

## Liberté de circulation des capitaux

### 341 Prélèvement d'un tiers sur les plus-values immobilières des non-résidents (CGI, art. 244 bis A) : restriction à la liberté de circulation des capitaux (oui) ; application de la clause de gel (non)

Le tribunal administratif de Montreuil reconnaît le caractère discriminatoire de l'imposition prévue à l'article 244 bis A du CGI et, rappelant que la clause de gel n'est applicable qu'aux mouvements de capitaux impliquant des investissements directs, considère qu'il ressort de la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CE du Conseil du 24 juin 1988 que les investissements immobiliers effectués sur le territoire national par des non résidents ne sont pas des investissements directs, et qu'il en est de même des investissements immobiliers effectués par des personnes physiques non résidentes par l'intermédiaire d'une société civile immobilière. Ainsi, la restriction aux mouvements de capitaux résultant de la taxation de la plus-value intervenue à la suite d'un tel investissement immobilier n'affecte pas des mouvements de capitaux en provenance de pays tiers impliquant un investissement direct ; par suite, la clause de gel ne fait pas obstacle à l'application de l'interdiction des restrictions à la liberté de circulation des capitaux.

TA Montreuil, 10<sup>e</sup> ch., 8 déc. 2011, n° 1104045, M<sup>me</sup> Beaufour, concl. N. Peton-Philippot : JurisData n° 2011-027322

#### Sur les conclusions à fin de restitution :

Sur le terrain de la loi :

● Considérant d'une part, qu'aux termes de l'article 224 bis A du Code général des impôts, dans sa rédaction applicable : « 1.-1. Sous réserve des conventions internationales, les plus-values, telles que définies aux e bis et e ter du I de l'article 164 B, réalisées par les personnes et organismes mentionnés au 2 du I lors de la cession des biens ou droits mentionnés au 3 sont soumises à un prélèvement selon le taux fixé au deuxième alinéa du I de l'article 219 (...) 2. Sont soumis au prélèvement mentionné au 1 : (...) c) Les sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 ter dont le siège social est situé en France, au prorata des droits sociaux détenus par des associés qui ne sont pas domiciliés en France ou dont le siège social est situé hors de France (...) 3. Le prélèvement mentionné au 1 s'applique aux plus-values résultant de la cession : a) De biens immobiliers ou de droits portant sur ces biens (...) » ; qu'aux termes de l'article 219 de ce code : « (...) Le taux normal de l'impôt est fixé à 33,1/3 % (...) » ;

● Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 150 U : « I. – Sous réserve des dispositions propres aux bénéficiaires industriels et commerciaux, aux bénéficiaires agricoles et aux bénéficiaires non commerciaux, les plus-values réalisées par les personnes physiques ou les sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 ter, lors de la cession à titre onéreux de biens immobiliers bâtis ou non bâtis ou de droits relatifs à ces biens, sont passibles de l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues aux articles 150 V à 150

VH (...) » ; qu'aux termes de l'article 200 B : « Les plus-values réalisées dans les conditions prévues aux articles 150 U à 150 UC sont imposées au taux forfaitaire de 16 %. Elles sont imposées au taux d'un tiers lorsqu'elles sont dues : a. par des associés de sociétés ou groupements dont le siège est situé en France et qui relèvent des articles 8 à 8 ter et par des porteurs de parts de fonds de placement immobilier mentionnés à l'article 239 nonies qui ne sont pas fiscalement domiciliés ou n'ont pas leur siège social dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale (...) » ;

● Considérant qu'il résulte de l'instruction que, M<sup>me</sup> Anne Beaufour résidente suisse, est associée de la SCI Berdi, laquelle a cédé le 26 novembre 2009 un bien immobilier situé 67, 69 et 71 rue Claude Bernard à Paris ; qu'au titre de cette cession, la requérante a acquitté un prélèvement sur les plus-values au taux de 33,1/3 %, conformément aux dispositions de l'article 244 bis A de ce code ;

Sur le terrain du droit communautaire :

Sur le caractère discriminatoire de l'imposition prévue à l'article 244 bis A du Code général des impôts :

● Considérant qu'aux termes de l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne : « 1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites (...) » ; qu'aux termes de l'article 58 de ce traité : « 1. L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres : a) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique. (...) 3. Les mesures et procédures visées aux paragraphes 1 et 2 ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56 » ;

