

N° 433301 – National Pension Service

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 10 novembre 2021

Lecture du 6 décembre 2021

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, Rapporteuse publique

Le litige opposant l'établissement public coréen National Pension Service (NPS), caisse de retraite en charge du régime général d'assurance vieillesse de la Corée du Sud, à l'administration fiscale française, pour l'imposition des dividendes qu'il a perçus de sociétés françaises au cours de l'année 2013 ne vous est pas inconnu.

Ces dividendes ont été initialement soumis à la retenue à la source prévue par le 2 de l'article 119 *bis* du CGI, au taux de 30%. A la suite d'une réclamation préalable, le NPS en a obtenu le remboursement partiel, l'administration ayant ramené le taux d'imposition à 15%. Estimant qu'il devait bénéficier d'une exonération complète, le NPS a saisi le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel de Versailles, sans obtenir satisfaction.

Alors que le litige était encore pendant en appel, la cour vous a transmis la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le NPS à l'encontre des dispositions du 2 de l'article 119 *bis* du CGI, dont elle soutenait qu'elles méconnaissaient les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques, faute de prévoir l'exonération complète des organismes de retraite étrangers. Vous avez refusé de transmettre cette QPC au Conseil constitutionnel, par une décision du 24 janvier 2018 (n° 415526, Etablissement public coréen National Pension Service, RJF 2016, n° 422, concl. E. Bokdam-Tognetti C 422), sur laquelle nous reviendrons.

Le pourvoi présenté par le NPS contre l'arrêt rendu par la cour vous permettra cette fois-ci d'examiner l'affaire tant sous l'angle du droit de l'Union européenne que sous l'angle du droit conventionnel.

Si la question de la discrimination entre les fonds de pension étrangers et les organismes français de retraite ou d'autres organismes sans but lucratif est désormais bien balisée, tant par votre jurisprudence que par celle de la CJUE¹, l'affaire soulève des questions plus délicates quant à la détermination du fondement légal de l'imposition, qui ont justifié son inscription devant votre formation de jugement.

¹ V., en dernier lieu, CJUE, 13 novembre 2019, College Pension Plan of British Columbia, C-641/17 et la jurisprudence citée au point 49 de cet arrêt ; CE, 13 février 2009, Société Stichting Unilever Pensioenfonds Progress et a., n° 298108, RJF 2009, n° 525, concl. E. Geffray BDCF 5/09 n° 66.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

1. Par un premier bouquet de moyens, le NPS soutient, sous l'angle de l'erreur de droit et de l'insuffisance de motivation, que la cour s'est trompée quant à la base légale de l'imposition en litige.

Il soutient, en substance, que la cour ne pouvait maintenir l'imposition sur le fondement des seules dispositions combinées du 5 de l'article 206 et du 2° de l'article 219 du CGI, qui sont applicables aux organismes sans but lucratif établis en France. Il relève, par ailleurs, que l'imposition au taux de 15% ne saurait être fondée sur les dispositions combinées des articles 119 *bis* et 187 du même code, applicables aux organismes établis dans un Etat étranger, dans la mesure où ce taux est réservé aux dividendes versés à des personnes résident dans un Etat membre de l'Union européenne. Alors que l'application de la retenue à la source au taux de 30% serait, selon lui, incompatible tout à la fois avec les stipulations de la convention fiscale franco-coréenne et avec la liberté de circulation des capitaux garantie par l'article 63 du TFUE, le NPS en déduit que l'imposition litigieuse est, radicalement, privée de toute base légale.

Nous n'adhérons pas à ce raisonnement.

Le dossier est, sur ce point, quelque peu obscurci par l'absence de motivation de la décision de dégrèvement et par les changements de pied du ministre en défense, qui a soutenu devant les juges du fond que la convention franco-coréenne n'était pas applicable, avant d'affirmer devant vous que le taux de 15% a été appliqué sur le fondement de la clause de non-discrimination prévue par l'article 24 de cette convention.

1.1. Commençons par l'examen de l'applicabilité des stipulations conventionnelles.

Pour l'application des conventions rédigées, comme la convention franco-coréenne, conformément au modèle de l'OCDE et dont l'application est réservée aux résidents des Etats contractants, entendus comme les personnes qui, en vertu de la législation de l'un de ces Etats, y sont assujetties à l'impôt en raison de leur domicile, de leur résidence, de leur siège social, de leur siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue, vous avez jugé qu'une personne exonérée d'impôt dans un Etat à raison de son statut ou de son activité ne peut être regardée comme assujettie à cet impôt ni, par voie de conséquence, comme résident de cet Etat pour l'application de la convention (9 novembre 2015, min. c/ Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk, n° 370054, au rec. et à la RJF 02/16 n°178).

Cette solution, consacrée à propos d'une caisse de retraite allemande, est transposable au NPS, qui n'est, selon les indications non contestées du ministre en appel, pas soumis à l'impôt en Corée à raison de son statut de caisse publique de retraite. Il en résulte que le taux d'imposition de 15% ne peut être fondé sur les stipulations du § 2 de l'article 10 de la convention franco-coréenne relatives aux dividendes.

