

L'impact de la mise en œuvre dans notre droit fiscal belge de la Directive ATAD sur la limitation de déductibilité des intérêts

Erika BERTOLA

Travail de fin d'études : Séminaire pluridisciplinaire (15 ects)

Master de spécialisation en Droit fiscal

Année académique 2018-2019

Titulaires :

Jean BUBLOT
Aymeric NOLLET

Tuteurs académiques :

Bart PEETERS
Daniel SCHLECK

REMERCIEMENTS

La réalisation de ce travail a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais adresser mes remerciements.

Tout d'abord, je voudrai remercier le corps académique du master complémentaire en droit fiscal qui, chacun à sa manière, a contribué à alimenter ma réflexion sur le présent travail. Particulièrement, je tenais à remercier : Bart Peeters et Daniel Schleck, tuteurs encadrants pour leurs disponibilités. Isabelle Richelle, qui de par son cours de droit européen comparé, a su éveiller ma curiosité et ma réflexion sur des sujets plus complexes de droit fiscal européen.

Ensuite, je voudrais remercier mes collègues de la société EY (département *Business Tax Services* du bureau de Liège) pour l'aide qu'ils ont pu m'apporter tout au long de la rédaction de ce travail dont la matière constitue leur quotidien.

Enfin, je désire remercier les personnes qui me sont le plus chères. Mon mari, Thibaut Résimont, pour m'avoir, une fois de plus, épaulé dans mes années d'études complémentaires, avec toute sa patience, sa bienveillance et son amour. Mes parents, pour le soutien inestimable et infaillible qu'ils ont su m'apporter par leurs gestes et leur écoute quotidiens.

TABLE DES MATIERES

I. LA LIMITATION DE LA DEDUCTIBILITE DES INTERETS – MISE EN CONTEXTE	9
A. AVANT L’INTRODUCTION DE LA DIRECTIVE 2016/1164/UE.....	9
B. INTRODUCTION DE LA DIRECTIVE 2016/1164/UE	9
C. TRANSPOSITION DE LA MESURE DANS LA LEGISLATION BELGE	10
II. ANALYSE DE LA MESURE DE LIMITATION DE LA DEDUCTIBILITE DES INTERETS TRANSPOSEE EN DROIT FISCAL BELGE	10
A. CHAMP D’APPLICATION <i>RATIONE PERSONAE</i>	11
1) <i>Principe</i>	11
a) Du point de vue européen	11
b) Du point de vue belge.....	11
2) <i>Exceptions</i>	11
a) Du point de vue européen	11
b) Du point de vue belge.....	11
B. CHAMP D’APPLICATION <i>RATIONE MATERIAE</i>	12
1) <i>Notion de « surcoûts d’emprunt »</i>	13
a) Du point de vue européen.....	13
b) Du point de vue européen.....	13
2) <i>Emprunts non visés par la mesure de limitation des intérêts</i>	14
a) Du point de vue européen.....	14
b) Du point de vue européen.....	14
3) <i>Seuil limite de déductibilité des intérêts</i>	14
a) Limitation de 30% de l’EBITDA.....	16
b) Règle de minimis.....	17
4) <i>Détermination de l’EBITDA</i>	17
a) Du point de vue européen.....	17
b) Du point de vue européen.....	18
5) <i>Cas particulier : application de la mesure de limitation aux groupes de sociétés</i>	19
a) Définition de « groupe de sociétés »	20
b) Détermination des surcoûts d’emprunt dans une situation de groupe.....	20
c) Détermination de l’EBITDA dans une situation de groupe	20
d) Règle de minimis : application consolidée.....	21
e) Convention de déduction d’intérêts.....	22
6) <i>Report de déductibilité</i>	23
C. CHAMP D’APPLICATION <i>RATIONE TEMPORIS</i>	24
D. ETAT DES LIEUX.....	24
III. IMPACTS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA MESURE DE DEDUCTIBILITE DES INTERETS EN DROIT FISCAL BELGE	25
A. MISE EN CONTEXTE	25
1) <i>Les entreprises impactées</i>	25
2) <i>Les premiers constats chiffrés</i>	26