● Considérant que les résidents d'États tiers et les résidents d'États membres de l'Union européenne, qu'ils soient résidents français ou non, se voient appliquer un taux d'imposition respectivement de 33,1/3 % et de 16 % sur les plus-values immobilières réalisées en France, en application des dispositions précitées du Code général des impôts que, cependant, la circonstance que les contribuables soient résidents d'un État membre ou d'un État tiers n'a pas de conséquence sur la détermination de la base imposable, qu'il s'agit de la même imposition, qu'elle ne porte que sur une seule catégorie de revenus et, enfin, que l'État membre source du revenu imposable est, dans les deux cas, la France ; qu'ainsi, un résident d'un État tiers et un résident d'un État membre

se trouvent dans une situation objectivement comparable au regard de l'imposition en litige ; que l'Administration ne peut utilement soutenir que les résidents français sont soumis à la contribution sociale généralisée et à la contribution au remboursement de la dette sociale sur la même base de sorte qu'ils seraient placés dans une situation objectivement différente de celle des résidents d'États tiers, dès lors que ces contributions sociales ne concernent que les contribuables affiliés à la sécurité sociale et constituent une imposition différente qui obéit à une finalité spécifique ; que, dès lors, la différence de traitement, qui conduit à imposer différemment les plus-values de cession de bien immobilier réalisées en France selon qu'elles ont été obtenues par des résidents d'États tiers ou par des résidents d'États membres, ne peut être regardée comme correspondant à une simple technique d'imposition différente ; qu'elle présente ainsi un caractère discriminatoire et constitue, par là même, une restriction aux mouvements de capitaux entre les États membres et les États tiers prohibée par l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne ;

● Considérant qu'ainsi que cela a été dit, un résident d'un État tiers et un résident d'un État membre de l'Union européenne se trouvent dans une situation objectivement comparable au regard de l'imposition en litige ; que, par suite, le a) de l'article 58 précité ne permet pas d'écarter le caractère discriminatoire de cette imposition ; qu'en outre la différence de taux d'imposition en litige ne peut être regardée comme une mesure indispensable à la lutte contre les infractions en matière fiscale, ce que d'ailleurs l'Administration n'allègue pas ; que, par suite, le b) de l'article 58 précité ne permet pas davantage d'écarter le caractère discriminatoire de l'imposition ;

Sur l'applicabilité de la clause de gel prévue à l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne :

● Considérant qu'aux termes de l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne : « I. L'article 56 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit communautaire en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux (...) » ;

● Considérant qu'il résulte de ces stipulations que la clause de gel qu'elles prévoient n'est applicable qu'aux mouvements de capitaux impliquant des investissements directs ; qu'il ressort de la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CE du Conseil du 24 juin 1988 sur la mise en œuvre de l'article 67 du traité instituant la Communauté européenne que les investissements immobiliers effectués sur le territoire national par des non résidents ne sont pas des investissements directs au sens de l'article 57 précité ; qu'il en est de même des investissements immobiliers effectués par des personnes physiques non résidentes par l'intermédiaire d'une société civile immobilière ; qu'ainsi la restriction aux mouvements de capitaux résultant de la taxation de la plus-value intervenue à la suite d'un tel investissement immobilier n'affecte pas des mouvements de capitaux en provenance de pays tiers impliquant un investissement direct au sens de l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne ; que, par suite et contrairement à ce que fait valoir l'Administration, la clause de gel prévue par ces stipulations ne fait pas obstacle à l'application de l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne à l'imposition des plus-values immobilières prévue par les dispositions de l'article 244 bis A du Code général des impôts ;

● Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'imposition en litige constitue une restriction aux mouvements de capitaux entre les États membres de l'Union européenne et les États tiers prohibée par l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne ; que M<sup>me</sup> Beaufour est ainsi fondée à demander la restitution de la différence entre la cotisation acquittée sur la plus-value de cession de bien en litige au titre du prélèvement de 33,1/3 % prévu à l'article 244 bis A du Code général des impôts et la cotisation résultant de l'application du taux de 16 % à la même base ;

(...)

## CONCLUSIONS

I – M<sup>me</sup> Beaufour, résidente suisse associée à hauteur de 10 % du capital de la SCI Berdi, a procédé le 26 novembre 2009 à la vente d'un bien situé à Paris. La plus-value immobilière nette imposable générée par cette opération a été soumise au prélèvement du tiers, en application des dispositions de l'article 244 bis A du CGI.

