SECOND EDITION

Real Estate Gazette

EDITED BY ALTIUS AND TIBERGHIEN - BRUSSELS - BELGIUM

IS DE SOCIO-ECONOMISCHE VERGUNNING EEN KAT MET NEGEN LEVENS?

VERGUNNINGSSTELSELS ZIJN TAAI EN OVERHEDEN ZIJN HARDLEERS...

Door William Timmermans - Vervolg p 6

ACQUISITION OF REAL ESTATE COMPANIES: WHAT ABOUT TAX LOSSES?

WHEN ACQUIRING THE SHARES OF A REAL ESTATE COMPANY, THE QUESTION OFTEN ARISES...

By Koen Morbée - Continued p 7

LA SICAFI INSTITUTIONNELLE: UN NOUVEAU PRINTEMPS ... ET UNE NOUVEAUTÉ FISCALE?

UNE REFONTE COMPLÈTE DU CADRE RÉGLEMENTAIRE EN MATIÈRE...

Par Luc Spincemaille - Suite p 5

SUMMARY

RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE LA NOUVELLE ORDONNANCE SOLS SE MET EN MARCHE

Depuis le 1er janvier 2010, la nouvelle ordonnance relative à la gestion et à l'assainissement des sols pollués est entrée en vigueur... ☛ p 3

STAATSSTEUNASPECTEN BIJ VASTGOEDPROJECTEN

Projectontwikkelaars, aannemers en overheden worden in het kader van vastgoedprojecten vaak geconfronteerd, bewust of onbewust, met staatssteunaspecten... ☛ p 4

PRINCIPALES INNOVATIONS INCORPORÉES DANS LE NOUVEAU PROJET DE LOI SUR LA COPROPRIÉTÉ

Quinze ans après l'entrée en vigueur de la loi sur la copropriété du 30 juin 1994, tout ne va pas pour le mieux dans le monde des immeubles en copropriété... ☛ p 8

BTW OP TERREINEN: EEN LAST OF EEN LUST?

Met ingang van 1 januari 2011 is de gezamenlijke levering van een terrein en een nieuw gebouw aan de BTW onderworpen. Hoewel de nieuwe... ☛ p 10

DEGRESSIEF AFSCHRIJVEN OP VERHUURD VASTGOED?

Een rechtbank heeft eind vorig jaar een gunstig vonnis geveld met betrekking tot verhuurd vastgoed: vennootschappen, die eigenaar zijn en verhuren... ☛ p 12

THE BELGIAN REAL ESTATE MARKET IN 2010: A YEAR OF TRANSITIONAL CONTINUITY?

The meteorological company Positive Weather Solutions predicted that the summer of 2010 would be the hottest ever. Any predictions for 2010 with respect to the Belgian real estate market are less euphoric. The latest analysis of the investments made in the first quarter of 2010 does not allow much room for optimism, as investment levels appear to be below those of 2009.

2010 will certainly not be qualified by Belgian real estate investment professionals as a "hot" year, but rather as a year of slow transition, in the slipstream of the general Belgian, EU and global economies. The rental market shows signs of recovery, but in general, the real estate sector still has to digest the consequences and the impact of the general strategic decisions taken by large global companies about their real estate requirements and the use of their existing real estate assets. We have learned from the closing in 1997 of the Renault factory in Vilvoorde that the redevelopment of large industrial sites can take a long time.

We will now examine the impact of some recent legislation, pending proposals and government initiatives on the current Belgian real estate market:

The Law on the Continuity of Enterprises of 31 January 2009 (Wet betreffende de continuïteit van ondernemingen / Loi relative à la continuité des entreprises - "LCE") entered into force on 1 April 2009. Recent statistics show that, after one year of the new "Chapter 11 procedure" almost 900 companies took advantage of this protective reorganisation procedure vis-à-vis creditors to safeguard the continuity of their business, (i.e. ten times more than under the previous reorganisation procedure called "gerechtelijk akkoord/concordat"). These 900 applications do not include amicable settlements between the debtor and creditor(s), another explicit provision of the LCE. The potential for safeguarding companies at risk is, of course, balanced by the efforts that have to be made by the co-contracting parties/creditors of these companies under the LCE procedure... which can last up to eighteen months.

The real estate market will thus be increasingly faced with applications for the LCE safeguarding procedure, the granting of which in itself does not terminate the agreements in force, notwithstanding explicit contractual language to that effect. This lack of termination also applies to real estate agreements (e.g. leases, service agreements, contractor agreements, etc). If the debtor was in default prior to the granting of the LCE-procedure, the creditor can send a notice of default to the debtor, who must repair the default within fifteen days. If the debtor fails to do so, this will still not automatically end the agreement. In such circumstances, leases will not be considered as terminated as such, but the owner / landlord must still ask the competent court to declare them terminated in accordance with common law rules. Let us not forget that the LCE procedure was not intended to guarantee a quick solution for the creditors, but only to offer a breathing space to the debtor by allowing him to continue its business activities. Additionally, if a creditor wants to avoid the suspension of an agreement by the debtor during the LCE procedure, the creditor must ensure that the contract is worded to give him an "escape clause". A debtor can request suspension if this is essential to reorganise the company or to allow a transfer under the LCE procedure: the suspension allows the debtor not to perform its obligations under the contract during the reorganisation procedure for up to eighteen months.

This being said, having the LCE procedure in force did not prevent 9,382 companies from going bankrupt in 2009 and another 2,388 companies in the first quarter of 2010 (this represents only a slight decrease compared to 2009 and with variance between sectors and regions in Belgium).

On the other hand, some niches in the real estate market have been able to benefit from or anticipate some legal stimuli (see elsewhere in this Real Estate Gazette) or to team-up with public authorities in long-term public-private partnerships for schools, public transport, prisons, tunnels or bridges.

The Flemish Regional Government recently launched its second call for "brownfield convenants" for the redevelopment of large (at least 2 Ha) former industrial plants and multifunctional projects. Bids for such projects (have or by the time you read this:) had to be submitted by 21 May 2010. Upon approval of such brownfield projects, various tax, administrative and legal benefits will apply, if all the conditions are met. After the first call in August 2007, forty-eight of the fifty bids submitted were accepted for negotiations.

Continued p 4

REAL ESTATE GAZETTE

TELEX

PRACTICE WHAT YOU PREACH

In the field of green buildings and refurbishment three MIPIM Awards were won by Belgian players for projects located in Belgium. This can be the right stimulus for the Belgian real estate market to further develop practice in these niche markets.

NIEUWE KANSEN VOOR MONUMENTEN

De nieuwe Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening geeft veel meer stedenbouwkundige mogelijkheden aan eigenaars van monumenten. Afwijkingen van alle stedenbouwkundige voorschriften zijn mogelijk (zoals uitbreiding, wijziging bestemming, enz.), als ze maar gunstig advies krijgen vanuit het beleidsveld onroerend erfgoed. Deze nieuwe mogelijkheden gelden ook voor panden gelegen binnen een beschermd stads- of dorpsgezicht.
De Vlaamse overheid wil hiermee de privé-sector meer betrekken bij de monumentenzorg.

GREENFIELD PROJECTS IN THE BRUSSELS CAPITAL REGION

The Brussels Institute for Environmental Management (IGBE / BIM) has set up an aid scheme to help financing brownfield projects in the Brussels Capital Region. Real estate investors, who wish to develop polluted sites along the Brussels-Charleroi canal, can benefit from financial incentives to clean-up these sites and to develop economic activities at those sites. The remaining deadlines to submit projects for these aid measures are 31 July and 30 November 2010.

TIJDELIJKE LEEGSTAND TOP-WINKELLOCATIES ÉN MARKETINGIDEE VINDEN ELKAAR IN DE POP-UPS

De mode van de "tijdelijke winkel" die in 2003 ontstaan is in New York waait meer en meer over naar de beste Belgische winkelstraten in Antwerpen en Gent. In de periode tussen het vertrek van een bestaande handelshuurder én het nieuwe gebruik, worden pop-up winkels ingericht door topmerken om de consumenten gedurende enkele weken te prikkelen op topwinkellocaties en dan te verdwijnen.

Een doelbewust georganiseerde "prikkelchaos" die nood heeft aan een goed voorbereide contractuele basis buiten de normale handelshuur.

SCOPE OF PROCUREMENT DIRECTIVES FURTHER CLARIFIED BY THE COURT OF JUSTICE

In a judgment of 25 March 2010 (Helmut Muller, C-451/08), the Court of Justice of the European Union widens the scope of the public procurement directives. The Court holds that agreements which do not involve an acquisition by a public authority or a material or physical object, can still fall within the scope of the procurement directives. These provisions will also apply if the private party fulfils an objective in the public interest which should be provided for, in first instance, by that public authority. By way of example, the Court refers to the development or coherent planning of part of an urban district. However, if a public authority merely exercises its competences conferred to it by law when assessing a building project during an application procedure to obtain a building permit, it does not require the private party to take part in the fulfillment of a public obligation so that the public procurement rules are not applicable.

