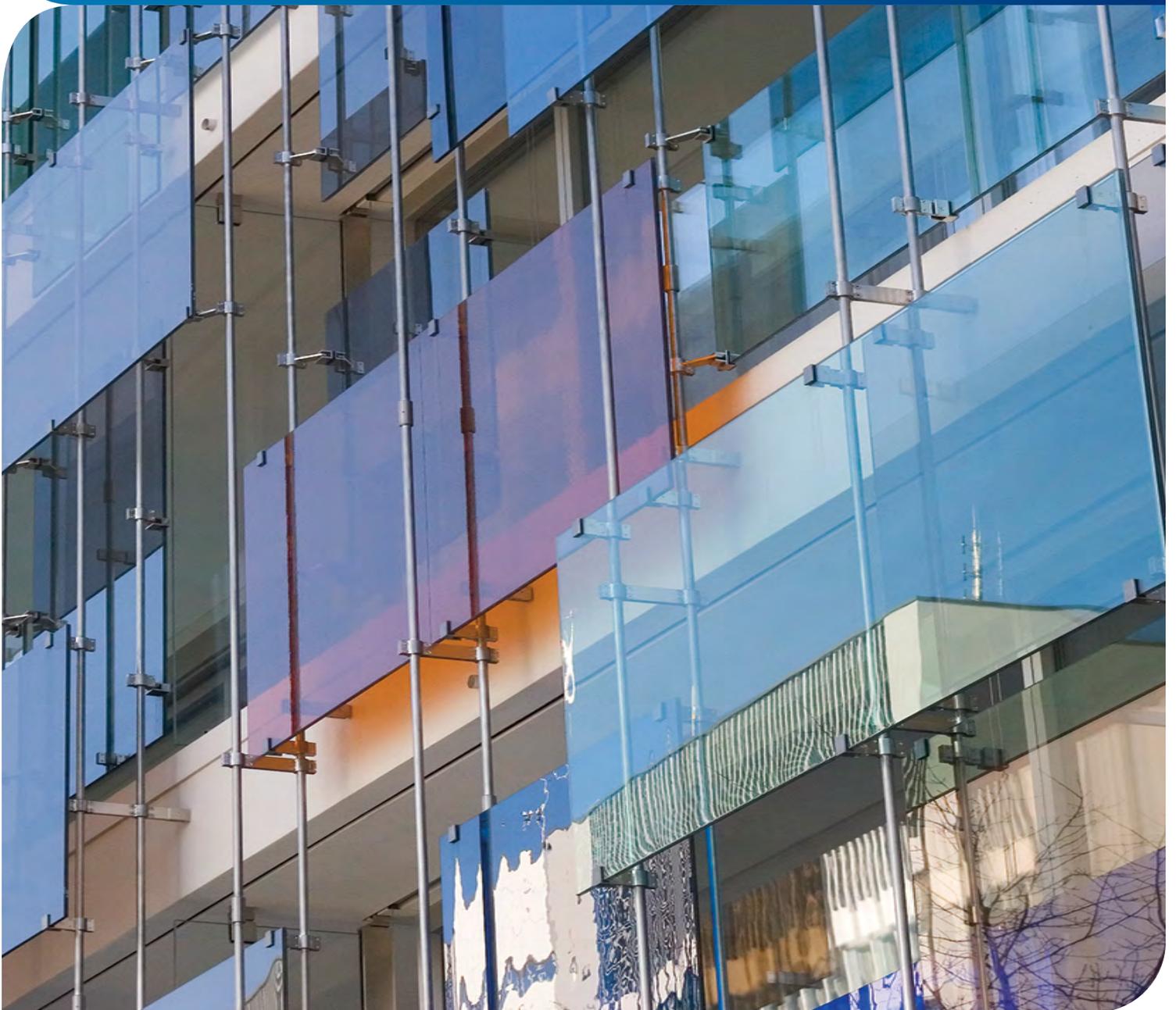


Mars 2023

Lettre d'information

Focus Immo



Introduction

Chers amis,

Cette lettre d'information a pour but de vous informer sur les développements juridiques, fiscaux et réglementaires, pertinents pour votre activité, dans le Benelux et en Suisse.

Dans cette édition consacrée à l'immobilier, vous en apprendrez davantage sur les thèmes suivants :

- **Structures d'investissement pour les fonds immobiliers français**

- **Nouvelles de l'Europe**

- UE Taxonomie : Mise à jour
- Pilier 2 - à quoi s'attendre pour le secteur immobilier ?
- La CJUE confirme l'application potentielle du régime de cession d'universalité ou de branche d'activité (TOGC) aux opérations immobilières

- **Nouvelles de nos marchés domestiques**

- Belgique
 - Un nouveau droit des contrats depuis le 1er janvier 2023
 - Indexation des loyers
 - La vente d'un bien immobilier par une autorité publique est nulle et non avenue en raison d'une concurrence insuffisante
- Pays-Bas
 - L'arrêt Didam du point de vue du prêteur
 - Nouvelles règles de classification fiscale des entités
 - Principaux enseignements du budget 2023 pour le secteur immobilier
 - Nouvelle proposition en matière de droit de mutation (RETT) applicable aux opérations sur actions - un nouveau revers pour le marché néerlandais du logement
 - Nouvelle proposition législative pour la réglementation du marché résidentiel (mid-market)
 - Nouveau modèle de bail commercial
- Luxembourg
 - Rachat d'une catégorie d'actions - une décision du tribunal attendue de longue date
 - TVA et immobilier : changements depuis le 1 janvier 2023
 - Changements notables (à venir) en droit immobilier
- Suisse
 - La Cour suprême suisse confirme l'impôt sur la fortune en Suisse pour les participations dans des SCI.

Nous vous souhaitons une bonne lecture et espérons vous revoir bientôt.

Imme Kam
Associé, bureau de Paris

1. Structures d'investissement pour les fonds immobiliers français

Les fonds immobiliers français ont été très actifs sur nos marchés domestiques ces derniers temps. Dans cette contribution, nous commentons les structures d'investissement souvent rencontrées, en soulignant les pièges possibles et les points d'attention. Il est à noter que cette contribution ne commente pas les aspects réglementaires et fiscaux français, et se concentre uniquement sur les SCPI et les SIIC (ou les sociétés bénéficiant d'un régime SIIC).

1.1 Structures d'investissement pour les SCPI françaises

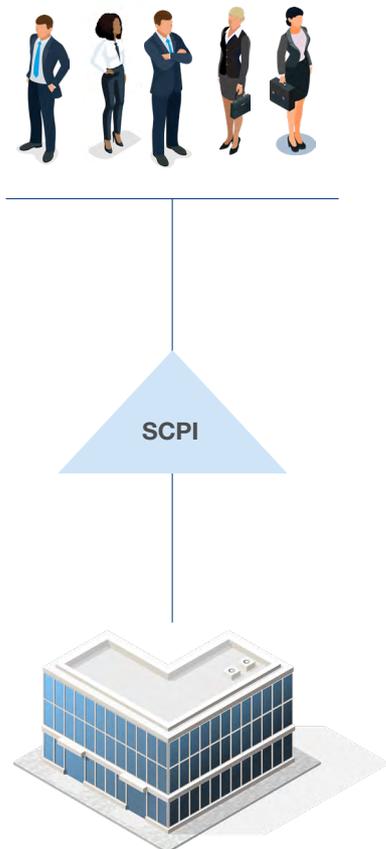
Nous partons de l'hypothèse que les SCPI françaises sont translucides sur le plan fiscal français, c'est-à-dire qu'elles ont la personnalité juridique et la propriété de l'actif, mais que la fiscalité est établie dans les mains des porteurs de parts, et non de la SCPI.

En outre, nous comprenons que les SCPI sont soumises à des contraintes réglementaires en ce qui concerne les actifs dans lesquels elles peuvent investir et nous avons donc supposé que la SCPI investissait directement dans l'actif immobilier ou par l'intermédiaire d'un FIA (ou d'une autre entité translucide).



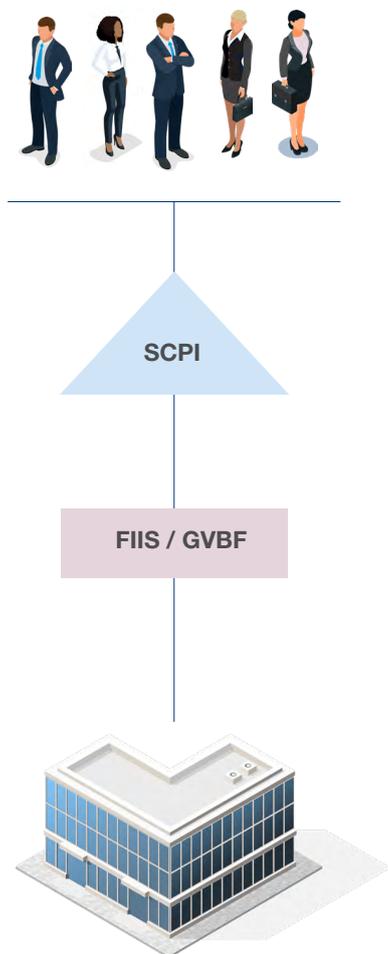
1.1.1 Investissement dans l'immobilier belge

Investissement direct dans l'immobilier belge



- En vertu de la convention fiscale (actuelle et future), la Belgique a le pouvoir exclusif de prélever l'impôt sur les revenus immobiliers (revenus locatifs, plus-values). Le taux applicable est actuellement de 25 %. Il convient de noter que l'imposition de la plus-value à la sortie est appliquée par le biais d'une retenue à la source, puis corrigée (par exemple, pour tenir compte des pertes fiscales reportées) par le biais de la déclaration annuelle à l'impôt des non-résidents.
- La déclaration annuelle à l'impôt des non-résidents est introduite par la SCPI.
- Il n'y a pas d'impôt (*branch tax*) sur le rapatriement ou l'attribution de revenus de la Belgique vers la France.
- Dans le cas où la SCPI attirerait un financement qui serait directement alloué à l'immobilier belge, les coûts de financement devraient être déductibles fiscalement à condition que (i) les règles de déductibilité standard soient respectées, (ii) l'intérêt appliqué soit un intérêt de marché et (iii) les coûts d'emprunt nets s'élèvent à maximum 30% de l'EBITDA belge de la SCPI ou 3M EUR sur une base consolidée (c'est-à-dire en considérant tous les investissements belges de la SCPI).
- La charge fiscale d'une telle structure réside dans les droits de mutation (**RETT**). L'acquisition de biens immobiliers est en effet soumise à une RETT de 12 % (Flandre) ou de 12,50 % (Bruxelles et Wallonie). Une alternative pourrait être de procéder à une acquisition scindée : (i) la SCPI acquerrait un droit d'emphytéose (de 99 ans) soumis à 2% RETT, (ii) un tiers acquerrait les droits de propriété résiduels (tréfonds) soumis à 12 ou 12.50% RETT et (iii) le cessionnaire du droit d'emphytéose se verrait accorder une option d'achat sur le tréfonds (menant à la réunification de la pleine propriété), à exercer au plus tôt 15 ans après l'octroi du droit d'emphytéose à la SCPI.
- L'acquisition d'un immeuble nouvellement construit ou drastiquement rénové dans les deux années de sa première utilisation est, ou peut être, soumise à 21% de TVA au lieu de la RETT.

Investissement indirect dans l'immobilier belge



- Dans une telle structure, l'immobilier belge est détenu par un FIIS (*fonds d'investissement immobilier spécialisé*) / GVBF (*gespecialiseerde vastgoedbeleggingsfonds*). Les revenus (immobiliers) du FIIS / GVBF sont exclus de sa base imposable, à charge pour le FIIS / GVBF de procéder à une distribution annuelle de dividendes, ce qui a pour effet de transférer l'imposition du véhicule à ses investisseurs.
- Sur la base de la convention fiscale actuelle, et compte tenu de l'absence de condition d'imposition, les dividendes de source belge distribués à la SCPI devraient être soumis à une retenue à la source de 10% ou 15 % en Belgique. La future convention fiscale pourrait conduire à une augmentation drastique de la charge fiscale, puisque les dividendes distribués par un FIIS / GVBF seraient soumis à une retenue à la source de 30 % (sauf s'ils sont distribués à un actionnaire détenant moins de 10 % du FIIS / GVBF).

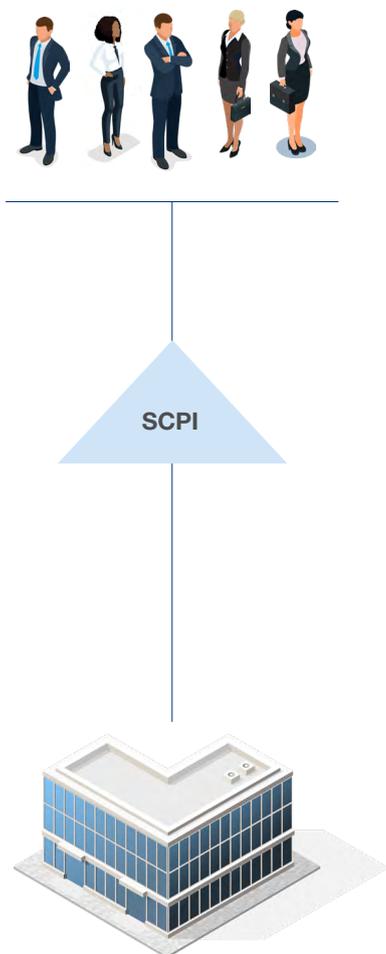
Cela n'a pas encore été testé, mais on pourrait envisager de considérer les SCPI comme totalement transparentes et de déterminer cette condition d'actionariat entre les mains des détenteurs de parts. Pour les SCPI grand public, cela conduirait à une réduction de la retenue à la source belge à 12,8 %.

Compte tenu de cette augmentation de la charge fiscale, et sous réserve du crédit d'impôt français, on pourrait envisager de liquider le FIIS / GVBF et ainsi de mettre en place une structure de détention directe (voir ci-dessus). Le traitement fiscal des réserves existantes au niveau du FIIS / GVBF doit cependant être examiné avec soin.

- Si le FIIS / GVBF est financé, seules les règles de déductibilité standard et le principe de pleine concurrence s'appliquent.
- Lors de la cession des actions du FIIS / GVBF, la France est exclusivement compétente pour imposer, à la fois en vertu de la convention fiscale actuelle (article résiduel selon lequel le pouvoir de taxation est confié à l'Etat du vendeur) et de la future convention fiscale (pouvoir de taxation attribué à l'Etat du vendeur en l'absence de règle de prépondérance immobilière en Belgique).

1.1.2 Investissement dans l'immobilier néerlandais

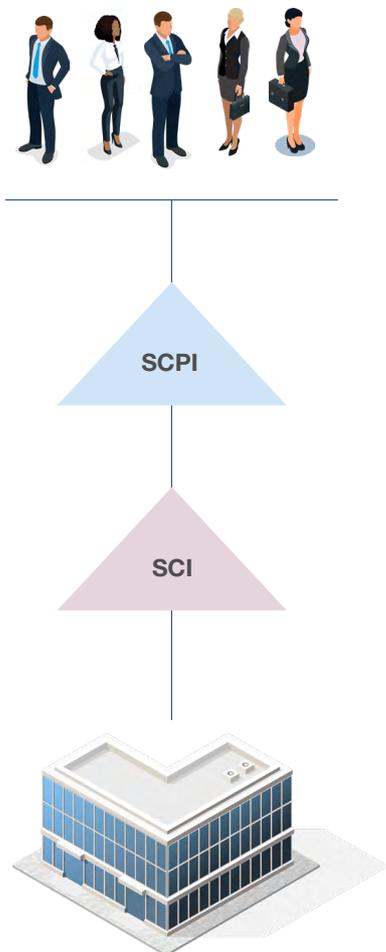
Investissement direct dans l'immobilier néerlandais



- Selon les règles néerlandaises actuelles, une SCPI peut être considérée comme transparente ou opaque au regard de la fiscalité néerlandaise, en fonction de ses statuts. En bref, le critère décisif est de savoir si l'adhésion ou la substitution d'un investisseur nécessite le consentement unanime de tous les autres investisseurs (y compris l'associé gérant). Ce n'est que si ce consentement unanime est requis (et en pratique obtenu) qu'une entité est classée comme fiscalement transparente aux Pays-Bas. Dans la pratique où, selon notre expérience, les SCPI ne prévoient généralement pas une telle restriction de transfert, cela signifie généralement que les entités étrangères telles que les SCPI sont traitées comme opaques d'un point de vue fiscal néerlandais. Toutefois, cela est sur le point de changer, car de nouvelles règles de classification fiscale des entités devraient être introduites en 2024 (voir sous "Nouvelles règles de classification fiscale des entités " pour plus d'informations).
- Dans le cas où une SCPI est considérée comme opaque du point de vue de la fiscalité néerlandaise, la SCPI est soumise à l'impôt sur les sociétés néerlandais (**IS**) néerlandais, en tant que non-résident, sur tous les revenus (tels que les revenus locatifs) et les plus-values attribuables à ses investissements directs dans l'immobilier néerlandais au taux global de 25,8 % (19 % sur les 200.000 premiers euros de bénéfices, taux de 2023).
- Si une SCPI est considérée comme transparente au regard de la fiscalité néerlandaise, chaque société investissant dans la SCPI est soumise IS sur les revenus immobiliers et les plus-values. Toutefois, certains investisseurs (tels que les fonds de pension) peuvent bénéficier d'une exonération de l'impôt sur le revenu des sociétés. Les particuliers sont soumis à l'impôt néerlandais sur le revenu des personnes physiques sur la base de la valeur de leur participation dans les biens immobiliers néerlandais.

- Les investisseurs étrangers sont soumis à des obligations de déclaration et de conformité fiscale aux Pays-Bas, qui doivent être respectées spontanément. Dans le cas d'une SCPI grand public, une classification fiscalement transparente du point de vue de la fiscalité néerlandaise conduirait probablement à la conclusion que l'investissement direct dans l'immobilier néerlandais par la SCPI n'est pas réalisable. Compte tenu des changements proposés aux règles de classification fiscale des entités, l'investissement direct dans l'immobilier néerlandais par les SCPI devra faire l'objet d'une attention particulière.
- Il n'y a pas de retenue à la source ni de *branch tax* sur le rapatriement ou l'affectation des revenus des Pays-Bas vers la France.
- Dans le cas où la SCPI est financée et ce financement est alloué à l'immobilier néerlandais, les coûts de financement devraient être déductibles fiscalement à condition que (i) les règles de déductibilité standard soient respectées, (ii) l'intérêt soit de pleine concurrence et (iii) les coûts d'emprunt nets s'élèvent au maximum à 20 % de l'EBITDA néerlandais de la SCPI ou à 1M EUR sur une base agrégée (c'est-à-dire en considérant tous les investissements directs de la SCPI dans l'immobilier néerlandais).
- Une retenue à la source conditionnelle sur les charges d'intérêts entre parties liées, allouées aux biens immobiliers néerlandais, peut s'appliquer aux juridictions à faible taux d'imposition ou figurant sur la liste noire de l'UE, aux entités hybrides ou aux situations abusives.
- L'acquisition de biens immobiliers néerlandais par une SCPI est en principe soumise à la RETT néerlandaise au taux de 10,4 % sur le prix d'achat (ou sur la juste valeur de marché, si elle est plus élevée). La cession de biens immobiliers nouvellement construits est en principe soumise à une TVA de 21 % de plein droit, avant, à la date ou deux ans après la première utilisation des biens immobiliers. Le transfert d'un bien loué est généralement considéré comme un transfert d'activité qui n'est pas soumis à la TVA.

