

Acquisition immobilière démembrée en usufruit, en superficie ou en emphytéose : quelle option retenir ?

Emmanuel Sanzot (Socofinam)

Alexander Vandendries (Loyens & Loeff)

RPP : Variations sur le thème de l'usufruit – Louvain-la-Neuve, le 25 avril 2023



SOCOFINAM

Expertise comptable, fiscale & financière

LOYENS  LOEFF

REAL ESTATE



Agenda



SOCOFINAM
Expertise comptable, fiscale & financière

LOYENS  LOEFF

- 1. Essence des droits reels d'usage**
- 2. Retail : cas d'application**
- 3. Dirigeant d'entreprise et société professionnelle : cas d'application**



SOCOFINAM
Expertise comptable, fiscale & financière

LOYENS  LOEFF

1

Essence des droits réels d'usage

Numerus clausus des droits réels d'usage (art. 3.3 C. civ.)

- Seul le législateur peut créer des droits réels d'usage
- Ils sont (actuellement) au nombre de quatre (servitudes, usufruit, emphytéose et superficie)

Droit impératif vs. droit supplétif (art. 3.1 C. civ.)

- Les dispositions du Code sont *supplétives*, sauf... s'il s'agit de définition ou autrement précisé
- Les points de comparaison portent sur les dispositions auxquelles les parties ne peuvent déroger
 - **Définitions** des droits réels d'usage (prérogatives, objet, finalité)
 - Dispositions relatives à **la durée** des droits réels d'usage

Droit fiscal

- Ordre public
- Le droit civil prime sur le droit fiscal, sauf si celui-ci y déroge (Cass. 9 juillet 1931)
- Dispositions anti-abus comme limitation à la liberté contractuelle (?)

Droit d'usufruit (art. 3.138 C. civ.)

« L'usufruit confère à son titulaire **le droit temporaire à l'usage et à la jouissance**, de manière **prudente et raisonnable**, d'un bien appartenant au nu-propriétaire, **conformément à la destination** de ce bien et avec **l'obligation de restituer celui-ci** à la fin de son droit »

Droit d'emphytéose (art. 3.167 (C. civ.))

« Le droit d'emphytéose est un droit réel d'usage conférant **un plein usage et une pleine jouissance** d'un immeuble par nature ou par incorporation **appartenant à autrui**.

L'emphytéose **ne peut rien faire qui diminue la valeur de l'immeuble** sous réserve de l'usure normale, de la vétusté ou d'un cas de force majeure; il peut, sauf clause contraire, modifier la destination de l'immeuble »

Droit de superficie (art. 3.177 C. civ.)

« Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui confère **la propriété de volumes**, bâtis ou non, en tout ou en partie, **sur, au-dessus en en dessous du fonds d'autrui**, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations »

- Si bâti (art. 3.179)

« Sauf clause contraire dans l'acte de constitution ou de cession d'un droit de superficie sur un immeubles planté ou construit, un tel acte emporte **acquisition contractuelle**, par le superficiaire ou le cessionnaire et pour la durée de son droit de superficie, **de la propriété des ouvrages et plantations préexistants**. Ces ouvrages et plantations sont régis par les mêmes règles que si le superficiaire les avait réalisés lui-même »

Droit d'usufruit (art. 3.138)



- ☐ Droit temporaire
- ☐ Usage et jouissance d'un bien (meuble ou immeuble)
- ☐ De manière prudente et raisonnable, conformément à la destination
- ☐ Obligation de restitution du bien

Droit d'emphytéose (art. 3.167)



- ☐ Droit réel d'usage
- ☐ Plein usage et pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui
- ☐ Interdiction de diminuer la valeur, mais possibilité de modifier de la destination
- ☐ Plus d'obligation de paiement d'un canon

Droit de superficie (art. 3.177)



- ☐ Droit réel d'usage
- ☐ Propriété d'un volume (et donc pas du fonds !)
- ☐ Sur, au-dessus, en-dessous du fonds d'autrui (dissociation horizontale)
- ☐ "Acquisition contractuelle" des ouvrages existants

Durée

- **Minimale**

- 15 ans (< 27 ans) pour **l'emphytéose** (art. 3.169 – impératif)
 - Ce qui est interdit : clause donnant le droit de mettre fin de *manière unilatérale* (p. ex. : préavis, résiliation)
 - Les autres causes des art. 3.15 et 3.16 peuvent survenir pendant le délai minimal (art. 3.174)

- **Liquidation et faillite**

- Causes imperatives (!) d'extinction du **droit d'usufruit de la personne morale** (art 3.141, al. 2 et 3)
 - Doivent être contractuellement prévues pour l'emphytéose et la superficie

- **Maximale**

- 99 ans pour tous les droits (**art. 3.141, 3.169 et 3.180**)
 - Anciennement **30 ans pour l'usufruit d'une personne morale** (art. 619 anc. C. civ.)
 - Anciennement **50 ans pour la superficie** (art. 4 loi du 10 janvier 1824)
- **L'emphytéose et la superficie peuvent être perpétuels** (art. 3.169 et 3.180)
 - Par le propriétaire de l'immeuble
 - **Emphytéose** : à des fins de domanialité publique
 - **Superficie** : (1) à des fins de domanialité publique – (2) division en volumes