DE NOTARIËLE AKTEBANK (NABAN) VOOR IEDEREEN TE CONSULTEREN VANAF 2012

De Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat wil tegen 2012 (of 2013) de recente wetgeving inzake de authentieke akte in gedematerialiseerde vorm in de praktijk omzetten en een voor iedereen toegankelijke Notariële Aktebank uitbouwen. De (gedematerialiseerde) akte zal binnen de 5 dagen na het verlijden opgenomen moeten worden in de NABAN. Niet alleen bepaalde professionelen, maar iedereen zal de akten die hem of haar betreffen online kunnen raadplegen mits gebruik van zijn of haar e-ID. De NABAN geldt ook als authentieke bron voor de erin opgenomen akten en dus zal de notaris niet langer verplicht zijn de minuut te bewaren.

OBLIGATIELENING MET WOONRENDEMENT EN ROERENDE VOORHEFFING *HOE, WAAROP, WANNEER?*

Serviceflat projecten werden de jongste jaren regelmatig, al dan niet gedeeltelijk, gefinancierd door uitgifte van obligatieleningen met een woonrendement of een alternatief verhuurrendement. Het fiscale regime van dit type obligatielening is echter niet steeds onmiddellijk helemaal duidelijk.

Deze obligatieleningen zijn in de praktijk meestal gebaseerd op volgende principes:

— De uitgevers van de obligatielening gebruiken de opgehaalde middelen om een geschikte locatie te kopen en te verbouwen, of om een nieuw gebouw met serviceflats op te richten.

— Het rendement op de obligatielening bestaat er in dat obligatiehouders, of door hen aangeduide begunstigden, vanaf een bepaalde leeftijd (vaak 60 jaar) recht hebben om in deze serviceflats gratis te wonen. Bijkomende diensten moeten wel nog betaald worden. Indien zij geen gebruik maken van hun woonrecht, ontstaat er een recht op een vervangend verhuurrendement.

— Na afloop van de obligatielening (vaak 30 jaar), of na overlijden van de obligatiehouder/begunstigde, wordt het nominaal kapitaal van de obligatielening terugbetaald, al dan niet verhoogd met een aangroeipremie. Deze terugbetaling wordt gegarandeerd door een hypothecaire inschrijving op het gebouw, waarin de serviceflats gevestigd zijn of door een bankgarantie.

De uitgifteprospectussen van dergelijke obligatieleningen wijzen op de fiscale voordelen voor de inschrijvers: er is geen registratierecht (10 of 12,5%) verschuldigd, zoals bij de aankoop van een serviceflat en de successierechten op de obligatielening kunnen eventueel vermeden worden. Dit betekent echter niet dat de obligatielening geen enkele belasting met zich brengt voor de obligatiehouders/begunstigden.

Daarom werd voor een dergelijke lening al enkele malen een rulingaanvraag ingediend bij de Dienst Voorafgaande Beslissingen (zie rulings nr. 700.448 van 4 december 2007 en nr. 900.153 van 9 juni 2009). Het is wel duidelijk dat zowel een woonrendement als een vervangend verhuurrendement fiscaal een roerend inkomen uitmaken en dat dus roerende voorheffing verschuldigd is. Maar hoe moet die berekend worden? Welke waarde heeft het roerend inkomen? Bovendien is ook niet onmiddellijk duidelijk wanneer die roerende voorheffing betaald moet worden.

De fiscale wet bepaalt, sinds enige jaren, dat voor een roerend inkomen, dat wordt toegekend in natura (zoals een woonrendement), het bedrag van het belastbaar inkomen gelijk is aan de "verkoopwaarde van de goederen", dus de uitgespaarde kosten, op de "datum van toekenning of betaalbaarstelling".

Volgens de Dienst Voorafgaande Beslissingen is de uitgespaarde kost in principe gelijk aan de geïndexeerde huur die een derde moet betalen om eenzelfde serviceflat te bewonen. De waarde van een woonrendement varieert dus in functie van de aard van de serviceflat (grootte) en in functie van de tijd (indexatie van de huur).

Stel dat het woonrendement, gewaardeerd volgens voormelde principes, maandelijks 2.000 EUR bedraagt, of 24.000 EUR op jaarbasis, dan zal de begunstigde in dat jaar 3.600 EUR roerende voorheffing verschuldigd zijn. Dit bedrag zal jaarlijks toenemen door indexatie. Om die reden worden in de praktijk regelmatig alternatieve opbrengstformules voorzien in de obligatieleningen.

De roerende voorheffing, door de uitgevers van de obligatielening te betalen aan de Belgische staat, zal door hen in principe doorgefactureerd worden aan de begunstigden, net zoals eventuele bijkomende diensten die geleverd worden. Rekenen zij dit niet door, dan zal het bedrag van de voorheffing hoger worden, want dan schrijft de wet een "brutering" voor.

Hoewel een woonrendement, logischerwijs, ononderbroken en van dag tot dag wordt genoten (en er dus in principe iedere dag een "datum van toekenning" is en dus verplichting tot afdracht van roerende voorheffing), aanvaardt de Dienst Voorafgaande Beslissingen een praktische regeling. Deze regeling houdt in de praktijk in dat er voor een woonrendement slechts één maal per jaar roerende voorheffing moet worden betaald.

Het is belangrijk tenslotte te onthouden dat een ruling steeds slechts wordt toegestaan voor het concrete geval dat aan de Dienst wordt voorgelegd. De hoger aangehaalde rulingbeslissingen leiden er dus niet toe dat ook voor gevallen, welke niet aan de Dienst worden voorgelegd, gelijkaardige regels onverkort van toepassing zouden zijn. Het is dus aangewezen om best vooraf rechtszekerheid te verkrijgen, hetzij via een rulingaanvraag bij de Dienst Voorafgaande Beslissingen, hetzij via een individueel akkoord met de bevoegde lokale belastingadministratie.

Claudine Bodeux – Tiberghien
claudine.bodeux@tiberghien.com

RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE LA NOUVELLE ORDONNANCE SOLS SE MET EN MARCHE

Depuis le 1er janvier 2010, la nouvelle ordonnance relative à la gestion et à l'assainissement des sols pollués est entrée en vigueur. En vertu de celle-ci, le cédant d'un droit réel est dorénavant tenu d'annexer une attestation du sol à l'acte de transfert.

Cette nouvelle ordonnance a considérablement augmenté la charge du travail de l'IBGE, qui délivre aujourd'hui en moyenne une centaine d'attestations du sol par jour. En plus, l'Institut a à ce jour validé le statut d'environ 2.000 des 18.000 parcelles à inscrire à l'inventaire de l'état du sol bruxellois.

Le Gouvernement de la Région Bruxelles-Capitale quant à lui a récemment pris deux arrêtés d'exécution en vertu de ladite ordonnance: l'un fixant la liste des activités à risque et l'autre déterminant les normes d'intervention et les normes d'assainissement (arrêtés du 17 décembre 2009).

Une activité à risque est une activité susceptible de causer une pollution du sol.

L'exercice d'une activité à risque influence considérablement l'existence ou non de faits générateurs qui feront naître l'obligation de procéder à une reconnaissance de l'état du sol par un expert agréé par l'IBGE. Un terrain sur lequel s'exerce une activité à risque se retrouvera dans la catégorie O de l'inventaire de l'état du sol.

En cas d'aliénation de droits réels sur un terrain sur lequel est exercée ou s'exerce une activité à risque, une reconnaissance de l'état du sol devra être exécutée.



Une fois que l'inventaire de l'état du sol sera complètement validé, le critère sera l'inscription du terrain à cet inventaire à la catégorie 0. Une reconnaissance de l'état du sol s'impose également lors de la cession d'une exploitation considérée comme étant une activité à risque et en cas de prolongation du permis d'environnement relatif à cette activité à risque. Les praticiens de la matière se réjouissent du fait que la nouvelle liste des activités à risque tient compte de la réalité du terrain et tend à éviter bon nombre de reconnaissances d'état du sol superflues.

Ainsi certaines rubriques d'installations, comme les installations de car wash, dont l'activité n'a pas ou peu engendré de pollution du sol, ne figurent plus sur cette liste. Un autre assouplissement important innovant est que les installations séparées du sol par un niveau pendant leur exploitation ne sont plus considérées comme des activités à risque. Cette innovation tient compte à juste titre de la densité du paysage bruxellois, qui se compose essentiellement de bâtiments à étages multiples.
Le deuxième arrêté entend déterminer les normes d'intervention et les normes d'assainissement, dont dépendra l'obligation de réaliser une étude de risque ou, le cas échéant, d'éliminer la pollution. Les normes stipulées dans cet arrêté correspondent essentiellement aux nouvelles normes flamandes définies aux annexes 2 et 4 du VLAREBO (Règlement flamand relatif à l'assainissement du sol et à la protection du sol).

