{re} et 4^e ch.*, 26 nov. 2018, n° 412177, *CRPCEN et a.*, *préc.*, pt 21) ;

– « Quant à l'"actif vu par transparence", il s'apprécie, ainsi qu'il se déduit notamment des articles R. 623-10-6 et R. 623-10-8 du Code de la sécurité sociale dans leur rédaction issue du décret attaqué, en substituant aux parts ou actions des organismes de placement collectifs ou de fonds d'investissement alternatifs les actifs que ceux-ci détiennent, au prorata de la participation de la caisse » (*CE, 1^{re} et 4^e ch.*, 26 nov. 2018, n° 412177, *CRPCEN et a.*, *préc.*, pt 29) ;

– « Ces dispositions ne prévoient d'obligation (de conservation en France) qu'en ce qui concerne les actifs détenus directement par les caisses et, par suite, n'empêchent pas ces dernières de souscrire des parts et actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières ou de fonds d'investissement alternatifs qui investissent dans des actifs d'autres États de l'Union européenne » (*CE, 1^{re} et 4^e ch.*, 26 nov. 2018, n° 412177, *CRPCEN et a.*, *préc.*, pt 31).

Des dispositions similaires au décret ainsi maintenu ont été prises pour les autres régimes complémentaires obligatoires de retraite français que ce décret initial ne visait pas.

Il résulte ainsi des dispositions législatives et réglementaires précitées, à la lumière de la décision du Conseil d'État, que les organismes français de retraite obligatoire par répartition sont appelés à « gérer des actifs destinés à contribuer au financement à terme des prestations à servir à leurs affiliés » selon le principe d'adossement que ces dispositions et décision ont précisé, y compris des actions de sociétés d'autres États de l'Union européenne par le biais d'OPCVM ou de FIA. **En conséquence**, ils ont vocation à satisfaire les exigences de l'arrêt *College pension plan of British Columbia* de la Cour de justice et de pouvoir prétendre, comme les organismes de retraite professionnelle supplémentaire fonctionnant par capitalisation, à l'exonération de retenue à la source dans les États de l'Espace économique européen qui, comme l'Allemagne et la Finlande, exonèrent les dividendes perçus par les fonds de pension résidents. À charge, comme pour ces autres organismes, de montrer concrètement qu'ils affectent effectivement des dividendes perçus par eux au financement des retraites qu'ils devront verser dans le futur.

À cet égard, la circonstance que, pour les organismes français de retraite obligatoire par répartition, les réserves représentées par ces actifs procèdent de leurs résultats nets – c'est-à-dire la somme algébrique des cotisations qu'ils perçoivent, des prestations qu'ils versent et de leurs produits financiers – plutôt que de provisions techniques

qui viennent en déduction de ces résultats ne devrait pas être un obstacle. On a vu au ci-dessus (*V. § 14*) que la « provision technique spéciale » de l'article R-441-7 du Code des assurances n'est pas déterminée autrement.

19 – Le fonds de réserve pour les retraites (FRR) obéit à un régime législatif différent mais tend aux mêmes fins.

Sa mission principale consiste à :

« I [...] 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 de l'assurance vieillesse du régime général ainsi que du fonds de solidarité vieillesse.

« À compter d (u 1^{er} janvier 2011) et jusqu'en 2024, le fonds verse chaque année [...] 2,1 milliards d'euros à la Caisse d'amortissement de la dette sociale afin de participer au financement des déficits, au titre des exercices 2011 à 2018, des organismes mentionnés à l'alinéa précédent.

« II Les réserves qui excèdent la couverture des engagements mentionnés au dernier alinéa du I peuvent être affectées par la loi de financement de la sécurité sociale au financement, le cas échéant, de la correction de déséquilibres financiers conjoncturels des régimes de retraite ou du fonds mentionné au deuxième alinéa du même I » (*CSS, art. L. 135-6*). Autrement dit, il contribue au financement des déficits de l'assurance vieillesse du régime général de la sécurité sociale et du fonds de solidarité vieillesse.

Dans son arrêt *Pensioenfond Metaal en Techniek* (*CJUE, 1^{re} ch.*, 2 juin 2016, *aff. C-252/14, Pensioenfond Metaal en Techniek* (*PMT*), *préc.*), la Cour de justice a également analysé les fonds de pension suédois, créés par une « loi sur la garantie des promesses de pensions » aux termes de laquelle les fonds de pension, créés par des employeurs dans le but exclusif de garantir les promesses de pensions aux travailleurs ou à leurs ayants droit survivants, ont l'interdiction formelle de s'engager à verser des pensions et ne procèdent pas non plus au paiement de pensions de retraite. La mission de ces fonds de pension est uniquement de gérer le capital que l'employeur leur verse et de garantir que les promesses de pension de ce dernier pourront être respectées. Les fonds de pension font partie des modalités choisies par la Suède pour concevoir et garantir le régime des pensions de retraite (*CJUE, 1^{re} ch.*, 2 juin 2016, *aff. C-252/14, Pensioenfond Metaal en Techniek* (*PMT*), *préc.*, pts 3 à 6). La Cour de justice a retenu le caractère comparable de ces institutions avec des fonds de pension non-résidents, mais elle a considéré que leur imposition forfaitaire n'était pas comparable à une retenue à la source sur les dividendes.