Considérant que le taux d'imposition qui lui a été appliqué est discriminatoire au regard des dispositions de l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 56 TCE), et des stipulations de la convention franco-suisse, M<sup>me</sup> Beaufour vous demande de prononcer la décharge partielle de cette imposition.

Il nous apparaît inutile de consacrer de longs développements à la question de la méconnaissance de la liberté de circulation des capitaux dès lors que votre jurisprudence s'agissant des plus-values immobilières est désormais balisée.

Par plusieurs décisions récentes, vous avez en effet jugé que le taux du tiers retenu par les dispositions de l'article 244 bis A du CGI pour l'imposition des plus-values résultant de la cession, par des résidents d'États tiers, d'un bien immobilier situé en France est discriminatoire et constitue au regard du droit communautaire une atteinte à la libre circulation des capitaux (*TA Montreuil*, 10<sup>e</sup> ch., 25 févr. 2011, n° 0904837, M<sup>me</sup> Theriault : *Dr. fisc* 2011, n° 18-19, comm. 338, note A. Maitrot de la Motte ; *RJF* 8-9/2010 n° 1010 ; *BDCF* 8-9/2011, n° 105, concl. N. Peton-Philippot. – *TA Montreuil*, 10<sup>e</sup> ch., 25 févr. 2011, n° 0913471, M. Walid Al Attas et n° 0913507, M. Hani Al Attas : *Dr. fisc* 2011, n° 18-19, comm. 338, note A. Maitrot de la Motte). Ceci, que la plus-value ait été réalisée directement par une personne physique ou par l'intermédiaire d'une SCI (*TA Montreuil*, 25 mars 2011, n° 107284 et n° 107285, Mori).

Et ceci sans qu'aucune cause de justification en puisse être valablement avancée par l'Administration.

Nous nous arrêterons toutefois un peu plus longuement sur la clause de gel de l'article 64 TFUE (ancien article 57 TCE) mise en avant par l'Administration, clause uniquement applicable aux mouvements de capitaux impliquant des investissements directs. L'Administration soutient que cette clause est opposable dès lors que les investissements immobiliers relèvent des investissements directs.

L'article 64 du traité prévoit en effet que « L'article 63 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux ».

Ces dispositions ne sont pas plus détaillées et il est vrai qu'une lecture littérale porte à inclure tout investissement immobilier quel qu'il soit dans la catégorie des investissements directs.

Nous ne souscrivons toutefois pas à une telle lecture de ces dispositions.

De manière générale, la Commission européenne indique elle-même sur son site ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/capital/overview\\_fr.htm#what](http://ec.europa.eu/internal_market/capital/overview_fr.htm#what)) que les mouvements de capitaux désignent toutes les opérations mentionnées ci-après, lorsqu'elles sont transfrontalières (autrement dit, lorsqu'elles sont réalisées entre un investisseur dans un pays membre et un établissement financier dans un autre pays membre) et incluent :

- les investissements directs étrangers (IDE), y compris les investissements destinés à établir ou à maintenir des liens durables entre un investisseur et une entreprise (création ou rachat d'une société ou d'un établissement, ou prise de participation importante) ;
- les investissements ou achats immobiliers ;

- les investissements mobiliers (actions, obligations, fonds commun de placement) ;
- l'octroi de crédits et de prêts ;
- d'autres opérations avec des établissements financiers, y compris les transactions à caractère personnel : dots, legs, dotations, etc.

L'institution distingue donc les investissements immobiliers des investissements directs.

La Cour de justice elle-même, constatant que le traité ne définissait pas les mouvements de capitaux a considéré que la nomenclature annexée à la directive n° 88/361/CEE du Conseil avait une valeur indicative et s'y réfère régulièrement.

La jurisprudence de la Cour est assez précise s'agissant de l'interprétation qu'il faut avoir de la clause de gel. L'article 64 (ancien article 57 TCE) a été introduit par le traité de Maastricht (traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993) en vue d'atténuer la rigueur du nouveau régime libéral mis en place dans les relations avec les pays tiers. La disposition ainsi introduite constitue une véritable exception et non une dérogation en ce sens qu'il suffit que la mesure dont l'État membre souhaite le maintien entre dans le champ d'application matériel de cette disposition. La Cour fait ainsi référence à la notion d'« exception » même s'il lui arrive de parler également de régime dérogatoire à son sujet (CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-446/04, *Test claimants in the FII group litigation* : *JurisData* n° 2006-40023 ; *Rec. CJCE* 2006, I, p. 11753 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 52, act. 265 ; *Europe* 2007, comm. 50, obs. F. Mariatte ; *RJF* 3/2007, n° 375).