Actuellement, 4 projets supplémentaires d'arrêtés d'exécution sont en cours d'élaboration par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale. Ceux-ci sont entre autres relatifs au contenu type des reconnaissances d'état de sol, des attestations de sol et des projets d'assainissement et de gestion du risque. Affaire à suivre…

Joe Ducomble – ALTIUS
joe.ducomble@altius.com

At the time of publication, twenty-one brownfield convenants have been signed and approved by the Flemish Regional Government, and five others are currently undergoing public consultation.

Belgian REITs ("Bevak/Sicafi") have been active on the financial markets in 2009, seeking to increase their capital to maintain margins with respect to maximum debt levels, given the fact that the valuation of their assets showed a considerable decrease in 2008 and 2009. Market analysts predict that the REITs will have to make additional efforts – read: give better conditions – in order not to lose tenants. An increased vacancy level and a loss of rental income could only push valuation levels further down and the debt ratio further up in 2010. In that respect it is also to be noted that an open consultation was held by the Banking Commission in February 2010 on a draft Royal Decree which aims to replace the Royal Decree of 10 April 1995 on REITs. The draft Royal Decree sets up a more flexible procedure for raising capital, it allows REITs to distribute dividends (up to 80% of their profits) not only in cash but also in shares, and requires a REIT whose debt level is higher than 50% to submit a plan to the Banking Commission to avoid its debt level exceeding 65%. It also requires REITs to have three independent directors on their boards and introduces new rules to further secure the independence of the real estate expert who values the properties owned by the REIT. It also proposes a new kind of REIT, the "institutional REIT". To be continued upon publication of the consultation paper.

Lieven Peeters – ALTIUS
lieven.peeters@altius.com

STAATSSTEUNASPECTEN BIJ VASTGOEDPROJECTEN

Projectontwikkelaars, aannemers en overheden worden in het kader van vastgoedprojecten vaak geconfronteerd, bewust of onbewust, met staatssteunaspecten. Een aantal recente beschikkingen vanwege de Europese Commissie biedt de mogelijkheid een aantal vragen te beantwoorden die daaromtrent kunnen rijzen.

Duidelijkheidshalve geven wij vooreerst mee dat een maatregel in het vaarwater van de staatssteunbepalingen komt indien die cumulatief voldoet aan vijf voorwaarden: (1) het betreft een voordeel dat een onderneming onder normale marktomstandigheden niet zou hebben genoten, (2) het voordeel wordt op selectieve wijze toegekend en betreft aldus geen algemene maatregel die alle ondernemingen, sectoren of producties ten goede komt, (3) de maatregel wordt gefinancierd met staatsmiddelen of is aan de overheid toerekenbaar, (4) de maatregel verstoort de handel tussen de lidstaten en (5) de maatregel belemmert de mededinging of dreigt die te belemmeren.

Een eerste vraag die zou kunnen rijzen is die naar het eventuele staatssteunkarakter van een onteigeningsvergoeding.

Overheden zien zich vaak genoodzaakt, teneinde een vastgoedproject tot een goed einde te brengen, ondernemingen (de staatssteunregels vinden geen toepassing ten aanzien van particulieren) te onteigenen. Hierbij past een correcte onteigeningsvergoeding. Commissiepraktijk leert dat die vergoeding niet met een staatssteunkarakter behept is indien die door een rechterlijke instantie wordt vastgelegd.

Indien evenwel minnelijk tot een onteigeningsvergoeding wordt gekomen, baseert men die best op een schattingsverslag, uitgevoerd door een onafhankelijk schatter.

Een andere vraag betreft die naar de voorwaarden waaronder een overheid onroerende goederen kan verkopen aan ondernemingen. Twee wijzen worden hiervoor door de Commissie vooropgesteld. Ofwel organiseert de verkopende overheid een openbare en onvoorwaardelijke biedprocedure waaraan afdoende publiciteit is gegeven, ofwel laat de overheid voorafgaand aan de onderhandelingen de betrokken onroerende goederen schatten door een onafhankelijk en bekwaam schatter. Enkel twee voornoemde methoden bieden voldoende garanties dat de koper daadwerkelijk een marktprijs betaalt. Indien geen van die methodes wordt gevolgd, dient de verkoop voorafgaandelijk bij de Commissie te worden aangemeld.

Ten slotte kan men zich afvragen of infrastructuurwerken die de overheid zelf uitvoert in het kader van het vastgoedproject staatssteun impliceren. Zo kan men bijvoorbeeld denken aan de aanleg van wegen. Op voorwaarde dat dergelijke infrastructuur voor iedereen op gelijke wijze toegankelijk is en de markt er niet zelf kan in voorzien – zodat dergelijke aanleg een typische overheidstaak betreft – wordt geen onderneming bevoordeeld en wordt aldus geen staatssteun toegekend. Weliswaar is voorzichtigheid geboden. Indien dergelijke infrastructuurwerken toch ten goede komen aan een onderneming, bijvoorbeeld doordat de werken zo worden geconcipieerd dat diens eigendom daardoor in waarde stijgt, kan alsnog sprake zijn van staatssteun.



Beschikkingspraktijk van de Commissie leert dat een dergelijk voordeel kan worden geneutraliseerd indien de begunstigde een passende exploitatiebijdrage betaalt aan de betrokken overheid.

Voorgaande aspecten maken slechts enkele staatssteunrechtelijke topics uit die van belang zijn bij de realisatie van vastgoedprojecten. Het hoeft geen betoog dat de realisatie van vastgoedprojecten wel degelijk kan afhangen van de naleving van de staatssteunbepalingen. Indien het onverenigbare staatssteun betreft, dient het toegekende voordeel immers te worden teruggevorderd van de staatssteunontvanger, dit met inbegrip van interesten. Concreet betekent dit bijvoorbeeld bij de verkoop van gronden dat het verschil tussen de betaalde (te lage) koopprijs en de marktprijs zal moeten worden bijgepast, vermeerderd met interesten. Maar zelfs indien het staatssteun betreft die alsnog door de Commissie kan worden goedgekeurd en dus verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, doet men er goed aan de staatssteunregels in gedachte te houden. Immers, indien staatssteun niet wordt aangemeld – men spreekt dan van illegale staatssteun – kunnen belanghebbenden voor de nationale rechter hiertegen in het getouw komen en er de terugvordering van vragen of zich richten tot de steunverlenende overheid om schadevergoeding te verkrijgen.

Tim Bruyninckx – ALTIUS
tim.bruyninckx@altius.com

THE REAL ESTATE GAZETTE IS INTENDED FOR GENERAL INFORMATIONAL PURPOSES ONLY. ALTIUS CVBA, TIBERGHIEN CVBA AND THE INDICATED AUTHORS DO NOT ACCEPT LIABILITY RESULTING FROM RELIANCE ON OR USE OF THIS INFORMATION. READERS SHOULD TAKE LEGAL ADVICE BEFORE APPLYING THIS INFORMATION TO SPECIFIC ISSUES OR TRANSACTIONS.
V.U. / E.R.: LUC SPINCEMAILLE (TIBERGHIEN CVBA), HAVENLAAN 86 C, B. 419, 1000 BRUSSELS & WILLIAM TIMMERMANS (ALTIUS CVBA), HAVENLAAN 86 C, B. 414, 1000 BRUSSELS

LA SICAFI INSTITUTIONNELLE :

UN NOUVEAU PRINTEMPS… ET UNE NOUVEAUTÉ FISCALE ?

Une refonte complète du cadre réglementaire en matière de sicafi est en préparation. L'avant-projet du futur arrêté royal peut déjà être consulté en ligne. Un changement majeur saute aux yeux : la possibilité de créer une "sicafi institutionnelle" – cotée en bourse ou non.

Le rapport au Roi explique que la nouvelle réglementation a pour objectif de "permettre l'utilisation d'un véhicule adéquat pour que les sicafis immobilières publiques puissent réaliser des projets spécifiques avec un tiers".

Bref, outre les sicafis publiques, il y aura désormais des sicafis institutionnelles.

Au titre du projet d'arrêté royal, tel qu'il existe actuellement, une sicafi institutionnelle peut non seulement être une filiale à 100 % d'une sicafi publique, mais elle peut aussi être une filiale commune d'une sicafi publique et de tiers. Dans ce dernier cas, cependant, il doit s'agir d'investisseurs institutionnels ou professionnels, qui agissent pour leur propre compte, comme les établissements de crédit, les entreprises d'assurance, les fonds de pension, certains pouvoirs publics, certaines entreprises, …

La sicafi institutionnelle doit néanmoins toujours être sous le contrôle d'une sicafi publique. Cette dernière doit donc détenir au moins 50 % du capital –directement ou indirectement.