Cette analyse pourrait être transposée au cas du fonds de réserve pour les retraites (FRR), à la différence qu'en France, le fonds de réserve pour les retraites (FRR) est expressément exonéré de l'impôt sur les sociétés prévu au 5 de l'article 206 du CGI par l'article 6-III de la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 qui l'a créé.

20 – Fiscalité française des organismes de retraite obligatoire par répartition. – Pour le même traitement en France des organismes de retraite étrangers, la question supplémentaire est de savoir si les organismes français de retraite sont exonérés d'imposition sur les dividendes qu'ils perçoivent. Tel était le cas jusqu'à fin 2009 en raison d'une disposition spécifique du 5 de l'article 206 du CGI, aujourd'hui abrogée et remplacée. Est-ce à dire pour autant que leur imposition soit certaine, spécialement au regard de la grille d'analyse utilisée par la Cour de justice ? On peut en douter pour plusieurs raisons.

Certes, le Conseil d'État a jugé à ce sujet : « 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 activi-

tés lucratives » (CE, 9^e et 10^e ch., 24 janv. 2018, n° 415526, *National pension service* : Dr. fisc. 2018, n° 42-43, comm. 428, concl. É. Bokdam-Tognetti—inédit au Lebon). Toutefois, cette proposition laisse à l'écart le fonds de réserve pour les retraités (FRR) qui ne sert pas de pensions, ce qui n'est pas nécessairement pertinent au regard du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence *Pensioenfond Metaal en Techniek* précitée de la CJUE. Mais aussi, ainsi qu'on l'a vu au ci-dessus (V. § 16), cette proposition très générale, qui ne prend pas en considération la déduction des provisions techniques par les organismes de retraite jugée pertinente par la Cour de justice, mérite d'être revue à la lumière de l'arrêt C-641/17, *College pension plan of British Columbia*.

S'il résulte des très brefs travaux préparatoires de la loi que le législateur a effectivement eu pour objectif d'écartier l'exonération de retenue à la source sur les dividendes versés à des fonds de pension étrangers pouvant résulter de la décision *Sitichting Unilever pensioenfond et a.* du Conseil d'État du 13 février 2009, les développements plus récents de la jurisprudence française et européenne ont montré que la mesure adoptée s'est révélée à la fois :

– inutile puisque les fonds de pension du secteur concurrentiel étaient de ce fait exclus du bénéfice de l'exonération des organismes sans but lucratif (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 9 nov. 2015, n° 371132, *Sté Santander Pensionnaires SA EGFP préc.*— inédit au recueil Lebon) ;

– et inefficace puisque ces mêmes fonds peuvent en revanche invoquer utilement la jurisprudence *Commission c/ Finlande* de 2012, confirmée par l'arrêt *College pension plan of British Columbia* de la Cour de justice.

À quoi l'on ajoutera que la précipitation dans laquelle a été présenté le projet de troisième loi de finances rectificative pour 2009 a été telle que le Conseil d'État dans son rapport annuel de 2010 et les parlementaires, dont Henri Emmanuelli, ancien président de l'Assemblée nationale et ancien ministre du budget, s'en sont publiquement plaints. L'article 34 en particulier n'était accompagné d'aucune étude d'impact ou évaluation préalable ni d'aucune indication susceptible de donner à penser que les organismes français de retraite obligatoire par répartition étaient appelés à payer l'impôt sur les sociétés sur les dividendes qu'ils percevaient à raison des placements en actions représentatifs de leurs réserves. Aucune concertation n'avait été menée avec eux, donnant à penser qu'ils n'étaient pas concernés, ce qui s'est effectivement avéré.

21 – En fait, il est constant que, même depuis 2010, les organismes français de retraite obligatoire par répartition ne paient pas d'impôt sur les sociétés, même au taux réduit de 15 %, sur les dividendes reçus à raison des actions de leur portefeuille. Deux explications peuvent être avancées.