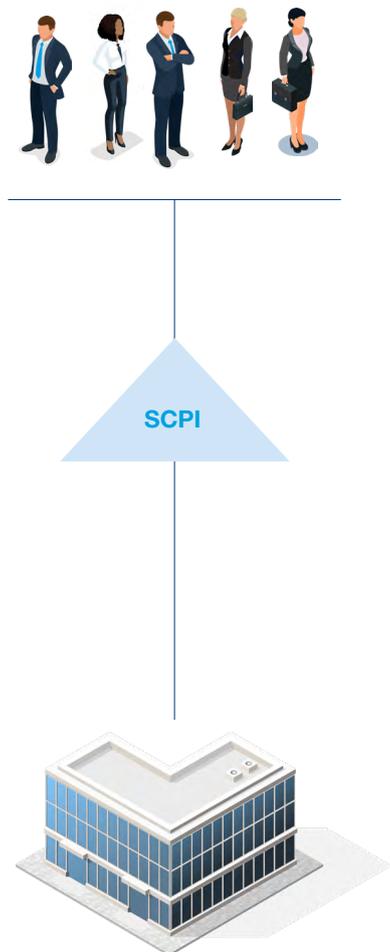
Investissement indirect dans l'immobilier néerlandais



- Les biens immobiliers néerlandais sont détenus par une SCI française (**PropCo**). Selon les règles néerlandaises actuelles, une SCI peut être considérée comme transparente ou opaque aux fins de l'impôt néerlandais, en fonction de ses statuts (bien que cela puisse changer en vertu des nouvelles règles de classification qui devraient entrer en vigueur en 2024). Si la SCI est considérée comme opaque du point de vue de l'impôt néerlandais, elle est soumise à l'impôt néerlandais sur le revenu en tant que non-résident sur tous ses revenus (tels que les revenus locatifs) et les plus-values attribuables à ses investissements directs dans l'immobilier néerlandais au taux général de 25,8 % (19 % sur les 200.000 premiers euros de bénéfices, taux de 2023).
- Il n'y a pas de retenue à la source ni de *branch tax* sur le rapatriement ou l'affectation des revenus des Pays-Bas vers la France.
- Les coûts de financement devraient être fiscalement déductibles à condition que (i) les règles de déductibilité standard soient respectées, (ii) les intérêts répondent aux conditions de pleine concurrence et (iii) les coûts d'emprunt nets représentent au maximum 20 % de l'EBITDA néerlandais de la SCI ou 1 million d'euros sur la base d'une entité (c'est-à-dire 1 million d'euros par PropCo). Il convient de noter que l'application potentielle des règles anti-hybrides néerlandaises (ATAD2) et de la retenue à la source conditionnelle néerlandaise sur les intérêts des parties liées peut limiter ces avantages et doit être analysée.
- L'investissement indirect via une institution d'investissement fiscal néerlandaise (*fiscale beleggingsinstelling*, FBI) n'est pas considéré comme une option viable au vu des modifications proposées par le gouvernement néerlandais selon lesquelles ces entités ne seront plus autorisées à investir directement dans l'immobilier à partir de 2025 (voir "Suppression de l'investissement immobilier direct par les FBI néerlandais" pour plus d'informations). Cette option n'est dès lors pas abordée dans la présente contribution.

1.1.3 Investissement dans l'immobilier luxembourgeois

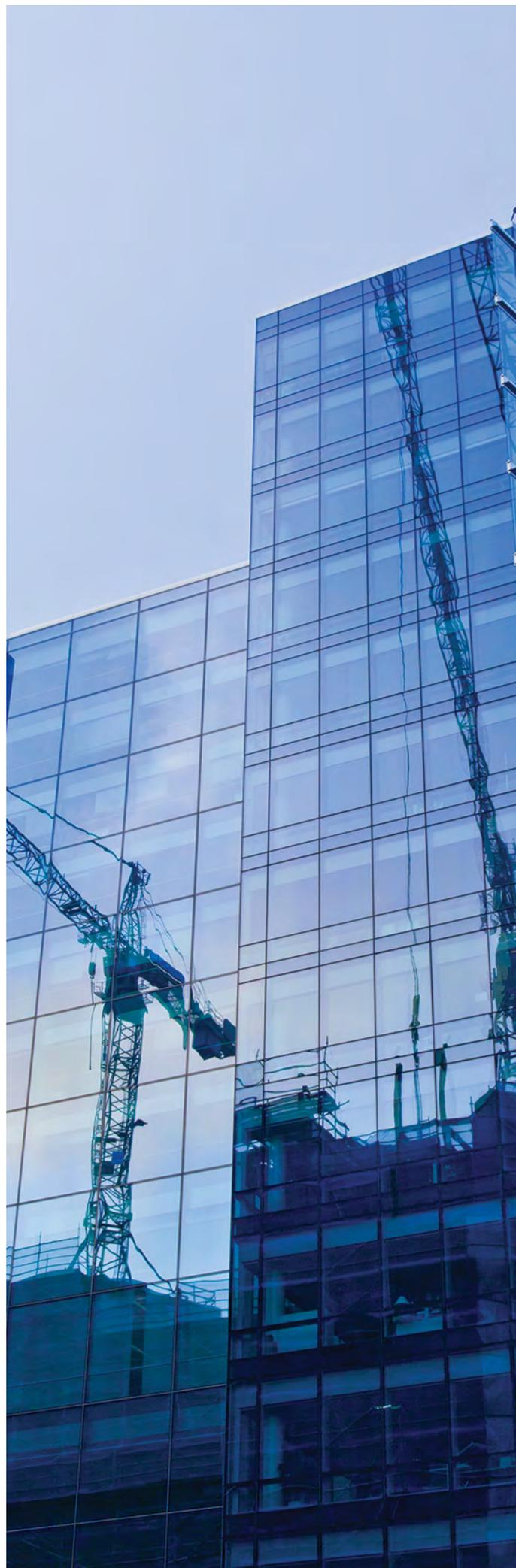
Investissement direct dans l'immobilier luxembourgeois



- Sur la base de la convention de double imposition de 2018 en vigueur avec la France, le Luxembourg est compétent pour imposer les revenus immobiliers de la SCPI (revenus locatifs et plus-values) provenant des biens immobiliers basés au Luxembourg. Le taux d'impôt sur les sociétés applicable est actuellement de 18,19 % (y compris une surtaxe de 7 % pour le fonds de solidarité). Dans le cas où la SCPI serait considérée comme exerçant une activité commerciale au Luxembourg, la taxe professionnelle communale sera prélevée en sus. Le taux de cette taxe dépend de la commune dans laquelle l'activité commerciale est exercée (6,75 % pour Luxembourg-Ville, par exemple). La possession passive d'un immeuble pour le louer à des tiers ne devrait généralement pas donner lieu à une activité commerciale au Luxembourg. En outre, la valeur unitaire des biens immobiliers est soumise à l'impôt luxembourgeois sur la fortune nette au taux marginal de 0,5 %. Étant donné que les valeurs unitaires sont basées sur des valeurs locatives remontant à 1941, la valeur unitaire des biens immobiliers luxembourgeois est nettement inférieure à leur valeur de marché.
- Il n'y a pas d'impôt (*branch tax*) sur le rapatriement ou l'attribution de revenus immobiliers du Luxembourg vers la France.
- Dans le cas où la SCPI attirerait des financements directement alloués à l'immobilier luxembourgeois, les coûts de financement devraient être déductibles fiscalement à condition que (i) les règles de déductibilité standard soient respectées et (ii) que les intérêts soient des intérêts de marché. Dans le cas où les activités luxembourgeoises de la SCPI donneraient lieu à une activité commerciale, des règles supplémentaires de limitation de la déduction, telles que la règle de limitation de la déduction des intérêts (qui plafonne la déduction des coûts d'emprunt nets à 30 % de l'EBITDA ou à 3 millions d'euros, selon le montant le plus élevé), devront être respectées.
- La charge fiscale de cette structure réside dans la RETT luxembourgeoise. L'acquisition de biens immobiliers (commerciaux) est en effet soumise à la RETT de 10 % s'ils sont situés dans la ville de Luxembourg et de 7 % s'ils sont situés en dehors de la ville de Luxembourg. En outre, le Luxembourg soumet la vente d'intérêts dans des sociétés de personnes à la RETT luxembourgeoise si cette société possède des biens immobiliers situés au Luxembourg. La question de savoir si la SCPI doit être considérée comme une société de personnes au sens de la loi luxembourgeoise sur la RETT dépend de la possibilité de l'assimiler à une société de personnes luxembourgeoise, ce qui nécessite une analyse au cas par cas.

1.1.4 Investissement dans l'immobilier suisse

- La Suisse applique deux régimes d'imposition différents pour les investissements immobiliers.
- Aux fins de l'impôt fédéral sur le revenu, les revenus immobiliers des personnes physiques résidentes fiscales sont entièrement imposables, mais les plus-values sont exonérées d'impôt (uniquement imposées au niveau cantonal). Les entreprises sont imposées à la fois sur le revenu et sur les plus-values.
- Aux fins de l'impôt cantonal sur le revenu, les gains en capital réalisés par une personne physique résidente fiscale sont soumis à l'impôt sur les gains en capital immobiliers. Le taux d'imposition varie d'un canton à l'autre et tient compte de la durée de détention de l'investissement (les gains en capital à court terme sont imposés à un taux plus élevé, par exemple de 40 à 50 %). Certains cantons prélèvent également un impôt sur les plus-values immobilières pour les entreprises (système moniste ; prélèvement uniquement sur la différence entre les coûts d'acquisition et le prix de vente ; la différence entre la valeur comptable et les coûts d'acquisition est soumise à l'impôt normal sur le revenu des entreprises), tandis que la majorité des cantons imposent les plus-values immobilières avec l'impôt normal sur le revenu des entreprises (système dualiste ; les taux d'imposition varient d'environ 12 % à 20 %).
- Les investisseurs immobiliers étrangers sont assujettis à l'impôt en Suisse en vertu du droit national, conformément au système susmentionné.
- En vertu de la convention franco-suisse de double imposition, les revenus et les gains en capital provenant de biens immobiliers peuvent être imposés dans l'État de localisation du bien immobilier. Il en va de même pour l'imposition de la fortune. Par conséquent, la Suisse sera libre de prélever un impôt sur les biens immobiliers conformément aux règles susmentionnées (en fonction du lieu de l'investissement).

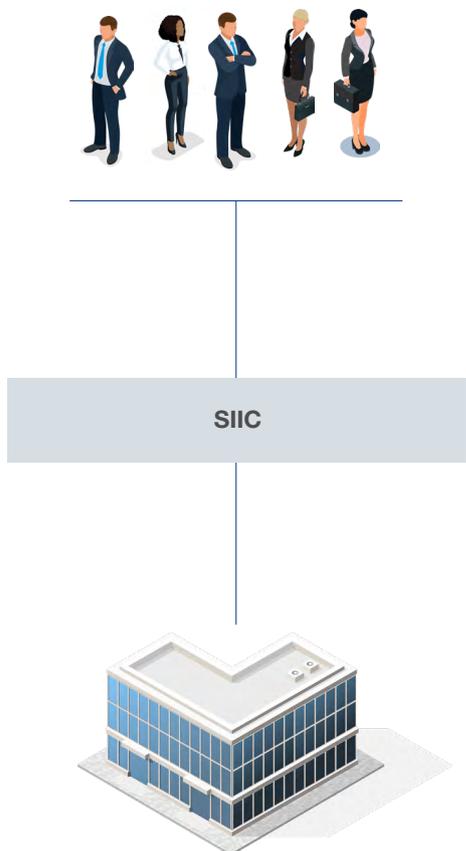


1.2 Structures d'investissement pour les SIIC françaises

Nous partons de l'hypothèse que les SIIC françaises sont des sociétés dotées d'une personnalité juridique distincte et soumises à l'impôt sur les sociétés, bien qu'elles bénéficient d'un régime dérogatoire pour (certains) investissements immobiliers. Ce régime prévoit une exonération de l'impôt sur les sociétés sous réserve d'une obligation de distribution.

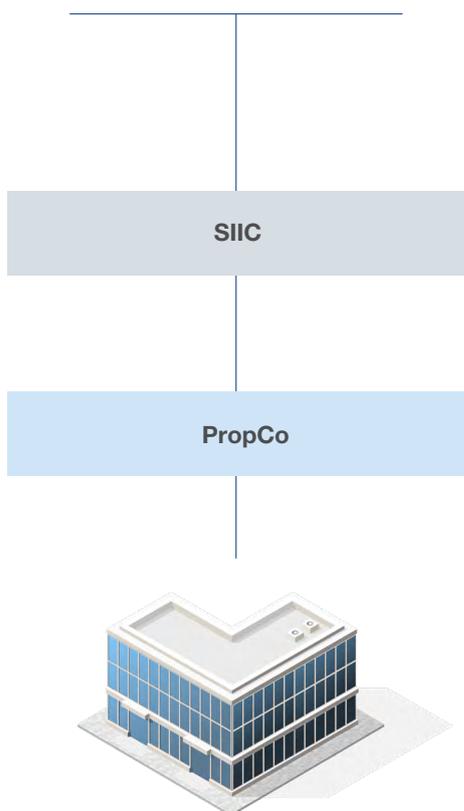
1.2.1 Investissement dans l'immobilier belge

Investissement direct dans l'immobilier belge



- La structuration et la fiscalité d'un investissement direct dans l'immobilier belge sont les mêmes que pour une SCPI (voir ci-dessus). Compte tenu du double niveau d'imposition (une fois au niveau de l'établissement belge de la SIIC et une fois lors de la distribution par la SIIC), cette structure d'investissement n'est pas fréquente.

Investissement indirect dans l'immobilier belge (PropCo)



- Dans une telle structure, le bien immobilier belge est détenu par une société soumise à l'impôt sur les sociétés (**PropCo**). Les revenus (immobiliers) de la PropCo sont soumis à un impôt des sociétés au taux de 25 %, sur une base nette (après déduction de l'amortissement annuel et des coûts).
- Les coûts de financement sont déductibles fiscalement à condition que (i) les règles de déductibilité standard soient respectées, (ii) les intérêts soient des intérêts de marché et (iii) les coûts d'emprunt nets représentent au maximum 30 % de l'EBITDA ou 3 millions d'euros sur une base consolidée (c'est-à-dire en considérant tous les investissements belges de la SIIC).
- Sur la base de la convention fiscale actuelle, les dividendes de source belge distribués à la SIIC devraient être soumis à une retenue à la source de 10% ou 15 %. En vertu de la future convention fiscale et à condition qu'une période de détention minimale de 365 jours soit respectée, ces dividendes devraient être exemptés de retenue à la source.
- Lors de la cession des actions de PropCo, la France est seule compétente pour imposer la plus-value, à la fois en vertu de la convention fiscale actuelle (article résiduel selon lequel le pouvoir de taxation est confié à l'État du vendeur) et de la future convention fiscale (pouvoir de taxation attribué à l'État du vendeur en l'absence de règle de prépondérance immobilière en Belgique).

Investissement indirect dans l'immobilier belge (FIIS / GVBF)



SIIC

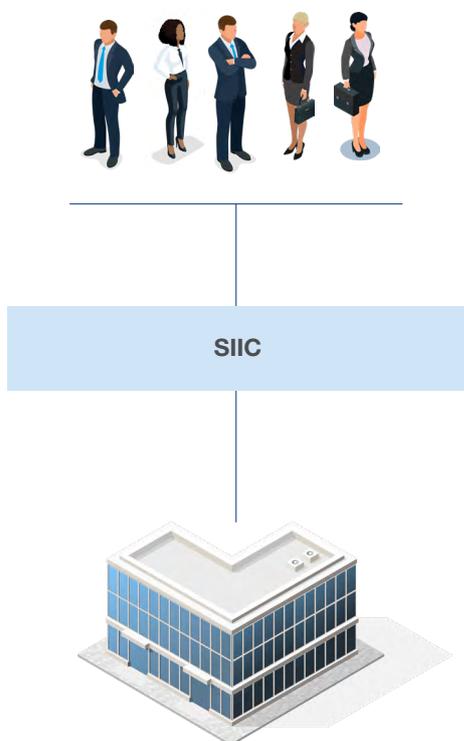
FIIS / GVBF



- La structuration et les aspects fiscaux d'un investissement indirect dans l'immobilier belge via un FIIS / GVBF sont les mêmes que pour une SCPI (voir ci-dessus). Contrairement à la SCPI, la SIIC est opaque et il ne devrait donc pas être possible d'apprécier la condition de participation par transparence.

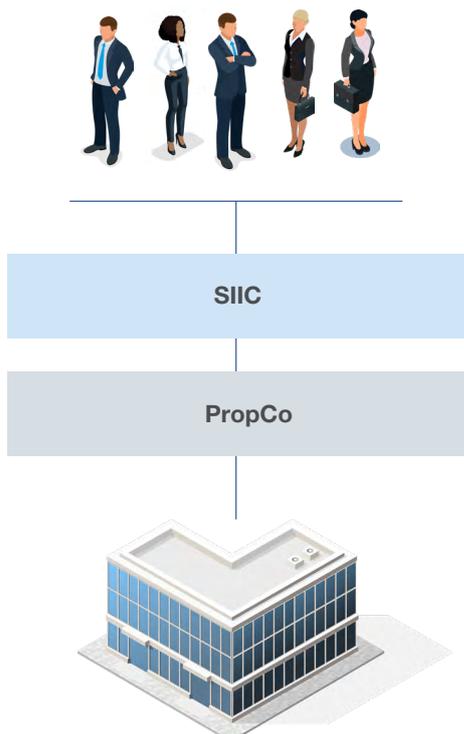
1.2.2 Investissement dans l'immobilier néerlandais

Investissement direct dans l'immobilier néerlandais



- La structuration et la fiscalité d'un investissement direct dans l'immobilier néerlandais sont les mêmes que pour une SCPI (voir ci-dessus). Compte tenu du double niveau d'imposition (une fois au niveau de l'établissement néerlandais de la SIIC et une fois lors de la distribution par la SIIC), cette structure d'investissement n'est pas fréquente.

Investissements indirects dans l'immobilier néerlandais



- Les biens immobiliers néerlandais sont détenus par une société immobilière néerlandaise établie en tant que BV ou coopérative (PropCo). La PropCo est soumise à l'impôt néerlandais en tant que contribuable résident sur tous les revenus (tels que les revenus locatifs et les plus-values sur les biens immobiliers néerlandais) au taux général de 25,8 % (19 % sur les 200.000 premiers euros de bénéfices, taux de 2023).
- Les coûts de financement devraient être déductibles fiscalement à condition que (i) les règles de déductibilité standard soient respectées, (ii) les intérêts soient des intérêts de marché et (iii) les coûts d'emprunt nets représentent au maximum 20 % de l'EBITDA de PropCo ou 1 million d'euros sur la base de l'entité (c'est-à-dire 1 million d'euros par PropCo). Il convient de noter que l'application potentielle des règles anti-hybrides néerlandaises (ATAD2) et de la retenue à la source conditionnelle néerlandaise sur les intérêts des parties liées peut limiter ces avantages et doit être analysée.