L'application de la clause de non-discrimination qui figure à l'article 24 n'est, en revanche, pas soumise à une condition de résidence. Elle prévoit en effet que « *les nationaux d'un Etat, qu'ils soient ou non résident de l'un des Etats, ne sont soumis dans l'autre Etat à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celle à laquelle sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre Etat se trouvant dans la même situation* ». Vous avez confirmé, à propos de la convention fiscale franco-italienne rédigée dans les

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

mêmes termes, que les nationaux d'un Etat contractant pouvaient se prévaloir d'une telle clause, même s'ils ne résidaient pas dans l'un des Etats contractants (11 juin 2003, min. c/ Biso, n° 221075, aux tables et à la RJF 8-9/03 n° 1018).

Si les clauses de non-discrimination prohibent les discriminations fondées sur la nationalité, elles n'interdisent pas, en revanche, les discriminations fondées sur la résidence – entendue ici au sens classique de ce terme comme visant la domiciliation de la personne concernée. Prenant en compte la difficulté de distinguer, dans le cas des sociétés, les notions de résidence et de nationalité, qui dépendent toutes deux, en droit commercial, de la localisation de leur siège, vous avez toutefois jugé, à la suite de la Cour de cassation², qu'une différence d'imposition fondée sur le critère du lieu du siège social, selon que celui-ci est ou non établi en France, institue une différence de traitement fondée sur la nationalité³.

Les réserves que peut inspirer cette jurisprudence sont bien connues. Comme le relevait C. Legras dans ses conclusions sur l'affaire *Association Secrétariat International de la Laine* du 24 janvier 2014, la différence de traitement entre résidents et non-résidents est, en effet, une caractéristique fondamentale des divers systèmes fiscaux et des conventions internationales, justifiée au regard des nécessités du contrôle, du recouvrement et de la cohérence même du régime fiscal. Par ailleurs, ainsi que l'indique à juste titre B. Gouthière, la jurisprudence française ne tient pas compte de ce que, à défaut de l'être par le droit interne, la distinction entre nationalité et résidence des personnes morales est opérée par les conventions fiscales, la première étant fonction de la législation selon laquelle elles ont été constituées, c'est-à-dire de leur siège statutaire, alors que la seconde s'apprécie au regard du lieu de leur siège de direction effective, l'un et l'autre ne se confondant pas toujours⁴.

Si l'on en croit les commentaires du comité fiscal des affaires de l'OCDE, l'interprétation des juridictions françaises est isolée parmi les pays membres. Ceux-ci sont dépourvus d'ambiguïté : la discrimination fondée sur la résidence d'une personne morale n'est pas interdite, sauf, est-il ajouté depuis 2008, lorsque la résidence n'a « absolument aucune pertinence » eu égard à la différence de traitement en cause (§ 18)⁵. Et pour contrecarrer la jurisprudence de ses tribunaux, la France s'est résolue, en 1992, à introduire dans le modèle OCDE une réserve⁶ tendant à exclure les personnes morales du bénéfice de la clause « générale » de non-discrimination du §1 de l'article 24⁷ et à renégocier certaines de ses conventions bilatérales.

² Cass. Ass. Plén. 21 décembre 1990, SA Roval, n° 88-15.744, Bull. AP n° 12, RJF 1/91 n° 106.

³ 6 décembre 1991, SA "Ressources Management Corporation", n° 54611, aux tables et à la RJF 2/92 n° 245 ; 17 janvier 1996, SA Nike, n° 120646, au rec. et à la RJF 3/96 n° 322 ; 5 juillet 2010, Pinacothèque d'Athènes, aux tables et à la RJF 11/10 n° 1092 ; 24 janvier 2014, Association Secrétariat international de la Laine, n° 331071, à la RJF 4/14 n° 341.

⁴ B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 14^e éd., § 81250.

⁵ Pour tenir compte de l'interprétation convergente de la plupart des pays membres, il a été décidé d'ajouter, à titre de clarification, une référence explicite à la résidence du contribuable lors de la révision du modèle de convention intervenue en 1992. Quant aux clarifications apportées aux n° 17 et s. des commentaires en 2008, elles constituent une parade au « résultat involontaire », dénoncé par la France, d'une interprétation de l'article 24 comme interdisant de traiter différemment sociétés résidentes et non résidentes (Fiscalité et non-discrimination, rapport adopté par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE le 20 juin 2008).

⁶ Cette réserve figure actuellement au § 88 des commentaires de l'article 24.

⁷ Les §§ 3 à 5 de l'article 24 sont, précisément, applicables aux entreprises.

Malgré cela, vous avez pris le parti de confirmer expressément votre jurisprudence à plusieurs reprises. Mais, si la messe semble bien avoir été dite, s'agissant de l'assimilation d'une différence de traitement entre des sociétés à raison du lieu de leur siège social à une discrimination fondée sur la nationalité, tel n'est pas le cas, selon nous, pour toutes les autres personnes morales.

Il en est ainsi, d'abord, parce que la jurisprudence de la Cour de cassation, et la vôtre à sa suite, se réfère directement au droit commercial français, qui, à la différence du droit anglo-saxon, fusionne nationalité et résidence des sociétés⁸. Cette justification s'affaiblit lorsque sont en cause d'autres personnes morales, et notamment des personnes publiques n'exerçant pas d'activité économique, pour lesquelles la notion de siège social n'a pas toujours de sens et dont la nationalité résulte de ce qu'elles sont constituées en vertu d'un acte de puissance publique.

