

Olivier Debat*Professeur, Université de La Rochelle***Laurent Modave***Avocat associé, cabinet Gide, Loyrette, Nouel, Paris***I. Lois, règlements, projets de loi et de règlement***Commentaires de Laurent Modave***A. Seconde loi de finances rectificative pour 2012****Projet de loi de finances rectificative (Sénat n° 138, « Petite loi ») adopté le 31 juillet 2012**

La deuxième loi de finances rectificative pour 2012, adoptée par le Parlement le 31 juillet 2012, comporte plusieurs mesures qui concernent l'immobilier.

1°/Revenus immobiliers des non-résidents : application des prélèvements sociaux

La loi soumet les revenus immobiliers de source française des non-résidents aux prélèvements sociaux (CSG, CRDS et prélèvement social), dont le taux global est actuellement de 15,5 %. La mesure s'applique aux revenus fonciers perçus à compter du 1^{er} janvier 2012 et aux plus-values immobilières réalisées au titre des cessions intervenues à compter de la date de publication de la loi.

2°/Retenue à la source et taxe de 3 %

Afin de mettre le droit français en conformité avec le droit communautaire, à la suite de l'arrêt Santander de la Cour de justice (CJUE, 10 mai 2012, aff. C-338/11 à C-347-11, *Santander Asset Management SGIIC e. a.*), la loi exonère de retenue à la source les dividendes distribués à des OPCVM étrangers et aligne ainsi leur situation sur celle des OPCVM français. Pour compenser la perte de recettes liée à cette exonération, la loi instaure par ailleurs une contribution additionnelle à l'IS de 3 % sur les bénéfices distribués par les sociétés passibles de l'IS, à l'exception notamment des PME et des filiales membres de groupes d'intégration fiscale qui en sont exonérées.

Dans le cadre de cette réforme, des règles particulières ont été prévues pour les sociétés d'investissements immobiliers cotées (SIIC) et les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable (SPPICAV). Tout d'abord, une retenue à la source de 15 % est maintenue sur les produits distribués par les SIIC et les SPPICAV, lorsque le bénéficiaire de la distribution est un organisme de placement collectif français ou étranger, notamment un

OPCVM. Les SIIC et les SPPICAV étant exonérées d'IS, il s'agit d'éviter que leurs revenus, essentiellement tirés de la location d'immeubles situés en France, bénéficient d'une exonération d'impôt à la fois lors de leur réalisation par la société et lors de leur distribution aux actionnaires. En matière de taxe de 3 %, une exonération est prévue en faveur des filiales de SIIC ayant opté pour le régime fiscal prévu à l'article 208 C du CGI, mais les SIIC elles-mêmes y demeurent assujetties. Le principe inverse a été retenu pour les OPCVI : les SPPICAV ne sont pas concernées par la taxe, mais leurs filiales y sont en revanche soumises (sauf si elles répondent à la définition de PME communautaire).

3°/Régime mère-fille : titres détenus en stock

La loi prévoit que le régime mère-fille cesse de s'appliquer aux produits des parts de sociétés immobilières détenues en stock par des sociétés qui exercent une activité de marchand de biens. Il s'agit de lutter contre un schéma optimisant consistant, pour une société exerçant une activité de marchand de biens et ayant inscrit en stock les titres détenus, à recevoir des dividendes en exonération d'impôt sous le bénéfice du régime mère-fille et à constater à due concurrence une provision pour dépréciation de stock.

B. Résultat imposable de l'entreprise**Plus-values de cession d'immeubles : article 210 F du CGI****Décret n° 2012-538 du 6 avril 2012, JO 22 avril 2012, p. 7220**

Ce décret précise les modalités d'application de l'article 210 F du CGI, issu de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011, qui prévoit la taxation au taux réduit de 19 % des plus-values nettes constatées par les personnes morales soumises à l'IS, entre le 1^{er} janvier 2012 et le 31 décembre 2014, à l'occasion de la cession d'immeubles de bureaux et de locaux à usage commercial destinés à être transformés en immeubles d'habitation dans un délai de trois ans. Comme pour l'application de l'ancien article 210 E, il est prévu que l'engagement de transformation pris par la société cessionnaire doit figurer dans l'acte de vente. Le cédant et le cessionnaire doivent en outre joindre une copie de cet engagement à la déclaration de résultat déposée au titre de l'exercice au cours duquel est réalisée la cession. Le décret précise enfin le formalisme à respecter en cas de fusion-absorption de la société cessionnaire au cours du délai de trois ans.