- Les dividendes distribués par une coopérative détenant uniquement des investissements immobiliers directs néerlandais ne devraient pas être soumis à la retenue à la source sur les dividendes. Cette situation pourrait toutefois changer avec l'entrée en vigueur des nouvelles règles néerlandaises de retenue à la source conditionnelle sur les dividendes en 2024.
- Lors de la cession d'actions d'une BV ou de parts d'une coopérative, les Pays-Bas sont exclusivement compétents pour imposer la plus-value en vertu de la convention fiscale entre les Pays-Bas et la France (sur la base de la clause de prépondérance immobilière de l'Instrument Multilatéral).
- L'investissement indirect via une institution d'investissement fiscal néerlandaise (fiscale beleggingsinstelling, FBI) n'est pas considéré comme une option viable au vu des modifications proposées par le gouvernement néerlandais selon lesquelles ces entités ne seront plus autorisées à investir directement dans l'immobilier à partir de 2025 (voir "Suppression de l'investissement immobilier direct par les FBI néerlandais" pour plus d'informations). Cette option n'est dès lors pas abordée dans la présente contribution.

1.2.3 Investissement dans l'immobilier luxembourgeois

Investissement direct dans l'immobilier luxembourgeois



SIIC



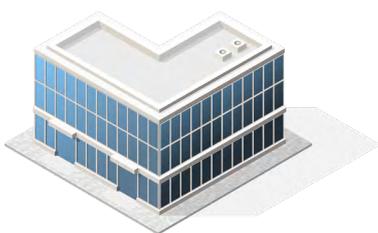
- La structuration et les aspects fiscaux d'un investissement direct dans l'immobilier luxembourgeois sont les mêmes que pour une SCPI (voir ci-dessus).

Investissement indirect dans l'immobilier luxembourgeois (PropCo)



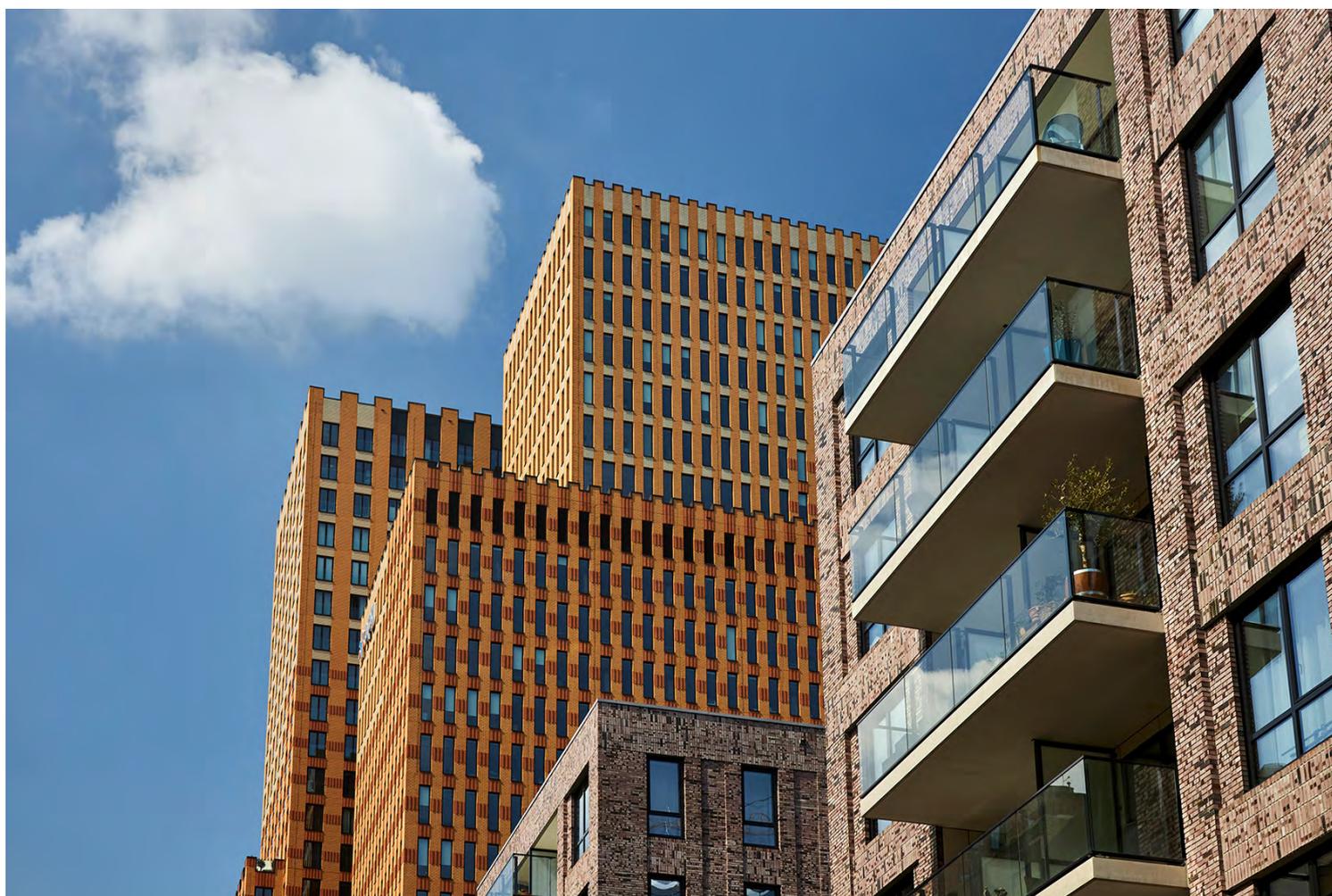
SIIC

PropCo



- Dans cette structure, le bien immobilier luxembourgeois est détenu par une société de capitaux résidente du Luxembourg (généralement une société à *responsabilité limitée*) (**PropCo**). Les revenus (revenus locatifs et plus-values) de la PropCo sont entièrement soumis à l'IS et à l'impôt commercial communal entre les mains de la PropCo au taux de 24,94 % si le siège social de la société est situé à Luxembourg-Ville. En outre, la valeur unitaire des biens immobiliers est soumise à l'impôt luxembourgeois sur la fortune nette à un taux supplémentaire de 0,5 %. Étant donné que les valeurs unitaires sont basées sur des valeurs locatives remontant à 1941, la valeur unitaire des biens immobiliers luxembourgeois est nettement inférieure à leur valeur de marché.
- Les distributions de la PropCo donnent lieu à une retenue à la source de 15 %, qui peut être réduite (même à 0 %) en fonction de la qualification fiscale de la SIIC aux fins de l'impôt luxembourgeois en tant que société transparente ou opaque et de l'application de l'exonération de retenue à la source luxembourgeoise. Pour cela, une analyse au cas par cas basée sur les statuts de la SIIC est nécessaire car il n'y a pas de règles de qualification par défaut applicables au Luxembourg.
- Les sociétés de capitaux luxembourgeoises ont généralement recours à l'endettement en vue de rapatrier des revenus immobiliers récurrents sous la forme d'un remboursement du principal du prêt et de paiements d'intérêts dans des conditions normales de concurrence, qui ne sont pas soumis à la retenue à la source luxembourgeoise.

- Si la PropCo est endettée, la déduction des paiements d'intérêts de la base imposable au Luxembourg est soumise aux règles de déductibilité standard, au principe de pleine concurrence, aux règles de limitation de la déduction des intérêts et aux règles anti-hybrid mismatch.
- Lors de la cession des actions de la PropCo, le Luxembourg est compétent pour imposer la plus-value en vertu de la convention fiscale en vigueur avec la France. En vertu de sa législation fiscale nationale, le Luxembourg n'impose pas les plus-values sur actions, sauf dans le cas où un investisseur étranger a détenu une participation importante dans une société luxembourgeoise (plus de 10 %) et a cédé ses actions dans un délai de six mois après les avoir acquises (c'est-à-dire les plus-values à court terme) ou dans les cas d'abus de droit.
- La cession de titres d'une société à prépondérance immobilière n'est pas soumise à la RETT luxembourgeoise.

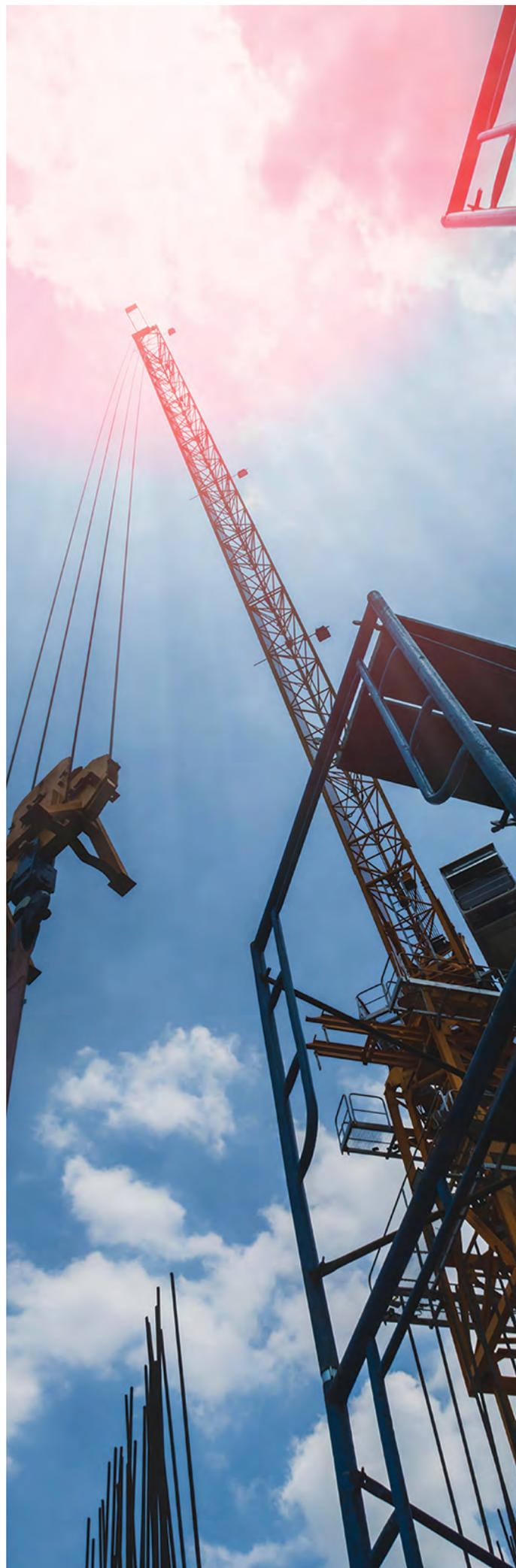


1.2.4 Investissement dans l'immobilier suisse

- Nous nous référons aux développements ci-dessus.
- Dans les cantons dotés d'un système moniste, la vente d'actions d'une entité juridique qui détient principalement des biens immobiliers suisses (50 %) est considérée comme une aliénation du bien immobilier lui-même et donne lieu à un impôt sur les gains en capital immobiliers. Certains cantons autorisent une augmentation de la base fiscale si le véhicule d'investissement est une entité juridique suisse.
- Les cantons dotés d'un système dualiste ne prélèvent généralement pas d'impôt sur la vente des titres d'une société d'investissement immobilier, ce qui signifie que les opérations sur actions relatives à un véhicule suisse ou étranger devraient être plus favorables dans ces cantons. Il convient de noter que certains cantons (par exemple, Genève) peuvent appliquer un traitement fiscal différent si le bien immobilier suisse est directement détenu par une entité juridique non suisse.

1.3 Conclusions

L'appétit des fonds français pour l'immobilier non français reste élevé, mais ces investissements entraînent parfois une complexité plus importante en termes de structuration. Les modifications passées de la convention fiscale franco-luxembourgeoise et les modifications annoncées de la convention fiscale belgo-française, ainsi que les nouvelles règles de classification des entités aux Pays-Bas, pourraient conduire à une révision des structures d'investissement classiques, pour le passé et pour l'avenir.



NOUVELLES DE L'EUROPE



1. UE Taxonomie : Mise à jour

La taxonomie de l'UE est un système de classification qui établit une liste d'activités économiques durables sur le plan environnemental. L'objectif de l'UE est de faire de ce système de classification la pierre angulaire du développement des investissements durables et de la mise en œuvre du Green Deal européen. L'objectif est de lutter contre le greenwashing et de s'assurer que les investissements orientés vers l'investissement durable servent des activités réellement durables sur le plan environnemental. Elle impose des obligations d'information supplémentaires qui s'appliquent depuis le 1 janvier 2022. La taxonomie de l'UE n'impose aucune obligation aux entreprises ou aux investisseurs d'investir (même partiellement) dans des activités durables. Elle adopte un principe de "comply or explain" basé sur le rapportage en termes d'alignement à la taxonomie des activités d'une entreprise ou de produits financiers.

Parmi les activités économiques déjà classées dans la taxonomie, on trouve les activités immobilières suivantes qui sont soumises à des critères d'examen technique (CET) établis par la Commission :

- la construction de nouveaux bâtiments ;
- la rénovation de bâtiments existants ;
- l'acquisition et la propriété de bâtiments ; et
- l'installation, l'entretien et la réparation de certaines infrastructures spécifiques liées à l'énergie telles que (i) les équipements d'efficacité énergétique, (ii) les stations de recharge pour les véhicules électriques dans les bâtiments (et les places de parking attenantes aux bâtiments), (iii) les instruments et les dispositifs de mesure, de régulation et de contrôle de la performance énergétique des bâtiments, et (iv) les technologies liées aux énergies renouvelables.

1.1 Les règles du jeu : rappel

La taxonomie liste six objectifs environnementaux:

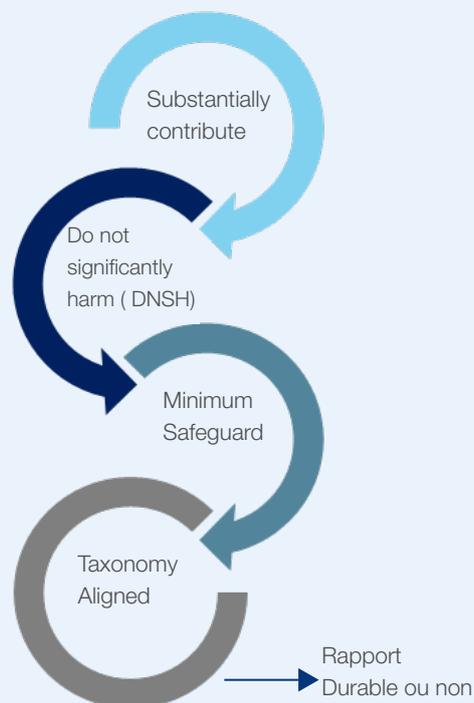
- l'atténuation du changement climatique
- l'adaptation au changement climatique
- l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines
- la transition vers une économie circulaire
- la prévention et la réduction de la pollution
- la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes

L'accent est actuellement mis sur les **objectifs climatiques** (atténuation du changement climatique et adaptation au changement climatique) pour lesquels la Commission a établi des CET détaillés qui peuvent être consultés sur le site [EU Taxonomy Compass](#).

Pour être considérée comme **conforme à la taxonomie** et donc qualifiée de **durable**, une activité :

- doit contribuer de manière substantielle à la réalisation d'au moins un des six objectifs environnementaux ;
- ne peut nuire de manière significative à aucun autre objectif environnemental (DNSH) ; et
- doit répondre à des normes sociales minimales.

Ces trois tests cumulés permettent de déterminer si une activité est alignée par rapport à la taxonomie et, par conséquent, si elle peut être déclarée comme durable.



1.2 Prenons un exemple

L'activité concernée est l'acquisition et la propriété d'un bâtiment existant (avant le 31 décembre 2020) et son évaluation en vue de l'objectif d'**atténuation du changement climatique**.

Cette activité contribue de manière substantielle à cet objectif lorsque le bâtiment possède au moins un certificat de performance énergétique (PEB) de classe A ou lorsque le bâtiment se situe dans les meilleurs 15 % du parc immobilier national ou régional exprimé en demande d'énergie primaire opérationnelle. Cette activité ne nuit pas de manière significative à cet objectif lorsque le bâtiment possède au moins un certificat de performance énergétique (PEB) de classe C. En guise d'alternative, le bâtiment se situe dans les meilleurs 30 % du parc immobilier national ou régional exprimé en demande d'énergie primaire opérationnelle et démontré par des preuves adéquates, qui comparent au moins la performance de l'actif concerné à la performance du parc national ou régional construit avant le 31 décembre 2020 et qui font au moins la distinction entre les bâtiments résidentiels et les bâtiments non résidentiels.

1.3 Défis et réponses de la Commission concernant les PEB

La taxonomie soulève de nombreux défis pour le secteur de l'immobilier, notamment sur la manière de l'appliquer lorsque toutes les données ne sont pas disponibles. L'un de ces défis concerne la référence aux certificats PEB en tant qu'outil de mesure.

Dans son projet de communication publié le 19 décembre 2022, sur l'interprétation et la mise en œuvre de certains CET, la Commission a proposé des clarifications techniques en réponse aux FAQ sur les CET. Certaines de ces clarifications concernent les certificats PEB, les principales étant mentionnées ci-après.

- La réglementation PEB découle d'un cadre juridique européen, ce qui soulève la question de la classification des actifs immobiliers non européens. Comment ces actifs peuvent-ils être classés comme étant alignés sur la taxonomie et, plus important encore, comment les autres certifications telles que BREEAM et LEED sont-elles traitées dans la taxonomie de l'UE ? Pour la Commission, ces normes ne sont pas prises en compte, mais lorsqu'elles peuvent aider à démontrer la conformité avec le CET, elles peuvent être acceptées aux fins de la conformité avec le CET.
- En ce qui concerne l'activité économique "acquisition et propriété de bâtiments", la question s'est posée de savoir si l'équivalent du PEB peut être utilisé pour évaluer l'alignement sur le CET. La Commission reconnaît que certains États membres peuvent exclure des types spécifiques de bâtiments du système PEB. Par conséquent, au sein de l'UE, chaque fois qu'un certificat PEB est disponible pour le bâtiment considéré, il doit être utilisé. Lorsque cela n'est pas possible, des équivalents peuvent être utilisés à la place.
- En ce qui concerne l'activité économique "construction de nouveaux bâtiments", le CET fait référence à un "certificat de performance énergétique (PEB) tel que construit". Cependant, ce certificat ne peut être obtenu qu'à l'achèvement des travaux, voire après, alors que le financement est nécessaire dès le début des travaux. La Commission reconnaît qu'il n'est pas possible d'obtenir un certificat PEB tel que construit avant la toute fin du projet et que, par conséquent, il devrait être possible, à titre de mesure provisoire, d'obtenir et d'utiliser un certificat PEB « conception ». Cela permettrait de lancer le processus de construction. Cependant, à l'achèvement des travaux, il faut un certificat PEB tel que construit pour certifier que le bâtiment a effectivement respecté le critère de 10 % plus favorable que le NZEB.
- En ce qui concerne l'activité économique "rénovation de bâtiments existants", une réduction de 30 % de la demande d'énergie primaire sera/est atteinte, validée par un certificat PEB. Pour la Commission, cela signifie que le calcul de la réduction doit être basé sur les valeurs d'un certificat PEB avant et après la rénovation, sur la base des indicateurs numériques en kWh/m² indiqués dans le certificat, de sorte qu'un certificat PEB avant la rénovation et un certificat PEB après

la rénovation sont tous deux nécessaires. Toutefois, lorsqu'un certificat PEB n'est pas disponible et ne peut être généré, la demande initiale d'énergie primaire et l'amélioration estimée peuvent être basées sur une étude détaillée du bâtiment, un audit énergétique réalisé par un expert indépendant accrédité ou toute autre méthode transparente et proportionnée. L'amélioration de 30 % doit résulter d'une réduction effective de la demande d'énergie primaire (sans tenir compte des réductions de la demande nette d'énergie primaire grâce aux sources d'énergie renouvelables) et peut être obtenue par une succession de mesures dans un délai de maximum trois ans.