B. IMPACT D'UNE HARMONISATION EUROPEENNE MINIMALE	26
1) <i>Options excessives laissées par la directive</i>	27
2) <i>Insécurité juridique</i>	28
3) <i>Champ d'application rationne personae subjectif</i>	28
4) <i>Risque de planification fiscale</i>	29
C. RISQUE DE DOUBLE IMPOSITION.....	31
D. IMPACT SUR LE FINANCEMENT PAR EMPRUNT.....	32
1) <i>Promouvoir le financement par fonds propres</i>	32
2) <i>Alignement entre déductibilité des intérêts et activité économique réelle</i>	33
E. VIOLATIONS DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT EUROPEEN.....	35
1) <i>Principes d'égalité et de proportionnalité</i>	35
2) <i>La liberté d'établissement</i>	37
3) <i>La libre circulation des capitaux</i>	38
F. ETATS DES LIEUX ET CONSIDERATIONS FUTURES.....	39
CONCLUSION.....	39
BIBLIOGRAPHIE.....	42

INTRODUCTION

Au cours des dernières années, les groupes multinationaux se sont livrés, afin de réduire leur charge fiscale globale, à l'érosion de leur base d'imposition et au transfert de bénéfices sous la forme de paiements d'intérêts excessifs de juridictions à imposition élevée vers des pays avec des régimes fiscaux plus avantageux.

Il apparut opportun aux institutions européennes d'introduire des mesures tendant à décourager de telles pratiques par l'introduction de règles communes permettant, entre autre, le rejet de déductibilité des surcoûts d'emprunt jugés excessifs par rapport à un seuil préalablement établi.

La directive 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016¹, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, s'inscrit dans cette démarche. Elle représente, pour les Etats membres, un cadre minimal à implémenter afin d'éviter au maximum les pratiques d'évasion fiscale utilisée par les groupes de sociétés. La disposition relative à la limitation de déduction des intérêts est visée à l'article 4 de la directive précitée.

En Belgique, la transposition de la mesure de limitation de déduction des intérêts coïncide avec la loi de réforme de l'impôt des sociétés du 25 décembre 2017². Inséré à l'article 198/1 du Code des impôts sur les revenus de 1992, la mesure de limitation est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Quelques mois après son entrée en vigueur effective, l'application de cette mesure appelle déjà aux premiers constats.

Dans ce contexte, l'objectif principal de notre contribution sera d'examiner la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts en droit belge. Cette approche, avant tout théorique, sera par la suite étayée par des considérations plus pratiques qui nous permettront de saisir la portée de cette mesure transposée dans l'ordre juridique belge ainsi que ses impacts tant en droit interne qu'en droit européen.

Après avoir brièvement rappelé le contexte de la naissance de la limitation de la déductibilité des intérêts en droit européen et belge (I), nous aborderons dans une première partie les aspects théoriques de la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts en droit belge lue en combinaison avec son équivalent en droit européen (II). Nous poursuivrons ensuite par une analyse des impacts déjà visibles de la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts en droit belge et les premières critiques qui peuvent être formulées à cet égard (III). Enfin, nous terminerons par une conclusion évolutive qui appellera le lecteur à la réflexion.

¹ Directive (EU) 2016/1164 du Conseil, du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.E.L.*, L 193/1 du 19 juillet 2016.

² Loi du 25 décembre 2017 portant réforme à l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.

I. La limitation de la déductibilité des intérêts – mise en contexte

A. Avant l'introduction de la Directive 2016/1164/UE

Au cours des dernières années, de nouvelles priorités politiques sont apparues dans le domaine de la fiscalité internationale. Désormais, la nécessité est de veiller à ce que l'impôt soit payé là où les bénéfices et la valeur sont générés³.

Ces nouveaux objectifs politiques ont été initialement traduits par des recommandations en vue d'actions concrètes dans le cadre de l'initiative OCDE en matière de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices⁴. Au final, quinze actions, visant tant les membres de l'Union européenne que les membres du G20, ont vu le jour.

Le sujet de la limitation de la déductibilité des intérêts a été traité dans l'action 4 du projet précité. Publié en octobre 2015 et mis à jour dans sa forme définitive en 2016, ce plan d'action 4 de l'OCDE constitue une recommandation visant à plafonner, au moyen d'un ratio intérêts net/EBITDA (avec une fourchette de 10% à 30%)⁵, les déductions fiscales excessives d'un contribuable en ce qui concerne les intérêts.