Certes, vous n'avez pas tenu compte de cette différence lorsque vous avez fait application en 2010 de votre jurisprudence traditionnelle dans le cas de la Pinacothèque d'Athènes, personne morale de droit public grec, qui avait été soumis au prélèvement prévu par l'article 244 *bis* A du CGI à raison d'une plus-value de cession immobilière, alors que les organismes sans but lucratif de droit français étaient, à cette époque, exonérés en vertu du 5 de l'article 206 (n° 309963, aux tables, précité).

Mais nous avouons peiner à comprendre l'absence de prise en compte, dans cette affaire, des spécificités des organismes chargés d'une mission d'intérêt général, auxquelles les commentaires de l'OCDE réservent un sort particulier. Ceux-ci précisent que la clause générale de non-discrimination n'implique pas qu'un Etat accordant des avantages spéciaux à ses propres organismes ou services publics en raison de leur nature soit tenu d'en faire bénéficier les organismes et services publics de l'autre Etat (§10) et ne l'impliquent pas davantage, s'agissant des avantages accordés aux établissements privés sans but lucratif et dont l'activité s'exerce pour des fins d'utilité publique qui lui sont propres (§11). Ces différences sont justifiées, dans le premier cas, par le fait que les organismes et services publics sont des parties intégrantes de l'Etat concerné, leur situation n'étant pas comparable à celle des organismes publics de l'autre Etat (§12), et dans le second cas, par le fait que l'avantage fiscal trouve son fondement dans le bénéfice que l'Etat concerné et ses ressortissants sont appelés à retirer de l'activité de l'organisme sans but lucratif (§13).

Précisons que l'ensemble de ces commentaires sont antérieurs, sauf modifications mineures, à la ratification de la convention fiscale franco-coréenne, et vous pouvez donc vous y référer pleinement pour éclairer la commune intention de ses signataires⁹. Comme le relevaient d'éminents commentateurs, ils semblent s'adresser avant tout aux juges, invités à procéder à une comparaison *in concreto* entre organismes résidents et non-résidents à la lumière de la nature des activités exercées par ces derniers¹⁰.

⁸ Article L. 210-3 du code de commerce.

⁹ Au demeurant, il est également tenu compte de la valeur persuasive de commentaires postérieurs à la ratification d'une convention fiscale bilatérale pour interpréter les stipulations en cause (plén. 11 décembre 2020, min. c/ Sté Conversant International Ltd, n° 420174, au rec. et à la RJF 2/21 n° 196, concl. L. Cytermann C 196).

¹⁰ D. Gutmann, S. Austry et P. Le Roux, « Le traitement fiscal des fonds de pension étrangers », étude, RJF 04/08, p. 337.

E. Cortot-Boucher justifiait la solution adoptée dans l'affaire *Pinacothèque d'Athènes* par le fait que la situation d'un musée grec serait comparable à celle d'un musée français, dans la mesure où l'exonération alors prévue par le 5 de l'article 206 du CGI était liée au caractère non lucratif des organismes concernés, qui ne supportaient aucune charge particulière d'intérêt général à raison de leur qualité de résident français. Ce raisonnement, dont l'on ne trouve pas trace dans votre décision, et qui correspond à celui qui pourrait être tenu sur le terrain des libertés de circulation garanties par le droit de l'Union¹¹, ne saurait, compte tenu de ce que nous venons de dire, être transposé pour l'application du droit conventionnel. Nous doutons, par ailleurs, qu'il puisse être généralisé à l'ensemble des personnes publiques, quelle que soit la nature de leur activité. L'application de la clause de non-discrimination ne suppose pas d'entrer dans une logique de compensation des charges spécifiques supportées par les résidents. Elle autorise les Etats à accorder des avantages fiscaux à leurs services publics ou aux organismes d'utilité publique nationaux à seule raison des bénéfices que leurs ressortissants peuvent en retirer, à la différence des organismes étrangers assurant, dans l'autre Etat, une mission comparable.

Plus généralement, la différence d'approche entre le droit conventionnel et le droit européen, s'agissant d'apprécier la pertinence d'une différence de traitement au regard de la résidence, est très nettement illustrée par les exemples donnés, à propos des revenus versés cette fois-ci à des sociétés, aux §§ 19 et s. des commentaires de l'OCDE sur l'article 24, ajoutés en 2008. Ceux-ci tiennent par exemple compte, pour apprécier cette pertinence, de la faculté pour l'Etat concerné d'imposer ultérieurement les propres dividendes versés par les sociétés résidente et non résidente bénéficiaires des revenus (§ 21) ou de la possibilité pour les autorités fiscales d'accéder aux informations nécessaires au contrôle du revenu imposable (§ 22).

Or si l'on peut, à la rigueur, penser que les ressortissants français profitent également de l'activité d'un musée tel que la Pinacothèque d'Athènes, dont le rayonnement est international, de même que les ressortissants étrangers profitent des collections du Louvre, tel n'est certainement pas le cas des pensions versées par le régime public de retraite de la Corée du Sud, qui bénéficient essentiellement aux ressortissants de ce pays y ayant exercé leur activité professionnelle. C'est pourquoi nous vous proposons de juger que la situation du NPS n'est pas comparable à celle des organismes de retraite français pour l'application de la clause de non-discrimination conventionnelle.