Il convient également de mentionner que la Commission a proposé une révision de la directive européenne sur la performance énergétique des bâtiments. Les principales mesures proposées sont les suivantes :

- l'introduction progressive de normes minimales de performance énergétique afin d'encourager la rénovation des bâtiments les moins performants ;
- une nouvelle norme pour les nouveaux bâtiments et une vision plus ambitieuse pour les bâtiments à zéro émission ;
- des stratégies de rénovation à long terme améliorées, qui seront rebaptisées "plans nationaux de rénovation des bâtiments" ;
- une amélioration de la fiabilité, de la qualité et de la numérisation des certificats de performance énergétique, les classes de performance énergétique devant être basées sur des critères communs ;
- une définition de la rénovation en profondeur et l'introduction de passeports de rénovation des bâtiments ; et
- la modernisation des bâtiments et de leurs systèmes, et une meilleure intégration des systèmes énergétiques (pour le chauffage, le refroidissement, la ventilation, la recharge des véhicules électriques, les énergies renouvelables).

1.4 Conclusion : une volonté de maintenir le certificat PEB en tant que norme, mais avec une certaine flexibilité

La Commission confirme clairement (et à plusieurs reprises) sa volonté de maintenir le certificat PEB comme l'outil d'évaluation standard en Europe. Répondant à la demande du secteur d'introduire une liste d'équivalents aux certificats PEB, la Commission fait également preuve d'une certaine flexibilité lorsqu'un tel certificat n'est pas disponible, ce qui est également le cas pour les actifs immobiliers hors UE et souvent le cas pour les actifs industriels ou logistiques. Toutefois, son projet de communication mentionne également la "conformité avec la CET" et les "équivalents aux certificats PEB". Il semble dès lors qu'il ne suffise pas d'avoir un certificat BREEAM (et d'ailleurs : lequel et avec quelle notation) pour conclure à un alignement avec la taxonomie ; un examen technique est toujours nécessaire.

2. Pilier 2 - à quoi s'attendre pour le secteur immobilier ?

Le 15 décembre 2022, le Conseil de l'UE a formellement adopté la directive mettant en œuvre les règles d'imposition minimale pour les grands groupes multinationaux (les "règles GloBE" du deuxième pilier) au niveau de l'UE. Les États membres devront maintenant transposer la directive dans leur législation nationale avant le 31 décembre 2023.

Les règles GloBE visent à mettre en œuvre un **impôt minimum mondial sur le revenu des sociétés à un taux effectif de 15 %**, calculé juridiction par juridiction. Un impôt complémentaire serait dû sur les revenus des entités dans chaque juridiction où le taux effectif - calculé sur la base de ces règles GloBE plutôt que sur la base des règles fiscales nationales - est inférieur à 15 %. L'ensemble de ces mesures confère des droits d'imposition complémentaire à la juridiction de l'entité mère (ultime), à la juridiction des entités faiblement imposées (si elles se trouvent dans l'UE) ou même, en dernier recours, à d'autres juridictions du groupe sur la base d'une répartition formelle.

Les règles GloBE s'appliqueront aux **entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires consolidé est d'au moins 750 millions d'euros**, mais un seuil inférieur pourra être appliqué à la discrétion des pays lors de la transposition.

Toutefois, certaines entités sont exclues en raison de leur objectif et de leur statut particuliers. En particulier, *"les fonds d'investissement et les véhicules d'investissement immobilier devraient également être exclus du champ d'application de la présente directive lorsqu'ils se trouvent au sommet de la chaîne de détention, étant donné que les revenus perçus par ces entités sont imposés au niveau de leurs entités détentrices"*. Plus précisément :

- **Les fonds d'investissement** qui sont une entité mère ultime sont exclus du champ d'application du Pilier 2. Pour être qualifié de "fonds d'investissement", une entité ou une construction doit remplir une série de sept conditions cumulatives. Certaines d'entre elles requièrent une attention particulière. Le fonds doit être conçu pour mettre en commun des actifs provenant de plusieurs investisseurs, dont certains ne sont pas liés. Les fonds captifs ne devraient donc pas pouvoir bénéficier de cette exclusion ; cela dit, les fonds captifs ne devraient pas non plus être considérés comme des
- **Les véhicules d'investissement immobilier** qui sont une entité mère ultime sont exclus du champ d'application du Pilier 2. Cette exclusion bénéficie aux **REITs**, définis comme *"une entité dont les capitaux sont largement répartis, qui détient principalement des biens immobiliers et qui est soumise à un niveau d'imposition unique, à sa charge ou à la charge de ses détenteurs de titres, reportable d'un an au maximum"*. Cette définition soulève toutefois certaines questions qui devront être clarifiées. Que signifie l'expression "largement répartis", existe-t-il un niveau minimum de flottant (ce qui est généralement le cas dans les réglementations locales des REIT) ? La condition du niveau d'imposition unique est-elle toujours respectée si certaines activités du REIT sont imposables ? Dans certains régimes REIT, le niveau d'imposition unique est atteint entre les mains des actionnaires par le biais d'une distribution obligatoire de dividendes, mais quelles pourraient être les conséquences si le REIT choisissait de réduire son endettement au lieu de distribuer ou décidait de réinvestir au lieu de distribuer (sachant que dans certains régimes REIT, la période de réinvestissement peut dépasser un an) ?

"entités mères ultimes". Le fonds, ou son gestionnaire, doit être soumis à un régime réglementaire comprenant une réglementation appropriée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de protection des investisseurs. Il reste à voir ce que l'on entend par "approprié" ; en tout état de cause, il convient de conclure que les fonds soumis à la directive AIFMD et/ou à la directive OPCVM sont conformes à cette exigence. Les autres conditions concernent (i) l'investissement en conformité avec une politique d'investissement définie, (ii) la réduction des coûts ou la répartition des risques réalisée collectivement par les investisseurs, (iii) l'objectif de générer un revenu d'investissement ou un gain en capital, ou de protéger les investisseurs contre un événement ou un résultat, (iv) le droit au rendement pour les investisseurs sur la base de la contribution apportée et (v) la gestion par des professionnels pour le compte des investisseurs.

Pour bénéficier de cette exclusion, le fonds d'investissement ou le REIT doit être l'**entité mère ultime (UPE)**. Une UPE est une entité qui détient, directement ou indirectement, une participation de contrôle dans une autre entité (ou l'entité principale d'un établissement stable dans le champ d'application) et qui n'est pas détenue, directement ou indirectement, par une autre entité détenant une participation de contrôle dans celle-ci. Selon la directive, on entend par "participation conférant le contrôle" une participation dans laquelle le détenteur est tenu (ou aurait été tenu) de consolider l'ensemble des actifs, des passifs, des produits, des charges et des flux de trésorerie ligne par ligne conformément à une norme de comptabilité financière admissible. Dans le contexte européen, il s'agit de l'IFRS 10 (*États financiers consolidés*), ce qui soulève immédiatement la question de l'exception à la consolidation pour les entités d'investissement qui doivent évaluer une participation dans une filiale à sa juste valeur.

Cette condition pourrait avoir des conséquences inquiétantes, par exemple dans le cas d'un REIT européen (entité A) contrôlé par un autre REIT (européen ou non) ou par une entité gouvernementale (entité B), ou dans le cas d'un fonds d'investissement (entité A) contrôlé par un fonds de pension (entité B). L'entité A devrait être exclue du champ d'application du deuxième pilier, à condition que l'entité B bénéficie elle-même d'une exclusion et que l'entité B détienne (directement ou par l'intermédiaire d'entités exclues) au moins 95 % de la valeur de l'entité A (qui investit essentiellement des fonds pour l'entité B) ou que l'entité B détienne (directement ou par l'intermédiaire d'entités exclues) au moins 85 % de la valeur de l'entité A et que cette dernière tire la quasi-totalité de ses revenus de dividendes ou de plus-values (ce qui ne serait pas être le cas en cas de détention directe d'actifs immobiliers).

- Prenons un fonds d'investissement captif contrôlé par un fonds de pension ou par un REIT (qui est lui-même l'entité mère ultime). Le fonds d'investissement sera exclu du deuxième pilier parce que l'entité qui le contrôle est également une entité exclue.

- Prenons le cas d'un REIT A contrôlé par un REIT B. Le REIT B pourrait être exclu si il est l'entité mère ultime. Mais le REIT A ne bénéficiera pas d'une exclusion car le REIT A n'est pas l'entité mère ultime et, compte tenu des exigences minimales en matière de flottant, le REIT B ne détient pas 95 % de la valeur du REIT A (et le REIT A ne satisfait pas à l'exigence de revenu).

- **Les sociétés plateformes** et les **SPV** détenues en quasi-totalité par une UPE exonérée et servant l'objectif d'investissement de cette UPE devraient également être considérées comme des entités exclues. Il est important de noter que lorsque le fonds est exclu des obligations de consolidation, il se peut que, dans certaines juridictions, l'obligation de consolidation soit transférée à une entité holding située en-dessous du fonds. Dans une telle situation, le groupe n'aurait pas un fonds d'investissement comme UPE, mais cette entité holding, et les règles pourraient toujours s'appliquer.

Les autres acteurs habituels sont les fonds de pension et les compagnies d'assurance.

- **Les fonds de pension** bénéficient également d'une exclusion du Pilier 2. Ce concept couvre à la fois les entités réglementées opérant au profit du public et les fonds de pension des groupes d'entreprises multinationales, à condition que les prestations de retraite soient garanties ou protégées d'une autre manière par des règles nationales et financées par un ensemble d'actifs détenus par le biais d'un accord fiduciaire ou d'une fiducie.
- **Les compagnies d'assurance** sont d'importants investisseurs immobiliers. Par principe, elles relèvent du Pilier 2.

Ces nouvelles règles du jeu (fiscal) sont complexes et, comme mentionné ci-dessus, les dispositions concernant les entités exclues pourraient ne pas être aussi simples. Les groupes concernés sont maintenant pressés par le temps - pour déterminer leur propre qualification pour chaque entité du groupe séparément, les restructurations recommandées et les conséquences fiscales potentielles - puisque le nouvel ensemble de règles prévues par le Pilier 2 devrait s'appliquer à partir du **1 janvier 2024**.

3. La CJUE confirme l'application potentielle du régime TOGC aux opérations immobilières

Dans une décision récente (C-729/21), la CJUE a confirmé que le transfert de biens immobiliers loués pouvait constituer un transfert d'entreprise (TOGC), à condition que (i) les actifs (corporels et incorporels) puissent être utilisés pour exploiter une activité économique indépendante et (ii) que l'acheteur ait l'intention d'exploiter une activité avec les actifs ainsi acquis. Bien que la possibilité d'appliquer le régime TOGC aux opérations immobilières soit reconnue dans plusieurs juridictions, telles que les Pays-Bas et la Belgique, ce n'est pas le cas dans tous les États membres. Au Luxembourg, le régime TOGC est rarement appliqué au transfert de biens immobiliers loués, même si l'acheteur poursuit l'activité de location.

3.1 Les faits

En l'espèce, le vendeur, un promoteur immobilier, a cédé un centre commercial entièrement construit et loué à divers locataires. Les actifs transférés comprenaient le terrain et les constructions avec tous leurs accessoires, les contrats de bail et tous les droits de propriété intellectuelle et les sites web liés au centre commercial. L'acheteur a continué à louer le centre commercial aux locataires, mais il a dû conclure un nouveau contrat d'assurance et engager un gestionnaire immobilier. Le vendeur et l'acheteur ont opté pour un transfert soumis à la TVA, qui a dès lors été facturée à l'acheteur. Les autorités fiscales polonaises ont toutefois affirmé que cette TVA avait été facturée à tort par le vendeur, au motif que l'opération devait qualifier de TOGC, et ne pouvait dès lors pas être récupérée par l'acheteur. Dans le cadre du régime TOGC, aucune livraison de biens ou prestation de services n'a lieu aux fins de la TVA.

La Cour suprême polonaise a demandé à la CJUE (i) s'il est nécessaire, comme condition d'application du régime TOGC, que l'acheteur soit traité comme le successeur du vendeur et (ii) s'il peut y avoir un TOGC même si tous les actifs d'une entreprise ne sont pas transférés.

3.2 Décision

La CJUE conclut que le traitement de l'acheteur en tant que "successeur du cédant" est une conséquence de la qualification du transfert en tant que TOGC, et non une condition.

En ce qui concerne la deuxième question, la CJUE rappelle qu'un TOGC exige que tous les éléments transférés constituent, ensemble, une (partie d'une) entreprise avec laquelle une activité économique indépendante peut être exercée. En outre, l'acheteur doit avoir l'intention d'exploiter une entreprise, ou la partie de l'entreprise transférée, et ne pas avoir l'intention de liquider immédiatement l'activité concernée et de vendre le stock, le cas échéant.

En l'espèce, les actifs corporels et incorporels transférés ont permis à l'acheteur de poursuivre l'exploitation de l'entreprise (c'est-à-dire la location du centre commercial), même si certains contrats, notamment les contrats d'assurance et de gestion immobilière, n'ont pas été transférés. La CJUE considère dès lors que l'opération peut constituer un TOGC, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi.

3.3 Pourquoi cette décision est-elle importante ?

Cet arrêt présente un intérêt particulier pour le secteur immobilier, où la TVA en amont représente souvent des montants significatifs et donc des risques importants. La décision souligne notamment les risques liés à l'application de la TVA (ou à la possibilité d'opter pour la TVA) lorsqu'une opération devrait plutôt être considérée comme un TOGC ; dans ce cas, la TVA pourrait être considérée comme ayant été appliquée de manière incorrecte, ce qui entraînerait sa non-déductibilité.

Pour le marché luxembourgeois, cette décision jette un éclairage particulier sur la pratique locale, où le régime TOGC est rarement appliqué aux opérations immobilières. Dans la pratique, les parties préfèrent opter pour l'application de la TVA autant que possible, car les autorités fiscales locales considèrent généralement que les opérations portant sur des actifs ne sont pas considérées comme des TOGC et qu'il n'existe pas de décisions fiscales confirmant l'applicabilité du régime TOGC. Dans de tels cas, l'option TVA offre une certitude aux parties car elle nécessite une approbation préalable des autorités fiscales ; lorsque les conditions de l'option de la TVA ne sont pas remplies, les parties devraient s'enquérir de la possibilité de recourir au régime TOGC afin d'éviter une régularisation potentiellement lourde de la TVA en amont qui a été déduite dans le passé.

Pour le marché belge, la décision rendue par la Cour s'inscrit dans la pratique où les autorités belges considèrent que le régime TOGC peut être applicable même si le cédant conserve certains actifs qui ne font pas partie de la branche d'activité cédée, à condition que cela n'empêche pas le cessionnaire d'exercer une activité économique autonome au moyen de l'ensemble des éléments cédés. A la lumière de ce qui précède, l'administration de la TVA considère que le fait que l'immeuble dans lequel la branche d'activité est exploitée ou les droits relatifs à cet immeuble ne soient pas transférés n'est pas nécessairement de nature à remettre en cause l'application du régime TOGC.

Néanmoins, l'administration de la TVA peut être réticente à accepter le régime TOGC, surtout dans un contexte où le transfert implique un immeuble loué avec TVA. Toutefois, certains arrêts et décisions récents des autorités TVA locales ont également confirmé que le transfert d'un bâtiment et l'activité de location qui y est liée (qu'elle soit soumise à la TVA ou non) peuvent être considérés comme un TOGC.

Pour le marché néerlandais, cette décision confirme la pratique selon laquelle le régime TOGC peut être appliqué à certains transferts de biens immobiliers loués. Bien que la CJUE n'ait pas accordé beaucoup d'attention au fait que le vendeur soit un promoteur immobilier, qui transfère un bien immobilier nouvellement construit ayant été "développé" en concluant des contrats de location, il s'agit d'un élément important pour la pratique néerlandaise. Selon la jurisprudence de la Cour suprême des Pays-Bas, un promoteur immobilier vendant un bien immobilier nouvellement construit qui a été loué avant la vente ne peut pas appliquer le régime TOGC car le promoteur est considéré comme vendant un stock, plutôt qu'(une partie d') un ensemble d'actifs. C'est généralement aussi la position des autorités fiscales locales. Comme la CJUE ne tient pas compte du fait que le vendeur est un promoteur immobilier dans cette décision, il semble que la CJUE ne considère pas cela comme un obstacle à l'application du régime TOGC. Deux nouvelles affaires sur ce sujet sont actuellement pendantes devant la Cour suprême des Pays-Bas. La pratique néerlandaise attend avec impatience les arrêts de la Cour suprême néerlandaise et cette décision de la CJUE pourrait avoir un impact sur ces affaires.

3.4 Aspects pratiques

Outre le résultat général de la décision, l'arrêt de la CJUE met également en lumière des aspects très pratiques qui ne peuvent être négligés lorsque l'on parle de TOGC dans le cadre d'opérations immobilières. Nous avons listé certains de ces aspects ci-dessous :

3.4.1 En cas de TOGC, le vendeur peut-il récupérer la TVA en amont ?

Le TOGC n'a aucun impact sur la position du vendeur en matière de récupération de la TVA, puisque l'acheteur est considéré comme le successeur du cédant. Par conséquent, la situation du vendeur en matière de TVA reste similaire à celle qui existait directement avant le transfert et aucune régularisation n'est déclenchée par le TOGC lui-même.

Par exemple, si le vendeur a bénéficié d'un droit à déduction totale de la TVA en amont sur les coûts de construction parce que le bâtiment a été entièrement loué avec TVA, le TOGC ne sera pas considéré comme un transfert de biens immobiliers exonéré de TVA et n'entraînera pas, pour le vendeur, l'obligation de régulariser la TVA déduite en amont.

3.4.2 Qu'est-ce qui doit être transféré ? Le vendeur doit-il transférer des salariés ?

La CJUE a défini le TOGC comme le transfert d'un fonds de commerce ou d'une partie autonome d'une entreprise, comprenant des éléments corporels et, le cas échéant, incorporels, qui, ensemble, constituent une entreprise ou une partie d'entreprise susceptible d'exercer une activité économique indépendante, mais qui ne couvre pas le simple transfert d'actifs, tel que la vente d'un stock de marchandises.

Par conséquent, la qualification d'une opération en tant que TOGC dépend fortement de la nature de l'entreprise (ou d'une partie de celle-ci) qui est transférée et de la nature de l'entreprise que l'acheteur a l'intention de poursuivre. En substance, les actifs transférés doivent permettre à l'acheteur de poursuivre l'entreprise prévue.

Dans ce cadre, on pourrait imaginer qu'aucun salarié ne soit transféré - en fonction de l'entreprise poursuivie par l'acheteur -, ou que seule une partie des actifs utilisés par le vendeur pour exercer ses activités soit transférée dans le cadre du TOGC, à condition que les actifs transférés soient suffisants pour permettre à l'acheteur de poursuivre une activité économique autonome.

3.4.3 Les parties ont appliqué un système TOGC. Quels sont les risques ?

Lorsque les parties ont opté pour un TOGC, le risque est, en général, celui d'une requalification de l'opération par les autorités fiscales en tant qu'opération relevant du champ d'application de la TVA. Une telle requalification pourrait entraîner des risques fiscaux importants.

Premièrement, si l'opération est requalifiée en vente de biens immobiliers exonérée de TVA, le vendeur sera tenu de régulariser la TVA en amont qu'il a pu déduire dans le passé sur les coûts d'acquisition et de construction.