Dans ses conclusions du 8 décembre 2015, le Conseil a insisté sur « *la nécessité de trouver des solutions communes, mais flexibles, au niveau de l'Union qui soient en conformité avec les conclusions de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* »⁶, et assurait que la mise en œuvre effective de telles mesures devaient être prises sans plus attendre.

Pour ce faire, le Conseil a recouru à la directive comme vecteur privilégié pour la mise en œuvre de telles mesures. Cet outils est, à suivre le Conseil, le plus optimal afin de fournir un niveau minimum commun de protection contre la planification fiscale agressive tout en laissant aux Etats membres une certaine marge de liberté afin de maintenir ou d'introduire, eu égard aux spécificités de leur système fiscal national, des dispositions visant à renforcer le niveau de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt des sociétés⁷.

C'est dans ce contexte que le Conseil a adopté la Directive 2016/1164/UE, plus connue sous la dénomination « Anti-Tax Avoidance Directive » (ci-après, l'« ATAD » ou « la directive »).

B. Introduction de la Directive 2016/1164/UE

Le 12 juillet 2016, l'ATAD est adoptée par le Conseil. Cette directive concentre les règles pour lutter « *contre l'érosion des bases d'imposition au sein du marché intérieur et contre le transfert de bénéfices hors du marché intérieur* »⁸. Afin d'atteindre cet objectif, l'introduction

³ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, considérant 1.

⁴ Cette appellation s'est traduite dans la littérature anglo-saxonne par « *Base Erosion and Profit Shifting* » ou « BEPS ».

⁵ Le terme « *EBITDA* » est l'abréviation de « bénéfice imposable avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements ».

⁶ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, considérant 2.

⁷ *Ibid.*, article 3.

⁸ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, considérant 5.

d'une série de nouvelles règles a nécessairement dû être fixée parmi lesquelles, la règle relative à la limitation de la déductibilité des intérêts.

L'essence de cette mesure est contenue à l'article 4, §1 de l'ATAD disposant que la déductibilité des surcoûts d'emprunt de tous les contribuables soumis à l'impôt des sociétés dans un Etat membre est limité à hauteur de 30% de l'EBITDA.

C. Transposition de la mesure dans la législation belge

Pour mettre en œuvre les engagements issus de l'ATAD, la directive impose aux Etats membres de transposer les dispositions dans un délai de temps déterminé. En ce qui concerne la mesure de limitation de déductibilité des surcoûts d'emprunt, cette dernière est entrée en vigueur dans les législations nationales au 1^{er} janvier 2019⁹.

En Belgique, la mesure de limitation de déductibilité des intérêts a été transposée dans le droit interne par les articles 47 et 48 de la loi du 25 décembre 2017 portant réforme à l'impôt des sociétés¹⁰. Elle est visée depuis le 1^{er} janvier 2019 par l'article 198/1 du Code des impôts sur les revenus (ci-après CIR 92). C'est dans le contexte de la réforme du code des sociétés que le gouvernement belge a saisi l'opportunité de l'obligation de transposition de la directive afin de lutter contre l'érosion de la base imposable des sociétés belges, dont la mesure de limitation de déductibilité des intérêts fait partie¹¹.

II. Analyse de la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts transposée en droit fiscal belge

Afin d'appréhender l'impact de la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts telle que visée par l'ATAD en droit fiscal belge, il convient avant tout d'analyser la disposition qui la transpose, à savoir l'article 198/1 du CIR 92. En substance, cet article va venir limiter, à l'encontre de certains contribuables, la déduction de leurs charges financières au montant le plus élevé entre 3 millions d'euros et 30% de leur EBITDA fiscal¹², la déduction pouvant être, le cas échéant, reportée sur les exercices ultérieurs.

Cette première étape d'analyse est tout à fait nécessaire en ce qu'elle posera les principes de cette mesure telle que transposée en droit belge. Chacune des parties consistera en une présentation de l'article 198/1 du CIR 92 lu en combinaison avec les dispositions applicables en la matière du point de vue européen.

⁹ A noter que les Etats Membres disposant de mesures fiscales similaires (entendu comme portant des dispositifs aussi efficaces) peuvent retarder l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024. La Belgique n'en fait pas partie.

¹⁰ Depuis cette date, la mesure a d'ores et déjà fait l'objet de modifications et d'améliorations. Celles-ci sont contenues dans la loi du 30 juillet 2018 dite « *Loi de réparation* ». Les modifications sont visées aux articles 25 à 29 de cette dernière.