De quelques spécificités



Objet

- **Superficie**
 - Le droit **n'a pas pour objet** le fonds
- **Usufruit - emphytéose**
 - Sur le terrain (mais ok sur le volume seul)
 - Ne pas oublier ... l'emphytéote peut *modifier* la destination du bien

Réparations

- **Usufruit**
 - Réparations d'entretien -> usufruitier (art. 3.153)
 - Grosses réparations -> nu-propriétaire (art. 3.154)
 - Nouveauté : possibilité de contraindre l'usufruitier à procéder aux *grosses réparations*
 - Sur base de sa valeur telle que calculée conformément aux articles du C. civ. propres à la conversion
 - Quid des personnes morales? Elles sont "oubliées" -> Contractuellement
- **Emphytéose - superficie**
 - À charge de l'emphytéote et du superficiaire

Charges

- Les charges et impositions sont **à charge des titulaires** de trois droits réels
 - Vise le PRI (notamment)



SOCOFINAM
Expertise comptable, fiscale & financière

LOYENS  LOEFF

2

Retail : cas d'application

Casus 1 : Développement résidentiel



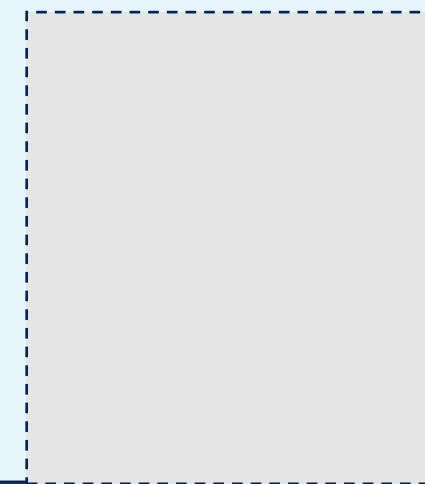
SOCOFINAM
Expertise comptable, fiscale & financière

LOYENS Loeff

- Terrain nu sur lequel un développement résidentiel est projeté.
- Le propriétaire foncier n'a pas les compétences pour réaliser ce développement et doit par conséquent confier ce développement à un tiers.
- Le propriétaire foncier et le développeur souhaitent chacun bénéficier de la plus-value que devrait créer ce développement.
- Au stade de la commercialisation, le propriétaire foncier et le développeur souhaitent optimiser la position fiscale de l'acquéreur, en faisant en sorte que le terrain soit cédé sous droits d'enregistrement et les nouvelles constructions sous TVA.

→ Droit réel d'usage approprié: **droit de superficie**

- 2 Construction par le développeur, qui est plein propriétaire de l'ouvrage



- 1 Constitution d'un droit de superficie sur le volume au-dessus du terrain

- 3 Cession de la partie "terrain" par le propriétaire foncier (avec droits d'enregistrement)
Cession de la partie "immeuble" par le développeur (avec TVA)
Pas d'abus en matière de TVA
- Agir de manière conséquente dans la commercialisation
 - Frais de dépollution à charge du tréfoncier.

Casus 2 : Démolition et développement



SOCOFINAM
Expertise comptable, fiscale & financière

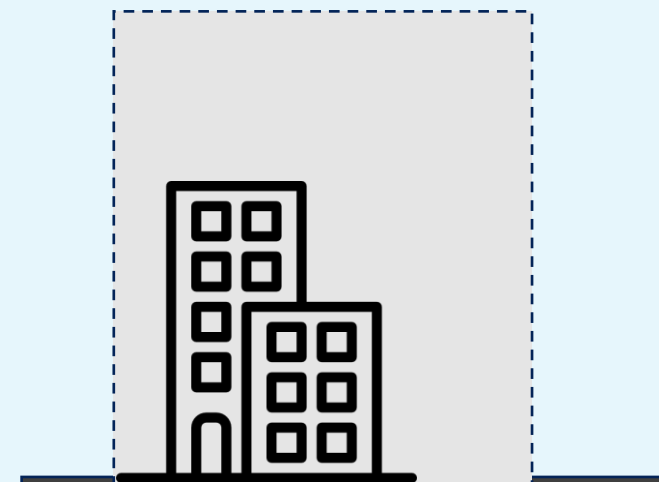
LOYENS Loeff

- Terrain bâti mais l'immeuble (de bureaux) **doit être démoli** (vu sa vétusté) et suite à un changement de prescriptions, remplacé par un complexe résidentiel.
- Le propriétaire foncier n'a pas les compétences pour réaliser ce développement et doit par conséquent confier ce développement à un tiers.
- Le propriétaire foncier et le développeur souhaitent chacun bénéficier de la plus-value que devrait créer ce développement.
- Au stade de la commercialisation, le propriétaire foncier et le développeur souhaitent optimiser la position fiscale de l'acquéreur, en faisant en sorte que le terrain soit cédé sous droits d'enregistrement et les nouvelles constructions sous TVA.

→ Droit réel d'usage approprié: **droit de superficie**

- Durée du droit
- Démolition d'un immeuble existant en début de droit

- 2** Construction par le développeur, qui est plein propriétaire de l'ouvrage



1

Constitution d'un droit de superficie sur le volume au-dessus du terrain
Emporte l'acquisition de la pleine propriété de l'ouvrage existante

- **Droits d'enregistrement (?) : a priori oui sur la valeur vénale**
- Alternative: Mobilisation par anticipation (art. 3.48, al. 1er, C. civ.)
- En tout état de cause: valeur des bâtiments ?