II. Doctrine administrative

Commentaires de Laurent Modave

A. Plus-values immobilières des particuliers

Derniers aménagements : commentaires administratifs

Instr. 17 avril 2012, BOI 8 M-3-12, 19 avril 2012

Cette importante instruction commente les nombreux aménagements législatifs apportés en 2011 au régime fiscal des plus-values immobilières des particuliers. Parmi les apports de cette instruction, d'utiles précisions sont apportées quant à la portée de la nouvelle exonération des plus-values en cas de première cession d'un logement, par une personne qui n'est pas propriétaire de sa résidence principale, sous condition de rempli de tout ou partie du prix de vente à l'acquisition ou à la construction d'un logement affecté à son habitation principale.

B. Investissement locatif, revenus fonciers, crédits d'impôts

1°/Investissement locatif : réduction d'impôt Scellier

Instr. 17 avril 2012, BOI 5 B-19-12, 27 avril 2012

Instr. 6 avril 2012, BOI 5 B-20-12, 27 avril 2012

Une instruction du 17 avril 2012 commente l'ensemble des aménagements apportés par la loi de finances pour 2012 au dispositif « Scellier » pour sa dernière année d'application. L'instruction précise notamment le régime applicable aux campagnes de souscription de parts de SCPI, qui ne doivent pas excéder une période de douze mois. En complément, une seconde instruction commente les aménagements apportés au dispositif par la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 en ce qui concerne les investissements locatifs réalisés dans les départements et collectivités d'outre-mer.

2°/Location meublée non professionnelle (LMNP) : réduction d'impôt Censi-Bouvard

Instr. 30 mars 2012, BOI 5 B-16-12, 3 avril 2012

La loi de finances pour 2012 a prorogé le bénéfice de la réduction d'impôt pour les logements acquis jusqu'au 31 décembre 2014, à condition que les investissements concernés aient été engagés avant le 1^{er} janvier 2012. Cette instruction précise les conditions et modalités d'application de la prorogation du dispositif.

C. Résultat imposable de l'entreprise

1°/Régime fiscal des SPPICAV : conditions de l'exonération d'IS

Instr. 8 mars 2012, BOI 5 I-4-12, 21 mars 2012

Instr. 15 juin 2012, BOI 5 I-5-12, 20 juin 2012

L'administration fiscale vient de préciser pour la première fois les conditions auxquelles elle entendait subor-

donner l'exonération d'IS des SPPICAV. Ces commentaires étaient très attendus, car la loi elle-même est particulièrement concise sur ce point. L'article 208, 3^o *nonies* du CGI énonce en effet, sans autre précision, que l'exonération d'IS bénéficie aux « SPPICAV régies par les articles L. 214-89 et suivants du code monétaire et financier ». Dans une première instruction en date du 8 mars 2012, consacrée à la suppression de l'abattement de 40 % sur les dividendes de SPPICAV, l'administration rappelle que l'exonération d'IS dont bénéficient les SPPICAV porte sur l'intégralité des revenus et produits de la société sous réserve, précise-t-elle, « qu'elle respecte les obligations de distribution prévues » par le code monétaire et financier. Cette rédaction pouvait suggérer que le respect des obligations de distribution constituait la seule exigence à laquelle est tenue une SPPICAV pour bénéficier de l'exonération d'IS.