¹¹ R. GHYSELS, P.-A. MICHEL, « EBITDA fiscal et limitation de la déductibilité des intérêts », in *Taxtoday*, 28 juin 2018.

¹² Ce concept est défini sous le point B. 4).

Cette première partie ne se limitera pas à des aspects purement théoriques. Elle contiendra également des premières critiques à formuler à l'égard de la transposition et un état des lieux qui reprendra nos premières constations.

A. Champ d'application *ratione personae*

1) Principe

a) Du point de vue européen

En vertu de l'article premier de l'ATAD, la mesure de déductibilité des intérêts a vocation à s'appliquer à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs Etats membres ainsi qu'aux établissements stables d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers, pour autant que ces établissements soient situés dans un ou plusieurs Etats membres.

Sur la notion de *contribuable*, il convient de se référer à l'article 4 de l'ATAD qui prévoit que peut également être considéré comme un contribuable, des entités d'un groupe. Par conséquent, peut être considérée comme un contribuable, d'une part, une entité qui a la possibilité ou l'obligation d'appliquer les règles (de consolidation) pour le compte d'un groupe ou, d'autre part, une entité d'un groupe qui ne consolide pas les résultats de ses membres à des fins fiscales¹³.

b) Du point de vue belge

Conformément à l'article 198/1 du CIR 92, la mesure de limitation de déductibilité des intérêts s'applique, en principe, à toutes les entités juridiques toutes les sociétés résidentes et les établissements belges de sociétés étrangères assujetties à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résident/sociétés.

Considérant la notion de contribuable en droit belge, cette dernière est également en ligne avec celle proposée par l'ATAD. Le fait de considérer un contribuable comme un groupe est consacré en droit belge par l'introduction d'une consolidation 'ad hoc' qui permet considérer, notamment pour la détermination des surcoûts d'emprunt et de l'EBITDA, un groupe de sociétés comme une seule et même personne¹⁴.

2) Exceptions

Certains contribuables peuvent toutefois prétendre à leur exclusion du champ d'application dans la mesure où ils ne présentent pas de risques élevés d'éroder la base d'imposition grâce au financement par endettement et la déduction des intérêts subséquents. Dans ce cas, les contribuables pourront bénéficier d'une déduction intégrale de leurs intérêts.

a) Du point de vue européen

¹³ DELOITTE (Luxembourg), *Anti-tax Avoidance Directive : analysis of ATAD provisions* (May 2019)

¹⁴ Ce concept est défini sous le point B.5).

D'un point de vue européen, ne sont notamment pas visés par la mesure les entités dites « transparentes »¹⁵, les entités dites « autonomes » ainsi que prévu à l'article 4, §3, b) de l'ATAD ou encore, les entreprises financières, telles que visées à l'article 4, §7 de l'ATAD et définies à l'article 2, §5 de l'ATAD¹⁶.

b) Du point de vue belge

Le législateur belge a fait usage de la possibilité offerte par l'ATAD d'exclure certaines catégories de contribuables par le biais de l'article 198/1, §6, 1° à 16° du CIR 92.

Les exceptions y ont été reproduites de façon majoritairement similaire au texte européen initial. Toutefois, en ce qui concerne les « entités autonomes » telles que visées à l'article 198/1, §6, 14° du CIR 92, nous remarquons que la définition visée par la législation belge diffère de celle contenue dans l'ATAD¹⁷.

Alors que la directive considère les entités autonomes comme « *tout contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et n'a pas d'entreprise associée ou d'établissement stable* »¹⁸, la législation belge les définit dans l'article susvisé comme « *toute société qui ne fait pas partie d'un groupe de sociétés et qui ne dispose pas d'établissements étrangers* » et qui, au surplus, n'est pas à considérer comme une entreprise associée au sens de l'ATAD¹⁹. Cette dernière condition requiert que la société, d'une part, ne détienne pas, directement ou indirectement, une participation dans une société qui s'élève à au moins 25% des droits de vote ou du capital de cette société, ou qui donne droit à au moins 25% des bénéfices de cette société et, d'autre part, n'ait pas pour actionnaire ou associé une personne physique ou une personne morale qui détient, directement ou indirectement, une participation dans cette société et dans une autre société qui s'élève chacune prise séparément à au moins 25% des droits de vote ou du capital de ces sociétés, ou qui donne droit chacune prise séparément à au moins 25% des bénéfices de ces deux sociétés.