La Cour indique que l'exception ainsi consacrée est formulée d'une manière précise de sorte qu'elle ne laisse aux États membres et aux institutions communautaires aucune marge d'appréciation en ce qui concerne tant la date à laquelle les restrictions peuvent exister que les catégories de mouvements de capitaux susceptibles de faire l'objet des restrictions (CJCE, 14 déc. 1995, aff. C-163/94, aff. C-165/94 et aff. C-250/94, *Sanz de Lera e. a.* : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 4821 ; *Europe* 1996, comm. 78). Il découle de la logique des traités applicable aux libertés de circulation que l'article 64 du traité est d'interprétation stricte.

Et quant à la notion d'investissement direct, le juge de Luxembourg considère que : « la notion d'investissements directs concerne les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique » (CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-446/04, *Test claimants in the FII group litigation*, préc. – V. également, CJCE, 4<sup>e</sup> ch., 24 mai 2007, aff. C-157/05, *Winfried L. Holböck c/ Finanzamt Salzburg-Land* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 4051, pts 33 et 34 ; *RJF* 8-9/07 n° 999. – CJCE, 23 oct. 2007, aff. C-112/05, *Commission c/ Allemagne* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 8995, pt 18 ; *RJEP* 2008, comm. 7, note F. Donnat. – CJCE, gde ch., 20 mai 2008, aff. C-194/06, *Orange European Smallcap Fund NV* : *Rec. CJUE* 2008, I, p. 3747, pt 100 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 22, act. 169 ; *RJF* 10/2008, n° 1148).

Il se réfère, ainsi que nous l'avons dit, pour définir cette notion, à la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à l'annexe I de la directive n° 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité [article abrogé par le traité d'Amsterdam], qui comprend treize catégories de mouvements de capitaux.

La première catégorie est celle des investissements directs qui sont classés en quatre types distincts (création et extension de succursales ou d'entreprises nouvelles appartenant exclusivement au bailleur de fonds, et acquisition d'entreprises existantes ; participation à des entreprises nouvelles ou existantes en vue de créer des liens économiques durables ; prêts à long terme en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables ; réinvestissement de bénéfices en vue de maintenir des liens économiques durables. Les notes explica-

tives de la directive précisent qu'on entend par investissements directs « les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques, les entreprises commerciales, industrielles ou financières et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cette notion doit donc être comprise dans son sens le plus large », définition reprise par la Cour dans ses arrêts).

Et la deuxième catégorie des mouvements de capitaux est celle des investissements immobiliers « non compris dans la catégorie I » précise l'annexe.

En somme, cette nomenclature distingue très nettement les deux catégories de mouvements de capitaux tout en admettant que des investissements immobiliers peuvent entrer dans la première catégorie. En effet les divisions précédemment citées de la première catégorie n'excluent pas que, dans le cadre d'une activité économique, seul entrant dans le champ de cette catégorie, un investissement direct puisse être constitué par un investissement immobilier : il peut s'agir d'une entreprise de nature ou à vocation immobilière, d'un prêt à long terme portant sur un investissement immobilier ou encore du réinvestissement de bénéfices.

Mais tout autre est le cas des investissements immobiliers relevant de la deuxième catégorie : ceux-ci n'appellent ni l'exercice d'une activité économique, ni a fortiori l'existence d'une entreprise, ni par suite la recherche de relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés, comme en matière d'investissements directs. La catégorie se compose des investissements immobiliers effectués d'une part sur le territoire national par des non-résidents, d'autre part à l'étranger par des résidents.

Selon la note explicative annexée à la directive, ces investissements immobiliers comprennent des achats de propriétés bâties et non bâties ainsi que de la construction de bâtiments par des personnes privées à des fins lucratives ou personnelles et cette catégorie comprend également les droits d'usufruit, les servitudes foncières et les droits de superficie.

Par suite, nous tendons à penser qu'un investissement immobilier ne pourra être constitutif d'un investissement direct qu'à la condition de relever d'une activité économique.