Mais une instruction du 15 juin 2012, publiée sous l'intitulé « Erratum et complément à l'instruction du 8 mars 2012 », indique que les précisions figurant sur ce point dans l'instruction de mars sont rapportées et remplacées par le commentaire suivant : « Cette exonération porte sur l'intégralité des résultats que réalisent les SPPICAV, à la condition qu'elles respectent les conditions d'agrément, d'investissement et de fonctionnement prévues aux articles L. 214-89 et suivants du code monétaire et financier, notamment le respect des obligations de distribution ». Pareille exigence ne figure pas, en tout cas dans ces termes, dans le CGI. Mais l'analyse de l'administration repose sur une interprétation des dispositions de l'article 208, 3^o *nonies* du CGI. Selon elle, dès lors que l'exonération bénéficie aux SPPICAV « régies par » les articles L. 214-89 et suivants du code monétaire et financier, seules peuvent prétendre à l'exonération d'IS les SPPICAV respectant l'ensemble des règles légales et réglementaires régissant ces sociétés. *A contrario*, l'instruction suggère ainsi que le non-respect par une SPPICAV des conditions d'agrément ou des règles d'investissement et de fonctionnement auxquelles elle est soumise, est de nature à remettre en cause l'exonération d'IS dont elle bénéficie.

On peut comprendre que l'administration fiscale attache une grande importance au respect des aspects essentiels du régime juridique des SPPICAV : objet légal, composition de l'actif, quota d'actifs immobiliers de 60 % et obligations de distribution. Mais l'exigence de conformité aux dispositions légales et réglementaires, formulée dans l'instruction de façon très générale, semble absolue. Il faut souhaiter que l'instruction fiscale à paraître sur le régime fiscal des SPPICAV nuance cette approche et que la déchéance du régime fiscal ne soit effectivement encourue qu'en cas de manquements graves, répétés ou volontaires aux dispositions légales ou réglementaires régissant les OPCI.

2°/Régime SIIC : conséquences pour une filiale d'une sortie du régime SIIC

RES n° 2012/32 (FE), 24 avril 2012

Pour bénéficier de l'exonération d'IS prévue à l'article 208 C du CGI, une filiale doit être détenue à hauteur de 95 % au moins par une SIIC ou par plusieurs SIIC. Dans un rescrit du 23 février 2010 (RES n° 2010/08), l'administration avait confirmé que la cession par une

SIIC des titres de sa filiale à une autre SIIC n'entraînait pas la sortie du régime SIIC de la filiale concernée, dès lors que celle-ci demeurait détenue, après cession, à hauteur de 95 % au moins par une SIIC.

Cette nouvelle décision de rescrit envisage cette fois l'hypothèse dans laquelle le cessionnaire n'est pas une SIIC. Dans ce cas, la condition de détention à hauteur de 95 % n'est plus respectée et la filiale perd par conséquent le bénéfice de l'exonération d'IS. Selon l'administration, si cette sortie du régime intervient dans les dix ans de l'option, la filiale encourt également les sanctions prévues au IV de l'article 208 C en cas de non-respect des conditions d'application du régime par la SIIC elle-même. Ces conséquences sont l'imposition immédiate des résultats exonérés non encore distribués et la taxation au taux de 25 % des plus-values latentes acquises depuis l'entrée dans le régime, après application d'un abattement pour durée de détention de 10 % par an. De façon rigoureuse, l'administration considère que ces deux sanctions s'appliquent même si la sortie de la filiale n'est pas concomitante à celle de la SIIC qui la détient.

3°/Promoteurs immobiliers : traitement fiscal des frais de commercialisation des VEFA

RES n° 2012/23 (FE), 27 mars 2012

Le traitement fiscal des commissions versées aux intermédiaires pour la commercialisation en VEFA des programmes immobiliers oppose l'administration et les professionnels. Selon les promoteurs, les frais de commercialisation des VEFA constituent, lors de leur versement, des charges constatées d'avance, dont la déduction n'est opérée qu'au fur et à mesure de la constatation du chiffre d'affaires des VEFA qui intervient soit à l'achèvement, soit à l'avancement, selon la méthode retenue par le promoteur.