Si l'on compare le texte de la directive et celui de la loi belge, ce dernier est plus sévère en ce qui concerne la définition de l'entreprise associée.

B. Champ d'application *ratione materiae*

¹⁵ Entités qui ne sont soumises à l'impôt des sociétés dans aucun Etat membre - Directive (EU) 2016/1164, *op.cit.*, considérant 4.

¹⁶ Entités qui sont reconnues comme des secteurs présentant des caractéristiques particulières et qui requièrent une approche plus adaptée - Directive (EU) 2016/1164, *op.cit.*, considérant 5. Ces entités sont listées sous l'article 1, §5 de cette même directive.

¹⁷ A noter que les entités autonomes restent soumises à la règle de sous-capitalisation – Voyez sous point C. ci-après.

¹⁸ R. GHYSELS, P.-A. MICHEL, *op.cit.*, p.2, point 7. La justification de cette exclusion est que « *l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices interviennent en principe sous forme de paiements d'intérêts excessifs entre des entités qui sont des entreprises associées, de sorte qu'il n'est approprié et nécessaire de prévoir l'éventuelle exclusion des entités autonomes du champs d'application de la règle de limitation des déductions d'intérêts compte tenu du risque limité d'évasion fiscale* » Doc. Chambre 54-2864/001, page 10

¹⁹ La définition de « l'entreprise associée » est visée l'article 2 de la Directive (EU) 2016/1164, *op.cit.*.

En droit belge, l'article 198/1 du CIR 92 est inséré sous la section relative aux frais professionnels. Cet article dispose, en son paragraphe premier, que les surcoûts d'emprunt ne sont pas considérés comme des frais professionnels dans la mesure où le montant des intérêts est plus élevé que le montant de l'EBITDA de la société concernée. Il est donc question d'un « *différentiel d'intérêts* »²⁰, à savoir de surcoûts d'emprunt.

Autrement dit, les « surcoûts d'emprunt », qui sont définis au second paragraphe de l'article précité, ne sont pas considérés comme des frais professionnels « *dans la mesure où le montant total de ces intérêts est plus élevé que le montant limite visé au troisième paragraphe et ce, sans préjudice des articles 54 et 55 du CIR 92* »²¹.

Dans cette partie, nous procéderons à l'analyse de la mesure du point de vue de son champ d'application matériel. A l'instar de la partie précédente, nous combinerons l'approche européenne avec l'approche du législateur belge afin de saisir la portée de la transposition.

1) Notion de « surcoûts d'emprunt »

a) Du point de vue européen

Afin de déterminer les surcoûts d'emprunt qu'il convient de limiter, l'ATAD commence par déterminer les coûts d'emprunt.

Si on s'en réfère à l'article 2, 1) de la Directive ATAD, les coûts d'emprunt sont définis comme étant « *les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements au sens du droit national (...)* ». L'article poursuit ensuite par donner une liste non-exhaustive des coûts d'emprunts qui peuvent être inclus dans cette définition.

Sur base de cette définition, l'ATAD poursuit à l'article 2, 2) en définissant les surcoûts d'emprunt comme « *le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents perçus par ce contribuable, conformément au droit national* ».

b) Du point de vue belge

Le droit fiscal belge définit les surcoûts d'emprunt, en son article 198/1, §2 du CIR 92, comme la différence positive entre d'une part, « *la total des intérêts et autres coûts décrits par le Roi*

²⁰J.-M., COUGNON, « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », in R.G.F.C.P., 2018/6, p.14, point 2.1.