Si elle satisfait aux exigences réglementaires fixées par le projet d'arrêté, une sicafi institutionnelle peut bénéficier du même régime fiscal que la sicafi publique. En principe, elle est soumise à l'impôt des sociétés (33,99 %), il est vrai, mais la base imposable est déterminée de manière forfaitaire. Pour éviter le transfert de bénéfices vers une telle sicafi, celle-ci doit, dans un premier temps, payer l'impôt des sociétés sur les avantages anormaux ou bénévoles reçus. Par ailleurs, les frais non déductibles fiscalement (notamment les frais de restaurant, de voiture, …) sont également repris dans la base imposable.

Si une société immobilière existante est transformée en sicafi institutionnelle et agréée comme telle et quitte ainsi le régime de l'impôt des sociétés, une "taxe de sortie" de 16,995 % lui sera applicable. En règle générale, cet impôt frappe surtout les plus-values latentes.

Comme les actifs de la société immobilière sont fiscalement considérés comme distribués par suite de l'agrément en tant que sicafi, un précompte mobilier de 10 % sera en principe aussi applicable.

Le but n'est cependant pas qu'une sicafi publique (et, le cas échéant, son ou ses partenaires) puisse choisir de demander ou non le statut de sicafi institutionnelle pour la société immobilière (belge bien sûr) dont elle (le cas échéant, ensemble avec son ou ses partenaires) détient les actions (et donc opter ainsi pour le régime fiscal avantageux). Apparemment, il s'agira d'une situation de tout ou rien : soit le statut de sicafi institutionnelle est choisi pour toutes les participations, soit toutes les filiales restent soumises au régime normal de l'impôt des sociétés. La question reste de savoir évidemment comment cela s'appliquera en pratique. Les sociétés détenues par une sicafi publique depuis le 1er janvier 2009 au moins ne relèveraient pas de cette réglementation stricte. Quelques cas concrets justifient sans doute cette tolérance.

La nouvelle réglementation ouvre-t-elle des perspectives sur le plan fiscal ?

On peut s'attendre notamment à ce que le scénario classique d'acquisition, au titre duquel une sicafi publique acquiert une société immobilière et la reprend ensuite – de préférence le plus vite possible – par fusion (pour mettre ainsi le bien immobilier sous le régime fiscal favorable de la sicafi), ne soit désormais plus appliqué sans plus dans tous les cas.

Une sicafi publique devra aussi se concerter avec son ou ses partenaires, pour savoir s'ils vont demander un agrément en tant que sicafi institutionnelle pour leur société de projets commune ou préfèrent garder la situation telle quelle.

Sur le plan fiscal, le fait que la société de projets soit soumise aux règles normales en matière d'impôt des sociétés ou au régime fiscal de la sicafi, n'aura pas toujours les mêmes conséquences pour la sicafi publique et son (ses) partenaire(s) (s'ils sont soumis aux règles ordinaires de l'impôt des sociétés). Il faut voir si ce sera le cas dans la pratique, mais plusieurs d'entre eux étudient déjà la question.

Luc Spincemaille – Tiberghien
luc.spincemaille@tiberghien.com

Robin Minjauw – Tiberghien
robin.minjauw@tiberghien.com

Tiberghien
ADVOCATEN I AVOCATS I LAWYERS



Tiberghien is a leading tax law firm specialising in providing client focused solutions to complex and legal tax issues.

The firm is noted for its entrepreneurial and business oriented approach. Its operational relationship with a number of international (tax) law firms has resulted in the creation of a powerful network that is able to offer seamless cross-border tax advice to its clients.

ww.tiberghien.com

Tiberghien Brussels
Havenlaan 86C /
419 Avenue du Port
1000 Brussels - Belgium

T +32 2 773 40 00
F +32 2 773 40 55

Tiberghien Antwerp
Karel Oomsstraat 47A - bus 5
BE-2018 Antwerp - Belgium

T +32 3 443 20 00
F +32 3 443 20 20

IS DE SOCIO-ECONOMISCHE VERGUNNING EEN KAT MET NEGEN LEVENS?

Vergunningsstelsels zijn taai en overheden zijn hardleers. Dat is het minste wat je kan zeggen over de socio-economische vergunning. Die vergunning staat almaar meer onder druk, gelet op het Europese beginsel van de vrijheid van vestiging, de richtlijn Bolkestein en de Belgische regels inzake bevoegdheidsverdeling. Toch wil de federale overheid koste wat het kost dat stelsel behouden. België riskeert hiermee een veroordeling door het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De socio-economische vergunning of – meer officieel – de vergunning voor de handelsvestiging, is vereist voor handelszaken met een verkoopsoppervlakte vanaf 400 m². Die vergunning werd oorspronkelijk ingevoerd bij wet van 29 juni 1975. Het stelsel werd voor het laatst hervormd door de wet van 13 augustus 2004. Via die vergunning wilde de overheid meer greep krijgen op de ontwikkeling van super- en hypermarkten in dorpen en steden.

De doelstelling van de wet wordt enkel omzwachteld verwoord in formuleringen zoals: "aan de eindverbruiker een zo breed en zo evenwichtig mogelijk aanbod verzekeren" of nog: "het evenwicht met de bestaande handelsuitrustingen" nastreven. Zoals sommige auditeurs bij de Raad van State zouden zeggen: "laat ons elkaar geen Liesbeth noemen".

Het mag duidelijk zijn waarvoor die codetaal staat: de bescherming van de al aanwezige (vaak kleinere) handelszaken.

Maar dat is juist problematisch onder het Europese recht. Vergunningen waarbij in essentie economische motieven doorwegen, zijn immers strijdig met het Europese grondrecht van de vrijheid van vestiging. Lidstaten mogen geen economische motieven hanteren om nieuwkomers uit andere lidstaten buiten te houden of om hun vestiging te bemoeilijken. De reden hiervoor is eenvoudig: er zal immers altijd concurrentie uit-gaan van de nieuwkomers.

Beperkingen op de Europese vrijheid van vestiging moeten dus gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang. Zo heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld de verkeersveiligheid erkend, evenals de bescherming van de consument en van het leefmilieu, enz.

Een inbreuk op de vrijheid van vestiging moet bovendien proportioneel en noodzakelijk zijn. Een vergunningsstelsel van een lidstaat is overigens maar aanvaardbaar als een controle achteraf ontoereikend zou zijn.

Al die beginselen zaten al vervat in de Europese rechtspraak; dat wordt wel eens vergeten. De Dienstenrichtlijn (richtlijn 2006/123 van 12 december 2006), ook gekend als de richtlijn Bolkestein, heeft voornamelijk die bestaande principes herhaald en gepreciseerd: er zijn strikte voorwaarden voor een vergunningsstelsel als zodanig (artikel 9) en voor de vergunningsvoorwaarden (artikel 10). Belangrijk is ook dat de richtlijn stelt dat vergunningsvoorwaarden voor nieuwe vestigingen niet mogen overlappen met andere eisen of controles (artikel 10.3 van de richtlijn).

Wat de socio-economische vergunning betrof, zag de wetgever de bui hangen. Net vóór de einddatum voor de omzetting van de Dienstenrichtlijn, 28 december 2009, werd de wet aangepast. Zowel de wetswijziging (wet van 22 december 2009) als het uitvoeringsbesluit (K.B. van 13 januari 2010) traden in werking op 28 december 2009.

Voortaan moet het Nationaal Sociaal-Economisch Comité voor de Distributie in zijn advies met de volgende criteria rekening houden:

1 – De ruimtelijke ligging van de handelsvestiging

2 – De bescherming van het stedelijk milieu

3 – De bescherming van de consument

4 – Het respect voor de sociale wetgeving en het arbeidsrecht.

In het Koninklijk Besluit van 13 januari 2010 wordt verdere invulling gegeven aan die criteria.

Die criteria zijn vooreerst weinig transparant. Daarnaast zijn er nog andere problemen. De laatste twee criteria, zoals uitgelegd door het Koninklijk Besluit, gaan over de toekomstige naleving van wetgeving. Het valt niet in te zien hoe die criteria een nuttige rol kunnen spelen bij de al dan niet toekenning van de vergunning. Uit de recente beslissingspraktijk van het Interministerieel Comité voor de Distributie blijkt duidelijk dat het Comité gewoonweg akte neemt van de verbintenis van de aanvrager om de wetgeving na te leven. Die criteria zijn eigenlijk zinloos: zelfs als men zich niet zou verbinden om de wetgeving na te leven, moet men het toch doen. De criteria overlappen bovendien volledig met andere wetgeving, dus zijn ze op Europees vlak niet toelaatbaar.