La première cause d'exonération de ces organismes, relevée par l'inspection générale des affaires sociales (IGAS) dans son rapport de juin 2013 (n° RM 2013-021P, « *Contrôle des placements des régimes de retraite complémentaire obligatoires* »), est qu'ils sont incités à faire leurs placements, notamment en actions, par l'intermédiaire d'OPCVM de capitalisation. La formule est particulièrement appropriée pour tous les organismes de retraite, du secteur concurrentiel comme du secteur social, dont la mission comporte le placement à long terme et l'accumulation des produits du placement des actifs représentatifs de leurs fonds de réserve. De plus, si les produits (dividendes et/ou plus-values) capitalisés viennent augmenter la valeur liquidative des parts du FCP de capitalisation, éventuellement « dédié », les organismes sans but lucratif ne sont pas assujettis aux dispositions de l'article 209-0 A du CGI sur les produits financiers accumulés, comme l'Administration l'a précisé dans sa doctrine (BOI-IS-BASE-10-20-10, 12 sept. 2012, § 60). Enfin, lors du rachat des parts de FCP, la plus-value réalisée n'est pas davantage imposable en application du 5 de l'article 206 du même code. La pratique devrait

perdurer sous réserve, pour ceux qui font l'objet du décret n° 2017-887 du 9 mai 2017 précité ou de dispositions similaires, d'opérer par l'entremise de fonds « mutualisés », et non plus dédiés à un seul investisseur.

En revanche, à l'égard d'investisseurs étrangers, l'Administration a fait savoir qu'elle considérait une telle organisation comme un montage abusif ayant pour but d'éviter la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI (*DGFiP, Carte des pratiques et montages abusifs, fiche n° 10*).

La seconde cause d'exonération, non confirmée à ce jour par l'Administration ou le juge de l'impôt, serait déduite de la règle énoncée par le Conseil d'État dans sa décision de section du contentieux du 12 février 1988 (CE, sect., 12 févr. 1988, n° 50368, *Comité intercoopératif et professionnel du logement* : *JurisData* n° 1988-600560 ; *Lebon*, p. 57 ; *Dr. fisc.* 1988, n° 26, comm. 1349 ; *RJF* 4/1988, n° 409, concl. Th. Le Roy, p. 217), confirmée en formation de plénière fiscale *CARPA Rhône-Alpes* (CE, plén. fisc., 4 juill. 2014, n° 361316, *Caisse de règlements pécuniaires des avocats (CARPA) Rhône-Alpes* : *Lebon*, p. 207 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 42, comm. 588, concl. B. Bohnert ; *RJF* 10/2014, n° 879, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 835) et rappelée encore assez récemment, y compris dans la rédaction des textes applicable à compter de l'exercice clos le 31 décembre 2009 (CE, 3^e et 8^e ch., 19 juill. 2017, n° 402732, *Ordre des avocats du barreau de Montpellier* : *JurisData* n° 2017-014598 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 48, comm. 560, concl. E. Cortot-Boucher—mentionné au Tables du Lebon). Cette règle prétorienne retient essentiellement que les organismes sans but lucratif ne sont pas imposables sur leurs recettes (y compris les revenus de capitaux mobiliers) procurées par une activité indissociable du but non lucratif poursuivi 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 leur objet social ou statutaire.

Tel serait le cas des organismes français de retraite obligatoire par répartition à raison des produits du placement financier de leurs réserves destinés, comme ces réserves elles-mêmes, à contribuer au financement à terme des prestations à servir à leurs affiliés, en application des dispositions précitées de l'article L. 111-2-1 du Code de la sécurité sociale et du décret n° 2017-887 du 9 mai 2017 analysées ci-dessus (V. § 18). L'opinion contraire, antérieurement exprimée par M^{me} Émilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions précitées à l'appui d'un refus de transmission de QPC et non reprise expressément dans la décision du Conseil d'État (concl. É. Bokdam-Tognetti ss CE, 9^e et 10^e ch., 24 janv. 2018, n° 415526, *National pension service, préc.*), ne paraît pas transposable au droit de l'Union européenne, dont les exigences en matière d'appréciation de l'égalité de traitement comme de comparabilité objective des situations sont différentes de celles du juge constitutionnel français.

22 – Au regard du droit de l'Union européenne, la jurisprudence de la Cour de justice paraît bien établie en ce sens que la liberté de circulation des capitaux impose de se livrer à la comparaison des régimes fiscaux pertinents en retenant l'imposition effective applicable 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 (CJUE, 1^{re} ch., 10 avr. 2014, aff. C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* : *EU :C :2014 :249* ; *Dr. fisc.* 2014, n° 16, act. 247 ; *Europe* 2014, comm. 258, obs. V. Michel).