²¹ On rappelle que l'article 54 « *empêche la déduction des intérêts lorsqu'ils sont payés ou attribués à un contribuable non-résident ou à un établissement étranger qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus et y sont soumis, pour les revenus de l'espèce, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel ces revenus sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne justifie par toutes voies de droit qu'ils répondent à des opérations réelles et sincères et qu'ils ne dépassent pas les limites normales* ». Quant à l'article 55, il prévoit que « *les intérêts d'obligations, de prêts, de créances, de dépôts et d'autres titres constitutifs d'emprunts ne sont pas en considération à titre de frais professionnels que dans la mesure où il ne dépassent pas un montant correspondant au taux pratiqué sur le marché compte tenu des éléments particuliers propres à l'appréciation du risque lié à l'opération, et notamment de la situation financière du débiteur et de la durée du prêt (...)* ».

comme étant économiquement similaires à des intérêts, qui sont considérés comme des frais professionnels de la période imposable (conformément aux articles 49, 52, 2°, 54 et 55 du CIR 92) et qui ne sont pas liés à un établissement stable dont les bénéfices sont exonérés en vertu d'une convention préventive de double imposition » et, d'autre part, « le total des intérêts et autres produits décrits par le Roi comme étant économiquement similaires à des intérêts, qui sont compris dans les bénéfices de la période imposable et qui ne sont pas exonérés en vertu d'une convention préventive de la double imposition ».

La définition reprise ci-dessus fait explicitement référence à celle prévue par l'ATAD. Certains concepts ont cependant été laissés libres de définition par le législateur européen afin de laisser les Etats membres d'y apporter une définition en ligne avec leur législation fiscale.

La Belgique a conféré au Roi le pouvoir de décrire si les *autres coûts économiquement similaires* s'apparentent à des intérêts qualifiés de frais professionnels de la période imposable ou plutôt à des intérêts qui sont compris dans les bénéfices de la période imposable²². Cependant, aucun arrêté royal n'a encore été promulgué à ce jour.

Au vu de l'alignement des définitions européenne et belge, nous supposons que le Roi devrait s'inspirer de l'énumération non-exhaustive de l'article 2, 1) de l'ATAD, elle-même intégralement reprise du rapport de l'OCDE (2016)²³.

L'article étant entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019, le contribuable doit, pour l'instant, se référer à une liste non-exhaustive européenne le plaçant, ainsi, dans une situation d'insécurité juridique critiquable.

2) Emprunts non visés par la mesure de limitation des intérêts

Les intérêts afférents à certains emprunts ne doivent pas être pris en considération pour la détermination du montant des surcoûts d'emprunts.

a) Du point de vue européen

L'article 4, §4 de l'ATAD laisse l'opportunité aux Etats membres d'exclure du champ d'application de la mesure de limitation les surcoûts d'emprunt afférents à certains emprunts.

Il s'agit, d'une part, de la clause dite de « *grandfathering* » qui couvre les emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016. Il s'agit d'une mesure visant à faciliter la transition vers la nouvelle mesure de limitation de déductibilité des intérêts en donnant, le cas échéant, l'opportunité aux parties de prévoir une clause pour conserver leurs droits acquis. Seule une modification à posteriori contrecarrerait cette exception. L'ATAD ne précise toutefois pas ce que couvre cette acceptation et s'en remet, sur ce point, aux Etats membres.

²² A la lecture des travaux parlementaires, nous comprenons que la volonté de conférer au Roi le pouvoir de définir cette expression résiderait dans l'instauration d'une définition « *plus large que celle des intérêts reprise dans le CIR 92* ».

²³ OCDE. (2016). *Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers, Action 4 – Version actualisée 2016 : Cadre inclusif sur le BEPS*. Paris: Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE.

D'autre part, il s'agit des emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, pour autant que l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne²⁴. Ceci est justifié par la particularité du secteur et les liens avec le domaine public qui ne se prêtent pas aux risques d'érosion de la base imposable.

b) Du point de vue belge

i. Les emprunts conclus avant le 17 juin 2016

Le législateur belge a consacré à l'article 198/1, §2, alinéa 2, premier tiret du CIR 92 la clause dite de « *grandfathering* » introduite par l'article 4, a) de l'ATAD. A l'instar de la disposition européenne en la matière, les emprunts pour lesquels le contribuable a démontré que le contrat a été conclu avant le 17 juin 2016 et auxquels aucune *modification fondamentale* n'a été apportées depuis cette date n'entrent pas dans le champs d'application de la nouvelle mesure de limitation de déductibilité des intérêts.

A cet égard, le législateur belge ne définit pas la notion de « *modification fondamentale* »²⁵. Si on s'en réfère à un rapport du ministre des finances du 22 décembre 2017 à ce sujet²⁶, cela concernerait essentiellement un changement opéré en ce qui concerne les parties au prêt, le taux d'intérêt ou encore la durée du prêt. Des amendements plus mineurs, tels qu'un changement de numéro de compte par exemple, ne devraient pas être pris en considération. Il s'agit d'éléments purement factuels dont l'analyse doit revêtir un caractère raisonnable.

