# Décision anticipée n° 900.345 du 08.12.2009

* Date : 08-12-2009
* Language : French
* Section : Regulation
* Type : Prior agreements L 24.12.2002
* Sub-domain : FISCAL DISCIPLINE

 Contact | Disclaimer | FAQ

 Quick search :

 Fisconet
 plus Version 5.9.23

 Service Public Federal

Finances

 Home

 Executed
 searches

 Advanced
 search

 News

 Home >
 Advanced search >
 Search results > Décision anticipée n° 900.345 du 08.12.2009

 Décision anticipée n° 900.345 du 08.12.2009

 Document

 Content exists in : fr nl

 Search in text:

 Print    E-mail    Show properties

 Properties

 Document type : Prior agreements L 24.12.2002

 Title : Décision anticipée n° 900.345 du 08.12.2009

 Document date : 08/12/2009

 Publication date : 18/03/2010

 Keywords : impôt des sociétés / acte de constitution d’hypothèque / droit d’emphytéose / droits d'enregistrement

 Document language : FR

 Name : Décision anticipée n° 900.345 du 08.12.2009

 Version : 1

 Décision anticipée n° 900.345 du 08.12.2009

Impôt des sociétés

Acte de constitution d'hypothèque

Droit d'emphytéose

Droits d'enregistrement

 Résumé

L'acte de constitution d'un droit d'emphytéose par une société X au profit d'une société A sera soumis au droit d'enregistrement de 0,2 %, comme prévu à l'article 83 C. Enr., et l'acte de vente par la société X à la société B du tréfonds du même bien immeuble, grevé d'emphytéose, sera soumis au droit d'enregistrement de 12,5 % conformément à l'article 44 C. Enr. (Région de Bruxelles-Capitale).

L'article 18, § 2 C. Enr. n'est pas applicable dans le cadre de ces opérations à condition que les caractéristiques juridiques propres à l'emphytéose produisent leurs effets in concreto.

 I.        Objet de la demande

          La demande porte sur les questions suivantes:

1.               La constitution par une société X d'un droit d'emphytéose au profit d'une société A sur un immeuble sera soumise au droit d'enregistrement de 0,2 % en vertu de l'article 83 du Code des Droits d'enregistrement sur le montant total des redevances.

2.               La vente des droits résiduaires par la société X à une société B sera soumise au droit de 12,5 % en vertu de l'article 44 du Code des Droits d'enregistrement (Région de Bruxelles- Capitale) sur le prix de vente.

3.               L'ensemble de ces opérations ne sera pas requalifié en vente de bien immobilier en vertu de l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement.

II.             D escription de l'opération

          II.A.      Description des parties concernées et des activités

4.               La société X, propriétaire de l'immeuble.

5.               La société A, candidat - emphytéote.

6.               La société B, candidat - acheteur de l'immeuble grevé  d'emphytéose.

          II.B.      Description de l'opération envisagée

7.               La société X va constituer un droit d'emphytéose sur un immeuble au profit de la société A pour une durée de 99 ans à partir de la date de passation de l'acte authentique.

8.               Ensuite, la société X vendra le bâtiment grevé du droit d'emphytéose à la société B.

III.          M otivation de la demande

9.               Pour que la règle anti-abus de droit trouve à s'appliquer, les conditions suivantes doivent être réunies : il faut un ou plusieurs actes au sens du droit civil, c'est-à-dire des actes manifestant une volonté de produire des effets de droit ; l'opération doit être susceptible d'une autre qualification, celle-ci devant tenir compte de tous les effets juridiques et économiques de l'opération, à l'exclusion des effets fiscaux, constatés à partir des faits et buts poursuivis ; il faut que l'évitement de l'impôt ait été déterminant dans le choix de la qualification opérée par les parties. Pour refuser la qualification donnée par les parties à une opération, l'Administration doit démontrer la motivation purement fiscale qui les a guidées dans le choix de la qualification donnée à l'opération.

10.           Il paraît impossible de requalifier la constitution d'un droit d'emphytéose d'une part et la cession  du tréfonds d'autre part à deux entités juridiques distinctes en vente de la pleine propriété. En effet, il y a trois acteurs ; or la vente n'en requiert que deux.

11.           Pour qu'il y ait vente, il faudrait que la société venderesse ait cédé tous les droits sur le bien à la société acquéreuse, ce qui n'est pas le cas dans l'opération envisagée puisque la société tréfoncière subsiste et ne compte nullement se voir substituer par la société emphytéote.

12.           La requalification doit tenir compte de tous les effets juridiques et économiques de l'opération ; ceci vient d'être confirmé par la Cour de Cassation, dans le contexte du champ d'application de l'article 344 CIR 92 (disposition similaire à l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement en matière d'impôts directs), dans un arrêt du 4 novembre 2005. Afin d'appliquer la disposition anti-abus, le fisc doit prouver que les effets juridiques de l'opération requalifiée sont les mêmes que la qualification qui avait été présentée par les parties. Dans le contexte de la transaction envisagée, elle doit tenir compte du fait qu'il n'y ait pas de transfert de propriété dans le chef de la société emphytéote, mais uniquement transfert d'un droit réel d'emphytéose ; l'administration doit démontrer que la société « emphytéote » est devenue propriétaire du bien par le biais de plusieurs opérations qu'elle requalifie ; or, la société « emphytéote » n'est pas propriétaire du bien et ne souhaite pas l'être.