Si vous hésitez à franchir ce pas, vous pourriez choisir de réserver la question dans la mesure où le NPS a, dans les faits, été soumis à un régime aussi favorable que les organismes de retraite français, comme nous allons l'exposer dans quelques instants. Cette solution laisserait toutefois subsister une part d'ombre qui nous paraît moins satisfaisante pour les acteurs concernés.

1.2. Si l'imposition n'est pas fondée sur l'application du droit conventionnel, peut-elle néanmoins l'être sur le seul droit interne ?

Le raisonnement du NPS est entièrement fondé sur la prémisse selon laquelle la loi fiscale française est incompatible avec la liberté de circulation des capitaux. Le taux de la retenue à la

¹¹ V. à propos de l'imposition des dividendes perçus par un fonds de pension étranger : 13 février 2009, Société Stichting Unilever Pensionenfonds Progress et autres, n° 298108, au rec. et à la RJF 5/09 n° 525.

source du 2 de l'article 119 *bis* applicable aux organismes sans but lucratif établis au sein de l'Union européenne est, par le jeu des renvois prévus au 1 de l'articles 187, fixé au même niveau que celui qui est prévu pour les organismes similaires imposables en France dans les conditions prévues au 5 de l'article 206, c'est-à-dire 15% pour les dividendes. En revanche, les organismes sans but lucratif établis dans les Etats tiers sont, en vertu du même article 187, imposés sur leurs dividendes de source française au taux de 30%.

Alors, rappelons-le, que l'article 63 du TFUE s'applique aux mouvements de capitaux en direction et en provenance des Etats-tiers, la compatibilité du régime français réservant un sort particulier aux organismes établis hors du territoire de l'Union peut, compte tenu de l'orientation de la jurisprudence de la CJUE, susciter quelque doute. En effet, si la Cour juge, que la liberté de circulation des capitaux n'interdit pas les différences de traitement en fonction du lieu de résidence, elle les soumet à des conditions si restrictives qu'elles ne sont en pratique que très rarement admises¹² sauf lorsqu'elles visent les résidents d'un Etat non coopératif¹³. C'est cette difficulté, sur laquelle vous n'avez pas, formellement, à vous prononcer aujourd'hui, qui explique, sans doute, que l'administration ait ramené le taux de la retenue à la source à 15% en réponse à la réclamation présentée par le NPS.

En se prévalant de votre décision *Société AVM International Holding* du 14 octobre 2020 (n° 421524, inédite, RJF 01/21, n° 42), le NPS soutient qu'il n'est pas possible de limiter la décharge à la seule fraction des impositions permettant d'assurer la neutralité de l'imposition au regard des libertés garanties par le TFUE, son incompatibilité avec le droit de l'Union devant conduire à une décharge totale. Cette thèse aboutit à créer mécaniquement une discrimination à rebours en défaveur des organismes français et européens.

Nous vous proposons de ne pas transposer ici la solution retenue dans l'affaire *AVM*. Il convient de relever que celle-ci est intervenue dans un contexte différent, puisque, pour remédier à l'incompatibilité de l'article 244 bis B du CGI avec le droit de l'Union, l'administration avait fait application d'une doctrine neutralisante, alors que, vous le savez, il est impossible de fonder une imposition sur une instruction fiscale¹⁴.

Plus fondamentalement, généraliser la solution d'espèce retenue dans ce précédent, inédit, nous paraîtrait aller à l'encontre de votre jurisprudence, qui se montre, dans son ensemble, résolument pragmatique, et constituerait, du reste, un formidable effet d'aubaine pour les résidents d'Etat tiers ayant été soumis à des retenues à la source plus élevées que l'impôt mis à la charge des contribuables français et européens – ce qui n'est sans doute pas si rare.

L'enjeu du litige ne nous semble pas pouvoir être réduit à la question binaire de savoir s'il est, ou non, possible d'interpréter la loi française dans un sens conforme au droit de l'Union, selon le principe posé par votre jurisprudence *min. c/ Cercle militaire mixte de la Caserne Mortier* (ass. 22 décembre 1989, n° 86113, au rec. et à la RJF 2/90 n° 130).

¹² V., s'agissant de dividendes versés à des fonds de pension non-résidents, les arrêts du 8 novembre 2012, Commission/Finlande, C-342/10, du 2 juin 2016 Pensioenfond Metaal en Techniek, C-252/14, et du 13 novembre 2019, College Pension Plan of British Columbia, C-641/17.

¹³ CJUE, 18 décembre 2007, Skatteverket, C-101/05. La France a signé une convention d'assistance administrative avec la Corée du Sud.

¹⁴ 11 octobre 2017, SAS Autogrill Côté France, n° 397902, RJF 1/18 n° 17.