L'administration conteste, pour sa part, cette pratique et a procédé à une série de redressements. Selon elle, ces frais ne répondent pas à la définition de charges constatées d'avance. Ils doivent dès lors être déduits par le promoteur dès leur engagement, sans attendre la reconnaissance du chiffre d'affaires correspondant. En pratique, les rectifications opérées sont très pénalisantes lorsque l'engagement des frais de commercialisation est intervenu au cours d'un exercice prescrit, car la faculté de déduction par le promoteur est alors en principe perdue. Par cette décision de rescrit, l'administration admet toutefois d'abandonner les redressements relatifs à des frais de commercialisation engagés au cours d'exercices prescrits, à condition toutefois que la société se conforme aux règles de rattachement préconisées par l'administration s'agissant des frais engagés au titre d'exercices clos à compter du 27 septembre 2011. Par souci d'équité, les sociétés qui n'ont pas été redressées peuvent également se prévaloir de cette tolérance.

4°/Plus-values d'échange de biens immobiliers : report d'imposition

Instr. 15 mars 2012, BOI 4 B-2-12, 23 mars 2012

Cette instruction commente les dispositions de l'article 238 octies C du CGI, introduit par la dernière loi de

finances rectificative pour 2011, qui instaure un mécanisme de report ou d'étalement d'imposition des plus-values réalisées par les entreprises à l'occasion d'opérations d'échange de biens immobiliers effectuées avec l'État, les collectivités territoriales et certains établissements publics ou associations en vue de la réalisation d'ouvrages d'intérêt collectif.

III. Jurisprudence

A. Imposition sur le revenu

Commentaires de Laurent Modave

Plus-values immobilières : aliénation partielle d'un terrain

CE, 9^e et 10^e ss.-sect., 12 avril 2012, requête n° 325978, Kadji

Le litige portait sur les modalités de détermination du prix d'acquisition d'un terrain pour le calcul de la plus-value imposable. Un contribuable avait acquis un terrain constructible et y avait fait édifier un immeuble, avant de revendre quelques années plus tard une parcelle de ce terrain avec la construction qu'il portait. La construction ayant absorbé la totalité des droits à construire attachés au terrain, la parcelle conservée par le propriétaire était inconstructible et n'avait de ce fait qu'une faible valeur. Le contribuable avait par conséquent considéré, pour le calcul de sa plus-value imposable, que le prix d'acquisition de la parcelle cédée était proportionnellement plus élevé que celui de la parcelle de terrain conservée. L'administration fiscale a estimé que, par cette ventilation non proportionnelle du prix d'acquisition, le contribuable avait indûment minoré le montant de sa plus-value imposable.

Le Conseil d'État a jugé que les circonstances invoquées par le contribuable ne pouvaient influencer sur le prix d'acquisition de la parcelle cédée, dès lors qu'elles sont postérieures à la date d'acquisition. Le calcul du prix d'acquisition de la parcelle vendue devait par conséquent être effectué au prorata des surfaces respectives de la parcelle vendue et de la parcelle conservée. Cette solution, rendue pour l'application d'un régime aujourd'hui abrogé, conserve toute sa portée pour l'application du régime actuel.

B. Résultat imposable de l'entreprise

1°/Location de locaux aménagés : notion

CE, 10^e et 9^e ss.-sect., 16 mai 2012, n° 323079, M. et Mme d'Arras, JurisData n° 2012-010509 ; Droit fiscal 2012, n° 29, comm. 380, note L. Chatain, commentaire d'Olivier Debat

Une SNC avait donné en sous-location à une société des locaux à usage de stockage. Le contrat avait été qualifié par les parties de « location de locaux aménagés ». Par suite, la SNC avait déclaré un bénéfice industriel et commercial (BIC), en l'espèce un déficit. À la suite d'une vérification de comptabilité, l'administration contesta la

qualification du bénéfice, pour lui appliquer le régime des bénéfices non commerciaux (BNC), s'agissant, selon elle, d'un immeuble sous-loué nu.

Le juge lui donne satisfaction. Si l'immeuble à usage de stockage contenait certains agencements, tels que des bureaux équipés de vestiaires ou encore des modules de stockages (« racks »), le Conseil d'État décide que les juges du fond n'ont pas, en l'absence de dénaturation, commis d'erreur de qualification en estimant qu'en l'absence de matériel de manutention la location ne comportait pas l'essentiel du matériel nécessaire à l'exploitation d'une entreprise de stockage. Il s'agissait donc de BNC et non de BIC.