De eerste twee criteria slaan vooral op de ruimtelijke ordening. Dat is echter een bevoegdheid die exclusief aan de Gewesten is toegewezen.

De Raad van State heeft al gezegd dat "ruimtelijke ligging" een vaag criterium is en dat het niet kan slaan op de bevoegdheid van de Gewesten inzake ruimtelijke ordening.

Het beleid van de Gewesten kan ernstig verstoord worden in de mate de federale overheid haar eigen visie ontwikkelt op de inplanting van handelszaken. Bovendien is er nog het "overlappingsprobleem": criteria zoals de ruimtelijke ligging, de bescherming van het stedelijk milieu, de bereikbaarheid, enz. worden al in aanmerking genomen bij het verlenen (of weigeren) van de stedenbouwkundige vergunning.

Naast de problemen met de criteria, blijft er nog het fundamentele probleem:

is dit vergunningsstelsel op zich wel aanvaardbaar in het licht van het Europese recht? In een recente zaak over Italiaanse tankstations, heeft het Hof van Justitie een vergunningseis, zogenaamd ingevoerd ter bescherming van de consumenten, doorprikt (arrest Attanasio, C-384/08 van 11 maart 2010). Regelingen die eigenlijk alleen maar de markttoegang van nieuwe marktdeelnemers belemmeren en de positie van de aanwezige ondernemers versterken, zonder dat de consumenten daar echt voordeel uit halen, kennen geen genade in de ogen van het Hof.

De socio-economische vergunning lijkt wel een kat met negen levens. De wetgever heeft die vergunning op de valreep trachten te redden. Maar vroeg of laat staat ook deze kat voor de rechter. En dan zou zij toch verbannen moeten worden uit de juridische wereld …

William Timmermans – ALTIUS
william.timmermans@altius.com

ACQUISITION OF REAL ESTATE COMPANIES: *WHAT ABOUT TAX LOSSES?*

When acquiring the shares of a real estate company, the question often arises of what will happen with that company´s tax losses after the acquisition. After all, the Belgian tax law (article 207, paragraph 3 of the 1992 Income Tax Code) provides that, in the event of a change in control, the tax losses are lost if the change in control does not meet legitimate financial or economic needs. Obviously, the question then becomes how this anti-abuse provision is to be interpreted and applied. Time for a review of the current situation.

Everything turns on the question of what must be understood by "legitimate financial or economic needs". And that is an issue of fact.

Admittedly, a few examples were given during the parliamentary preparation (such as company in difficulties, preservation of employment and activity). It would appear that the tax authorities like to refer to these factors in every case, and only reluctantly accept any other line of reasoning.

However these examples are not so readily applicable to real estate companies. Fortunately, they are also not to be interpreted as a limitative list – and that is now the position of the case-law (Court of Appeal of Ghent in a decision of 9 September 2008).

As appears from the tax rulings published thus far, the ruling commission too seeks as much as possible to connect with the above-cited examples.

The emphasis is usually placed on the fact:

(i) That the company finds itself in difficulties

(ii) That the activity of the company will be continued after the acquisition

(iii) That the employment is preserved or might even increase after the acquisition

(iv) That the acquisition will have no impact on the fact of the activities being located in Belgium

(v) That the preservation of the losses did not influence the price of the shares.

This last would then be the proof par excellence that the acquisition was not motivated by tax considerations, although from an economic perspective it is not at all so strange that a transferee is ready to pay more for the shares because of a tax asset in the company.

For the rest, the number of published rulings concerning more specifically the acquisition of real estate companies is limited.

Moreover, it appears that the rulings which have been issued are not always positive.

For example, on 13 February 2007 a negative ruling was issued for the acquisition of the shares in a real estate development company. From this ruling, it appears that the company was not in any difficulty at all, since the losses were the normal start-up losses which are incurred in the construction phase. In addition, the acquisition, according to the ruling commission, was motivated by tax considerations, because taking over the shares made it possible to avoid both the corporate tax on the latent gain on the building and the VAT. Given that the company was set up with the sole intention of selling the shares in it after the completion of the building project, the ruling commission refused to issue a positive ruling.

A different case did manage to convince the ruling commission however (decision 800.349 of 25 November 2008). It too concerned the acquisition of the shares in a real estate development company. The difference with the previous case was that the losses were caused by a lack of occupancy. The company could also demonstrate that it truly was in trouble. For example, it had already auctioned off a part of its assets and it had taken various steps vis-à-vis its bank in order to get an extension of its credit line. Here the ruling commission accepted that the acquisition was not motivated by tax considerations.

After all, in a direct sale of the real estate, the realised gain would have been completely offset by the available tax loss carry forward.

Finally, the transferee had undertaken to immediately rehire the personnel of the acquired company.

A final case worth mentioning concerned the acquisition of the shares in a company which had discontinued its industrial activity and then concentrated on the development of its real properties. Here too the ruling commission decided to issue a positive ruling, because the company could demonstrate that it was unable to carry out this development by itself. However, the undertaking was given that the employment within the company would be preserved.

Time will tell whether the ruling commission will be ready to allow itself to be influenced by the aforementioned case-law. After all, it is self-evident that an investor who wishes to acquire the shares in a real estate company primarily has an investment in real estate in mind, which on its own should already be an adequate economic motive. The fact that the involved company also has tax losses to be carried forward can signify a pleasant upside for the transferee, but is not in itself an objective in such transactions.

Koen Morbée – Tiberghien
Koen.morbee@tiberghien.com

Om onze verdere uitbouw te ondersteunen is advocatenkantoor Tiberghien op zoek naar een (m/v):

Tiberghien
ADVOCATEN | AVOCATS | LAWYERS

FISCAAL ADVOCAAT

OMSCHRIJVING

Bent u een ervaren fiscaal advocaat of jurist met een bijkomende fiscale opleiding/ervaring en bent u op zoek naar een nieuwe uitdaging of een kans om uw loopbaan verder uit te bouwen?

Zo ja, bieden wij u een praktijk met internationale dimensie en een individuele opleiding aan binnen een aangename werksfeer.

PROFIEL

- u bent licentiaat/master in de Rechten en hebt een bijkomend diploma Fiscaliteit
- u hebt minimum 6 jaar ervaring met advisering in fiscale dossiers
- u bent Nederlands- of Franstalig met een uitstekende kennis van de tweede landstaal en het Engels
- u bent sociaal in de omgang en boezemt vertrouwen in bij de cliënten
- u bent leergierig, creatief en volhardend
- u bent een teamplayer met sterke communicatievaardigheden en met ondernemerszin
- u bent in staat grondige juridische analyses te maken en praktische oplossingen aan te reiken

INTERESSE?

Indien u bijkomende inlichtingen wenst kan u Annelies Noppe contacteren op het nummer:
+32 2 773 40 60.

Om te solliciteren kan u uw **cv doorsturen** naar:
annelies.noppe@tiberghien.com

of per post naar:
Tiberghien
t.a.v. Annelies Noppe
Havenlaan 86C / 419
1000 Brussels

PRINCIPALES INNOVATIONS INCORPORÉES DANS LE NOUVEAU PROJET DE LOI SUR LA COPROPRIÉTÉ

Quinze ans après l'entrée en vigueur de la loi sur la copropriété du 30 juin 1994, tout ne va pas pour le mieux dans le monde des immeubles en copropriété. Des parlementaires ont donc pris l'initiative de proposer une nouvelle loi visant à améliorer les dispositions du Code civil relatives à la copropriété, en suggérant des solutions pragmatiques à bon nombre de problèmes se posant dans la vie des copropriétaires.
Le projet a été adopté par la Chambre et était à l'examen au Sénat avant que le Gouvernement ne démissionne et ne passe en affaires courantes. L'étude de ce projet, qui pourrait être repris par le prochain Parlement, conserve son intérêt.

Afin de moderniser la gestion et l'organisation des copropriétés (en y soumettant également les lots non bâtis), d'en accroître la transparence, et de répartir plus clairement les pouvoirs décisionnels internes à la copropriété, le projet de loi contenait à ce stade les points innovants suivants.

— En réaction à l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 juin 2004, le texte prévoit la possibilité de créer des sous-indivisions pour trancher les questions qui ne concernent qu'une partie de la copropriété (ex : immeubles sis dans un parc résidentiel ou à plusieurs entrées distinctes). Pour cette sous-indivision, les statuts peuvent prévoir la constitution d'une association secondaire des copropriétaires concernés. Cette nouvelle institution juridique rendra le fonctionnement pratique d'une copropriété complexe plus efficace car uniquement les propriétaires concernés par une décision seront impliqués dans le processus décisionnel. Notons que le Conseil d'Etat est d'avis que le projet de loi doit encore être développé à ce sujet pour garantir la sécurité juridique et éviter les conflits de répartition des compétences avec l'indivision principale et son assemblée générale.