Le constat d'une incompatibilité de la loi française avec le droit de l'Union doit certes entraîner la décharge totale lorsque c'est le principe même de l'imposition qui est remis en cause – par exemple lorsqu'un contribuable étranger est soumis à une retenue à la source alors qu'un contribuable français placé dans une situation similaire, au regard de l'objet de la loi fiscale, en est totalement exonéré¹⁵.

Encore faut-il relever que, dans cette hypothèse, vous admettez de constater des incompatibilités ciblées, dont le contribuable ne peut se prévaloir que lorsqu'il se trouve dans la situation problématique identifiée. C'est ainsi que vous avez procédé, dans l'affaire *Sofina*, pour tirer les conséquences de l'arrêt de la CJUE du 22 novembre 2018 (C-575/17, RJF 2019 n° 230) constatant l'incompatibilité du 2 de l'article 119 *bis* du CGI avec le droit de l'Union, laquelle ne fait obstacle au prélèvement de la retenue à la source que dans l'hypothèse où les dividendes sont perçus par une société non-résidente déficitaire, seule susceptible de créer une discrimination contraire à la liberté de circulation des capitaux entre sociétés résidentes et non résidentes (27 février 2019, n° 398662 et autres, aux tables, RJF 3/17 n° 261). C'est encore ainsi que vous avez procédé, dans l'affaire *Cofinimmo*, le constat de l'incompatibilité partielle de l'article 115 *quinquies* du CGI ne pouvant entraîner la restitution de la retenue à la source que si le contribuable démontre que les bénéfices de son établissement stable sont restés investis en France (10 juillet 2019, n° 412581, aux tables et à la RJF 10/19 n° 906 ; 7 septembre 2021, n° 445834 (na), à paraître à la RJF). Comme le soulignait V. Villette dans sa chronique de ces décisions (RJF 2/20) la portée d'une censure de la loi fiscale au moyen d'une inconvencionnalité ciblée est la même que celle qui aurait résulté d'une interprétation conforme, par l'ajout prétorien d'une condition préalable au prélèvement de la retenue à la source ou l'ouverture d'une hypothèse de révision, *a posteriori*, du montant effectivement prélevé.

Lorsque l'incompatibilité de la loi ne porte que sur les modalités de taxation, résultant, par exemple, de la combinaison des règles d'assiette et de taux, vous procédez à une comparaison *in concreto* de la charge fiscale globale supportée par le contribuable étranger au regard de celle à laquelle il aurait été soumis s'il avait été domicilié en France¹⁶. Vous avez, tout récemment, rappelé cette méthode à l'occasion d'une décision du 11 octobre 2020, *M. et Mme Lemaire* (n° 434038, aux tables sur ce point et à la RJF 03/21 n° 275, concl. K. Ciavaldini C 275). Etait alors en cause, classiquement, une différence de situation résultant de ce qu'un contribuable étranger est soumis à la retenue à la source prévue par l'article 119 *bis* sur ses revenus bruts de dividendes au taux uniforme de 15%, alors qu'un contribuable français bénéficie d'un abattement de 40% pour le calcul de l'impôt sur le revenu. Constatant que la retenue effectivement pratiquée en l'espèce était plus élevée que le montant de l'impôt théorique auquel les contribuables auraient été soumis s'ils résidaient en France, vous avez écarté toute atteinte à la liberté de circulation des capitaux. K. Ciavaldini avait alors rappelé que si la CJUE considère que la circonstance qu'une réglementation nationale défavorise des non-résidents ne saurait être compensée par le fait que, dans d'autres situations, cette même

¹⁵ V., par ex., la jurisprudence rendue au sujet des OSBL avant l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2009 qui a mis fin à l'exonération des dividendes pour les organismes sans but lucratif français (13 février 2009, Société Stichting Unilever Pensionenfonds Progress et autres, n° 298108, au rec. et à la RJF 5/09 n° 525 ; 30 décembre 2014 n° 361842, min. c/ Versorgungswerk der Zahnärztekammer aus Berlin (VZB), aux tables et à la RJF 3/15 n° 284).

¹⁶ 7 mai 2014 n° 356760, min. c/ Reynaerts, aux tables, RJF 8-9/14 n° 856 ; 11 octobre 2017, M. et Mme Lenglet n°s 398510, 398511, 398512, aux tables, RJF 1/18 n° 31.

réglementation est susceptible de ne pas affecter les non-résidents par rapport aux résidents, elle n'invalide pas le droit national dans son ensemble dans une telle situation, mais seulement en tant qu'il est contraire à la liberté de circulation des capitaux, ce qu'il appartient aux juridictions nationales de vérifier au cas par cas (17 septembre 2015 *Miljoen et Société Générale*, C-10/14, 14/14 et 617/14, RJF 12/15 n° 1077).

Dans l'hypothèse où la comparaison est défavorable au contribuable étranger, vous jugez aussi qu'il n'y a lieu d'écarter la loi française qu'en tant qu'elle n'autorise pas l'application au contribuable étranger des règles plus favorables réservées aux contribuables français. Dans l'affaire *SAEM de Gestion du Port Vauban* du 22 novembre 2019 (n° 423698, RJF 02/20 n° 90), vous avez ainsi jugé que l'incompatibilité résultant de ce que la retenue à la source prélevée sur la rémunération d'un prestataire de services non résident était assise sur une base brute alors qu'un prestataire résident est imposé sur ses revenus nets permettait uniquement d'obtenir une décharge partielle correspondant à la déduction de la base de la retenue à la source des frais professionnels supportés au titre la prestation effectuée en France.