3

Cession de la partie "terrain" par le propriétaire foncier
(avec droits d'enregistrement)

Cession de la partie "immeubles" par le développeur (avec TVA)

Pas d'abus en matière de TVA

- Agir de manière conséquente dans la commercialisation
- Frais de dépollution à charge du tréfoncier.

Casus 3 : *Leasing*



SOCOFINAM
Expertise comptable, fiscale & financière

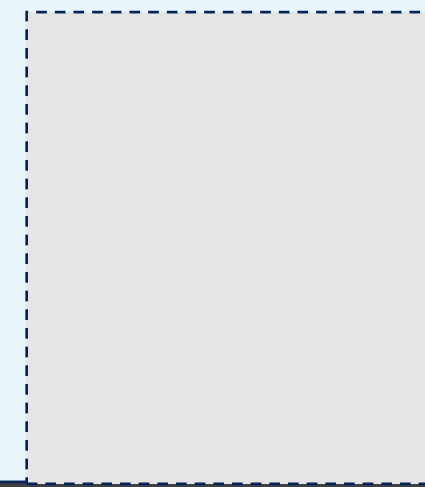
LOYENS Loeff

- Un opérateur propriétaire d'un terrain souhaite y bâtir un hôtel ou rénover en profondeur un hôtel existant.
- Un partenaire financier accepte de le suivre dans son projet, mais par le biais d'un leasing financier, assorti d'une option d'achat au bénéfice de l'opérateur à son terme. Le partenaire se voit accorder un droit réel d'usage, et redonne ensuite le bien en leasing à l'opérateur.
- Avant le nouveau droit des biens, les parties avaient souvent recours au droit de superficie principalement pour une raison de durée.

Avec le nouveau droit des biens, le **droit d'emphytéose** semble plus approprié

- Durée minimale réduite à 15 ans
- Auparavant : 27 ans, mais option d'achat après 15 ans
- Alternative ancienne: superficie, mais aucun droit sur le fonds et

- 2 Leasing au bénéfice d'un opérateur, assorti d'une option d'achat
 - Assorti du paiement d'un canon annuel (financement)



- 1 Constitution d'un droit d'emphytéose sur un terrain (bâti ou non) pour un partenaire financier
 - Mise à disposition de fonds (prix de vente) à l'opérateur pour lui permettre de financer les travaux

Et l'usufruit dans tout ça ?



Travaux préparatoires ...

« La définition du droit d'usufruit conserve le “tronc” de l'ancienne définition de l'article 578 du Code civil, mais tente de combler les lacunes de celle-ci. Elle est plus fonctionnelle en ce sens qu'elle se concentre sur les droits accordés à l'usufruitier. Parmi ces droits, une distinction plus claire est établie entre les prérogatives d'usage et de jouissance de l'usufruitier. La **définition énonce également les limitations aux prérogatives d'usage, notamment l'obligation d'agir de façon prudente et raisonnable, et l'obligation, pour l'usufruitier de conserver la destination. Il n'est donc pas possible d'y déroger contractuellement.** En outre, par comparaison à l'article 578, la définition contient également l'élément essentiel de “temporalité” de l'usufruit. En effet, la durée de l'usufruit détermine l'opportunité et les utilités de ce droit; elle s'impose dans un tout autre contexte que, par exemple, l'emphytéose ou la superficie et mérite dès lors de figurer dans les éléments essentiels.

La **fonction essentielle** de l'usufruit est **de subvenir aux besoins d'une personne** (“fonction alimentaire”). Le revers de la médaille est que **cela reste un droit aléatoire**, dont la durée est liée à la vie de l'usufruitier. Le droit d'usufruit est **donc moins approprié pour un usage commercial** que comme instrument de planification patrimoniale »

Une affirmation exacte en pratique ?

Et l'usufruit dans tout ça ?



Un exemple notoire : la Commission

- Investissement dans des bâtiments neufs
- Avantages ?
 - Sous l'angle de la TVA (vu que le bâtiment est neuf)
 - Pour la Commission : les livraisons de biens à la Commission sont exemptées de TVA (art. 39,§3, 2° CTVA)
 - Pour le promoteur : ces livraisons de biens lui ouvrent un droit à deduction (art. 45 CTVA)
 - Sous l'angle des impôts directs
 - L'usufruitier est redevable du précompte (art. 251 CIR92)
 - Cependant, la Commission est exemptée d'impôts directs (art. 3 du PPI)
 - Sous l'angle civil
 - On a pu préciser les réparations d'entretien et les grosses réparations (art. 605-606 anc. C. civ.)
 - Les grosses réparations sont à charge du constituant (mais on modalise)
 - On modalise notamment quant aux aménagements de sécurité des bâtiments
- **Pourquoi pas un bail avec option TVA ? (possible depuis le 1er janvier 2019 – art. 44,§3, 2°, d) CTVA)**
 - Ne vaut que pour les bâtiments dont la TVA est devenue exigible à partir du 1er octobre 2018
 - Exemption de PRI pour la Commission (en bail : à charge du prop -> Question de négociation)
 - Risque de revision sur 25 ans dans le chef du bailleur

Et l'usufruit dans tout ça ?