Nous renvoyons toutefois au point « C. Champ d'application *ratione temporis* » de la présente contribution dans la mesure où les emprunts susvisés restent soumis à une autre règle de limitation des intérêts.

ii. Les projets de partenariats public-privé

Selon l'article 198/1, §2, alinéa 2, second tiret du CIR 92, la mesure de limitation ne s'applique pas aux emprunts conclus en exécution d'un projet de partenariat public-privé attribué suite à une mise en concurrence conformément à la réglementation en matière de marchés publics lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne. Par conséquent, les coûts d'emprunt sous-jacents à de telles activités n'impacteront pas le calcul de détermination des surcoûts d'emprunts et ne subiront, partant, aucune limitation.

Cette exclusion ne correspond cependant pas, en tout point, avec son équivalent dans l'ATAD²⁷. En effet, la transposition de cet exception est rendue plus sévère et prévoit ainsi un niveau de protection plus élevé de la base imposable à l'impôt des sociétés en Belgique en assurant, malgré l'exclusion de ces entités, l'application à la règle de sous-capitalisation existante²⁸.

²⁴ Cet terme est défini à l'article 4 de la Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*

²⁵ W. HEYVAERT, E. MOONEN, « ATAD implementation in Belgium: an analysis of the new interest limitation rule », in *European taxation*, 2019, Vol. 59, n°7, pp. 4-5.

²⁶ Parliamentary Documents, DOC 54 2864/003, p. 166.

²⁷ Voy. article 4 §4, b) de la Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*

²⁸ W. HEYVAERT, E. MOONEN, *op.cit.*, p. 6.

iii. Les opérations effectuées en Belgique par des entités du même groupe

Dans le cas où le contribuable fait partie d'un groupe de sociétés, les intérêts et autres charges économiquement similaires à des intérêts²⁹, qui sont dus à ou par une société résidente belge ou à un établissement belge qui fait partie de ce groupe, ne sont pas pris en considération pour la détermination des surcoûts d'emprunt³⁰. La Belgique introduit de la sorte, une consolidation 'ad hoc', sur lequel nous reviendrons dans nos considérations futures³¹.

3) Seuil limite de déductibilité des intérêts

Dans son rapport final de 2015³², l'OCDE a fixé l'objectif d'une règle fondée sur un ratio déterminé afin de limiter la déductibilité des intérêts. Selon l'hypothèse à l'origine de cette règle, « *une entité devrait être en mesure de déduire les charges d'intérêts jusqu'à concurrence d'une part déterminée de son EBITDA, en veillant à ce qu'une partie de ses bénéfices reste soumise à l'impôt dans son pays (...). Tous les intérêts portant le ratio de l'entité au-dessus de ce ratio référence ne sont pas déductibles* »³³.

Nous l'avons vu, l'introduction effective de cet objectif a été réalisé par le biais de l'article 4 de l'ATAD qui dispose que les surcoûts d'emprunt seront déductibles à hauteur de 30% du bénéfice avant intérêts, impôts, amortissements et réductions de valeurs (EBITDA) du contribuable. Ainsi, cette consécration rencontre la volonté d'homogénéité pensée par l'action BEPS et offre un cadre commun et adaptable pour les Etats membres.

Au vu des objectifs de l'ATAD consistant à fixer des normes minimales, les Etats membres sont libres de diminuer ce ratio de 30% à un ratio inférieur³⁴. De plus, la directive offre la possibilité aux Etats membres de déroger à cette règle du ratio fixe d'EBITDA afin d'introduire des dispositions supplémentaires caractéristiques de leurs systèmes fiscaux nationaux conformément aux recommandations de l'action 4 BEPS. Partant, l'article 4 §3 de l'ATAD rend notamment possible l'introduction d'un seuil de minimis de 3 millions d'euros.

Les points ci-dessous mettent en exergue les choix consacrés par la législation belge quant au choix du ratio ainsi que du seuil de minimis.

a) Limitation de 30% de l'EBITDA

²⁹ Voy. à cet égard le point B. 1) sous cette section.

³⁰ Article 198/1, §2, alinéa 2, troisième tiret du CIR 92.