13.           La requalification des opérations en « vente » est incompatible avec le fait que le tréfoncier deviendra plein propriétaire des terrains et constructions au terme de la durée du droit réel d'emphytéose.

14.           Le sort du tréfonds n'est pas lié inexorablement au sort du droit réel d'emphytéose dans le sens où il est tout à fait possible de trouver un investisseur qui serait intéressé dans l'avenir par l'achat du seul tréfonds. L'acquisition d'un tel actif peut s'avérer, à long terme, un investissement intéressant, la valeur du tréfonds augmentant au fur et à mesure que l'on se rapproche du terme de la convention d'emphytéose.

15.           Sur le plan comptable, la société venderesse réalisera également un résultat comptable (et fiscal) différent selon qu'elle cède la pleine propriété à une entité ou cède les droits réels démembrés à deux entités. Ceci résulte du fait que les immeubles de bureaux sont évalués sur la base d'une valeur d'investissement, qui consiste en une valeur « acte en mains » (à savoir le prix qu'un investisseur est prêt à payer, frais de mutation compris, pour acquérir un immeuble). Cette valeur consiste à estimer le loyer annuel moyen de l'immeuble et à l'actualiser à l'infini. Les prix étant négociés « acte en mains » quelle que soit la structure d'acquisition adoptée, l'économie des droits d'enregistrement profitera directement au « vendeur », ce qui signifie que sa plus-value sera augmentée à concurrence de l'économie des droits d'enregistrement (ou, alternativement, il réalisera une moins-value réduite).

16.           De l'avis de la doctrine, la requalification est uniquement possible si une troisième opération intervenait, résultant en une consolidation dans le chef de la société emphytéote ou tréfoncière de la pleine propriété (par voie d'acquisition, renonciation du droit d'emphytéose, fusion ou autrement) ; dans ce cas, l'administration pourrait invoquer l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement si elle venait à prouver que, dès le départ, l'intention du « groupe » acquéreur était de reconstituer la pleine propriété par une opération qui ne serait pas soumise aux droits de mutation. (Répertoire Notarial, V° Emphytéose et Superficie, « Aspects civils et fiscaux », Larcier 2004, n°230, p 83, A. Culot, « Optimalisation fiscale des investissements immobiliers, les droits d'enregistrement », Séminaire l'Echo, le 6 octobre 2004 ; B. Nibelle, « Comment alléger le coût fiscal d'un investissement immobilier », Editions & Séminaires de Hemptinne, 8 novembre 2000, p . 14 ; Th. Afschrift « Planification fiscale et financière des différentes formules d'achat et de vente, L'immobilier : comment réaliser des bénéfices dans un marché morose ? », Skyroom Events, 19 novembre 1991).

17.           Le SPF Finances, lui-même, semble d'ailleurs de cet avis lorsqu'il déclare dans sa décision EE/99160/IS que l'administration confirme la perception (à savoir débition d'un droit de 0,2 % sur le droit réel d'emphytéose et d'un droit de 12,5% sur la valeur du tréfonds) « Cependant, si les sociétés « tréfoncières » devenaient propriétaires des constructions suite à une renonciation du droit d'emphytéose ou d'une autre manière la perception serait revue par application de l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement ». A contrario, ceci indique qu'il n'y a pas de requalification possible sur la base de l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement, pour le SPF Finances, lorsque les parties ne cherchent pas à reconstituer la pleine propriété dans le chef d'une des entités.

18.           Le SPF Finances déclare dans sa décision EE/100847/CG : « Je me permets toutefois de vous avertir que la perception serait revue si l'emphytéote et le tréfoncier décidaient de reformer, de quelque manière que ce soit, la pleine propriété du bien concerné. A cet égard, je crois qu'il serait utile d'insérer dans vos actes une clause relative à ce sujet. »

19.           Cette intention ne peut pas être présumée ici dans la mesure où les parties ont pris formellement l'engagement  - pendant toute la durée du droit d'emphytéose - de ne pas chercher à consolider la pleine propriété de l'immeuble.

20.           Ainsi, à l'article 20 de l'acte de constitution du droit d'emphytéose intitulé «Cession », la société tréfoncière et la société emphytéote ont-elles chacune stipulé qu'elles s'interdisaient expressément et irrévocablement à procéder à toute opération qui aurait pour effet d'entraîner une reconsolidation de la pleine propriété. Les parties stipulent ensuite que pareil engagement constitue une condition essentielle de la convention. On retrouve pareil engagement dans l'acte de vente des droits résiduaires, à l'article 13.