— Dans le but d'informer complètement un acquéreur, le projet anticipe l'obligation d'information au moment du compromis de vente, et non plus à la signature de l'acte. Cette obligation, aux frais du copropriétaire vendeur, porte notamment sur le montant du fonds de roulement et du fonds de réserve, les arriérés éventuels du propriétaire vendeur, la situation des appels de fonds décidés, le relevé des procédures judiciaires relatives à la copropriété, les procès-verbaux des assemblées générales des trois années écoulées. Ceci permet d'éviter les discussions ultérieures avec le vendeur et les autres copropriétaires.

— Les règles en matière de quorum sont assouplies lorsque les copropriétaires présents ou représentés détiennent plus de trois-quarts des quotes-parts dans les parties communes. En cas d'égalité des voix pour un vote en assemblée générale, les abstentions ne sont plus considérées comme des voix émises pour le calcul de la majorité requise. Le nombre de procurations de vote est limité à trois personnes (sauf si ensemble ils ne représentent pas plus de 10% du total des voix affectées à l'ensemble des lots de la copropriété). Les copropriétaires doivent tous être mis en possession d'une liste des coordonnées des copropriétaires. Les réunions d'assemblées générales peuvent être annoncées par courrier électronique si les copropriétaires ont consenti à ce moyen de communication.

— Le mandat du syndic est de trois ans et ne peut être reconduit que par une décision expresse de l'assemblée générale (pas de tacite reconduction). A tout moment, la résiliation du contrat de syndic est possible. Le syndic doit désormais souscrire à une assurance en responsabilité civile, présenter plusieurs devis pour des travaux d'une certaine importance, soumettre à l'assemblée générale un rapport d'évaluation annuelle des contrats de fournitures régulières. Avant de conclure n'importe quelle convention avec un proche, il devra solliciter l'autorisation de l'assemblée générale pour éviter les conflits d'intérêts.

— A partir de vingt lots dans un bâtiment (à l'exclusion des garages et parkings), la création d'un conseil de copropriété, actuellement conseil de gérance, est obligatoire. Sa tâche principale est de superviser le syndic en veillant à la bonne exécution de ses missions. Au delà de ce même seuil de vingt lots, le syndic doit tenir une comptabilité précise selon un plan comptable normalisé. Chaque année, un copropriétaire (ou un expert extérieur) désigné par l'assemblée générale doit vérifier les comptes et les faire approuver par celle-ci. Le syndic doit également faire un projet de budget pour l'année à venir (gestion courante et frais extraordinaires).

— Afin d'éviter les conflits d'intérêts dans le chef du syndic, il est proposé que l'assemblée générale (qui est désormais présidée par un copropriétaire) et non plus le syndic décide de la réception provisoire et de la réception définitive des parties communes. Cette disposition trouve son origine dans le souci de protéger les acheteurs en cas de vente d'appartements sur plan (Loi Breyne). Le premier syndic est souvent nommé par le promoteur et donc susceptible d'être influencé en son sens.

Ce projet de loi, sous réserve d'être approuvé par le futur Parlement sous cette dernière mouture, ne résoudra pas tous les problèmes que rencontrent les copropriétaires pour autant :

le Conseil d'Etat a émis des observations particulières et substantielles concernant la sous-indivision ; l'accès à la profession de syndic n'est toujours pas réglementé ; les défauts de payement des cotisations d'un copropriétaire faisaient l'objet d'une proposition de loi pendante à la Chambre avant sa dissolution visant à instaurer un système de privilège au profit de la copropriété. Ajoutons pour finir qu'il n'y a pas péril en la demeure car beaucoup de ces nouvelles dispositions ne devraient être reflétées dans les statuts de la copropriété que dans les 5 ans après l'entrée en vigueur du texte, si entrée en vigueur il y a.

Charlotte Boumal – ALTIUS
Charlotte.boumal@altius.com



Tour & Taxis Building

Havenlaan 86C B. 414 Avenue du Port
BE - 1000 Brussels
T +32 2 426 14 14
F +32 2 426 20 30

www.altius.com

ALTIUS
ADVOCATEN | AVOCATS | LAWYERS

OVERHEIDSGEBOUWEN, ZONNECELPANELEN EN GROENESTROOMCERTIFICATEN: FISCALE AANDACHTSPUNTEN

Het patrimonium van de overheid omvat talrijke gebouwen al dan niet met erfgoedwaarde. In het licht van hun optimale valorisatie worden deze goederen meestal op bijkomstige wijze, ook aangewend voor andere doeleinden dan hun normale openbare dienstfunctie. Een recente valorisatietechniek bestaat erin de dakoppervlakte van overheidsgebouwen met het oog op de productie van milieuvriendelijke zonne-energie, te gebruiken voor de plaatsing van zonnecelpanelen.

Verschillende formules zijn daarbij denkbaar. De overheid kan de investering van de zonnecelpanelen op zich nemen en de groenestroomcertificaten, die zij ontvangt in ruil voor de geproduceerde zonne-energie, zelf te gelde maken bij de netbeheerder. Een andere mogelijkheid bestaat erin dat de overheid de daken ter beschikking stelt van een elektriciteitsproducent die op zijn beurt de daken gebruikt voor de installatie en exploitatie van zonnecelpanelen. In deze laatste formule neemt de elektriciteitsproducent de betreffende investeringen zelf ten laste.

De keuze van de gepaste formule wordt ook bepaald door de fiscale consequenties die eraan zijn gekoppeld. In het raam van de realisatie van haar openbare dienstverlening kan de overheid immers vaak genieten van fiscale vrijstellingen en verminderingen, zowel in het raam van de inkomstenbelastingen (rechtspersonenbelasting, onroerende voorheffing) als inzake de BTW en de registratierechten. Besturen moeten erover waken dat zij deze fiscale vrijstellingen/verminderingen als gevolg van deze "dakexploitatie" niet verliezen.

Bij wijze van voorbeeld kan worden gedacht aan gebouwen die een overheidsinstelling bestemt voor onderwijsactiviteiten. Ter zake de onroerende voorheffing geldt een vrijstelling van onroerende voorheffing indien aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan: het ontbreken van winstbejag, het systematisch karakter van het onderwijs en de hoofdzakelijke bestemming van het onroerend goed tot didactische doeleinden. Specifiek betreffende de eerste voorwaarde wordt aangenomen dat hieraan voldaan is zelfs wanneer een (financieel) voordeel uit de onroerende goederen wordt behaald, op voorwaarde dat de belastingplichtige het bewijs levert dat dit voordeel werkelijk en uitsluitend wordt gebruikt voor de onderwijsactiviteit en dat deze sommen geen verdoken winst uitmaken. Bij het uitwerken van de juiste formule voor "groene dakexploitatie", zal de overheid aandacht moeten hebben voor deze voorwaarde. In een administratieve circulaire van 22 februari 2010 wordt ook bevestigd dat de realisatie van energiebesparende investeringen niet noodzakelijk aanleiding zal geven tot een herschatten van het kadastraal inkomen. Een onderscheid wordt gemaakt al naargelang de investeringen een beduidend nieuw comfortelement toevoegen aan een bestaand gebouw, dan wel of ze kaderen in de noodzaak om energiebesparingen te realiseren. De circulaire, waarvan sprake, bevat een niet-limitatieve lijst van zulke energiebesparende investeringen – waaronder de plaatsing van zonnecelpanelen – die niet zullen worden beschouwd als aanzienlijke wijzigingen. De circulaire is voornamelijk gericht op particuliere woningbouw, maar kan o.i. ook gelden voor overheidsgebouwen. Dit kan van belang zijn in zoverre de overheidsinstelling, uit de terbeschikkingstelling van daken voor de exploitatie door derden van zonne-energie, inkomsten behaalt die in de rechtspersonenbelasting belastbaar zijn.

Inzake BTW neemt de administratie principieel het standpunt in dat de verhandeling van groenestroomcertificaten kwalificeert als een aan BTW onderworpen dienst (overdracht van licentierechten) (Beslissing nr. 113.522, 26 februari 2008). Voor particulieren aanvaardt de administratie evenwel dat deze overdracht niet aan BTW onderworpen is voor zover de installatie van de zonnepanelen kadert binnen de privéproductie van groene energie en er geen structurele overschotten van groene energie worden gecreëerd die worden doorverkocht aan een elektriciteitsleverancier. In dat geval wordt ervan uitgegaan dat er geen bedrijfsmatige exploitatie is van de zonnepanelen zodat de particulier geen economische activiteit uitoefent en dus geen belastingplichtige wordt (Parl. Vr. nr. 4-313, 22 mei 2008 en nr. 5400 en 5401 van 20 mei 2008). Er is o.i. geen reden om aan te nemen dat dit argument ook niet zou kunnen gelden voor publieke onderwijsinstellingen die voor eigen behoeften en zonder structurele overschotten elektriciteit produceren. Opteert de publieke onderwijsinstelling voor de loutere passieve verhuring van de dakoppervlakte aan een exploitant van zonnecelpanelen, dan geldt in principe een vrijstelling van BTW.