Dans le retail

- **Trois exemples rencontrés**
 - Hôtels
 - Cinémas
 - Maisons de repos (certaines)
- **L'usufruit a été préféré à l'emphytéose**
 - Compte tenu de la durée minimale impérative de 27 ans
- **L'usufruit a été préféré aux baux commerciaux**
 - Loi trop rigoriste
 - Facultés de résiliation, revision du loyer et dispositions relatives au renouvellement
 - Or, chacune des parties doit pouvoir contrôler ses investissements
 - Le preneur ne peut accepter une revision du loyer
 - Le bailleur ne peut prendre le risque que le preneur puisse résilier
 - Evidemment, les parties doivent accepter le risque que présente l'usufruit, surtout au niveau de la fin du contrat en cas de faillite ou de liquidation

Et l'usufruit dans tout ça ?



Dans le retail

- **Trois exemples rencontrés**
 - Hôtels
 - Cinémas
 - Maisons de repos (certaines)
- **Et pourquoi pas, au fond, une emphytéose maintenant que le seuil est passé à 15 ans ?**
 - Constitution du droit d'emphytéose = 2% DE (des redevances et des charges)
 - Constitution d'un droit d'usufruit = 12(,5)% DE (valeur vénale)
- **L'emphytéose est devenu un choix potentiel**
 - Si tout est supplétif...
 - Attention néanmoins à respecter l'essence des figures réelles
 - P. ex. Contrat où le constituant est redevable de *toutes* les grosses réparations ; fin du contrat en cas de faillite / liquidation ; respect de la destination ; etc.
 - Risque = requalification en usufruit

Et l'usufruit dans tout ça ?



Dans l'immobilier de bureaux

- **Un cabinet d'avocat recherche des nouveaux bureaux**
 - Exclusion *a priori* de l'emphytéose (cf Covid)
 - Durée minimale de 15 ans est même trop longue dans ce cas
- **Pourquoi pas un bail avec option de TVA?**
 - Risque de révision = dans le chef du bailleur (sur 25 ans)
 - Précompte à charge du bailleur (en principe)
- **Droit d'usufruit soumis à TVA**
 - Le cabinet peut accepter de prendre le risque d'une révision sur 15 ans (p. ex., si fin du droit d'usufruit au cours de la 11^e année, 5/15^e de TVA à reverser)
 - Prise en charge du précompte immobilier
 - En échange, les grosses réparations sont en principe à charge du nu-propriétaire
 - Evidemment, c'est modalisable sous l'angle civil... **attention à la requalification !**



SOCOFINAM
Expertise comptable, fiscale & financière

LOYENS  LOEFF

3

Dirigeant d'entreprise et société professionnelle : cas d'application

Casus

Monsieur et Madame CURIEUX sont propriétaires d'un terrain d'une superficie de 75 ares situé à Gembloux. Ils sont également propriétaires 50/50 d'une société patrimoniale qu'ils ont créé en 2014. Ils projettent la construction de 5 maisons d'habitation qui seront données en location à des tiers à des fins privées.

Coût du projet : 1.500.000 EUR Htva. Le terrain dont Monsieur et Madame CURIEUX sont propriétaires est évalué à 95.000 €. Monsieur et Madame CURIEUX ont 2 enfants.

Question : quels conseils donner afin de réaliser cette opération immobilière dans un cadre financièrement et fiscalement optimal, tout en atteignant une sécurité juridique ?

Solutions ?

1. Faire fi de l'existence de la société patrimoniale et réaliser le projet en personnes physiques
2. Utilisation de la société patrimoniale
 - 2.1. pleine propriété
3. Utilisation de la société patrimoniale
 - 3.1. via une construction usufruit / nue-propriété avec superficie-conséquence
 - 3.2. via une construction usufruit / nue-propriété sans superficie-conséquence
 - 3.3. via une construction superficie / tréfonds

Solution 1 : Réaliser le projet en personne physique

• Avantages

- Simple
- Dans l'état actuel de la fiscalité immobilière à l'IPP, les loyers privés sont peu taxés
- Bancable : la banque prendra une sûreté réelle sur les constructions en garantie du crédit hypothécaire qui sera consenti
- En cas de réalisation ultérieure des biens, possibilité de ne pas être taxé sur les plus-values (délai 5 ans – art. 90,10° & 171 CIR/92)
- En cas de décès, les enfants sont en indivision ➡ partage plus simple que si indivision sur des actions de société

• Inconvénients

- Monsieur et Madame CURIEUX paieront les mensualités avec du NET, càd avec de l'argent qui a subi une ponction fiscale importante ➡ le coût global est donc conséquent
- Difficile de réaliser une opération 'self supporting' eu égard au taux d'intérêt actuel vs le rendement locatif du marché immobilier
- Pas de fiscalisation de l'investissement (pas d'amortissements et les avantages fiscaux sur les emprunts sont soit inexistantes, soit dérisoires)
- Coût important en cas de décès (base en droits de succession) ou en cas de transmission patrimoniale (base en droits de donation)
- La TVA sur la construction est supportée par les personnes physiques