De même, la Cour a récemment jugé 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 favorable 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 par le droit de l'Union européenne (CJUE, 5^e ch., 21 juin 2018, aff. C-480/16, *Fidelity Funds, Fidelity Investment Funds et Fidelity Institutional Funds* : EU : C : 2018 : 480 ; Dr. fisc. 2018, n° 26, act. 290).

23 – Conclusion générale. – À tous égards, l'arrêt *College pension plan of British Columbia* de la Cour de justice conduit à reconsidérer des solutions qui paraissaient acquises, tant en France que dans plusieurs autres États de l'Espace économique européen, en vue d'exonérer de retenue à la source les dividendes perçus par les organismes de

retraite non-résidents qui affectent de tels dividendes au provisionnement des retraites qu'ils devront verser dans le futur lorsque les organismes de retraite résidents ne sont pas imposables ou le sont de façon modérée en raison de la déduction fiscale des provisions correspondantes.

Philippe DEROUIN,

avocat au barreau de Paris,

ancien président de l'Institut des avocats-conseils fiscaux (IACF) et du groupement français de l'Association fiscale internationale (IFA)

MOTS-CLÉS : Droit de l'Union européenne - Retenue à la source - Dividendes distribués à un fonds de pension étranger (non)

JURISCLASSEUR : *Fiscal International*, fasc. 3540

Procédures fiscales

Contentieux de l'impôt

212 En cas d'apport partiel d'actif, la société bénéficiaire est recevable à contester l'assiette des impositions dont le fait générateur est antérieur à l'apport

1 – Lorsqu'une société apporte une partie de son actif à une autre société et que, d'un commun accord entre les parties, cette opération est, comme le permet l'article L. 236-22 du Code de commerce, soumise aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21 de ce code, relatives aux scissions de société, la société apporteuse reste, sauf dérogation prévue à l'article L. 236-21 du même code, solidairement obligée avec la société bénéficiaire au paiement des dettes transmises à cette dernière.

Il en résulte que la société apporteuse et la société bénéficiaire de l'apport deviennent débitrices solidaires des impositions relatives à la branche d'activité concernée dont le fait générateur est intervenu antérieurement à la réalisation de l'opération d'apport, bien que la société apporteuse conserve seule la qualité de redevable légal de ces impositions.

2 – Le débiteur solidaire d'un impôt, ou la personne légalement reconnue comme telle, justifie d'un intérêt lui conférant qualité pour contester, dans la limite des sommes dont il peut être déclaré redevable au titre de cette solidarité, le bien-fondé de cet impôt. Par suite, la société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif approuvé le 30 janvier 2009, justifie, en sa qualité de débitrice solidaire de la taxe professionnelle de l'année 2009, d'un intérêt lui donnant qualité pour en contester le bien-fondé.

CE, 9^e et 10^e ch., 9 oct. 2019, n° 414122, min. c/ Sté Printemps, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon : *JurisData* n° 2019-017404

Mentionné aux tables du recueil Lebon

Décisions antérieures : TA Versailles, 1^{er} déc. 2015, n° 1101626 ; CAA Versailles, 3^e ch., 20 juill. 2017, n° 16VE00802

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'à compter du 31 janvier 2009, la société France Printemps a apporté sa branche d'activité « distribution » à la société Printemps Participations, renommée par la suite société Printemps, qui comportait notamment un immeuble à usage de magasin situé au Chesnay (Yvelines). Par une réclamation du 16 décembre 2010, la société Printemps a demandé la réduction de la taxe professionnelle établie au nom de la société France Printemps pour cet établissement au titre de l'année 2009. Cette réclamation ayant été rejetée, la société Printemps a saisi le tribunal administratif de Versailles, qui a fait droit à sa demande par un jugement du 1^{er} décembre 2015. Le ministre de l'action et des comptes publics se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 20 juillet 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a, sur son appel, accordé à la société Printemps une réduction partielle de la taxe en litige et réformé le jugement en ce qu'il avait de contraire.

2. D'une part, lorsqu'une société apporte une partie de son actif à une autre société et que, d'un commun accord entre les parties, cette opération est, comme le permet l'article L. 236-22 du Code de commerce, soumise aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21 de ce code, relatives aux scissions de société, la société apporteuse reste, sauf dérogation prévue à l'article L. 236-21 du même code, solidairement obligée avec la société bénéficiaire au paiement des dettes transmises à cette dernière. Il en résulte que la société apporteuse et la société bénéficiaire de l'apport deviennent débitrices solidaires des impositions relatives à la branche d'activité concernée dont le fait générateur est intervenu antérieurement à la réalisation de l'opération d'apport, bien que la société apporteuse conserve seule la qualité de redevable légal de ces impositions.

3. D'autre part, le débiteur solidaire d'un impôt, ou la personne légalement reconnue comme telle, justifie d'un intérêt lui conférant qualité pour contester,