Overheden doen er bijgevolg goed aan om bij het kiezen van de juiste formule voor "groene dakexploitatie" ook rekening te houden met de fiscale consequenties ervan.

Prof. dr. Bruno Peeters
Universiteit Antwerpen

Tiberghien
Bruno.peeters@tiberghien.com



BTW OP TERREINEN:
EEN LAST OF EEN LUST?

Met ingang van 1 januari 2011 is de gezamenlijke levering van een terrein en een nieuw gebouw aan de BTW onderworpen. Hoewel de nieuwe wetteksten reeds gepubliceerd zijn, rijzen er heel wat vragen omtrent de praktische toepassing van deze regeling. Bij deze een overzicht van een aantal hete hangijzers.

In navolging van het arrest Breitsohl van het Europees Hof van Justitie (HvJ, C-400/98, 8 juni 2000) en het standpunt van het BTW-comité terzake de vraag of België de principes van dit arrest onverkort moet volgen, heeft België haar BTW-wetgeving in regel gesteld met de BTW-Richtlijn. Dit betekent dat met ingang van 1 januari 2011 de gezamenlijke levering van een zgn. bijhorend terrein met een nieuw gebouw principieel aan de BTW onderworpen is. Bij artikel 143 e.v. van de Programmawet van 23 december 2009 heeft de wetgever het Belgische BTW-wetboek in die zin aangepast.

Het nieuwe artikel 1, §9, 2° W.BTW stelt dat indien door éénzelfde partij tegelijk met een nieuw gebouw ook een bijhorend terrein wordt geleverd, BTW verschuldigd is op het geheel.

Dit alles voorzover de vervreemder een "beroepsverkoper" is of formeel geopteerd heeft om de levering van het nieuwe gebouw en het terrein aan de BTW te onderwerpen (cf. toevallige belastingplichtige). In de Programmawet wordt geen afwijking qua tarief voorzien, hetgeen impliceert dat de levering principieel aan het standaardtarief van 21% BTW onderworpen zal zijn. Hoewel de onderwerping aan de BTW qua principe zeer eenvoudig lijkt, roept één en ander toch vragen op.

Bij deze een overzicht van een aantal vaak gestelde vragen:

Kan men aan de heffing van de BTW over het terrein ontkomen door de verkoop te laten gebeuren door twee verschillende personen (vb. de grondvennootschap verleent een opstalrecht of een verlof tot bouwen aan een constructievennootschap en beide treden t.a.v. de koper op als verkoper)?

Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Het is zelfs zo dat de BTW-Administratie deze techniek expliciet zal goedkeuren in een te verschijnen circulaire en zal confirmeren dat de implementatie van dergelijke techniek geen BTW-misbruik uitmaakt (art. 1, §10 W.BTW).

Noot: deze techniek zou ook toepassing kunnen vinden indien beide "personen" deel uitmaken van dezelfde BTW-eenheid.

Zal er een overgangsregime gelden?

Kunnen lopende bouwprojecten bv. ook na 31 december 2010 nog gefactureerd worden onder de huidige regeling? Het antwoord op deze vraag is negatief. Men zal er bijgevolg moeten op toezien dat de overdracht van de gronden desgevallend nog in 2010 plaatsvindt of dat toepassing gemaakt wordt van de afwijkende regels terzake het tijdstip van de opeisbaarheid van de BTW.

Beoogt de wetgever ook de levering van bouwrijpe terreinen aan de BTW te onderwerpen?

Dit zou voornamelijk in hoofde van verkavelaars de mogelijkheid bieden om de BTW over de eventuele sanerings- en infrastructuurwerken zonder enige discussie in aftrek te brengen én om de aankoop van terreinen zonder registratiekosten te verrichten. Het antwoord op deze vraag lijkt negatief, bij gebreke aan enig wetgevend initiatief terzake. Noch politiek, noch budgettair lijkt er overigens ruimte om dit toe te staan.

Is het in bepaalde gevallen voordelig om een terrein aan de BTW te onderwerpen?

De onderwerping aan de BTW is zonder meer positief indien de koper recht op BTW-aftrek geniet. In tegenstelling tot het evenredig registratierecht kan de koper de BTW immers in aftrek brengen.

Indien de koper geen recht op BTW-aftrek geniet lijkt een verkoop onder BTW alleen voordelig indien de kostprijs van het bouwrijp maken of saneren van het terrein in vergelijking met de verkoopprijs zeer hoog is en/of de koper sowieso niet kan genieten van de meeneembaarheid, abattementen terzake het registratierecht (of een kosteloze registratie geniet).

Wat de registratierechten betreft kan overigens gemeld worden dat de diverse Gewesten bezig zijn met de aanpassing van het Wetboek der registratierechten teneinde een vrijstelling van registratierechten te verlenen indien het terrein met BTW overgedragen wordt (cf. aanpassing artikel 158, 9° Wb. RR) .

Kan een beroepsverkoper aan de wederverkoop vereiste voldoen indien hij het terrein initieel kocht met toepassing van het verlaagde registratierecht en het terrein finaal verkoopt met toepassing van BTW?

Het antwoord op deze vraag luidt positief (cf. artikel 64 Wb. RR).

Een aantal vragen waar voorlopig nog geen duidelijke antwoorden op zijn verstrekt, zijn: moet het terrein bij een leasing mee opgenomen worden in het "geïnvesteerd kapitaal", geldt de 5 of de 15-jarige BTW-herzieningstermijn, wat indien je samen met het nieuwe gebouw een terrein verkoopt dat niet in verhouding staat tot het gebouw. Kan je de BTW dan beperken tot het "bijhorende" terrein?

Op basis van het voormelde kan gesteld worden dat de onderwerping van de bijhorende terreinen aan de BTW nog heel wat vragen oproept doch ook fiscale opportuniteiten biedt.

Per project zal nagegaan moeten worden of best gewerkt wordt met een opstalrecht dan wel of het project gerealiseerd wordt binnen één vennootschap. Bij het uitwerken van een gepaste structuur dient tevens rekening gehouden te worden met de financiering van het project (cf. grond als onderpand) en tal van andere issues (vb. waar de winst op het project realiseren, complexiteit).

Of de nieuwe regeling nu een last of een lust wordt, zal afhangen van de voorbereidingen die nu reeds voor de commercialisatie van projecten getroffen worden en de flexibiliteit die finaal aan de dag kan worden gelegd. Het kan echter nu reeds gesteld worden dat de tweede helft van dit jaar en 2011 boeiend worden vanuit BTW-oogpunt.

Danny Stas – Tiberghien
Danny.stas@tiberghien.com

ONROEREND GOED, BESTEMD VOOR DE UITBATING ALS RUSTHUIS: *STEEDS VRIJSTELLING ONROERENDE VOORHEFFING?*

In de praktijk wordt er wel eens van uitgegaan dat eigendommen, bestemd voor een uitbating als rusthuis, quasi automatisch kunnen genieten van een vrijstelling van onroerende voorheffing.



Een algemene vrijstelling van onroerende voorheffing geldt inderdaad voor het onroerend goed – of een deel daarvan – dat door een belastingplichtige of bewoner zonder winstoogmerk wordt bestemd tot rusthuis of soortgelijke weldadigheidsinstelling. Deze vrijstelling is gelijk van toepassing in Vlaanderen, Wallonië en Brussel. Wie zich op deze vrijstelling wil beroepen, dient jaarlijks een schriftelijk en gemotiveerd bezwaarschrift in tegen de aanslag.

De belastingadministratie aanvaardt bovendien dat deze vrijstelling ook geldt voor serviceflats, bepaalde dienstencentra of dagverzorgingscentra ten behoeve van ouderen of woningen die speciaal op hun specifieke behoeften zijn afgestemd. Tenminste voor zover deze voorzieningen door de bevoegde overheid zijn erkend.

Op het eerste zicht lijkt deze vrijstelling bijgevolg vrij eenvoudig toegepast te kunnen worden. Van zodra (eerste voorwaarde) een onroerend goed gebruikt wordt als rusthuis, serviceflat of iets soort gelijk én (tweede voorwaarde) de belastingplichtige of bewoner geen winstoogmerk heeft, zal er geen onroerende voorheffing verschuldigd zijn. Dat lijkt bovendien logisch aangezien de eigenaar het genot van zijn vastgoed verliest door de "onbaatzuchtige" aanwending.

Een meer diepgaande analyse wijst echter uit dat het al dan niet genieten van de vrijstelling veel te maken heeft met de manier waarop de investering in en het gebruik van het vastgoed gestructureerd wordt.