Dans ce tableau, une seule solution, ancienne, paraît détonner de prime abord. C'est la décision *Société Denkavit* du 6 avril 2007 (n° 235069, aux tables et à la RJF 7/07 n° 807), relative à une violation de la liberté d'établissement résultant de ce que les dividendes versés par une filiale française à sa mère non résidente faisaient l'objet de la retenue à la source de l'article 119 *bis* alors que les sociétés mères françaises étaient presque totalement exonérées d'impôt. Vous avez confirmé un jugement de tribunal ayant procédé à une restitution totale de la retenue, sans maintenir l'imposition à concurrence de la quote-part de frais et charges taxable entre les mains d'une mère française. Mais nous n'y lisons pas l'affirmation d'une règle, votre décision n'étant d'ailleurs pas fichée sur ce point, mineur au regard des autres enjeux du litige. Si nous lisons correctement les conclusions de C. Landais à cet égard, il ne semble pas que le ministre ait réclamé en appel, dans cette affaire, le maintien d'une imposition partielle, auquel vous ne pouviez procéder d'office. Et les conclusions admettent d'ailleurs clairement que l'administration aurait pu ne pas exonérer totalement les dividendes en litige sans encourir le reproche d'avoir créé une discrimination incompatible avec le Traité.

Vous l'aurez compris, nous pensons que, lorsqu'un contribuable non-résident conteste, au regard d'une liberté garantie par le TFUE, l'imposition à laquelle il a été assujéti sur ses revenus de source française, il convient de comparer la charge fiscale supportée respectivement par ce contribuable et un contribuable résident de France placé dans une situation comparable. Lorsqu'il apparaît que le contribuable non-résident a été effectivement traité de manière défavorable, il appartient à l'administration fiscale et, le cas échéant, au juge de l'impôt, de dégrever l'imposition en litige dans la seule mesure nécessaire à la neutralisation de cette discrimination. Dans une telle hypothèse, la base légale de l'imposition n'est autre que la loi française, en tant qu'elle est compatible avec les libertés de circulation.

Si vous nous avez suivie vous pourrez rejeter le bouquet de moyens du pourvoi relatif au défaut de base légale de l'imposition. Vous pourrez aussi rejeter la critique tirée de ce que la cour s'est bornée à citer les dispositions du 5 de l'article 206 et du 2° de l'article 219 *bis* du CGI, applicables aux résidents, sans mentionner les dispositions du 2 de l'article 119 *bis* et de l'article 187 applicables aux non-résidents, dans la mesure où cette omission est restée sans influence sur le raisonnement qu'elle a suivi. Elle a en effet examiné, comme il lui appartenait

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de le faire, si le NPS avait été soumis à un traitement discriminatoire, en violation du droit de l'Union.

Avant de passer à l'examen du reste des moyens du pourvoi, nous voudrions faire une dernière observation. L'honnêteté nous oblige en effet à vous dire que, si vous transposiez purement et simplement la solution retenue dans l'affaire *Pinacothèque d'Athènes* à l'espèce, de sorte que l'imposition se trouverait fondée sur l'application de l'article 24 de la convention franco-coréenne, le chemin qu'il vous faudrait parcourir pour valider la solution de la cour s'en trouverait radicalement aplani. En effet, la CJUE juge que l'existence d'une atteinte à une liberté de circulation doit être appréciée en prenant en compte le régime fiscal résultant de la convention bilatérale applicable à l'affaire (14 décembre 2006 *Sté Denkavit International BV et SARL Denkavit France*, C-170/05, point 45 et jurisprudence citée) – ce qui témoigne, d'ailleurs, généralement, de ce que les juges nationaux sont invités à suivre une approche *in concreto* adaptée aux circonstances de chaque affaire. Mais, vous l'avez compris, nous ne croyons pas possible ni souhaitable d'emprunter une telle voie.

2. La suite de notre propos vous ramènera vers des enjeux plus classiques, puisqu'il concerne la mise en œuvre de l'exercice de comparaison entre le NPS et diverses catégories d'entités résidentes.

2.1. En premier lieu, le NPS soutient que la cour a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son arrêt en jugeant inopérant le moyen tiré de ce qu'il aurait fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux organismes de retraite français, tels que la caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV), l'institution de retraite complémentaire des agents non titulaires de l'Etat et des collectivités publiques (IRCANTEC) ou l'établissement de retraite additionnelle de la fonction publique (ERAFP). La cour a relevé que les dividendes perçus par les caisses de retraite françaises font l'objet d'une imposition au taux de 15% en vertu des dispositions combinées du 5 de l'article 206 et du 2° de l'article 219 bis du CGI, dans leur version issue de la loi de finances rectificative pour 2009.