L'arrêt amène à rappeler que la qualification du revenu imposable dépend de la qualification de la location¹.

Lorsque le bien est loué nu, il s'agit de revenus fonciers (CGI, art. 14 s.). Ces derniers proviennent de la location d'immeubles, qu'il s'agisse de propriétés bâties ou de propriétés non bâties, d'immeubles urbains ou ruraux. Sous réserve de cas particuliers, les locations concernées sont celles qui sont consenties directement par une personne physique ou *via* une société semi-transparente dont l'objet sera la gestion locative du patrimoine immobilier. Lorsque le bien est loué équipé – c'est-à-dire muni de l'essentiel du mobilier et du matériel nécessaires à son exploitation (Conseil d'État, 31 mai 1972, n° 81668) –, les revenus issus de la location sont considérés comme des bénéfices industriels et commerciaux (CGI, art. 35). Lorsque le bien est donné en sous-location, comme c'est le cas en présence d'un bien pris en crédit-bail par la société bailleuse, la taxation à l'impôt sur le revenu s'effectue dans la catégorie des bénéfices non commerciaux s'il s'agit d'une sous-location d'un immeuble nu (CGI, art. 92), et dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux s'il s'agit d'une sous-location d'un immeuble meublé ou équipé.

2°/Bail à construction : exonération des biens remis gratuitement au bailleur en fin de bail

CE, 3^e et 8^e ss.-sect., 26 mars 2012, requête n° 340883, Sté Casino Guichard-Perrachon, commentaire de Laurent Modave

Lorsque le prix d'un bail à construction consiste, en tout ou partie, dans la remise au bailleur des constructions érigées sur son terrain par le preneur, l'article 33 *ter* du CGI prévoit que le bénéfice qui en résulte pour le bailleur doit être calculé d'après le prix de revient des biens qui lui ont été remis à l'expiration du bail. En outre, la remise au bailleur des constructions à l'expiration du bail n'entraîne aucune imposition pour ce dernier lorsque la durée du bail à construction a été au moins égale à 30 ans.

Dans cette affaire, relative à un bail à construction d'une durée de 30 ans, l'administration s'était opposée au bénéfice de l'exonération d'impôt, au motif que le bailleur

avait comptabilisé les constructions reçues en fin de bail à leur valeur vénale, et non à leur prix de revient comptable. Le Conseil d'État a au contraire estimé que le bailleur pouvait prétendre au bénéfice de l'exonération d'impôt, dans la limite du prix de revient des constructions qui lui ont été remises, sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'il aurait comptabilisé ces constructions à leur valeur vénale, dès lors qu'aucune exigence relative au mode de comptabilisation des biens ne figure à l'article 33 *ter*. L'arrêt laisse en suspens la question du traitement fiscal de la différence entre la valeur vénale et le prix de revient des biens remis gratuitement en fin de bail.

3°/Marchands de biens : traitement fiscal d'une indemnité d'éviction

CE, 9^e et 10^e ss.-sect., 28 mars 2012, n° 318830, Sté AFG, commentaire de Laurent Modave

Le Conseil d'État s'est prononcé à plusieurs reprises sur le régime applicable aux indemnités d'éviction versées aux occupants d'un immeuble lorsque celui-ci constitue une immobilisation. Il considère que l'indemnité constitue un élément du prix de revient de l'immeuble, qu'elle soit versée au locataire lors de l'acquisition de l'immeuble (CE, 19 décembre 1975, n° 96829) ou lors de sa vente (CE, 5 octobre 1988, n° 61841).

La question inédite tranchée par le Conseil d'État dans cette affaire portait sur le régime applicable lorsque l'immeuble fait partie du stock, et non de l'actif immobilisé de l'entreprise. En l'espèce, un marchand de biens avait versé une indemnité d'éviction à l'occupant d'un immeuble qu'il avait acheté en vue de la revente, afin d'obtenir le départ anticipé de ce dernier. S'appuyant sur les dispositions de l'article 38 *nonies* de l'annexe III au CGI, le Conseil d'État juge qu'une telle indemnité constitue un élément du coût de revient du stock, et non une charge dès lors qu'elle contribue à l'accroissement de la valeur du stock.