Deuxièmement, une requalification en vente de biens immobiliers imposable à la TVA (par exemple, pour un bâtiment considéré comme "neuf" aux fins de la TVA en Belgique et aux Pays-Bas) signifie que la TVA doit être reversée aux autorités fiscales (y compris, dans certains cas, avec des intérêts et des pénalités). Bien que le vendeur soit généralement le premier débiteur de cette TVA, des règles nationales spécifiques (telles que l'autoliquidation étendue) pourraient s'appliquer, en vertu desquelles l'acheteur serait le premier débiteur de la TVA en question. En outre, des pays comme le Luxembourg et la Belgique prévoient une coresponsabilité qui s'applique dans des circonstances spécifiques. La TVA n'étant pas toujours entièrement déductible, il en résulte un risque potentiel important tant pour le vendeur que pour l'acheteur.

Ces risques requièrent une attention particulière, non seulement dans la décision d'appliquer le TOGC, mais aussi dans le cadre de la négociation de l'opération.

3.4.4 Les parties n'ont pas appliqué de système TOGC. Quels sont les risques ?

Lorsque les parties n'ont pas appliqué un régime TOGC, les autorités fiscales peuvent également - en fonction des spécificités de l'opération - requalifier l'opération en TOGC, comme l'illustre la décision de la CJUE détaillée ci-dessus.

Dans ce cas, le principal risque réside dans la déductibilité de la TVA en amont au niveau de l'acheteur, étant donné que la TVA a été facturée de manière incorrecte sur le transfert - et que toute TVA appliquée de manière incorrecte est due, mais n'est pas déductible. À cet égard, les autorités belges ont fait preuve d'une certaine souplesse par le passé, la déduction de la TVA effectuée par l'acheteur n'étant rejetée que si le vendeur ne l'a pas payée au Trésor. Toutefois, les autorités belges adoptent également un point de vue plus strict en ce qui concerne d'autres traitements de la TVA, comme le mécanisme d'autoliquidation appliqué à tort (confirmé par la jurisprudence récente), qui pourrait influencer la position administrative sur le régime TOGC.

3.4.5 Existe-t-il une obligation d'obtenir l'accord préalable des autorités fiscales ?

Non - un TOGC s'applique en vertu de la loi lorsque les conditions sont remplies. L'existence ou non d'un TOGC n'est cependant pas toujours évidente. Compte tenu des risques évoqués ci-dessus, la possibilité d'obtenir une décision sur l'application - ou non - d'un TOGC est un atout précieux.

En Belgique, l'application du régime TOGC doit être évaluée sur la base d'une analyse au cas par cas. En l'absence de directives concrètes de la part des autorités, il est souvent recommandé de demander un *ruling* au préalable. Aux Pays-Bas, l'application du régime TOGC peut être confirmée par les autorités fiscales néerlandaises afin d'obtenir une certitude. Le Luxembourg est une exception, car la pratique du *ruling* n'existe pas pour la TVA ; dans cette juridiction, l'application du régime TOGC appelle à une plus grande prudence.

3.4.6 Quel est l'impact d'un TOGC sur l'obligation de régulariser la TVA déduite en amont ?

En cas de transfert d'un bien immobilier auquel le régime TOGC s'applique, l'obligation de régulariser la TVA en amont qui a été déduite dans le passé par le vendeur, pour les coûts d'acquisition et de construction de ce bien immobilier, est transférée à l'acheteur.

La situation est cependant différente lorsque le transfert d'un bien immobilier n'est pas soumis à la TVA et ne déclenche pas l'obligation de régulariser la TVA en amont - sur la base de dispositions locales spécifiques mettant en œuvre l'article 188, §2 de la directive TVA - sans pour autant être qualifié de TOGC. Dans ce cas, le vendeur peut être tenu de régulariser la TVA en amont qu'il a pu déduire dans le passé sur les coûts d'acquisition et de construction dans la mesure où la période de révision n'a pas encore expiré, même lorsque cette régularisation est déclenchée par les activités exercées par l'acheteur.

3.4.7 Quel est l'impact d'un TOGC sur les droits de mutation ?

En Belgique, la cession d'un immeuble soumis à la TVA (c'est-à-dire considéré comme "neuf" au sens de la TVA) est exonérée de droits de mutation. Cette exonération s'applique également lorsqu'un immeuble "neuf" est transféré dans le cadre du régime TOGC. Aux Pays-Bas, l'application du régime TOGC n'a pas d'incidence sur l'exigibilité de la taxe sur les mutations immobilières, ce qui signifie qu'une transaction qualifiée de TOGC peut être soumise à la taxe sur les mutations immobilières ou bénéficier d'une exonération spécifique. Au Luxembourg, le transfert d'un bien immobilier dans le cadre d'un TOGC reste soumis aux droits de mutation au taux habituel.

NOUVELLES DE NOS MARCHÉS DOMESTIQUES



1. Belgique: Un nouveau droit des contrats depuis le 1 janvier 2023

Le nouveau droit des contrats (Livre 5 du Code civil) est entré en vigueur le 1 janvier 2023. Sous réserve de législations spécifiques (p. ex. droits réels, baux commerciaux), il s'applique à tous les contrats conclus à partir de cette date et aura un impact significatif sur les relations et obligations contractuelles.

L'«ancien» droit des contrats continuera à s'appliquer à toutes les conventions conclues avant cette date, à moins que les parties ne préfèrent les soumettre aux nouvelles dispositions. L'«ancien» et le «nouveau» droit des contrats coexisteront pendant un certain temps et des relations contractuelles apparemment identiques pourront sortir des effets différents.

Le Livre 5 reflète l'objectif du législateur d'accroître la sécurité juridique en codifiant les principes importants du droit belge des contrats développés au fil des ans par la jurisprudence et la doctrine. En même temps, le droit belge des contrats est modernisé par la reconnaissance législative de certains principes juridiques visant à protéger les parties les plus faibles.

Si la liberté contractuelle et la règle du respect des conventions (*pacta sunt servanda*) restent les pierres angulaires du droit belge des contrats, le Livre 5 prévoit certaines limitations à cette liberté ou à ses effets négatifs, s'ils sont jugés excessifs, et introduit certaines nouveautés.

1.1 Phase précontractuelle

L'une des nouveautés les plus marquantes introduites par le nouveau Livre 5 est le fait que la formation dynamique d'un contrat, par le jeu de l'offre et de l'acceptation, est désormais réglementée dans le Code civil belge. Tout en confirmant le principe de la liberté contractuelle et de la liberté de négociation des parties, le nouveau Livre 5 met en même temps l'accent sur la nécessité pour les parties de s'informer mutuellement de manière suffisante et sur leur éventuelle responsabilité précontractuelle au cours des négociations.

- **Liberté contractuelle.** L'article 5.14 ancre le principe de la liberté contractuelle. Selon l'article 5.14, en dehors des cas prévus par la loi, chacun est libre de décider s'il veut ou non conclure un contrat et de choisir son cocontractant, sans avoir à justifier les raisons de ce choix. En outre, les parties sont libres

de déterminer le contenu de leur contrat, pour autant qu'il réponde aux conditions de validité établies par la loi. Par conséquent, la liberté contractuelle se situe à trois niveaux. Premièrement, les parties sont libres de décider si elles souhaitent contracter. Deuxièmement, les parties sont libres de décider avec qui elles souhaitent contracter. Contrairement aux entités publiques, elles n'ont pas à justifier leur choix. Troisièmement, les parties sont libres de déterminer le contenu de leur contrat. Tout cela, bien sûr, sous réserve des restrictions légales, par exemple les restrictions découlant des lois anti-discrimination, du droit de la concurrence, des lois B2B ou B2C, etc. En ce qui concerne le contenu du contrat, l'article 5.14 prévoit explicitement que le contrat doit remplir les conditions de validité prévues par la loi, ce qui signifie, entre autres, qu'il doit avoir un objet et une cause licites.

- **Liberté de négociation.** L'article 5.15 consacre le principe de la liberté de négociation. Selon ce principe, les parties sont libres d'entamer, de mener et de terminer des négociations précontractuelles. Toutefois, ce faisant, elles doivent agir conformément aux exigences de la bonne foi. Ce que cela signifie exactement et la question de savoir si les parties agissent effectivement conformément à la «bonne foi» doivent être évalués au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances concrètes de l'affaire.
- **Obligation d'information précontractuelle.** L'article 5.16 impose aux parties une obligation d'information mutuelle adéquate pendant la phase précontractuelle : elles doivent se donner, pendant les négociations précontractuelles, les informations que la loi, la bonne foi et les usages, compte tenu de leur capacité, de leurs attentes raisonnables et de l'objet du contrat, leur imposent de se donner. Toutefois, l'exposé des motifs confirme qu'il n'existe pas d'obligation générale d'information : les parties doivent également s'informer elles-mêmes et ne sont pas obligées de se communiquer toutes les informations. Elles ne doivent communiquer que les informations que la loi, la bonne

foi ou les usages leur imposent de communiquer à l'autre partie. Par exemple, un certificat de sol ou des informations urbanistiques lors de la vente d'un bien immobilier, ou encore les informations qui doivent être communiquées aux consommateurs en vertu des dispositions du Code de droit économique belge. En outre, l'exposé des motifs confirme que l'article 5.16 n'exclut pas que les parties conviennent des informations à divulguer au cours des négociations, par exemple au niveau de la lettre d'intention, etc.

- Responsabilité précontractuelle. L'article 5.17 ancre le principe de la responsabilité précontractuelle. Selon l'article 5.17, les parties "*peuvent engager leur responsabilité extracontractuelle l'une envers l'autre pendant les négociations précontractuelles. En cas de rupture fautive des négociations, cette responsabilité implique que la personne lésée soit remise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociations. Lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée, cette responsabilité peut impliquer la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu. Outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences prévues à l'article 5.33*". Par conséquent, l'article 5.17 décrit deux cas de responsabilité précontractuelle : la rupture fautive des négociations et la violation d'une obligation d'information.

En ce qui concerne la rupture fautive des négociations, l'exposé des motifs confirme que la liberté de rupture des négociations reste le point de départ et que les exceptions doivent être appliquées avec une grande retenue. Toutefois, en cas de rupture fautive des négociations, la personne qui met fin aux négociations par faute est responsable et tenue de réparer le préjudice subi par la partie lésée.

Lors de la détermination de l'indemnisation, en principe, seul l'**intérêt négatif du contrat** ("*negatief contractbelang*") est pris en compte : la partie lésée doit être placée dans la situation comme si elle n'avait jamais négocié. En ce sens, par exemple, les frais engagés en vue de la négociation et de la conclusion du contrat qui sont devenus inutiles peuvent faire l'objet d'une indemnisation. La perte d'une chance

d'obtenir un contrat avec un tiers peut également être indemnisée. En revanche, les dépenses qui ne sont pas liées à la rupture fautive des négociations, par exemple les dépenses qui auraient été engagées de toute façon, ne sont pas éligibles à une indemnisation.

Exceptionnellement, l'**intérêt positif du contrat** ("*positief contractbelang*") peut également être considéré comme un dommage indemnisable, en particulier si l'attente légitime a été créée que le contrat serait conclu "sans aucun doute". Dans ce cas, la partie lésée se retrouve dans la situation où le contrat aurait effectivement été conclu, de sorte que les dommages consistent en la perte des bénéfices nets attendus du contrat non conclu. La question de savoir si le contrat aurait été conclu "sans aucun doute" doit être appréciée au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances concrètes de l'affaire.

En ce qui concerne la violation d'une obligation d'information, l'article 5.17 souligne qu'elle peut non seulement engager la responsabilité extracontractuelle de celui qui viole l'obligation d'information, mais aussi donner lieu à (une demande d') annulation du contrat conclu si le contrat est affecté d'un vice de consentement tel que prévu à l'article 5.33.

1.2 Autres changements notables en bref

- Introduction d'un principe d'imprévision (hardship). En vertu du livre 5, une partie a le droit de demander la révision d'un contrat si son exécution devient excessivement lourde en raison de **circonstances imprévisibles** et indépendantes de la volonté de cette partie. La protection contre le *hardship* devient en tant que telle la règle, à moins qu'elle n'ait été exclue par la loi ou le contrat. Ceci contraste avec la législation et la jurisprudence belges antérieures où les débiteurs devaient prévoir une protection contractuelle explicite pour faire face aux conséquences négatives de circonstances imprévisibles.
- Imposer des clauses contractuelles à des contreparties devient plus que jamais un exercice d'équilibre. La législation existante interdisant certaines clauses dans les accords B2B et B2C est complétée par une disposition légale générale stipulant que les clauses

abusives ne peuvent avoir aucun effet juridique. Les clauses abusives sont des clauses qui ne peuvent être négociées et qui créent un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties. En outre, en vertu du livre 5, un “**abus de circonstances**” peut entraîner la nullité ou la modification d’un contrat.

- Droits unilatéraux en cas de rupture de contrat. Le droit pour une partie de prendre des mesures unilatérales (et parfois même préventives), **sans intervention préalable d’un tribunal**, en cas d’inexécution d’un contrat, est explicitement reconnu. Le livre 5 prévoit que, en cas de défaillance d’une partie, le cocontractant a le droit de résilier unilatéralement le contrat et de faire exécuter les travaux par un tiers aux frais de la partie défaillante.
- Régime légal de transfert de dettes et de transfert de contrats. Le nouveau livre 5 prévoit, pour la première fois en droit civil belge, des mécanismes légaux en cas de cession de contrat.
- Le “battle of forms”. Le livre 5 introduit la **règle** dite du “**knock-out**” pour traiter les conditions générales et les clauses contractuelles contradictoires.

1.3 Impact sur le secteur immobilier

Nous avons analysé les dispositions du nouveau droit des contrats du point de vue du secteur immobilier et de manière pragmatique. Vous pouvez accéder à notre brochure dédiée [ici](#) (en anglais).



2. Belgique: Indexation des loyers

En Belgique, les régions sont compétentes en matière de baux résidentiels et commerciaux, y compris en ce qui concerne la fixation des prix. À moins que les parties ne conviennent d'un prix de location fixe ou d'un ajustement basé sur une autre mesure que le coût de la vie, les loyers sont indexés sur la base de ce que l'on appelle "l'indice santé". L'indice de santé est dérivé de l'IPC excluant l'alcool, le carburant et le tabac.

Compte tenu de l'impact de la crise actuelle sur les loyers, ainsi que des préoccupations de la société en matière de durabilité et de changement climatique, les trois régions ont décidé de geler ou de limiter l'indexation des loyers résidentiels en fonction du niveau de performance énergétique du bien.

2.1 Bruxelles

Dans la Région de Bruxelles-Capitale, l'indexation des loyers résidentiels est interdite si le niveau énergétique du logement est notée F ou G. Si la notation est "E", l'indexation est limitée à 50 % de ce qui est légalement autorisé. Pour les notations A, B, C ou D, l'indexation peut être appliquée comme prévu par la loi ou par contrat. Ce régime est applicable **depuis le 14 octobre 2022** et dure **12 mois**.

Pour les loyers commerciaux (commerce de détail) et **depuis le 22 décembre 2022**, les propriétaires peuvent appliquer l'indexation du loyer mais l'indice santé doit être retraité pour exclure sa composante énergétique. La (nouvelle) formule d'indexation des loyers commerciaux à Bruxelles est la suivante :

- Pour les baux conclus avant le 1 août 2021 : Loyer de base * 0,99 * (nouvel indice 0 énergie / indice de base)
- Pour les baux conclus à partir du 1 août 2021 : Loyer de base * (nouvel indice 0 énergie / indice de base)

En janvier 2023, l'indice santé était de 128 et l'indice 0 énergie de 124,98.

Cette mesure s'applique pendant **un an** à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, soit jusqu'au **22 décembre 2023**.

2.2 Flandre

En Région flamande, l'indexation des loyers résidentiels est interdite en présence d'une notation E ou F. Si la notation est 'D', seule la moitié de l'indexation normale est autorisée. L'indexation complète est autorisée pour les résidences dont le niveau énergétique est A+, A, B ou C. L'entrée en vigueur a eu lieu le **1 octobre 2022**. La mesure est applicable pendant **12 mois**, mais après cette période, un mécanisme de correction s'applique, empêchant une indexation normale (ou une récupération) pour les notations D, E et F.

2.3 Wallonie

En région wallonne et en ce qui concerne les loyers résidentiels, un régime de gel de l'index similaire à celui des deux autres régions est mis en place. À partir du **1 novembre 2022**, il y a un gel complet de l'index pour les notations F ou G. Si la notation est E, l'indexation est limitée à 75 %. Pour les notations D, l'indexation est limitée à 50 %. Enfin, il n'y a pas de limitation à l'indexation des loyers résidentiels lorsque la notation est A, B ou C. Le gel de l'indexation durera **un an**, après quoi un mécanisme de correction s'appliquera aux contrats qui sont tombés sous le coup du gel de l'indexation, empêchant ainsi une indexation normale (ou une récupération).

3. Belgique: La vente d'un bien immobilier par une autorité publique est nulle et non avenue en raison d'une concurrence insuffisante

Dans un arrêt très médiatisé du 8 novembre 2022, la Cour d'appel de Gand précise les règles que les pouvoirs publics doivent respecter lors de la vente d'un bien immobilier. Afin d'éviter des conséquences désagréables et importantes, telles que l'annulation du contrat d'achat-vente, tant les pouvoirs publics vendeurs que les acheteurs intéressés doivent tenir compte des règles relatives aux aides d'État et aux appels d'offres.

3.1 Les faits

En septembre 2016, le CPAS de Gand (le centre social de la ville) a procédé à la vente de 79 parcelles agricoles. Toutes les parcelles ont été vendues en une seule fois à un investisseur qui s'est avéré être le meilleur soumissionnaire à l'issue d'une procédure publique.

La vente a été attaquée par les agriculteurs de la région, dont certains avaient des baux en cours. Un agriculteur biologique de Lokeren s'est également opposé à la vente, estimant qu'il était privé de la possibilité d'étendre son exploitation dans la région. Cette méthode excluant certaines catégories d'intéressés, les parcelles auraient été vendues à un prix inférieur à leur valeur de marché. Il était donc demandé au tribunal de prononcer la nullité de la convention d'achat-vente. La Cour d'appel de Gand donne raison à l'agriculteur en question.

3.2 Mesures d'aide d'État

L'article 107, paragraphe 1, du TFUE précise que « *sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

Dans ce contexte, la Cour considère que l'acheteur du terrain agricole a bénéficié d'un avantage dont il n'aurait pas pu bénéficier dans des conditions normales de marché, c'est-à-dire sans l'intervention de l'État. Il convient de noter qu'une vente de biens immobiliers est conforme au marché si elle est réalisée dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres concurrentielle, transparente, non discriminatoire et inconditionnelle.

Selon la Cour, la vente en un seul lot de 79 parcelles différentes peut difficilement être considérée comme une procédure concurrentielle et non discriminatoire. En effet, la taille de l'opération est telle qu'elle a empêché les petits acteurs du secteur agricole de concourir efficacement pour la vente. Cet argument est renforcé par le fait que l'achat d'une ou plusieurs parcelles séparées n'a pas été rendu possible par la procédure, et ce malgré le fait que plusieurs agriculteurs individuels aient manifesté leur intérêt au préalable.

Les arguments avancés par le CPAS de Gand pour justifier la vente de l'ensemble des parcelles sont rejetés un à un. La Cour dénonce le fait que des alternatives, telles que la division de l'opération en lots plus petits, n'ont pas été examinées ou ne l'ont pas été suffisamment. Elle conclut également que le CPAS de Gand semble avoir agi principalement par commodité plutôt qu'en vue de vendre aux conditions du marché. Par souci d'exhaustivité, il convient de noter que les valorisations externes montrent que les parcelles ont été vendues à un prix inférieur à celui du marché.

La Cour a finalement déclaré sans équivoque que toutes les conditions de l'aide d'État étaient remplies. La mesure d'aide découle du regroupement de 79 parcelles agricoles en une seule opération, qui a finalement abouti à la vente des parcelles à un prix inférieur à celui du marché.