Ontegensprekelijk is de vrijstelling van toepassing wanneer een vzw een onroerend goed in eigendom heeft en dat pand zelf uitbaat als erkend rusthuis. Alle voordelen die zij verkrijgt, dienen tot dekking van de kosten. Eventuele overschotten worden meteen opnieuw in het rusthuis geïnvesteerd.

Minder eenvoudig wordt het echter als het rusthuis niet wordt uitgebaat door diegene die de onroerende voorheffing verschuldigd is (en dat is in beginsel de eigenaar, bezitter, erfpachter, opstalgever of vruchtgebruiker). Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het vastgoed – anders dan op basis van een zakelijk of soortgelijk recht – ter beschikking gesteld wordt van een andere partij, in de terminologie van de vrijstelling een "bewoner" genoemd. Deze terbeschikkingstelling kan gratis gebeuren, tegen een beperkte vergoeding of tegen betaling van een huurprijs.

De vraag stelt zich dan of zowel de belastingplichtige als de bewoner vrij van enig winstoogmerk moeten zijn.

Volgens de parlementaire voorbereiding bij de desbetreffende wetgeving dienen zowel belastingplichtige als bewoner vrij van winstoogmerk te zijn. Een richtlijn van de belastingadministratie interpreteert deze vrijstelling evenwel heel wat soepeler.

Het lijkt namelijk te kunnen volstaan dat enkel degene, die het vastgoed bestemt tot rusthuis, dus de bewoner, geen winstoogmerk heeft.

Dat wordt nochtans betwist en de rechtspraak geeft nu eens de belastingplichtige en dan weer de belastingadministratie gelijk. Dat er betwisting is, kan overigens verwondering wekken. Maar blijkbaar wordt hoger vermelde richtlijn niet overal op dezelfde wijze toegepast.

Als de terbeschikkingstelling in feite een commerciële activiteit uitmaakt, moet er dus rekening mee gehouden worden dat de vrijstelling wel eens gecontesteerd zou kunnen worden. Tenzij de bewoner louter een aantal kosten (onderhoud, herstellingen, en dergelijke…) vergoedt. Of tenzij de investering in het vastgoed en de exploitatie van het rusthuis op een dusdanige wijze wordt gestructureerd, die elke betwisting uitsluit.

Daarnaast moet in ieder geval degene die het vastgoed bestemt tot rusthuis zonder winstoogmerk handelen. En moet dit gebrek aan winstoogmerk in de concrete omstandigheden worden aangetoond. Dat het om een vzw gaat, is op zich niet voldoende.

De rechtspraak heeft in dat verband in de loop der jaren verduidelijkt dat het verkrijgen van bepaalde voordelen (denk bijvoorbeeld aan de vergoeding die betaald wordt door de bewoners van het rusthuis, zelfs indien die verder gaan dan loutere kostendekking) de vrijstelling niet in de weg staat. Tenminste als het bewijs geleverd wordt dat die voordelen gebruikt worden voor het instandhouden en uitbreiden van de bijzondere bestemming (de rusthuizen, serviceflats,…) en geen verdoken winst uitmaken. Dat dit bewijs van cruciaal belang is, moge blijken uit het feit dat de rechtspraak in een concreet geval geoordeeld heeft dat het loutere feit dat winsten gereserveerd worden, volstaat om de vrijstelling te weigeren. Wanneer niet tevens kan worden aangetoond dat er concrete plannen waren dat de winsten in de toekomst ook effectief voor de bijzondere bestemming zouden aangewend worden.

Robin Minjauw – Tiberghien
Robin.minjauw@tibergien.com

DEGRESSIEF AFSCHRIJVEN OP VERHUURD VASTGOED ?

Een rechtbank heeft eind vorig jaar een gunstig vonnis geveld met betrekking tot verhuurd vastgoed : vennootschappen die eigenaar zijn en verhuren, mogen degressief afschrijven, ondanks het wettelijk verbod…

Degressief afschrijven betekent dat men gedurende de eerste jaren dat men een onroerend goed in eigendom heeft, meer zal afschrijven en dat de afschrijvingen vervolgens dalen naarmate de levensduur van het goed vordert.

Op deze manier zal de afschrijvingskost gedurende de eerste jaren het grootst zijn waardoor de belastbare grondslag in de beginfase wordt gedrukt.

Artikel 43, 2° van het Koninklijk Besluit bij het Wetboek Inkomstenbelastingen bepaalt dat men de degressieve afschrijvingsmethode niet mag toepassen op vaste activa waarvan het gebruik wordt afgestaan aan derden. Concreet komt dit er dus op neer dat, wanneer een vennootschap de door haar in eigendom gehouden onroerende goederen verhuurt aan een derde, zij deze niet degressief mag afschrijven.

In een zaak voor de rechtbank te Leuven voerde een vennootschap aan dat voormeld artikel 43, 2° niet kan worden toegepast wegens schending van het gelijkheidsbeginsel. De vennootschap voerde in casu aan dat artikel 43, 2° inderdaad een discriminatie inschrijft in de wet, omdat vennootschappen die onroerende goederen verhuren, niet kunnen genieten van de degressieve afschrijving, terwijl vennootschappen die de onroerende goederen niet verhuren, dit wel kunnen. Aangezien de fiscale administratie, noch de Minister van Financiën zelf enige redelijke verantwoording kon aantonen voor dit verschil in behandeling, volgde de rechtbank de zienswijze van de vennootschap. De rechtbank besloot dan ook tot de niet-toepasselijkheid van artikel 43, 2°.

Het verbod van degressieve afschrijvingen op verhuurde activa was destijds ingegeven door constructies die erop gericht waren de belastbare basis op een kunstmatige manier te eroderen. Sindsdien zijn rechtspraak (“cash drain test”) en wetgeving (antimisbruikbepalingen) geëvolueerd. Volgens de Leuvense rechter schendt dit verbod dus de Grondwet.

Eén zwaluw maakt de lente nog niet, maar vastgoedvennootschappen kunnen in elk geval, op basis van dit eindvonnis, een gefundeerde argumentatie laten gelden om verhuurd vastgoed degressief af te schrijven.

Caroline Kempeneers – Tiberghien
Caroline.kempeneers@tiberghien.com
Ben Van Vlierden – Tiberghien
ben.vanvlierden@tiberghien.com

ALTIUS Real Estate Team Tiberghien

The Altius real estate department advises clients on all legal issues regarding real estate. We assist our clients in complex real estate transactions, such as divestitures, sale and lease-back transactions, and project development contracts. Our department focuses on both public and private law matters regarding real estate in an integrated way. We perform due diligence work and we assist with both asset deals and share deals involving real estate. We also deal with all types of litigation regarding real estate.

Our regulatory work entails advice and litigation on a broad range of regulatory matters and administrative law. Our team focuses also on planning, energy, environmental and public procurement matters, providing advice in permit or tender proceedings and assisting clients in litigation before the ordinary courts and the Council of State.

Tour & Taxis Building
Havenlaan 86C B.414 | Avenue du Port
BE-1000 Brussel | Bruxelles
T +32 2 426 14 14 | F +32 2 426 20 30
www.altius.com

Altius and Tiberghien can also offer their clients an integrated service. The integration of tax and legal services constitutes the particular strength of the Altius Tiberghien real estate practice. The early combination of this integrated advice can result in a better overall structure for your real estate project.

Our integrated real estate practice has experience in working with a whole range of real estate projects such as office buildings, industrial and research complexes, warehouses, residential property, shopping centers, parking facilities, hotels and resorts, sports facilities, senior housing and public private partnerships (involving the development of public private mixed use projects up to large infrastructure projects).

Our integrated practice acts for both domestic and foreign private clients, corporations, not for profit organisations and pension funds, investment funds, financial institutions and public authorities.

All this, combined with an in-depth knowledge and a clear understanding of the Belgian and international accounting rules, as well as the financials of a given project makes the ALTIUS Tiberghien real estate team your partner of choice to contact for all real estate matters.

The real estate practice within Tiberghien advises domestic as well as foreign private and corporate clients and public authorities on all tax aspects (income taxes including immovable withholding tax, VAT, transfer taxes, local and regional taxes) regarding real estate investments, developments, acquisitions, financing, divestitures and management.

Tiberghien further assists clients in due diligence undertakings as well as in preparing and negotiating asset or share deal arrangements. Obtaining tax rulings and tax litigation is also a part of the real estate practice.

Tiberghien Brussels
Havenlaan 86C / 419 Avenue du Port
1000 Brussels | Belgium
T +32 2 773 40 00 | F +32 2 773 40 55

Tiberghien Antwerp
Karel Oomsstraat 47A | bus 5
BE-2018 Antwerp | Belgium
T +32 3 443 20 00 | F +32 3 443 20 20
www.tiberghien.com