Solution 2 : Réaliser le projet en société en pleine propriété

- **Préalable = amener le terrain dans la société patrimoniale**
 - **Par une vente :**
 - 12,5% droits d'enregistrement (12% en Flandre)
 - Possibilité de récupérer 3/5ème des droits (36% Bxl) si opération dans les 2èmes années
 - Risque de taxation à l'IPP : 33% ou 16,5% (délai 5 ans | 8 ans – art. 90,8° & 171 CIR/92)
 - **Par un apport :**
 - 0% droits d'enregistrement
 - Pas de possibilité de récupérer 3/5ème des droits (36% Bxl) si opération dans les 2èmes années
 - Risque de taxation à l'IPP : 33% ou 16,5% (délai 5 ans | 8 ans – art. 90,8° & 171 CIR/92)
- **Avantages**
 - Simple
 - Bancable (idem solution 1) et le projet est financièrement porté par la société
 - Les constructions pourront être amorties dans le chef de la société (= déductibilité à l'Isoc)
 - Les charges courantes (assurance, précompte immobilier, ...) seront déductibles à l'Isoc
 - Les charges d'intérêts sur le crédit d'investissement seront déductibles à l'Isoc
 - La TVA sur les constructions est prise en charge par la société (non récupérable mais amortissable à l'Isoc)

Solution 2 : Réaliser le projet en société en pleine propriété

• Inconvénients

- Apport du terrain = acte notarié et intervention d'un réviseur d'entreprise (= coûts) nécessitant, le cas échéant, une valorisation au préalable des actions de la société patrimoniale afin de déterminer le nombre d'actions à émettre (valorisation = coûts)
- Vente du terrain = nécessiter pour la société soit d'emprunter, soit d'utiliser sa trésorerie pour obtenir en contrepartie un actif non amortissable (coût)
- Les loyers encaissés subiront l'Isoc
- En cas de revente ultérieure, la plus-value est taxée, soit immédiatement, soit, le cas échéant, de manière étalée (art. 47 CIR/92)
- Pas de flexibilité :
 - Les constructions sont en société = les sortir coûtera cher
 - Vente ultérieure aux personnes physiques ou à leurs enfants (conflit d'intérêts à traiter) :
 - PV soumise à l'Isoc (directement ou de manière étalée)
 - Droits d'enregistrement (12,5% ou 12%)
 - Entrée de cash dans la société (acquisition avec du NET)
 - **Alternative : l'acquéreur est une société = acquisition avec du BRUT**
- Attribution aux actionnaires personnes physiques (conflit d'intérêts à traiter) :
 - Liquidation ou réduction de capital ou rachat d'actions avec boni en nature
 - PV soumise à l'Isoc (directement ou de manière étalée sauf liquidation)
 - Droits d'enregistrement en principe 12,5% (ou 12%) sauf si art. 129 CDE applicable (conditions ! Et attention en RW !)
- Peu de possibilité de planification successorale

Solution 3.1 : Réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nu-propriété avec superficie-conséquence

- **Préalable = constituer un droit d'usufruit sur le terrain au bénéfice de la société**
 - **Contrepartie de cette constitution de droit :**
 - Aucune contrepartie : risque de requalification en donation indirecte (?)
 - Prix unique :
 - 12,5% (12 %) droits d'enregistrement
 - Possibilité théorique de taxation à l'IPP en revenus divers (33% ou 16,5%) en cas de PV (art. 90,8° CIR/92 juncto art. 101, §3 CIR/92 et 54 AR/CIR92)
 - Possibilité de récupérer 3/5ème des droits (36% Bxl) si opération dans les 2èmes années
 - Redevances échelonnées
 - Droits d'enregistrement sur le total cumulé des redevances
 - Pas de taxation à l'IPP
 - Actions (cas de l'apport en société) : idem solution 2

Solution 3.1 : Réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nu-propriété avec superficie-conséquence

• Avantages

- Sécurité juridique : la superficie-conséquence est un attribut naturel d'usage (3.180, al.3 Cc)
 - Durant la durée de l'usufruit, la société est pleine propriétaire des constructions
- Bancable et optimisation financière (idem solution 2) avec toutefois affectation hypothécaire du nu-propriétaire
- Un droit d'usufruit sur un terrain est amortissable avec un amortissement déductible à l'Isoc
- Les constructions pourront être amorties dans le chef de la société (= déductibilité à l'Isoc) sur la durée du droit d'usufruit si celle-ci est inférieure à la durée normalement acceptée pour ce type de bien !
- Les charges courantes (assurance, précompte immobilier, ...) seront déductibles à l'Isoc
- Les charges d'intérêts sur le crédit d'investissement seront déductibles à l'Isoc
- La TVA sur les constructions est prise en charge par la société (non récupérable mais amortissable à l'Isoc)
- Le démembrement portant sur le terrain permettra, sous l'angle civil, à l'expiration de la durée, le retour des constructions dans le patrimoine du titulaire de la nue-propriété (= flexibilité)
- Eventuellement subside à l'investissement
- Contrairement à la solution 3.2. ci-après : pas opération en TVA et donc pas de TVA sur la quote-part terrain (pour rappel, la société ne pourra pas récupérer de TVA puisque les biens seront donnés en location à des fins privées)

Solution 3.1 : Réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nu-propriété avec superficie-conséquence