3.3 La nullité, un recours utile

Les formalités d'octroi d'une aide d'État n'ayant pas été correctement respectées, la responsabilité du CPAS de Gand est engagée. L'agriculteur indépendant, un acteur plutôt petit dans le secteur agricole, n'a pas eu la possibilité d'être compétitif en raison de la manière dont la

vente a été structurée, ce qui lui a causé un préjudice. De plus, ce préjudice n'aurait pas eu lieu si le CPAS n'avait pas commis cette erreur. Tous les éléments sont donc réunis pour ouvrir le droit à l'indemnisation de l'agriculteur. La Cour accorde un dédommagement en nature en annulant le contrat de vente des 79 parcelles de terres agricoles. De cette manière, toutes les parties concernées sont remises dans la situation qui existait avant l'acte fautif du CPAS de Gand et l'agriculteur indépendant retrouve la possibilité d'acquérir une ou plusieurs parcelles.

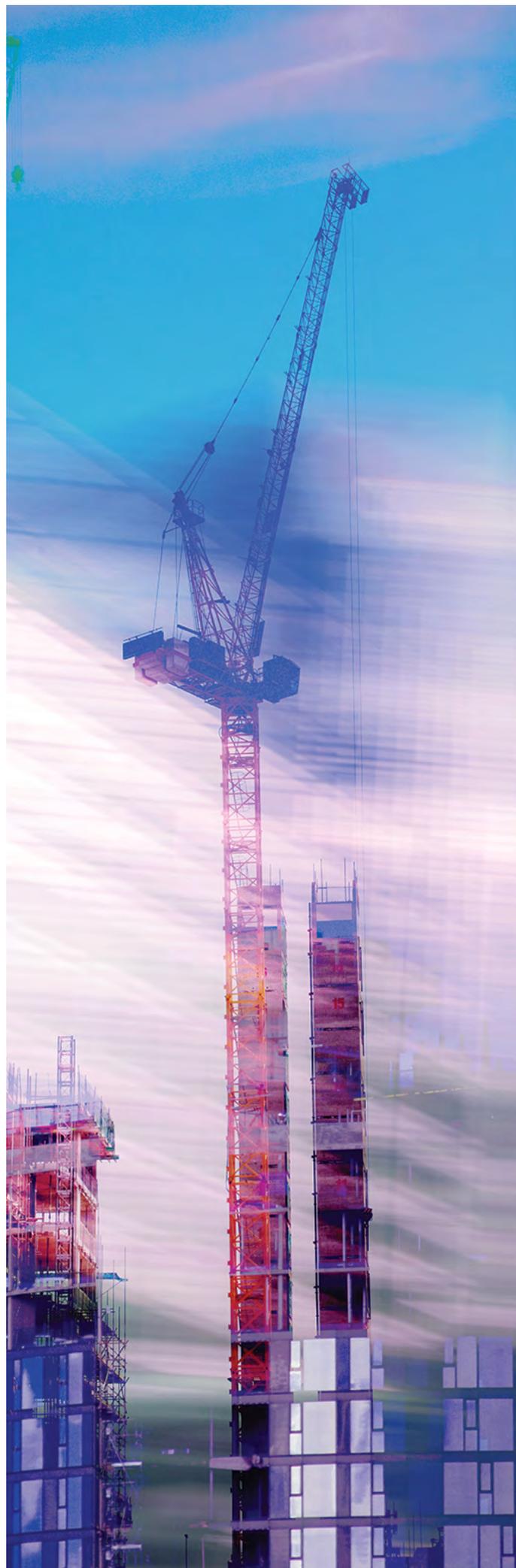
3.4 Parallèles avec l'arrêt néerlandais Didam

Le récent arrêt belge n'est pas sans rappeler l'arrêt Didam rendu par la Cour suprême des Pays-Bas fin 2021. Cet arrêt stipulait lui aussi - bien qu'en référence au principe d'égalité - que les entités publiques doivent offrir des chances égales aux acheteurs potentiels lors de l'aliénation d'un bien immobilier.

En substance, cet arrêt indique que les autorités publiques doivent donner une publicité suffisante à leur intention de vendre des biens immobiliers. En effet, il s'agit d'informer le plus grand nombre possible de parties intéressées sur la vente envisagée, ainsi que sur la procédure et les éventuels critères qui seront utilisés dans le cadre du choix d'un acquéreur.

3.5 Conclusion

La pratique selon laquelle une entité publique sélectionne elle-même librement un acheteur et vend ensuite individuellement à cet acheteur sélectionné sans trop tenir compte des autres parties intéressées semble définitivement appartenir au passé. Il ressort clairement de la jurisprudence mentionnée ci-dessus que les entités publiques doivent, dans la mesure où cela est raisonnablement acceptable, assurer l'égalité d'accès à tous les acheteurs intéressés lorsqu'elles vendent des biens immobiliers. Cela implique, d'une part, que les acheteurs intéressés doivent être en mesure de connaître l'intention de l'autorité publique de procéder à la vente, et donc des obligations de publicité. D'autre part, sauf justification, l'objet de la vente ne peut être structuré de manière à limiter artificiellement le cercle des acheteurs potentiels, par exemple aux seuls promoteurs immobiliers très importants et très riches. En effet, dans un tel cas, la mise en concurrence d'acteurs plus petits est rendu difficile, voire impossible.



4. Pays-Bas: L'arrêt Didam du point de vue du prêteur

L'arrêt Didam a provoqué des remous sur le marché de l'immobilier et du financement immobilier. La Cour suprême des Pays-Bas a statué qu'en principe, un organisme public ne peut pas procéder à une vente individuelle d'un bien immobilier aux Pays-Bas sans avoir au préalable mené une procédure de sélection publique.

Une agence gouvernementale n'est autorisée à déroger à cette règle que dans les cas où un seul candidat se qualifie pour l'opération en question. Cela doit être établi à l'avance ou raisonnablement supposé par l'agence gouvernementale sur la base de critères objectifs, vérifiables et raisonnables. Si un bien immobilier a été vendu sans tenir compte des critères Didam, la validité de l'opération concernée (et donc du contrat de vente et achat, ci-après le **CVA**) entre l'agence gouvernementale et l'acheteur pourrait être affectée avec succès par un tiers, sous la forme d'une nullité (*nietigheid*). La nullité éventuelle du CVA pourrait avoir des conséquences négatives pour l'agence gouvernementale, l'acheteur et le prêteur du bien immobilier concerné.

4.1 Financement de l'immobilier

Par exemple : après l'arrêt Didam (c'est-à-dire après le 26 novembre 2021), une agence gouvernementale conclut un accord avec la partie A sur la vente et le transfert d'un bien immobilier aux Pays-Bas. La partie A obtient un financement pour l'achat au moyen d'un prêt auprès d'un tiers. Pour garantir le remboursement de ce prêt, une hypothèque est constituée sur le bien immobilier concerné. La vente a lieu par l'exécution du CVA, et le bien immobilier est transféré à A (c'est-à-dire la cession). Après la cession, une tierce partie (partie B) estime que les critères Didam n'ont pas été pris en considération par l'agence gouvernementale (et qu'ils n'ont donc pas été respectés). En conséquence, la partie B prétend que le CVA est nul et non avenu (*nietig*).

Si le CVA et la cession sont déclarés nulles et non avenues, cela signifie que A n'est jamais devenu propriétaire du bien immobilier et que l'hypothèque n'a donc jamais été établie. Dans ce cas, la propriété sera en principe restée entre les mains de l'agence gouvernementale. Toutefois, le prêteur ne se retrouve pas les mains vides s'il peut invoquer avec succès la doctrine de la bonne foi en droit néerlandais. Si l'invocation de la bonne foi aboutit, (i) le bien immobilier sera toujours grevé d'une hypothèque servant de

garantie pour le remboursement du prêt par la partie A au prêteur, (ii) tandis que l'organisme public est (toujours) le propriétaire du bien immobilier concerné. Il est probable que, dans ce cas, A enfreindra les conditions de crédit du prêteur, que le prêteur exigera le remboursement du prêt de A et que A sera redevable une pénalité contractuelle envers le prêteur.

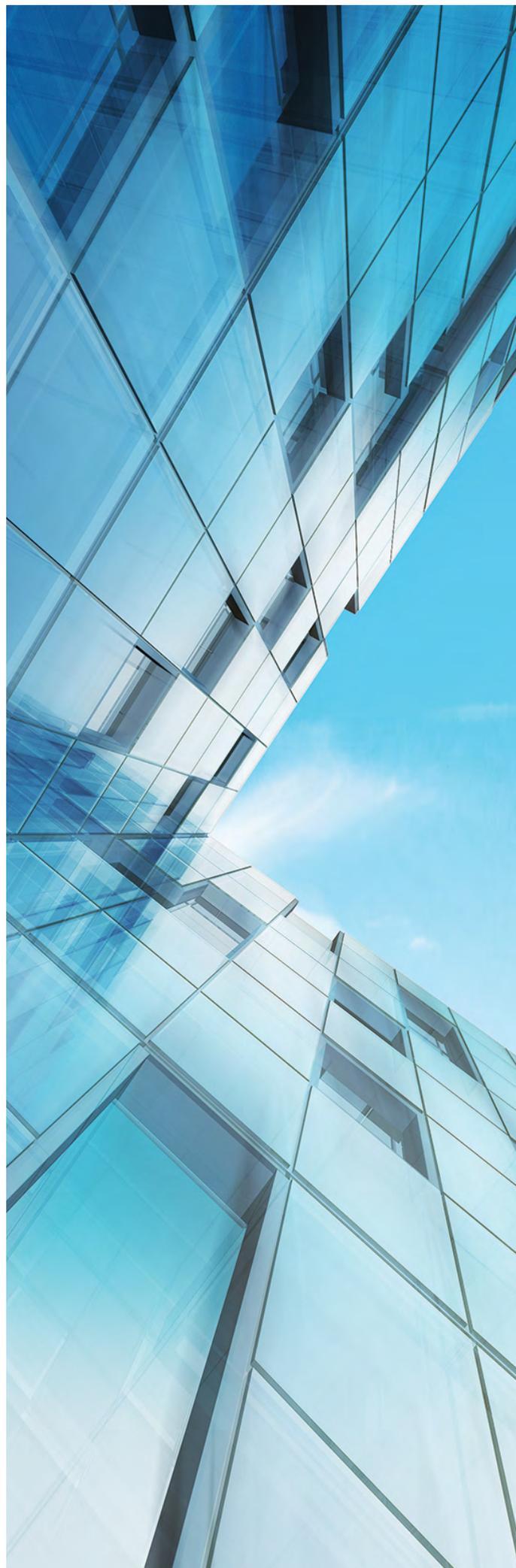
4.2 Ce qu'il faut retenir de l'arrêt Didam

Il est important de veiller à ce que les nouvelles opérations immobilières ne soient pas affectées par l'arrêt Didam. L'obligation pour les agences gouvernementales de publier à l'avance les ventes de biens immobiliers est désormais bien connue. Toutefois, une administration a toujours le pouvoir discrétionnaire de décider qu'une vente ne doit pas être précédée d'une procédure de sélection publique si elle estime qu'un seul candidat est qualifié pour la transaction. Cependant, l'agence gouvernementale doit publier le raisonnement qui sous-tend cette décision. Comme le prêteur ne pourra pas déterminer avec une certitude totale si les procédures correctes ont été suivies par l'agence gouvernementale, il devra toujours envisager le risque que l'opération immobilière soit invalidée rétrospectivement dans le cas où le vendeur est une agence gouvernementale.

Afin de préserver l'hypothèque, il est important que le prêteur demande à l'acheteur (en sa qualité d'emprunteur) si les critères Didam ont été pris en compte et respectés dans le processus de vente avant de conclure le contrat de crédit. À notre avis, le prêteur sera généralement de bonne foi si la réponse à cette question est positive, ce qui lui permettra de bénéficier de la protection des tiers en vertu du principe néerlandais de bonne foi. Dans le pire des cas, le prêteur pourra alors faire exécuter son hypothèque par le biais d'une vente publique.

4.3 Conclusion

L'arrêt Didam a compliqué la dynamique et le financement des opérations immobilières aux Pays-Bas. L'arrêt Didam peut avoir des implications (pratiques) majeures pour le financement immobilier. Dans cette contribution, nous avons inclus une classification des situations possibles résultant de l'arrêt Didam à des fins d'illustration. Ce faisant, nous n'avons abordé que brièvement les questions qui peuvent se poser dans les opérations immobilières du côté des prêteurs, et les recours possibles à cet égard.



5. Pays-Bas: Nouvelles règles de classification fiscale des entités

Au printemps 2021, le gouvernement néerlandais a proposé de remanier les règles de classification fiscale néerlandaises pour les entités néerlandaises et étrangères, telles que les sociétés de personnes, dans le but d'aligner ces règles sur les normes internationales. Suite au débat public et aux réactions des parties prenantes sur ce sujet, il a récemment été annoncé que deux projets de loi distincts visant à modifier les règles de classification fiscale néerlandaises seront soumis le jour du budget néerlandais à l'automne 2023.

D'une part, un projet de loi visant à modifier les règles générales de classification fiscale et, d'autre part, un projet de loi distinct visant à modifier les règles de classification fiscale pour les fonds commun néerlandais (*fonds voor gemene rekening* ou **FGR**), étant donné que ces règles sont étroitement liées aux régimes d'investissement fiscal qui sont traités dans cette proposition.

Sur la base de la version des projets soumis à consultation publique, les changements suivants sont prévus.

5.1 Entités néerlandaises

En vertu des règles actuelles, une société en commandite néerlandaise (*commanditaire vennootschap* ou CV) est considérée comme transparente lorsque l'adhésion ou la substitution d'un commanditaire est soumise au consentement unanime de tous les commanditaires et commandités. Cette "obligation de consentement" sera supprimée dans le cadre des nouvelles règles de classification, ce qui rendra toutes les sociétés en commandite néerlandaises transparentes aux fins de l'impôt néerlandais.

5.2 FGR

Un FGR peut être fiscalement transparent ou non transparent (opaque). Il existe actuellement trois types de FGR, en bref : (i) un FGR dans lequel les participations ne sont transférables à d'autres participants qu'avec leur consentement unanime (transparent), (ii) un FGR dans lequel les participations ne peuvent être rachetées que par le FGR ou transférées à certains membres de la famille proche (transparent) et (iii) d'autres FGR avec des participations transférables (non-transparent).

En vertu de la nouvelle règle proposée, un FGR ne sera opaque que s'il est réglementé conformément à la législation néerlandaise sur la surveillance financière

et si les participations dans le FGR sont négociables.

Si les participations dans le FGR ne peuvent être rachetées que par le FGR, elles sont considérées comme non négociables et le FGR reste donc fiscalement transparent même s'il est réglementé. Dans toutes les autres situations, le FGR sera qualifié de fiscalement transparent. Ces changements peuvent affecter la qualification actuelle de nombreux FGR, y compris les FGR familiaux typiques qui sont actuellement qualifiés de non-transparents (opaques) et qui utilisent souvent le régime des institutions d'investissement exonérées (*vrijgestelde beleggingsinstelling* ou **VBI**).

Le changement soudain de classification de l'entité provoqué par ces nouvelles règles entraînera en principe un événement de reconnaissance fiscale pour le FGR concerné et/ou ses participants, et peut donc entraîner l'exigibilité de l'impôt sans que des liquidités aient été effectivement générées. C'est pourquoi plusieurs mécanismes sont proposés pour alléger cette charge fiscale immédiate : (i) un mécanisme de roulement (*roll-over*), (ii) un mécanisme de fusion action par action (y compris une exonération de la RETT), et/ou (iii) une obligation de paiement différé (étalée sur dix ans).

Comme cette nouvelle règle proposée - dont l'entrée en vigueur est envisagée à partir du 1 janvier 2024 - pourrait faire en sorte que des FGR non transparents deviennent transparents ou vice versa, il convient de vérifier attentivement les conséquences fiscales (potentielles) pour les structures existantes. Pour plus d'informations, voir [notre newsletter du 10 mars 2023](#).

5.3 Entités de droit étranger

Les Pays-Bas devraient maintenir l'utilisation de l'"approche par similitude" pour classer les entités étrangères. En bref, cette approche signifie que l'on examine l'équivalent néerlandais le plus comparable de l'entité étrangère ("*corporate resemblance*") pour déterminer la position fiscale néerlandaise de cette dernière. En conséquence, les sociétés de personnes étrangères qui sont comparables à une CV néerlandaise (comme les sociétés en commandite simple) seront classées comme transparentes, ce qui réduira la possibilité de certaines asymétries hybrides.

Pour les entités qui n'ont pas d'équivalent néerlandais clair, l'approche "symétrique" s'appliquera. Cela signifie que les Pays-Bas suivront la classification fiscale de l'État de résidence de l'entité étrangère. Si cette entité est résidente des Pays-Bas, elle sera considérée comme non transparente.

Il n'existe actuellement aucune indication claire sur la manière de déterminer si une entité étrangère est équivalente à une entité néerlandaise. Par exemple, en fonction des critères pertinents, une SCPI française peut être considérée comme équivalente à une CV ou à un FGR néerlandais, ou ne pas être équivalente du tout à une entité juridique néerlandaise. Si elle est équivalente à une CV néerlandaise, une SCPI serait classée comme transparente à partir de 2024.

Dans le cas où une SCPI serait considérée comme équivalente à un FGR néerlandais, elle pourrait être traitée comme transparente ou opaque aux Pays-Bas, en fonction de ses statuts et de la version finale des nouvelles règles de classification. Un autre résultat possible est qu'il n'existe pas d'entité juridique équivalente néerlandaise, ce qui signifierait que le traitement fiscal de la juridiction de résidence de la SCPI devrait être suivi à des fins fiscales néerlandaises. Cependant, étant donné le statut fiscal translucide unique de la SCPI en France - qui n'est pas connu aux Pays-Bas - il n'est pas certain que cette classification soit mise en œuvre dans la pratique.

Les nouvelles règles de classification attendues sont encore très incertaines. Toutefois, la probabilité qu'une entité étrangère soit classée comme fiscalement transparente aux fins de l'impôt néerlandais augmente à partir de 2024. Cela peut avoir des conséquences indésirables majeures pour les fonds détenant des biens immobiliers néerlandais, car leurs investisseurs peuvent être soumis à l'imposition néerlandaise, aux obligations de déclaration et de conformité en ce qui concerne les revenus immobiliers néerlandais du fonds. Par conséquent, les fonds d'investissement immobilier, tels que les SCPI ou SCI françaises, qui investissent dans l'immobilier néerlandais devront faire l'objet d'une attention particulière dans les années à venir.



6. Pays-Bas: Principaux enseignements du budget 2023 pour le secteur immobilier

Le 20 septembre 2022, le gouvernement néerlandais a publié le budget 2023, ainsi qu'un certain nombre de modifications (annoncées) de la législation fiscale. Dans cette mise à jour, nous résumons les dernières propositions et modifications législatives qui entreront en vigueur dans un avenir proche et qui sont pertinentes pour le marché immobilier néerlandais.