C. Taxe sur la valeur ajoutée

Commentaire de Laurent Modave

Indemnité contractuelle versée à un marchand de biens

CE, 8^e et 3^e ss.-sect., 24 avril 2012, n° 342026, SARL Actimo

Pour faire face aux défaillances éventuelles de ses clients ayant souscrit des emprunts immobiliers, une banque avait conclu avec un marchand de biens une convention aux termes de laquelle ce dernier s'engageait, à l'occasion de ventes aux enchères portant sur les biens grevés de sûretés au bénéfice de la banque, à faire monter les enchères et, en l'absence d'acquéreur, à devenir adjudicataire. La convention fixait les conditions d'indemnisation du marchand de biens par la banque en cas de pertes résultant de ces opérations.

Le Conseil d'État juge dans cette affaire que l'« indemnité » versée au marchand de biens doit être soumise à la TVA, nonobstant la qualification retenue par les parties

1 Voir O. Debat, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, coll. Cours, LMD, 2010, spéc. n° 118 et n° 135.

(CE, 15 décembre 2000, n° 194696, *Polyclad Europe*), dès lors qu'elle ne peut être regardée comme la réparation d'un préjudice subi par le marchand de biens, mais constitue la contrepartie de prestations individualisées rendues par ce dernier à la banque, à l'occasion de chaque opération, en la garantissant de tout risque économique. En outre, elle approuve le raisonnement de la cour d'appel qui avait, en présence d'une opération purement immobilière, refusé d'appliquer l'exonération prévue à l'article 261 C du CGI en faveur des opérations de garantie de crédit.

D. Fiscalité des non-résidents

Commentaires de Laurent Modave

1°/Plus-values immobilières des non-résidents : le prélèvement de l'article 244 bis A du CGI est-il conforme au droit communautaire ?

TA Montreuil, 10^e ch., 8 décembre 2011, n° 11040045, M^{me} Beaufour

CAA Versailles, 6^e ch., 7 juin 2012, n° 11VE03611

De nombreux contentieux ont été introduits devant les juridictions administratives par des résidents d'États tiers à l'Union européenne concernant le taux du prélèvement qui frappe les plus-values immobilières réalisées en France. Ces contentieux trouvent leur origine dans la différence de traitement dont ces derniers font l'objet par rapport aux résidents français et aux résidents communautaires. Le prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI est en effet perçu au taux de 33,1/3 % lorsque le cédant est résident d'un État tiers, alors qu'il n'est que de 19 % pour les personnes physiques résidentes d'un État membre de l'Union européenne. La situation de ces dernières est en effet alignée sur celle des résidents français, dont les plus-values immobilières sont soumises à l'impôt sur le revenu au taux proportionnel de 19 % et aux prélèvements sociaux (auxquels les non-résidents n'étaient pour leur part pas soumis jusqu'à la deuxième loi de finances rectificative pour 2012 – Cf. I. du présent numéro).

Plusieurs juridictions du fond ont fait droit aux demandes des contribuables et ont ordonné la restitution de la différence entre le prélèvement de 33,1/3 % et l'impôt au taux de 19 %² qui aurait été appliqué si le cédant avait été résident français. Ces décisions reposent, selon le cas, soit sur la clause de non-discrimination contenue dans la convention fiscale applicable³, soit sur la contrariété de la législation française à la libre circulation des capitaux prévue par l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui est applicable dans les relations entre les États membres et les pays tiers (TA Montreuil, 10^e ch., 25 février 2011, n° 0904837).

2 Le taux était de 16 % avant le 1^{er} janvier 2011.

3 S'agissant par exemple de la Suisse, V. notamment : TA Montreuil, 1^{er} juillet 2011, n° 1001159 ; CAA Versailles, 6^e ch., 19 janvier 2012, n° 11VE00789 ; CAA Versailles, 6^e ch., 21 juillet 2011, n° 10VE0410 ; CAA Versailles, 6^e ch., 22 mars 2012, n° 11VE02294 ; CAA Paris, 9^e ch., 31 mai 2012, n° 10PA04737.