Ceci étant dit, la jurisprudence relative aux investissements immobiliers n'est pas toujours claire.

La Cour a récemment eu l'occasion de préciser les choses mais elle ne l'a pas fait autant que nous l'aurions souhaité. Elle a en effet affirmé que l'article 64, paragraphe 1, du TFUE doit être interprété en ce sens que l'article 63 du même traité ne porte pas atteinte à l'application d'une législation nationale, existant au 31 décembre 1993, qui exonère de la taxe sur la valeur vénale des immeubles situés sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne les sociétés qui ont leur siège social sur le territoire de cet État et qui subordonne cette exonération, pour une société dont le siège social se trouve sur le territoire d'un pays et territoire d'outre-mer, à l'existence d'une convention d'assistance administrative conclue entre ledit État membre et ce territoire en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou à la circonstance que, par application d'un traité comportant une clause de non-discrimination selon la nationalité, ces personnes morales ne doivent pas être soumises à une imposition plus lourde que celle à laquelle sont assujetties les sociétés établies sur le territoire de ce même État membre (CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 5 mai 2011, aff. C-384/09, *Prunus SARL et aff. C-384/09, Polonium SA* : *Dr. fisc.* 2011, n° 24, comm. 393, note A. Maitrot de la Motte ; *RJF* 7/2011, n° 910).

Pour autant, la Cour n'a apporté aucune précision quant à la juxtaposition des deux notions au sein de la même phrase. Elle a simplement considéré, et de manière implicite, que les investissements

immobiliers de l'espèce étaient des investissements directs relevant du champ d'application de l'article 64 TFUE (V. CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 5 mai 2011, aff. C-384/09, *Prunus SARL*, préc., pt 33. Le professeur Maitrot de la Motte relève cette imprécision dans sa note sous cet arrêt, V. Dr. fisc. 2011, n° 24, comm. 393, préc.).

Dès lors en l'absence de précision quant aux investissements immobiliers, la question de la dimension économique des investissements paraît déterminante.

Ainsi, reprenant la jurisprudence de la CJUE, le Conseil d'État, dans son avis du 23 mai 2011, a répondu à votre demande en vous indiquant que les investissements directs visés par les stipulations de l'article 64 du TFUE sont ceux qui créent ou maintiennent des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise, c'est-à-dire qui permettent à l'actionnaire de participer effectivement à la gestion ou au contrôle de cette société.

À cet égard, les conclusions de Pierre Collin se référaient à la jurisprudence de la Cour et notamment à l'arrêt *Haribo* en mentionnant « Dans son récent arrêt *Haribo* du 11 février 2011 (aff. C-436/08 et C-437/08), la Cour résume [sa] jurisprudence en rappelant que ne peuvent pas être considérées comme investissements directs les participations dans une société qui ne sont pas prises en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs entre l'actionnaire et cette société et ne permettent pas à l'actionnaire de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle » (CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 23 mai 2011, n° 344678 et n° 344687, *Sté Santander Asset Management SGIIC SA et a.* : *JurisData* n° 2011-010501 ; Dr. fisc. 2011, n° 35, comm. 485, concl. P. Collin, note P. Dibout ; RJF 8-9/2011, n° 1009 ; BDCF 8-9/2011, n° 104, concl. P. Collin ; BF Lefebvre 8-9/2011 inf. 858. – V. CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 10 févr. 2011, aff. C-436/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH et C-437/08, Österreichische Salinen AG* : Dr. fisc. 2011, n° 7, act. 54 ; RJF 5/2011, n° 666 ; FR Lefebvre 16/2011, note D. Gutmann, *Dividendes de source étrangère : élimination de la double imposition économique*).

Or, des investissements immobiliers réalisés par des particuliers, dans un but patrimonial, n'ont pas pour but de créer des liens économiques durables, ni de permettre une prise de contrôle, ce qui les exclut bien de la dimension économique induite par la notion d'investissement direct et a fortiori de cette catégorie.

Dès lors la décision *Holzer*, par laquelle le Conseil d'État indique que le juge doit relever d'office la clause de gel et inclut les investissements immobiliers réalisés par des particuliers dans la catégorie des investissements directs nous semble s'écarter de la jurisprudence communautaire mais également de son avis du 23 mai 2011 (CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 28 juill. 2011, n° 322672, min. c/ M. et M<sup>me</sup> Holzer : Dr. fisc. 2011, n° 44, comm. 576, concl. C. Legras, note B. Delaunay ; RJF 11/2011, n° 1249).