- **Inconvénients**

- Apport d'un droit d'usufruit sur le terrain = idem solution 2
- La constitution d'un droit d'usufruit nécessite une valorisation préalable du droit réel (technique + coût)
- Les loyers encaissés subiront l'Isoc
 - En cas de revente ultérieure des constructions avant l'échéance du droit d'usufruit :
 - la plus-value est taxée, soit immédiatement, soit, le cas échéant, de manière étalée (art. 47 CIR/92)
 - complexité due à l'existence du démembrement
 - Valorisation du droit d'usufruit à sa valeur de marché
 - Valorisation des constructions à leur valeur de marché
 - Acte notarié technique
 - Droits d'enregistrement (12,5% ou 12%)
- La flexibilité du démembrement est à saluer, mais quid indemnisation au terme dans le chef des nus-propriétaires ?
 - Indemnisation sur base de la règle de l'enrichissement injustifié
 - Plus petite des 2 valeurs |.] appauvrissement et enrichissement
 - Economie générale du contrat (considérations de fait = insécure)

Solution 3.1 : Réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nu-propriété avec superficie-conséquence

- **Inconvénients**

- Alternative 1 (= user d'une ô flexibilité) : vendre la nue-propriété sur le terrain à la société avant échéance
 - Valorisation de la nue-propriété à sa valeur de marché
 - Droits d'enregistrement 12,5% (12%) sur la valeur de la NP
 - Opération financière = sortie de cash (quoique limitée à la NP du terrain)
 - La société reconstitue la pleine propriété des construction => solution 2
- Alternative 2 : ne pas la payer en cash mais accepter la taxation d'un ATN : risqué ?
- Institution en droit civil pas vraiment appropriée à la « construction » (droit d'usage et de jouissance – art. 138, al.1^{er} Code civil)

Solution 3.2 : réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nue-propriété sans superficie conséquence

- **Préalables**

- (1) le projet est réalisé en personne physique
- (2) lorsque les biens sont construits -> constitution d'un droit d'usufruit sous régime TVA à la société
- **Contrepartie de cette constitution de droit :**
 - Aucune contrepartie : théorique (valeur économique importante) – idem solution 3.1.
 - Prix unique :
 - Opération soumise à la TVA 21% (assujettissement occasionnel) portant sur le droit réel (constructions + terrain)
 - Possibilité théorique de taxation à l'IPP en revenus divers (33% ou 16,5%) en cas de PV (art. 90,8° CIR/92 juncto art. 101, §3 CIR/92 et 54 AR/CIR92)
 - Pas de possibilité de récupérer 3/5^{ème} des droits (36% Bxl) même si opération dans les 2^{èmes} années
 - Redevances échelonnées
 - la TVA est appliquée en une fois dès le départ !
 - Quid escompte ? Selon moi : négociable si la redevance échelonnée est indexée (connaissance de décision individuelle)
 - Actions (cas de l'apport en société) : théorique (valeur économique importante) – idem solution 3.1.

Solution 3.2 : réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nue-propriété sans superficie conséquence

• Avantages (1/2)

- Bancable et aussi optimisation financière avec toutefois également affectation hypothécaire du nu-propiétaire
 - Le crédit d'investissement en 3.2. serait plus important qu'en 3.1. étant donné que le droit d'usufruit portera également sur la quotité terrain (constructions + terrain)
 - Il y a toutefois un coût financier global plus important indépendamment de l'importance du crédit souscrit (infra)
- Le terrain et les constructions pourront être amorties dans le chef de la société (= déductibilité à l'Isoc) sur la durée du droit US !
- Les charges courantes (assurance, précompte immobilier, ...) seront déductibles à l'Isoc
- Les charges d'intérêts sur le crédit d'investissement seront déductibles à l'Isoc
- La TVA sur les constructions est prise en charge par la société (non récupérable mais amortissable à l'Isoc)
- Le démembrement ainsi créé (sur les constructions + terrain) permettra, sous l'angle civil, à l'expiration de la durée, le retour de l'ensemble dans le patrimoine du titulaire de la nue-propriété (= flexibilité)

Solution 3.2 : réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nue-propriété sans superficie conséquence

- **Avantages (2/2)**

- Il n'y a pas d'indemnisation à prévoir sur base de l'enrichissement injustifié !!!!
 - Acquisition d'un droit sur un bien neuf
 - Pas de construction dans le chef de la société usufruitière
 - En principe, dépendamment de la durée du droit, pas de travaux à prévoir sur les composantes inhérentes du bien. De même, en principe, pas de travaux à prévoir qui dépasseraient les fruits du bien (cas d'espèces)
- La nue-propriété prend de la valeur par l'effet temporel (infra)
- Eventuellement subside à l'investissement
- Pas application des articles 7 et 10, §1er du CIR/92 (« pas droit immobilier similaire » - Q.P. n°21 du 17 juin 1988 du Sénateur De Clippele, Q. et R., Sénat, 1987 – 1988, n° 13.525)
- Procédure d'assujettissement occasionnel en TVA permet aux personnes physiques de récupérer tout ou partie de la TVA supportée sur les constructions (règle 97,5% - QP n° 710 du Représentant De Clippele du 22 septembre 1993, Q. & R., Chambre, 1994-1995, n° 129, p. 13467 ; Cass. 21 décembre 2012, RG F.11.0067.N et Cass. 16 novembre 2015, RG F.14.0175.N) !