Dans une nouvelle affaire soumise au tribunal administratif de Montreuil, où était en cause le principe de libre circulation des capitaux, l'administration invoquait la clause de gel (ou clause de *stand-still*) prévue à l'article 64 du TFUE pour tenter de faire échec à la requête du contribuable. La clause de gel permet le maintien, à l'encontre des résidents d'États tiers, des restrictions aux mouvements de capitaux qui existaient déjà le 31 décembre 1993, lors de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Ce droit n'est toutefois reconnu aux États membres qu'en ce qui concerne les mouvements de capitaux impliquant des investissements directs.

La résolution du litige supposait donc de déterminer si un investissement immobilier constitue un investissement direct. Tant la Cour de justice que le Conseil d'État ont admis que des investissements immobiliers puissent constituer des investissements directs, mais sans toutefois définir de grille d'analyse⁴.

S'appuyant sur la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 relative à la mise en œuvre de l'article 67 du TFUE ainsi que sur un avis du Conseil d'État du 23 mai 2011⁵, le tribunal administratif de Montreuil, dont la décision doit être lue à la lumière des conclusions de son rapporteur public, a considéré, et c'est là le principal intérêt de la décision, que les investissements immobiliers effectués sur le territoire national par des non-résidents dans un but patrimonial n'ont pas pour but de créer des liens économiques durables, ni de permettre une prise de contrôle, et qu'en l'absence de dimension économique, ils ne constituent pas des investissements directs. Le tribunal en a déduit que la clause de gel ne s'appliquait pas et a donc fait droit à la demande du contribuable.

Cette solution, qui s'inscrit dans la continuité d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 7 octobre 2011⁶, devra être confirmée car, pour sa part, le Conseil d'État, dans la seule décision qui aborde cette question, ne s'est pas intéressé aux motifs ou aux caractéristiques de l'investissement immobilier pour décider qu'il s'agissait d'un investissement direct⁷. Quant aux juridictions du fond, elles sont aujourd'hui partagées sur cette question.

Pour l'application de l'article 164 C du CGI relatif à la taxation forfaitaire des non-résidents détenant une habitation en France, la cour administrative d'appel de Marseille a en effet jugé à plusieurs reprises que l'acquisition par des ressortissants de l'Union européenne domiciliés à Monaco d'un bien immobilier en France, qui n'a pas été effectuée en vue de l'exercice d'une activité économique, ne constitue pas un investissement direct au sens de la clause de gel de l'article 64 du TFUE⁸.

4 CJUE, 3^e ch., 5 mai 2011, aff. C-384/09, *Prunus SARL* ; CE, 9^e et 10^e s.-s., 28 juillet 2011, n° 322672, *Holzer*.

5 Avis CE, 9^e et 10^e s.-s., 23 mai 2011, n° 344678 à 344687, *Sté Santander Asset Management SGIIC SA*.

6 CAA Paris, 7^e ch., 7 octobre 2011, n° 09PA04989.

7 Arrêt *Holzer* précité.

8 CAA Marseille, 4^e ch., 13 mars 2012, n° 09MA00500 ; CAA Marseille, 4^e ch., 24 avril 2012, n° 08MA04100 ; CAA Marseille, 4^e ch., 22 mai 2012, n° 11MA03615.

Dans un arrêt du 7 juin 2012, la cour administrative d'appel de Versailles a au contraire décidé, pour l'application de l'article 244 *bis* A, que des biens immobiliers détenus directement constituent des investissements directs permettant à la France d'appliquer la clause de gel et faisant obstacle à l'application du principe de libre circulation des capitaux. Il faut souhaiter que le Conseil d'État sera saisi d'un pourvoi en cassation dans cette affaire.