Enfin, par un arrêt du 7 octobre 2011 la cour de Paris a jugé que l'acquisition de parcelles par une caisse de retraites « n'a pas été effectuée en vue de l'exercice d'une activité économique, ne constitue pas un investissement direct au sens de l'article 57, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne, interprété à la lumière de la directive 88/361 du 24 juin 1988, mais un investissement immobilier entrant dans la catégorie II de la nomenclature annexée à ladite directive » (CAA Paris, 7<sup>e</sup> ch., 7 oct. 2011, n° 09PA04989, *Caisse autonome des retraites des travailleurs salariés de Monaco* : Dr. fisc. 2011,

n° 49, comm. 616, concl. Ph. Blanc ; RJF 1/2012, n° 84 ; BF Lefebvre 1/2012, n° 35).

Cette position se trouve confirmée par l'interprétation qu'a eu Frédéric Dieu de ces dispositions dans ses commentaires de l'arrêt *Adida* de la cour de Paris (CAA Paris, 9<sup>e</sup> ch., 16 oct. 2008, n° 07PA01366, min. c/ Sté Adida : Dr. fisc. 2009, n° 15, comm. 274, note F. Dieu, *La possibilité d'échapper à une imposition discriminatoire ne fait pas disparaître la discrimination. À propos du prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI* ; RJF 5/2009, n° 482 ; BDCF 5/2009, n° 62, concl. D. Samson). L'auteur conduit ici une réflexion à propos d'investissement effectués par des personnes morales mais les déductions sont les mêmes : la clause de gel s'applique aux investissements à caractère économique et commercial mais pas aux activités civiles ou de placement.

Ces pourquoi nous vous proposons une fois encore de considérer que les investissements en cause ne relèvent pas de la catégorie des investissements directs et d'écarter la clause de gel.

Si vous ne nous suiviez pas, vous pourriez également accueillir les conclusions sur le fondement de la convention fiscale franco-suisse dès lors que vous avez également considéré que l'article 15-4 de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966 fait obstacle à l'application du taux de 33,1/3 % réservé, en vertu des dispositions précitées de l'article 244 bis A, aux personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France (TA Montreuil, 1<sup>er</sup> juill. 2011, n° 1001159, M<sup>me</sup> Boissenot : *JurisData* n° 2011-034121. – V. également, TA Paris, 3<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 20 mai 2010, n° 0711610/2-3, M. Aaron : *JurisData* n° 2010-022794 ; Dr. fisc. 2011, n° 10, 242 ; RJF 1/2011, n° 94 ; BF Lefebvre 1/2011, inf. 104. – CAA Versailles, 6<sup>e</sup> ch., 21 juill. 2011, n° 10VE04101, M. Wolf Von Guggenberger : *JurisData* n° 2011-023206 ; Dr. fisc. 2012, n° 3, comm. 68 ; FR Lefebvre 41/2011, n° 1).

Si vous nous suivez, vous ferez droit aux conclusions à fin de décharge et mettez à la charge de l'État la somme de 1 500 € au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

Par ces motifs, nous concluons : 1° à ce que le taux du prélèvement libératoire auquel a été soumise M<sup>me</sup> Beaufour sur le fondement de l'article 244 bis A du CGI à raison de la cession d'immeuble soit réduit de 33, 1/3 % à 16 % ; 2° et à ce qu'il soit mis à la charge de l'État la somme de 1 500 € sur le fondement de dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

Nolwenn PETON-PHILIPPOT,  
rapporteur public

## NOTE

Ce jugement fait l'objet dans le présent numéro de commentaires détaillés dans le cadre d'une étude consacrée plus largement à la question de l'applicabilité de la clause de gel aux investissements immobiliers (V. E. Dinh, *Les investissements immobiliers sont-ils des investissements directs au sens de l'article 64 TFUE (« clause de gel ») ? À propos de TA Montreuil, 8 déc. 2011, M<sup>me</sup> Beaufour* : Dr. fisc. 2012, n° 25, 339).

**MOTS-CLÉS** : Droit de l'Union européenne - Liberté de circulation des capitaux - Clause de gel (art. 64 TFUE) - Investissements immobiliers  
**JURISCLASSEUR** : Procédures fiscales, Fasc. 116-30, J. Lamarque