21.           Une requalification des deux opérations envisagées en vente de l'immeuble ne pourrait se faire sur la base de l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement, dans la mesure où l'opération comporte déjà une vente des droits résiduaires de propriété. La requalification n'aboutirait pas à changer la qualification donnée aux actes par les parties mais à changer l'objet d'un acte  (cession des droits résiduaires de propriété en cession de la pleine propriété) et d'ignorer purement et simplement un autre acte (constitution d'emphytéose). Selon nous, un tel procédé ne serait pas admissible sur le pied de l'article 18, §2, du C. Enr.

22.           Le demandeur attire l'attention sur la jurisprudence établie du service des décisions anticipées, et particulièrement les décisions rendues en date du 2 mars 2006 (600.028 et 600.036) et du 19 septembre 2006 (600.343). Ces décisions ont dégagé des critères susceptibles de répondre à la question de savoir si oui ou non une requalification de l'opération de démembrement en vente, suivant l'article 18, §2 du Code des droits d'enregistrement, est possible.

23.           Il semble essentiel au demandeur de rappeler que les parties ont scrupuleusement respecté ces critères.

24.           Les parties ont estimé la valeur du tréfonds à 7 % du prix de cession de la pleine propriété.

25.           L'évaluation des droits réels démembrés a été faite par un expert indépendant.

26.           Les demandeurs s'engagent à ce que le ou les mêmes administrateurs des deux sociétés ne puissent pas, seul ou ensemble, pendant toute la durée de l'emphytéose, constituer la majorité du conseil d'administration et s'engager vis-à-vis des tiers.

27.           L'établissement du droit d'emphytéose et la vente du tréfonds ne s'opèreront pas simultanément (délai de 15 jours minimum entre la cession du droit d'emphytéose et des droits résiduaires).

28.           Les projets d'actes contiennent une clause précisant l'interdiction tant pour l'acquéreur de l'emphytéose que pour l'acquéreur du tréfonds de reformer de quelque manière que ce soit la pleine propriété.

29.           Les sociétés emphytéote et tréfoncière ont pris l'engagement de ne pas faire l'objet d'un changement de contrôle au sens des articles 5 à 9 du Code des Sociétés pendant 5 ans à compter du jour de l'enregistrement des actes de constitution du droit réel d'emphytéose et de cession du tréfonds.

IV.            D écision

30.           Quant à la possibilité de requalification, les éléments suivants ont été pris en considération.

31.           Le canon unique n'atteint pas la valeur vénale du bien en pleine propriété qui fait l'objet du droit d'emphytéose.

32.           Les parties s'engagent à respecter un délai d'au moins quinze jours entre la passation de l'acte de constitution du droit d'emphytéose et de l'acte de vente du tréfonds.

33.           Les demandeurs s'engagent à ce que le ou les mêmes administrateurs des deux sociétés ne puissent pas, seul ou ensemble, pendant toute la durée de l'emphytéose, constituer la majorité du conseil d'administration et s'engager vis-à-vis des tiers.

34.           Les parties ont demandé à un bureau d'experts indépendant d'estimer la valeur du tréfonds et la valeur de l'emphytéose. Tenant compte de la durée de l'emphytéose, l'expert a estimé le tréfonds à 7 % de la valeur de la pleine propriété.

35.           Le prix du tréfonds convenu entre les parties atteint 7 % de la valeur conventionnelle de la pleine propriété de l'immeuble.

36.           L'emphytéote et le propriétaire du tréfonds se sont engagés vis-à-vis du SDA à ne pas reconstituer la pleine propriété du bien immeuble faisant l'objet de la demande pendant toute la durée du droit d'emphytéose.

37.           Les sociétés emphytéote et tréfoncière ne feront pas l'objet d'un changement de contrôle au sens des articles 5 à 9 du Code des Sociétés pendant 5 ans à compter du jour de l'enregistrement des actes de constitution du droit réel d'emphytéose et de cession du tréfonds.

38.           Il résulte de l'examen effectué sur base de la description et des projets d'actes que les parties ont effectivement établi un droit d'emphytéose et ont transmis les droits grevés du droit d'emphytéose.

39.           Une copie des statuts des sociétés concernées a été transmise au SDA.

          Eu égard à ce qui précède  au point IV, le Collège du SDA décide, en sa séance du 8 décembre 2009, que :

40.           La constitution par la société X d'un droit d'emphytéose au profit d'une société A sur un immeuble sera soumise au droit d'enregistrement de 0,2 % en vertu de l'article 83 du Code des droits d'enregistrement sur le montant total des redevances.

41.           La vente des droits résiduaires par la société X à la société B sera soumise au droit de 12,5 % en vertu de l'article 44 du Code des droits d'enregistrement (Région de Bruxelles-Capitale).

42.           L'ensemble de ces opérations ne sera pas requalifié en vente de bien immobilier en vertu de l'article 18 § 2 du Code des droits d'enregistrement à condition que les caractéristiques juridiques propres à l'emphytéose produisent leurs effets in concreto.