La cour s'est bornée ici à reprendre la solution que vous avez dégagée à l'occasion de l'examen de la QPC qu'elle vous avait transmise. Contrairement à ce que soutient le pourvoi, la réforme intervenue en 2009, qui tire les conséquences de votre décision *Sté Stichting Unilever Pensioenfond Progress* en soumettant à l'impôt les revenus de capitaux mobiliers des organismes sans but lucratif résidents, exclut toute faculté pour les caisses de retraite d'échapper à la taxation de leurs dividendes en invoquant votre jurisprudence *CIIL / Carpa* relative aux revenus non patrimoniaux (sec, 12 février 1988, Comité intercoopératif et interprofessionnel du logement, n° 50368, au rec. ; plén. 4 juillet 2014, Carpa de Lyon et de l'Ardèche, n° 361316, au rec.)¹⁷. Au demeurant, nous doutons que cette jurisprudence ait elle-même survécu à la réforme de 2009¹⁸.

¹⁷ Nous renvoyons, sur ce point, à l'analyse développée par E. Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sur la décision rendue sur la QPC, à laquelle nous souscrivons.

¹⁸ Si la décision du 19 juillet 2017 *Ordre des avocats du barreau de Montpellier* (n° 402732, aux tables, RJF 11/17 n° 1028) en fait application à l'occasion d'un litige portant sur des années d'imposition antérieures et postérieures à la réforme de 2009, les conclusions passent cette réforme sous silence. La question tranchée, et fichée, est uniquement celle de l'éventuelle transposition de la solution spécifique aux Carpa au cas de figure dans lequel l'organisme sans but lucratif dispose de revenus patrimoniaux qu'il décide d'affecter à sa mission désintéressée, la réponse étant négative.

2.2. En deuxième lieu, le NPS soutient que la cour a commis une erreur de droit en écartant toute discrimination par rapport aux fondations reconnues d'utilité publique, lesquelles sont exonérées d'IS en vertu du 5 de l'article 206 du CGI.

Vous avez défini le cadre jurisprudentiel applicable en la matière par une décision du 7 juin 2017, *Fondation Jean et Lili Delaby*, rendue à propos d'une fondation de droit suisse (n° 389927, aux tables et à la RJF 10/17 n° 914, concl. E. Bokdam-Tognetti C 914). Vous avez jugé que, sauf à méconnaître la liberté de circulation des capitaux, le régime d'exonération propre à ces fondations ne pouvait être refusé à des organismes similaires établis dans un autre Etat membre ou en Suisse qu'à raison de l'existence d'une différence de situation objective. En vous fondant sur les dispositions de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, vous avez énoncé les critères qui justifient, aux yeux du législateur, l'exonération des fondations d'utilité publique françaises et qui doivent être mobilisés pour effectuer cet exercice de comparaison. La fondation étrangère doit établir que sa gestion présente un caractère désintéressé, qu'elle affecte de manière irrévocable ses biens, droits ou ressources à la réalisation d'activités d'intérêt général et à but non lucratif, qu'elle est soumise au contrôle des autorités publiques de son Etat d'établissement et qu'elle est administrée par un organe collégial dont la composition reflète les particularités propres à la fondation et assure une présence suffisante de représentants qualifiés de l'intérêt général.

Compte tenu de la portée de la liberté de circulation des capitaux, cette solution est transposable aux fondations coréennes. La cour, qui s'est bornée à relever que les revenus du patrimoine du NPS ne constituaient pas la source principale de financement de ses activités, n'a pas fait application de cette grille d'analyse et a ainsi entaché son arrêt de l'erreur de droit dénoncée.

Pour autant, il ne fait pas de doute que le moyen d'appel ne pouvait être accueilli, faute pour le NPS de satisfaire à la condition liée l'affectation irrévocable de biens à la réalisation de ses missions. Rappelons qu'aux termes de l'article 18 de la loi sur le développement du mécénat, la fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes décident d'une affectation de cette nature. Son article 18-1 prévoit le versement d'une dotation initiale sur une période maximum de 10 ans à compter de la reconnaissance d'utilité publique, c'est-à-dire, en pratique, à compter de la date à laquelle elle commence à déployer son activité.

La doctrine en déduit qu'il n'existe pas de fondation sans dotation constituée à son profit dès l'origine, la dotation étant inhérente à la notion même de fondation. Et les fondations ont, bien avant la loi de 1987, été considérées comme des libéralités par les juridictions judiciaires¹⁹. Il n'est, à l'évidence, pas possible d'assimiler les ressources du NPS, qui correspondent aux cotisations obligatoires versées par ses assurés ouvrant droit, dans une logique de service assurantielle, au versement ultérieur d'une pension, à la dotation, à titre libéral et à perpétuité, d'un patrimoine grevé d'une affectation désintéressée, qui est le propre des fondations.

Vous pourrez donc opérer la substitution de motifs sollicitée par le ministre sur ce point, qui se dégage de faits constants (sur la substitution dans une telle hypothèse : 18 janv. 2017, Panizza, n° 386144, au rec.).

¹⁹ N.-F. Alpi, C. Laronde-Clérac, Jcl, fasc. 10, Fondations d'utilité publique.

2.3. En troisième lieu, le NPS critique les motifs par lesquelles la cour a jugé que sa situation n'était pas comparable à celle du Fonds de réserve des retraites (FRR) qui est exonéré d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 6 de la loi du 17 juin 2001²⁰.