6.1 Suppression de l'investissement immobilier direct par les FBI

Le 20 septembre 2022, le gouvernement néerlandais a annoncé son intention d'interdire aux FBI (*fiscale beleggingsinstellingen*) d'investir directement dans l'immobilier (c'est-à-dire le régime néerlandais des REIT). La date initiale d'entrée en vigueur, le 1 janvier 2024, a ensuite été reportée au 1 janvier 2025. Le 8 mars 2023, la consultation publique du projet de loi a été publiée, fournissant plus de détails sur les mesures proposées, y compris les mesures d'allègement relatives à la RETT. [Voir notre newsletter du 10 mars 2023.](#)

Selon les règles actuelles, un FBI est soumis à l'impôt néerlandais sur le revenu à un taux de 0 %, mais la distribution annuelle obligatoire est soumise à une retenue à la source sur les dividendes de 15 %. Comme il est à craindre que l'impôt néerlandais sur les biens immobiliers ne puisse pas être garanti dans toutes les situations, le gouvernement néerlandais propose d'introduire la règle selon laquelle le régime des FBI ne pourra plus être appliqué par les entités qui investissent directement dans des biens immobiliers, à compter du 1 janvier 2025. Aucune distinction ne sera faite entre les biens immobiliers néerlandais et les biens immobiliers non néerlandais. En conséquence des mesures annoncées, une fois la loi promulguée, un FBI néerlandaise ayant investi dans l'immobilier perdra son régime fiscal et sera soumis au taux normal de 25,8 % sur ses résultats néerlandais.

Les investissements indirects par l'intermédiaire d'une société qui possède des biens immobiliers restent autorisés pour autant qu'il s'agisse d'investissements de portefeuille dans des biens immobiliers. Une société immobilière peut donc (continuer à) investir dans l'immobilier en détenant des actions dans une filiale régulièrement imposée. Toutefois, elle ne peut pas s'engager dans la gestion d'une entité immobilière liée.

En outre, la limite actuelle de 60 % de financement par l'emprunt pour les investissements immobiliers sera supprimée. Cela signifie que la limite générale de financement s'appliquera, c'est-à-dire un maximum de 20 % de financement par l'emprunt.

Le gouvernement néerlandais reconnaît qu'en prévision de ces nouvelles règles, les FBI pourraient avoir besoin de se restructurer. À cet égard, le gouvernement néerlandais propose des mesures d'allègement de la RETT à compter du 1 janvier 2024. Ces mesures prendront la forme d'une exonération conditionnelle de la RETT au cours de l'année 2024 pour les restructurations directement liées à la mesure proposée.

6.2 Modification du taux de RETT

Depuis le **1 janvier 2023**, le taux de RETT par défaut est passé de 8 % à 10,4 %. Le taux de RETT inférieur de 2 % continuera à s'appliquer aux personnes physiques qui acquièrent un bien immobilier résidentiel et utilisent celui-ci comme résidence principale pour y vivre elles-mêmes. Toutefois, les investisseurs qui acquièrent des biens immobiliers résidentiels sont soumis au taux de RETT par défaut plus élevé.

6.3 Modification du taux et de la tranche inférieure de l'impôt des sociétés

Depuis le **1 janvier 2023**, le taux inférieur de l'impôt sur les sociétés pour la première tranche a été augmenté de 15 % à 19 %. En outre, ce taux réduit d'IS ne s'appliquera plus aux 395.000 premiers euros de bénéfices (comme en 2022), mais aux 200.000 premiers euros de bénéfices annuels. Le taux général de l'impôt sur les sociétés reste fixé à 25,8 %.

6.4 Suppression de la taxe sur les propriétaires

La taxe sur les propriétaires a été supprimée le **1 janvier 2023**. Cette suppression avait déjà été convenue dans l'accord des partis de la coalition gouvernementale et vise à permettre aux propriétaires d'investir dans la construction, la rénovation et la viabilité des logements résidentiels.

L'amendement ne fait pas partie du plan fiscal 2023 mais est présenté dans un projet de loi séparé.

6.5 Taux zéro de TVA pour les panneaux solaires sur les propriétés résidentielles

Depuis le **1 janvier 2023**, un taux de TVA nul s'applique à l'achat et à l'installation de panneaux solaires sur une propriété résidentielle. Dans la plupart des cas, cela permet d'installer des panneaux solaires sur des habitations sans avoir à payer de TVA ni d'obligations connexes, que ces habitations appartiennent à des propriétaires occupants ou à des investisseurs. Le taux zéro ne s'applique que si les panneaux solaires sont installés sur des habitations et des dépendances appartenant à des habitations.

6.6 Augmentation du budget pour les déductions pour investissements dans le domaine de l'énergie et de l'environnement

Il est proposé d'augmenter le budget annuel de la déduction pour investissement dans le domaine de l'énergie de 100 millions d'euros et le budget annuel de la déduction pour investissement dans le domaine de l'environnement de 50 millions d'euros.

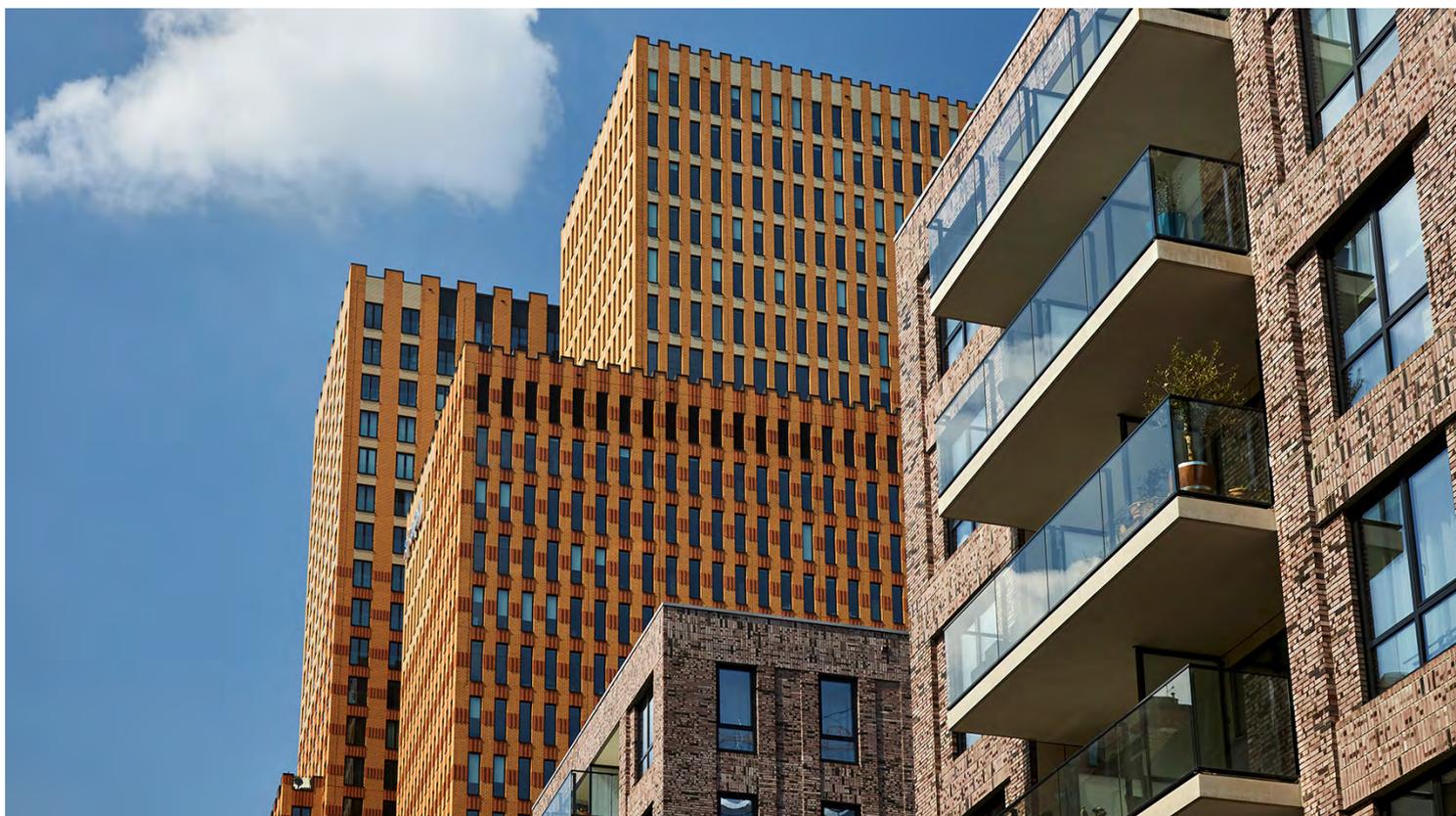


7. Pays-Bas: Nouvelle proposition en matière de RETT pour les opérations sur actions - un nouveau revers pour le marché néerlandais du logement

Le ministère néerlandais des finances a lancé une consultation publique sur une proposition de loi qui compliquera davantage la réalisation et l'investissement dans l'immobilier résidentiel « buy-to-let ».

La proposition concerne l'annulation de l'exonération des droits de mutation (**RETT**) pour l'acquisition d'actions dans une société possédant des biens immobiliers nouvellement construits. Ces opérations sont devenues plus courantes ces dernières années. L'annulation de cette exonération de la RETT aura un impact significatif sur toutes les opérations, sous la forme de cession d'actions, portant sur des biens immobiliers nouvellement construits, en particulier les investissements dans des biens immobiliers résidentiels nouvellement construits par des investisseurs (institutionnels).

La proposition doit entrer en vigueur le **1 janvier 2024** et ne contient pas de règles transitoires pour les opérations en cours. Les parties intéressées peuvent répondre à la consultation publique jusqu'au 27 mars 2023. Si cette proposition est adoptée, il s'agira d'un nouveau revers pour le marché résidentiel néerlandais et la tentative d'atténuer la pénurie de logements.



8. Pays-Bas : Nouvelle proposition législative pour la réglementation du marché résidentiel (mid-market)

Le 27 février 2023, le gouvernement néerlandais a publié un projet de proposition de loi visant la réglementation des loyers des immeubles locatifs résidentiels dans ce qu'on appelle le "secteur locatif intermédiaire". La proposition doit entrer en vigueur le 1 janvier 2024 et peut être amendée par le Parlement dans l'intervalle.

Le marché de la location résidentielle aux Pays-Bas est réglementé depuis plus d'un demi-siècle par le biais de la législation sur le bail. Aux Pays-Bas, les biens locatifs sont actuellement classés soit comme "unité libéralisée" (*geliberaliseerde huurwoning*), soit comme "unité réglementée" (*sociale huurwoning*). Les logements réglementés sont soumis au contrôle des loyers, en limitant le montant du loyer qui peut être demandé et le montant des augmentations annuelles de loyer. Les logements libéralisés ne sont pas soumis au contrôle des loyers (mais les augmentations annuelles de loyer sont actuellement limitées également). Les logements indépendants sont considérés comme réglementés si le loyer initial ne dépasse pas le plafond de contrôle des loyers (*liberalisatiegrens*), qui est actuellement de 808,06 euros. Pour chaque unité réglementée, le loyer maximum est évalué en fonction du nombre de points attribués à ces unités, qui sont attribués en fonction des équipements de l'unité, par exemple : la taille de l'unité, le nombre de salles de bains, l'équipement de la cuisine, la performance énergétique, les rénovations et la valeur de l'unité. Au 1 janvier 2023, si une unité se voit attribuer 149 points ou plus (correspondant à un loyer de départ maximum de 809,83 euros ou plus), elle sera considérée comme une unité libéralisée.

La législation proposée modifiera le marché de la location résidentielle tel qu'il existe actuellement aux Pays-Bas. Par cette législation, le marché de la location résidentielle sera divisé en trois segments (au lieu des deux segments actuels) :

- le segment des loyers modérés (*laagsegment*) (actuellement dénommé : segment réglementé), qui s'applique aux logements d'une valeur inférieure ou égale à 148 points (ce que l'on appelle le plafond des loyers modérés (*maximale lagehuurgrens*)) ;
- le segment de loyer moyen (*middensegment*), qui s'applique aux unités entre 149 et 186 points (le plafond de loyer moyen (*maximale middenhuurgrens*)), qui correspondra à un loyer d'environ 1.123,13 euros, conformément au système de points qui sera en vigueur le 1 janvier 2024) ; et
- le segment des loyers élevés (*hoogsegment*), qui s'applique aux logements de 187 points ou plus et qui est comparable au segment actuellement libéralisé.

Alors que le secteur de la location de moyenne gamme n'est actuellement pas réglementé, il deviendra un segment réglementé. En d'autres termes, alors qu'actuellement environ 80 % des biens locatifs sont réglementés, on estime que 95 % de tous les biens locatifs seront soumis au contrôle des loyers. Le loyer de départ maximum qui peut être demandé pour une unité nouvellement réglementée sera déterminé par le nombre de points attribués à cette unité. En outre, le projet de législation prévoit plusieurs modifications dans le calcul des points. Enfin, le système de points deviendra une loi obligatoire, ce qui signifie que (i) le locataire peut demander une correction de son loyer conformément au loyer maximum applicable et (ii) une sanction peut être imposée.

9. Pays-Bas : Nouveau modèle de bail commercial

Le Conseil néerlandais de l'immobilier (*Raad voor Onroerende Zaken*) (**ROZ**) publie régulièrement des modèles standard pour les baux commerciaux, de bureaux et résidentiels, ainsi qu'un ensemble de conditions générales, qui constituent la pratique de marché aux Pays-Bas. Récemment, le ROZ a publié un nouveau modèle standard pour les contrats de bail commercial, ainsi qu'un nouvel ensemble de conditions générales.

Le dernier modèle du ROZ pour le commerce de détail datait de 2012. Le nouveau modèle inclut davantage d'accords entre le propriétaire et le locataire en ce qui concerne la durabilité, y compris les mesures d'économie d'énergie et les labels énergétiques, et nous nous attendons dès lors à ce que ces sujets deviennent de plus en plus pertinents lors de la conclusion de baux commerciaux aux Pays-Bas.



10. Luxembourg: Rachat d'une catégorie d'actions - une décision du tribunal attendue depuis longtemps

Le 27 janvier 2023, le Tribunal administratif du Luxembourg (le Tribunal) a rendu son jugement très attendu sur le traitement fiscal du rachat d'une catégorie d'actions (affaire 42432). Ce jugement traite notamment de la question de savoir si le rachat (et l'annulation) d'une catégorie d'actions doit donner lieu à une retenue à la source luxembourgeoise sur les dividendes (ou sur une partie du prix de rachat).

Le Tribunal a jugé que le rachat d'actions n'est en principe pas une distribution de bénéfices mais déclenche une plus-value non soumise à la retenue à la source. Toutefois, si le prix de rachat excède la juste valeur de marché des actions rachetées (c'est-à-dire ce qu'un tiers aurait payé pour ces actions) et que cet excédent est motivé par la relation d'actionnaires, le surplus du prix de rachat constitue une distribution cachée de bénéfices, soumise à la retenue à la source.

L'affaire est pertinente pour de nombreuses sociétés luxembourgeoises qui ont émis des actions dites alphabétiques (*alphabet shares*) dans le but d'offrir aux investisseurs la flexibilité de rapatrier les bénéfices en rachetant une classe d'actions. Dans un tel cas, aucune retenue à la source n'est due : soit sur la base du traitement dit de liquidation partielle, soit sur la base du traitement de gain en capital suite à l'arrêt de la Cour administrative luxembourgeoise du 23 novembre 2017 (affaire 39193C) rendu au sujet d'un rachat d'actions dans un cadre différent.

10.1 Faits de l'affaire

Une société luxembourgeoise à responsabilité limitée avait organisé son capital social en dix catégories d'actions différentes (de A à J) à côté d'une catégorie d'actions ordinaires, toutes détenues par le même actionnaire. Les catégories lettrées représentaient chacune environ 5 % du capital social nominal. Au cours d'une année ultérieure, la société a racheté et annulé toutes les actions de la classe J à un prix nettement supérieur à 5 % des actifs circulants de la société. En ce qui concerne les droits économiques de chaque catégorie d'actions, les statuts ne prévoyaient généralement pas de droits d'actionnaires différents pour les différentes catégories. Ils précisaient simplement

que tout rachat d'une classe entière d'actions devait se faire dans l'ordre alphabétique inverse (de J à A), à un prix de rachat s'élevant à (jusqu'à) la quasi-totalité des réserves distribuables. La société a considéré le rachat (et l'annulation) de la classe J comme une liquidation partielle non soumise à retenue à la source. L'administration fiscale a contesté ce traitement pour cause d'abus de droit et a confirmé le prélèvement d'une retenue à la source de 15% sur l'excédent du prix de rachat par rapport à la valeur nominale des actions rachetées.

10.2 Analyse du Tribunal

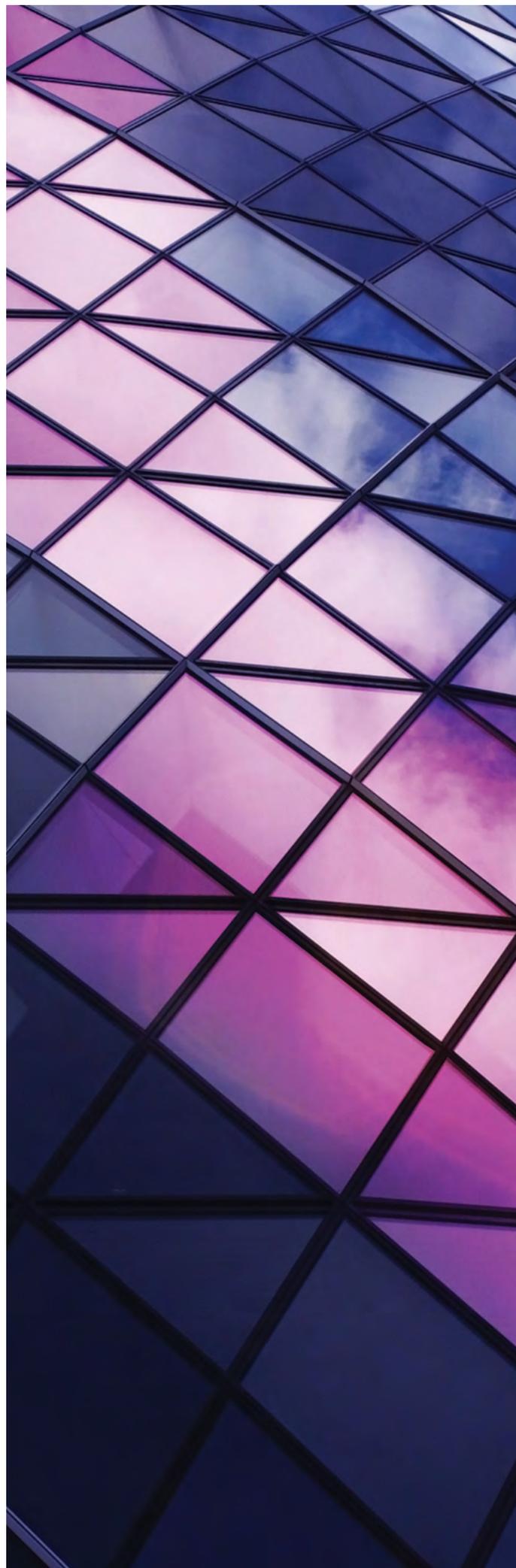
Conformément à la jurisprudence de la Cour administrative du Luxembourg du 23 novembre 2017 (39193C), le Tribunal a jugé que le rachat d'une classe d'actions suivi d'une annulation des actions ne constitue pas, en principe, une distribution de dividendes. Le Tribunal a inclus la réserve qu'une distribution cachée de bénéfices peut toujours se produire dans le cas où le prix de rachat dépasse la juste valeur de marché des actions rachetées, et que cet excès n'a pas de raisons économiques valables mais s'explique uniquement par la relation d'actionnaire. Le Tribunal a ensuite rappelé quelques éléments du cas d'espèce qui semblent plus pertinents dans le contexte d'une analyse de l'abus de droit que dans celui d'une analyse de la juste valeur de marché des actions, tels que les faits suivants : (i) il n'y avait qu'un seul actionnaire, (ii) toutes les catégories ont été créées en même temps et (iii) les catégories d'actions n'avaient pas de droits économiques distincts (autres que l'attribution des réserves distribuables lors du rachat d'une catégorie d'actions). Cette dernière caractéristique en particulier constitue une différence par rapport à d'autres schémas factuels plus souvent observés sur le marché. Sur cette base, le Tribunal a conclu que le prix de rachat des actions

devait être traité comme une distribution cachée de bénéfices, mais uniquement dans la mesure où il dépasse la juste valeur de marché des actions.