Solution 3.2 : réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nue-propriété sans superficie conséquence

• Inconvénients

- La construction est d'abord réalisée par les personnes physiques
 - Coût à financer
 - Crédit pont pour la future quote-part du droit d'usufruit (= à valoriser sur plan = coûts)
 - Charge d'intérêts
 - Risque financier d'une augmentation du taux d'intérêts entre l'octroi du crédit pont à la PP et l'octroi x mois plus tard (x années) du crédit d'investissement octroyé à la société pour acquérir le droit réel
- La constitution d'un droit d'usufruit nécessite une valorisation préalable du droit réel
 - seconde valorisation
 - technique + coût
- Les loyers encaissés subiront l'Isoc
- En cas de revente ultérieure des constructions avant l'échéance du droit d'usufruit :
 - la plus-value est taxée, soit immédiatement, soit, le cas échéant, de manière étalée (art. 47 CIR/92)
 - complexité due à l'existence du démembrement
 - Valorisation du droit d'usufruit à sa valeur de marché
 - Acte notarié technique
 - Droits d'enregistrement (12,5% ou 12%)
- La TVA porte également sur la quotité terrain, ce qui peut être financièrement un frein à cette solution dans l'hypothèse où la société usufruitière n'a pas un droit à déduction ou a un droit à déduction limité (cas d'espèces)

Solution 3.2 : réaliser le projet en société en démembrement usufruit / nue-propriété sans superficie conséquence

• Remarques

- La même alternative que dans la solution 3.1. existe, à savoir transférer la nue-propriété sur l'ensemble du bien (terrain + constructions) à la société avant échéance
 - Valorisation de la nue-propriété à sa valeur de marché
 - Droits d'enregistrement 12,5% (12%) sur la valeur de la NP
 - Opération financière TRES intéressante = sortie de cash importante seulement taxée in fine à 10% (7,5%) (i.e. droits d'enregistrement déductibles à l'Isoc et rien en personne physique en principe)
 - La société reconstitue la pleine propriété des construction => solution 2
- Transfert de la nue-propriété aux enfants
 - Timing = impact sur la valorisation de la nue-propriété (prend de la valeur avec le temps) □ influence la base d'imposition en droits de donation
 - Considérations civiles
 - Possibilité d'un démembrement de la nue-propriété ?
- Solution pas applicable pour l'emphytéose eu égard à la taxation de la constitution du droit d'emphytéose à l'impôt des personnes physiques (art. 7 et 10, §1er du CIR/92).

Solution 3.3 : réaliser le projet en société en démembrement superficie / tréfonds avec superficie conséquence

- **Préalable: constituer un droit de superficie sur le terrain au bénéfice de la société**

Nb.: la solution s'applique également pour un droit d'emphytéose mais d'un point de vue des concepts de droit civil, dans le cas présenté, l'institution juridique de l'emphytéose n'est pas appropriée bien que légalement et techniquement envisageable

- **Contrepartie de cette constitution de droit :**

- Aucune : risque de requalification en donation indirecte
- Prix unique :
 - 2% droits d'enregistrement
 - Possibilité théorique de taxation à l'IPP en revenus divers (33% ou 16,5%) en cas de PV (art. 90,8° CIR/92 juncto art. 101, §3 CIR/92 et 54 AR/CIR92)
- Pas de possibilité de récupérer 3/5ème des droits (36% Bxl) même si opération dans les 2èmes années
- Redevances échelonnées
- Actions (cas de l'apport en société) : idem solution 3.1

Solution 3.3 : réaliser le projet en société en démembrement superficie / tréfonds avec superficie conséquence

• Avantages (1/2)

- Sécurité juridique : la superficie-conséquence est un attribut naturel d'usage (3.180, al.3 Cc)
- Durant la durée du droit de superficie, la société est pleine propriétaire des constructions
- Bancable et optimisation financière (idem solution 3.1) avec toutefois affectation hypothécaire du tréfoncier
- Un droit de superficie sur un terrain est-il amortissable avec un amortissement déductible à l'Isoc ?
 - Je pense que oui (si contrepartie financière à l'acquisition du droit de superficie – droit temporaire)
 - Certains pensent que non
 - Jurisprudence isolée Marche-en-Famenne : Civ. Luxembourg (sect. Marche-en-Famenne) 7 juin 2017 (rôle n° : 17/285/A , 12/171/A)
- Risque financier d'une augmentation du taux d'intérêts entre l'octroi du crédit pont à la PP et l'octroi x mois plus tard (x années) du crédit d'investissement octroyé à la société pour acquérir le droit réel
- Les constructions pourront être amorties dans le chef de la société (= déductibilité à l'Isoc) sur la durée du droit de superficie si celle-ci est inférieure à la durée normalement acceptée pour ce type de bien !
- Les charges courantes (assurance, précompte immobilier, ...) seront déductibles à l'Isoc
- Les charges d'intérêts sur le crédit d'investissement seront déductibles à l'Isoc
- La TVA sur les constructions est prise en charge par la société (non récupérable mais amortissable à l'Isoc)