L'un des moyens d'erreur de droit soulevé est fondé, la cour ayant assimilé, à tort, le FRR à un fonds de dotation alors que ce type de fonds, instauré par l'article 140 de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 comme un outil de financement au service de la philanthropie et du mécénat, doit être constitué sous la forme d'une personne morale de droit privé.

Vous pourrez toutefois substituer à ce motif erroné un motif de pur droit qui justifie le dispositif de l'arrêt. Le NPS indique qu'un fonds *ad hoc* dépourvu de la personnalité morale a été constitué en son sein, afin de constituer des réserves pour assurer la pérennité du versement des prestations de retraite, dans un contexte de vieillissement de la population coréenne. Mais il n'est pas possible de comparer, comme il le réclame, sa situation avec les situations additionnées de la CNAV et du FRR. L'exercice de comparaison ne saurait être effectué, pour une personne étrangère donnée, qu'avec une catégorie homogène d'entités françaises, et non avec deux personnes morales françaises distinctes dont les caractéristiques et le régime d'imposition ne sont pas les mêmes.

2.4. En quatrième lieu, le NPS soutient que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en écartant l'argumentation selon laquelle les caisses de retraite françaises pouvaient bénéficier d'une exonération *de facto* de leurs dividendes en investissant dans des OPCVM dédiés, au motif que le NPS gèrait directement ses valeurs mobilières.

Il est vrai que cette réponse témoigne d'un esprit de synthèse avancé au regard de l'abondance de l'argumentation développée en appel. Mais elle ne nous paraît pas contestable dans la mesure où cette argumentation était, en pratique, inopérante. Le NPS se prévalait de la jurisprudence de la CJUE sanctionnant les législations nationales qui, tout en soumettant formellement à une même imposition des dividendes versés à des entités résidentes et non-résidentes, en exemptent, dans les faits, les seules entités résidentes (21 juin 2018, Fidelity Funds, C-480/16²¹). Or tel n'est pas le cas de la législation française qui ne réserve pas l'utilisation des OPC de capitalisation aux caisses de retraite françaises.

Quant à l'argumentation selon laquelle le recours par le NPS à un OPCVM dédié aurait pu être regardé comme un abus de droit par l'administration fiscale française, celle-ci est purement spéculative. Elle se réfère, en effet, uniquement à la fiche n° 10 de la carte des pratiques et montages abusifs diffusée par l'administration, qui prohibe, de manière générale, l'interposition de structures dépourvues de substance pour échapper à la retenue à la source²².

²⁰ Loi n° 2001-624.

²¹ Complétée depuis, à propos des fonds de pension, par l'arrêt précité College Pension Plan of British Columbia.

²² Sous réserve de l'examen des circonstances propres à chaque affaire, la constitution d'un OPCVM dédié ne nous semble pas, en elle-même, pouvoir être considérée comme poursuivant un but exclusivement fiscal puisqu'elle repose au premier chef sur un choix du mode de gestion des fonds, déléguée ou directe.

2.5. En cinquième lieu, le NPS critique les motifs par lesquels la cour a écarté toute discrimination par rapport aux OPCVM exonérés de retenue à la source en vertu du 2 de l'article 119 bis du CGI²³.

Dans votre décision statuant sur la QPC, vous aviez relevé que le NPS pouvait établir, s'il s'y croyait fondé, qu'il présentait des caractéristiques similaires aux OPCVM français pour bénéficier de cette exonération. Celui-ci a tenté d'effectuer cette démonstration en invoquant deux arrêts rendus par la CJUE en matière de TVA, énonçant trois critères d'assimilation d'une caisse de retraite à un fonds commun de placement, à savoir le financement par les bénéficiaires des pensions, l'investissement selon le principe de répartition des risques et le fait que les affiliés supportent le risque des investissements (7 mars 2013, *Wheels common Investment Fund Trustees e.a.*, C-424/11 ; 13 mars 2014, *ATP Pension Service A/S/Skatteministeriets*, C-464/12).

La cour de Versailles a répondu sur le terrain qui lui était proposé en jugeant que le dernier critère n'était pas satisfait. Vous n'aurez pas à vous prononcer quant à la possibilité de transposer le raisonnement suivi par la CJUE dans un contexte juridique très différent de celui de l'espèce. En effet, le pourvoi se borne à soutenir, d'une part, que l'arrêt est insuffisamment motivé, ce qui est inexact, et, d'autre part, que la cour a dénaturé les faits, moyen qui ne nous paraît pas davantage pouvoir prospérer, la seule circonstance qu'une moindre performance du fond exposait les assurés du NPS à supporter une diminution du taux de remplacement de leur pension ou une augmentation de leurs cotisations n'étant pas de nature à établir que ceux-ci supportaient un risque d'investisseur.

Aucun des moyens ne nous paraît donc devoir vous conduire à faire droit au pourvoi.

PCMNC au rejet du pourvoi.

²³ Dans sa version issue de l'article 6 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, qui tire les conséquences de l'arrêt *Santander* de la CJUE du 10 mai 2012 (C-388/11) jugeant que contraire à la liberté de circulation des capitaux la différence des régimes applicables aux dividendes de source française perçus par des OPCVM résidents (alors exonérés de retenue à la source) et non-résidents (qui y étaient assujettis).