2°/Plus-values immobilières des non-résidents : notion de cession pour l'application du prélèvement de l'article 244 bis A du CGI

CE, 9^e et 10^e ss.-sect., 21 mars 2012, requête n° 340245, SCI du 14 rue de la Ferme

Le litige portait sur l'interprétation de la notion de « cession » pour l'application du prélèvement du tiers prévu à l'article 244 *bis* A du CGI. Était en cause le transfert d'un immeuble appartenant à une société immatriculée à Guernesey à une SCI française, consécutive à la dissolution de la société anonyme de droit guernesiais et à la création simultanée de la SCI. Conformément à la doctrine administrative⁹ et dans le prolongement d'une solution antérieure rendue dans un contexte similaire pour l'application du régime des plus-values professionnelles¹⁰, le Conseil d'État juge que le transfert de propriété d'actifs immobiliers, même non assorti du versement d'un prix, réalisé, lors de sa dissolution, par une société dont le siège social est situé hors de France au profit d'une autre société constitue une cession pour l'application de l'article 244 *bis* A du CGI.

E. Droits d'enregistrement

Commentaires de Laurent Modave

1°/Bail à construction : conséquences d'une cession du terrain au preneur

Cass. com., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.978, Sté Arc

La Cour de cassation se prononce pour la première fois sur les conséquences, en matière de droits d'enregistrement, d'une cession d'un bail à construction par un bailleur au preneur. S'appuyant sur les dispositions de l'article 1300 du code civil, la Cour juge que la confusion en la personne du preneur des qualités de preneur et de bailleur qui en résulte n'entraîne pas la résiliation anticipée du bail, mais son extinction par confusion, de sorte qu'aucun transfert de la propriété des constructions ne se produit entre le patrimoine du preneur et celui du bailleur. La valeur des constructions ne doit donc pas être prise en compte dans l'assiette des droits d'enregistrement. Cette solution est à rapprocher de celles rendues, en matière d'impôts directs, par le Conseil d'État qui juge au

contraire de façon constante que la cession produit dans une telle hypothèse les mêmes effets qu'une résiliation amiable tacite du bail impliquant la remise des immeubles au bailleur préalablement à la vente, de sorte que la valeur de ces derniers constitue pour lui un revenu foncier taxable¹¹.

2°/Taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles

Cass. com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-12.456, Sté Fimonas Immo

Les immeubles affectés par une société à sa propre exploitation ne sont pas pris en compte pour apprécier si une société est à prépondérance immobilière en France et si, à ce titre, elle est soumise à la taxe de 3 %. La Cour de cassation juge en l'espèce qu'une société étrangère qui détient pour seul actif français un immeuble affecté à une activité de loueur en meublé est une société à prépondérance immobilière assujettie à la taxe de 3 %. Cette solution est à rapprocher de celle où il a été jugé qu'un immeuble donné en location par un simple bail commercial ne peut pas être considéré comme affecté à une activité autre qu'immobilière¹².

F. Droit répressif fiscal

Commentaire de Laurent Modave

Redevance pour création de bureaux en IDF : sanctions

Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, Sté Unibail Rodamco

Le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel le 16 janvier 2012 une QPC relative à l'article L. 520-11 du code de l'urbanisme, qui renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer les majorations applicables en matière de redevance pour création de bureaux en Île-de-France. Ces majorations sont particulièrement élevées. Les infractions à la réglementation sont en effet sanctionnées par une majoration égale à 100 % du montant de la redevance édue. Quant aux retards de paiement, ils donnent lieu à une majoration de 1 % par mois.

Le Conseil constitutionnel considère que l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire de fixer les majorations applicables ne contrevient pas aux dispositions de la Constitution, notamment son article 34 définissant les compétences du législateur, dès lors que ce dernier a suffisamment encadré la compétence réglementaire, en prévoyant un plafond pour chacune des deux majorations. Le Conseil constitutionnel se déclare en revanche incompétent pour apprécier la conformité de la majoration de 100 % aux exigences de l'article 8 de la déclaration de 1789, selon lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », dans la mesure où cette sanction, bien qu'encadrée par la loi, découle d'un texte de caractère réglementaire.

9 Instr. 18 mai 2000, 8 M-2-00, 25 mai 2000.

10 CE, 9^e et 10^e ss.-s., 27 mai 2002, n° 125959, Sté Superseal Corporation.

11 CE, 3^e s.-s., 21 décembre 2007, n° 289807, Rheims.

12 Cass. com., 13 février 2007, n° 04-11.726.