Solution 3.3 : réaliser le projet en société en démembrement superficie / tréfonds avec superficie conséquence

- **Avantages (2/2)**

- Le démembrement portant sur le terrain permettra, sous l'angle civil, à l'expiration de la durée, le retour des constructions dans le patrimoine du titulaire des droits résiduels de propriété (= flexibilité)
- Eventuellement subside à l'investissement
- Les droits d'enregistrement sur la constitution du droit sont de 2% contrairement à l'usufruit (12,5% - 12%)
- Institution en droit civil appropriée à la « construction » (droit de propriété – art. 3.177 code civil)
- Contrairement à la solution 3.2. ci-avant : pas opération en TVA et donc pas de TVA sur la quote-part terrain

Solution 3.3 : réaliser le projet en société en démembrement superficie / tréfonds avec superficie conséquence

- **Inconvénients**

- Apport d'un droit de superficie sur le terrain = idem solution 3.1
- La constitution d'un droit de superficie nécessite en principe une valorisation préalable du droit réel (technique + coût)
 - néanmoins cas de la RDA gratuite
- Les loyers encaissés subiront l'Isoc
- En cas de revente ultérieure des constructions avant l'échéance du droit de superficie :
 - la plus-value est taxée, soit immédiatement, soit, le cas échéant, de manière étalée (art. 47 CIR/92)
 - complexité due à l'existence du démembrement
 - Valorisation du droit de superficie à sa valeur de marché
 - Valorisation des constructions à leur valeur de marché
 - Acte notarié technique
- Droits d'enregistrement (2% sur le droit de superficie et 12,5% ou 12% sur les constructions)

Solution 3.3 : réaliser le projet en société en démembrement superficie / tréfonds avec superficie conséquence

• Inconvénients

- La flexibilité du démembrement est à saluer, mais quid indemnisation au terme dans le chef des tréfonciers ? □ Idem solution 3.1.
 - Indemnisation sur base de la règle de l'enrichissement injustifié
 - Plus petite des 2 valeurs |.| appauvrissement et enrichissement
 - Economie générale du contrat (considérations de fait = insécure)
- Les loyers encaissés subiront l'Isoc
- In casu : l'indemnité sera élevée

• Alternatives

- Alternative n° 1 (= user d'une ô flexibilité) : transférer le tréfonds sur le terrain à la société avant échéance
 - Valorisation du tréfonds à sa valeur de marché
 - Droits d'enregistrement 12,5% (12%) sur la valeur du tréfonds
 - Opération financière = sortie de cash (quoique limitée au tréfonds du terrain)
 - La société reconstitue la pleine propriété des construction => solution 2
- Alternative n° 2 : ne pas la payer en cash mais accepter la taxation d'un ATN : risqué ?

La solution 1 ne sera pratiquement jamais conseillée eu égard principalement au coût élevé du financement du projet (on finance avec du net) ainsi qu'à l'insécurité financière liée à la problématique d'une base imposable élevée en droit successoral / droit de donation

La solution 2 n'est pas appréciée principalement à cause de la non flexibilité qu'elle emporte : l'immeuble est « enfermé dans la société »

La solution 3.1. n'est pratiquement jamais conseillée pour 3 raisons principales :

- (i) : institution juridique pas la plus appropriée sous l'angle civil
- (ii) : la solution 3.3. répond mieux sous l'angle civil et coûte moins cher sous l'angle des droits d'enregistrement
- (iii) : insécurité liée à l'indemnisation au terme sur base d'un enrichissement injustifié

La solution 3.2. est très souvent conseillée pour les raisons principales suivantes :

- (i) : pas de taxation à l'IPP
- (ii) : récupération de la TVA en personne physique (100% ou au prorata – règle des 97,5%)
- (iii) : si la société US est assujettie TVA déposant avec droit à déduction ➔ TVA neutre (si pas : éventuellement solution 3.3)
- (iv) : bonne solution optimale à l'Isoc dans le chef de la société US

La solution 3.3. à conseiller principalement si la société n'est pas un assujetti avec droit à déduction (car dans la solution 3.2. la TVA porte également sur le terrain) ➔ question de faits

- (i) : institution juridique plus appropriée sous l'angle civil que solution 3.1
- (ii) : coûte moins cher que la solution 3.1.
- (iii) : insécurité liée à l'indemnisation au terme sur base d'un enrichissement injustifié ➔ à conseiller avec solution alternative
➔ transfert du tréfonds en société avant échéance (opération cash taxée à 10% net)



MERCI POUR VOTRE ATTENTION



Emmanuel SANZOT

Expert-comptable et Conseil Fiscal
certifié

Actionnaire – Administrateur
Place des Jardins de Baseilles, 19
Bte 14 • 5101 Erpent

Tel.: 081/35.44.80

Mail : esa@socofinam.be

www.socofinam.be

SOCOFINAM

Expertise comptable, fiscale & financière

Alexander Vandendries

Avocat

E alexander.vandendries@loyensloeff.com

LOYENS & LOEFF CVBA

Advocaten, Avocats

Tervurenlaan 2, 1040 BRUSSELS

Belgium

T +32 2 743 43 43

M +32 471 20 86 24 / + 32 474 28 95 83

loyensloeff.be | [LinkedIn](#) | [Twitter](#)

LOYENS  LOEFF