En l'absence de différences entre les différentes catégories d'actions, la forte asymétrie entre le prix de rachat réel et la part proportionnelle des actions rachetées dans l'actif net de la société a conduit le Tribunal à estimer que la société n'avait pas établi que le prix de rachat n'était pas supérieur à la juste valeur de marché des actions rachetées. Le Tribunal a renvoyé l'affaire à l'administration fiscale pour qu'elle se prononce à ce sujet. En raison de sa conclusion, le Tribunal a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si, dans le cas présent, il y avait eu abus de droit.

10.3 Les enseignements de cette décision

Sous réserve d'un éventuel recours, ce jugement apporte une clarté bienvenue quant au traitement fiscal d'un rachat d'actions (d'une catégorie d'actions), suivi de leur annulation. Le Tribunal confirme que le rachat d'actions ne doit pas, par principe, être qualifié de distribution de bénéfices soumise à la retenue à la source, mais de gain en capital non soumis à la retenue à la source. Le Tribunal s'est toutefois concentré sur la juste valeur de marché de cette catégorie d'actions et a confirmé, sans surprise, que le prix de rachat dépassant la juste valeur de marché serait considéré comme une distribution de dividendes (cachés). Les contribuables doivent dès lors examiner attentivement la manière dont le prix de rachat est déterminé et s'il reflète la juste valeur de marché. Par ailleurs, même si le Tribunal n'a pas examiné le rachat sous l'angle de l'abus de droit, cet aspect ne peut être écarté.



11. Luxembourg - TVA et immobilier : changements depuis le 1 janvier 2023

Dans ce contexte de forte inflation, la TVA constitue un levier d'action que les gouvernements peuvent activer pour maintenir le pouvoir d'achat de la population. Elle est également un élément fort de toute politique fiscale - y compris celle visant à réduire l'utilisation des énergies fossiles. Il n'est donc pas surprenant que le gouvernement luxembourgeois ait récemment annoncé deux mesures importantes en matière de TVA : une réduction générale des taux de TVA et une réduction spéciale du taux de TVA applicable aux panneaux solaires. Les acteurs du secteur immobilier luxembourgeois doivent prêter une attention particulière à ces nouvelles règles, car leur mise en œuvre pratique peut dans de nombreux cas soulever des questions.

11.1 Réduction temporaire des taux de TVA

Afin de lutter contre les effets de l'inflation, le gouvernement luxembourgeois a annoncé une réduction temporaire des taux de TVA au Luxembourg à compter du 1 janvier 2023. Il est prévu que la réduction soit maintenue pendant une année entière. En effet, la plupart des taux ont été réduits de 1%. Toutefois, le taux super-réduit de 3 %, parfois applicable à l'immobilier résidentiel, restera inchangé.

| | Tarifs standard | Taux réduits temporaires | Produits les plus pertinents |
|---------------------------|-----------------|--------------------------|---|
| Tarif normal | 17% | 16% | Toutes les opérations qui ne bénéficient pas d'un taux réduit |
| Taux intermédiaire | 14% | 13% | Services de dépositaire, gestion de crédits et de garanties de crédit, certains produits alcoolisés |
| Taux réduit | 8% | 7% | Électricité, gaz |

- Baux assujettis à la TVA. Lorsque les parties ont opté pour l'application de la TVA à leur contrat de bail, le taux de TVA applicable devra être ramené de 17% à 16%. Bien que ce changement semble assez facile à adopter, sa mise en œuvre pratique pourrait s'avérer plus compliquée que prévu. En vertu de la loi luxembourgeoise sur la TVA, les opérations entre entreprises donnent généralement lieu à l'établissement d'une facture. Dans ce cas, la TVA est due au plus tôt (i) au moment de l'émission de la facture ou (ii) le quinzième jour du mois suivant celui au cours duquel l'opération a eu lieu. Toutefois, le règlement grand-ducal du 7 mars 1980 permet au bailleur de ne pas établir de factures mensuelles dans certaines conditions. Au lieu de cela, le bailleur peut se contenter de fournir au locataire une information écrite unique, à actualiser en cas de modification du loyer. Toutefois, cette exception constitue simplement une atténuation de l'obligation d'établir une facture, plutôt qu'une dérogation, puisque l'information écrite est réputée remplacer la facture. En définitive, le taux de TVA applicable dépendra donc du fait que le bailleur émette ou non une facture mensuelle. Dans ce cas, le taux de TVA applicable devrait être celui du premier des deux dates suivantes : (i) la date de la facture ou (ii) le 15 du mois suivant. Si, au contraire, le bailleur n'établit pas de facture, la TVA est due au taux applicable le 15 du mois suivant. Sur la base de ce qui précède, le loyer de décembre 2022 peut, dans certaines circonstances, être soumis à un taux de TVA de 16 %, tandis que le loyer de décembre 2023 peut, quant à lui, être soumis à un taux de TVA de 17 %.

- Baux exonérés de TVA. Il est très fréquent que les contrats de location au Luxembourg prévoient que, lorsque les parties ne peuvent pas opter pour la TVA (généralement parce que le locataire ne remplit pas les conditions requises), le loyer convenu est automatiquement augmenté d'un montant égal au taux de TVA, soit 17 %. Avec la réduction des taux de TVA applicables en 2023, le loyer effectivement dû pourrait devoir être adapté. Ceci est particulièrement vrai lorsque la clause TVA prévoit que le loyer convenu est automatiquement augmenté d'un "montant égal au taux de TVA applicable". Dans ce cas précis, l'augmentation ne s'élève plus à 17%, mais devrait être plafonnée à 16%. Comme toujours, il convient d'examiner attentivement le contrat concerné afin de s'assurer que ces modifications en matière TVA soient mises en œuvre d'une manière qui respecte également l'accord des parties.
- Charges. Lorsque les charges sont refacturées par le propriétaire au locataire en tant que prestation distincte imposable à la TVA, il convient d'accorder une attention particulière au taux de TVA applicable, étant donné que la fourniture d'électricité et de gaz bénéficie d'un taux de 7 %. Ici aussi, le moment de la facturation peut avoir une influence significative sur le taux de TVA applicable.

11.2 Taux réduit sur les panneaux solaires

Enfin, le gouvernement luxembourgeois a également annoncé - dans le cadre de la discussion de la loi de finances 2023 - que la fourniture et l'installation de panneaux solaires sur une série de bâtiments devraient bénéficier du taux super-réduit de 3 %.



12. Luxembourg: Changements notables (à venir) en droit immobilier

12.1 Impôt foncier

Le 10 octobre 2022, un projet de loi a été déposé au Parlement luxembourgeois visant à réformer l'actuel impôt foncier et à introduire deux nouveaux impôts nationaux : un impôt à la mobilisation des terrains et un impôt sur la non-occupation de logements. L'objectif principal du projet de loi est d'adapter les valeurs unitaires appliquées pour la détermination de l'impôt foncier à payer par un propriétaire foncier aux valeurs de marchés actuelles. Le projet de loi est toujours en cours d'examen.

12.2 Bail d'habitation

- **Modification du régime juridique.** Le 31 juillet 2022, un autre projet de loi visant à modifier la loi du 21 septembre 2006 sur le bail d'habitation a été déposé au Parlement luxembourgeois. Les objectifs sont d'améliorer la situation des locataires, notamment en favorisant l'accès au logement en (i) contrôlant les frais d'agence, (ii) diminuant la garantie locative de trois à deux mois, (iii) fournissant un cadre légal à la cohabitation et (iv) abrogeant le concept de logements de luxe. Le projet de loi est toujours en cours d'examen.
- **Expulsion du locataire.** Sur la base d'une loi du 23 décembre 2022, un locataire condamné à quitter les lieux loués peut réclamer à un juge la suspension de son expulsion des lieux loués jusqu'au 31 mars 2023 s'il n'a pas pu trouver un autre logement dans un délai de trois mois à compter du jugement d'expulsion (délai pouvant être prolongé deux fois de trois mois).

12.3 Copropriété

La loi du 30 juin 2022, visant à modifier la loi du 16 mai 1975 sur la copropriété, oblige les copropriétaires d'immeubles à constituer un fonds de travaux afin d'anticiper la rénovation de leur immeuble, notamment par la réalisation de travaux d'économie d'énergie. Le fonds de travaux est alimenté par des cotisations annuelles obligatoires, dont le montant est décidé par l'assemblée générale des copropriétaires. Les cotisations annuelles ne peuvent être inférieures aux montants minimaux fixés par la loi en fonction de la classe d'isolation thermique des bâtiments. Cette obligation entrera en vigueur le 1er août 2023.

12.4 Bail commercial

Dans un arrêt du 23 décembre 2022, la Cour constitutionnelle déclare l'article 1762-6 (4) du Code civil - qui empêche un locataire de sous-louer ses locaux pour un loyer plus élevé que le loyer dont il s'acquitte - contraire à la Constitution. La Cour considère que, alors que la lutte contre la spéculation vise à protéger l'intérêt général, cette interdiction entraîne une restriction disproportionnée. Dans l'attente d'une intervention législative, l'équilibre entre l'objectif légitime de l'article 1762-6 (4) et la liberté du commerce et de l'industrie est atteint si le loyer prévu par le contrat de sous-location n'excède pas le loyer payé par le locataire au propriétaire, augmenté des frais d'exploitation du locataire relatifs à la sous-location et d'un bénéfice raisonnable.

12.5 Revitalisation du marché immobilier

Le 8 février 2023, un projet de loi a été déposé, visant à revitaliser le marché immobilier luxembourgeois. Les objectifs sont de soutenir le secteur du logement en créant un climat fiscal favorable pour (ré-)encourager l'investissement privé. Le projet de loi comprend les mesures suivantes :

- L'extension du taux super-réduit de TVA de 3 % à la construction de logements à usage privé et à la construction de logements dédiés à la location ;
- L'augmentation du crédit d'impôt, qui passerait de 20.000 à 50.000 euros, sur les droits d'enregistrement lors de l'achat d'une habitation à usage privé ; et
- La mise en place d'un régime d'amortissement accéléré au taux de 6 % pour les propriétaires qui louent des immeubles résidentiels.

Le projet de loi est actuellement en cours d'examen par le parlement luxembourgeois.

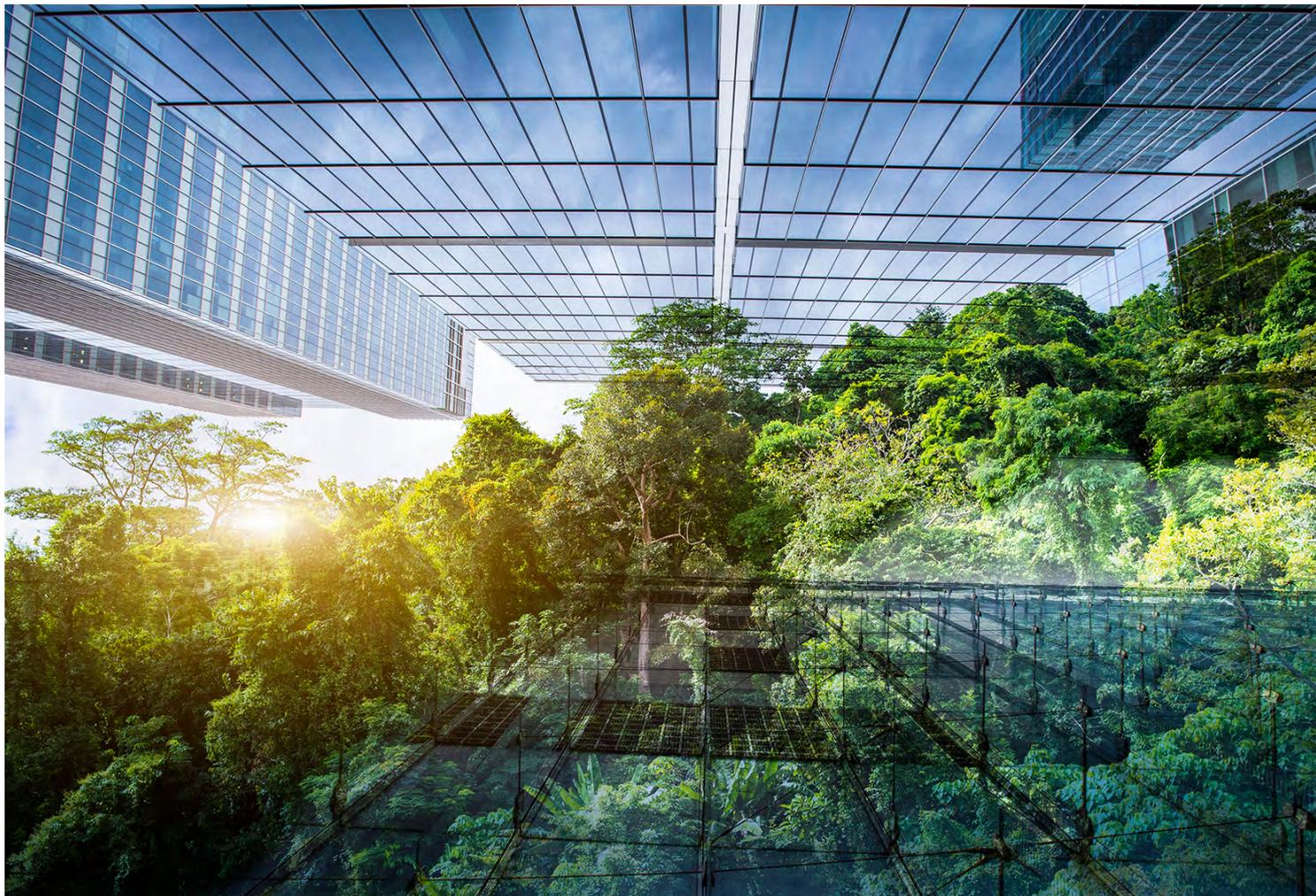


13. Suisse: La Cour suprême suisse confirme l'impôt sur la fortune en Suisse pour les participations dans des SCI.

Dans une décision récente, la Cour suprême suisse a clarifié le traitement fiscal des SCI françaises dans le chef des investisseurs résidant en Suisse.

En l'espèce, une personne physique domiciliée dans le canton de Vaud et résidant en Suisse détenait 99% des parts sociales d'une SCI française. La SCI détenait deux immeubles. L'administration fiscale cantonale vaudoise a fait valoir que la SCI devait être traitée comme une personne morale en vertu du droit interne suisse et que la personne physique serait donc redevable de l'impôt sur la fortune sur la juste valeur des participations détenues dans la SCI, quel que soit le traitement fiscal en France.

La Cour suprême a confirmé cette décision en réaffirmant que les participations détenues dans une SCI française par une personne physique suisse peuvent être soumises à l'impôt en Suisse. La France n'ayant pas exercé son droit d'imposition dans le cas d'espèce, le canton de Vaud était libre de prélever l'impôt sur la fortune sur les parts de la SCI et, parallèlement, il n'y avait pas de double imposition.



Contacts

Imme Kam

Associé - Tax

T +33 1 49 53 91 25

E imme.kam@loyensloeff.com



Real Estate

Ariane Brohez

Associée- Real Estate & Real Estate Taxation

T +32 2 743 43 21

E ariane.brohez@loyensloeff.com



Pauline Leegwater

Associée - Real Estate

T +31 20 578 59 73

E pauline.leegwater@loyensloeff.com



Steven Lucas

Associé - Real Estate

T +31 20 578 52 46

E steven.lucas@loyensloeff.com



Jochem van der Wal

Associé - Investment Management

T +31 20 578 52 34

E jochem.van.der.wal@loyensloeff.com



Julien Lecler

Counsel - Real Estate

T +32 2 773 23 59

E julien.lecler@loyensloeff.com



Have contributed to this issue

Agathe van Amerongen

Collaboratrice senior

T +31 10 224 63 29

E agathe.van.amerongen@loyensloeff.com

Jérôme Aries

Tax Adviser

T +31 10 224 65 19

E jerome.aries@loyensloeff.com

Mane Bajadjan

Collaboratrice senior

T +31 20 578 51 34

E mane.bajadjan@loyensloeff.com

Christine Beernaerts

Counsel

T +352 4 66 23 05 36

E christine.beernaerts@loyensloeff.com

Lien Bellinck

Counsel

T +32 2 773 23 36

E lien.bellinck@loyensloeff.com

Olivier Coulon

Tax Adviser

T +352 466 230 303

E olivier.coulon@loyensloeff.com

Michaël Eeckhout

Collaborateur

T +32 2 743 43 66

E michael.eeckhout@loyensloeff.com

Tom Hamen

Tax Adviser

T +352 466 230 283

E tom.hamen@loyensloeff.com

Yves Landheer

Senior Tax (Compliance) Adviser

T +31 20 578 55 26

E yves.landheer@loyensloeff.com

Jet de Mol van Otterloo

Collaboratrice

T +31 20 578 58 33

E jet.de.mol.van.otterloo@loyensloeff.com

Caroline Orban

Collaboratrice

T +32 2 773 23 28

E caroline.orban@loyensloeff.com

Fabian Sutter

Associé

T +41 434 34 67 00

E fabian.sutter@loyensloeff.com

Marloes Voorrips

Collaboratrice senior

T +31 20 578 50 80

E marloes.voorrips@loyensloeff.com

Damian van Boxtel

Tax Adviser

T +31 20 578 53 52

E damian.van.boxtel@loyensloeff.com

Valentijn De Boe

Associé

T +32 2 773 23 33

E valentijn.de.boe@loyensloeff.com

Kévin Emeraux

Tax Adviser

T +352 466 230 570

E kevin.emeraux@loyensloeff.com

Pierre-Antoine Klethi

Collaborateur

T +352 466 230 429

E pierre-antoine.klethi@loyensloeff.com

Nicolas Lippens

Associé

T +32 2 773 23 21

E nicolas.lippens@loyensloeff.com

Olivia Oosterlynck

Collaboratrice

T +32 2 700 10 45

E olivia.oosterlynck@loyensloeff.com

Sjoerd Pennink

Collaborateur

T +31 20 578 50 18

E sjoerd.pennink@loyensloeff.com

Aude Van den Bussche

Collaboratrice

T +32 2 773 23 91

E aude.van.den.bussche@loyensloeff.com



One Firm: Law & Tax, we are proud of the unique service we offer multinational organisations, financial institutions, investors and High Net-Worth Individuals from our home markets of the Netherlands, Belgium, Luxembourg and Switzerland. With offices in key financial centres and a global partner network, we reach out and support you wherever you need.

As a leading law firm in continental Europe, we have a particular focus on Private Equity & Funds, Real Estate, Life Sciences & Healthcare and Energy & Infrastructure. We integrate tax, civil law and notarial expertise to support you with smart and efficient solutions through advice, transactions and litigation.

As a trusted partner, the best advice is not just about expertise, but also about cultivating an in-depth understanding of your business and finding the best solution for you. This commitment is fundamental to our success.

Join us in going **Further. Better. Together.**

Amsterdam, Brussels, London, Luxembourg, New York, Paris, Rotterdam, Tokyo, Zurich