³¹ Voy. à cet égard le point B. 5) sous cette section.

³² OCDE (2015), Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers, Action 4 -2015 Rapport final, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice, Chapitre 6, intitulé Règles fondée sur un ratio déterminée, pp. 49 à 58.

³³ *Ibid.* Une règle fondée sur un ratio déterminé peut s'appliquer à toutes les entités, y compris celles qui font partie d'un groupe multinational, d'un groupe national ou qui sont autonomes. Les charges d'intérêts envers des tierces parties, des parties liées ou des entités du groupes ne seront déductibles qu'à concurrence d'un ratio déterminé.

³⁴ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, considérant 6.

Le choix du ratio de 30% n'a pas été choisi au hasard. Il est le fruit de réflexions et d'analyses financières réalisées par l'OCDE³⁵. Selon cette dernière, ce ratio permet d'agir le plus efficacement sur les risques d'érosion de la base d'imposition et d'éviter les pratiques abusives. Dans son action 4, BEPS recommande d'appliquer un ratio compris entre 10% et 30%, laissé au choix des Etats membres.

A l'instar de ce qui est prévu dans l'ATAD, la Belgique applique le ratio le plus élevé proposé, à savoir le ratio de 30%, sans faire usage de sa capacité dérogatoire en l'espèce. La justification de ce choix réside dans le fait qu'un ratio de 30% est considéré comme étant robuste dans la lutte contre la planification fiscale en raison du fait qu'il ne soit pas facile à manipuler et qu'il lie les déductions d'intérêts au bénéfice imposable généré par une activité économique.

b) Règle de minimis

Par cette règle de minimis dérogatoire, les surcoûts d'emprunt resteront intégralement déductibles à concurrence de 3 millions d'euros (ou moins, à l'appréciation des Etats membres) quand bien même ils excéderaient 30% de l'EBITDA de l'entité.

Cette mesure trouve son fondement dans le considérant 8 de la Directive ATAD qui dispose que *« afin de réduire la charge administrative et la charge découlant de l'obligation de conformité sans en diminuer sensiblement l'effet fiscal, il peut être opportun de prévoir un régime de protection de façon que les intérêts nets soient toujours déductibles à concurrence d'un montant fixe, lorsque cela aboutit à une déduction supérieure à celle du ratio calculé à partir de l'EBITDA. Les Etats membres pourraient abaisser le seuil financier afin de garantir un niveau plus élevé de protection sur leurs bases d'imposition nationales »*.

La Belgique a consacré cette règle de minimis à l'article 198/1, §3 du CIR 92. A suivre cet article, les surcoûts d'emprunts seront rejetés dès lors qu'ils excéderont le montant le plus élevé des deux montants suivants : 3 millions d'euros (règle de minimis) ou 30% de l'EBITDA (fiscal) de la société. En choisissant le seuil de 3 millions d'euros, le législateur a choisi de favoriser les entreprises belges en leur offrant un seuil maximale autorisé par l'ATAD.

4) Détermination de l'EBITDA

Comme précédemment mentionné, les surcoûts d'emprunt seront déductibles à hauteur de 30% du bénéfice avant intérêts, impôts, amortissements et réductions de valeurs (EBITDA) du contribuable. Il convient dès lors comprendre comment l'EBITDA va être déterminé. Une fois de plus, nous aborderons ce concept sous l'angle européen puis, tel qu'il a été transposé dans l'ordre juridique belge.

a) Du point de vue européen

Selon l'article 4, §2 de l'ATAD, l'EBITDA est calculé en *« rajoutant au revenu soumis à l'impôt sur les sociétés dans l'Etat membre du contribuable les montants ajustés à des fins*

³⁵ OCDE. (2016). Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers, Action 4 – Version actualisée 2016 : Cadre inclusif sur le BEPS, *op.cit.*, p. 15

fiscales correspondant aux surcoûts d'emprunt ainsi que les montants ajustés à des fins fiscales correspondant à la dépréciation et à l'amortissement. Les revenus exonérés d'impôts sont exclus de l'EBITDA d'un contribuable ».

Cette définition présente une incohérence. Si on s'en réfère au rapport OCDE en la matière³⁶, il est permis de considérer l'expression « *ajustés à des fins fiscales* » comme signifiant « *à concurrence du montant déductible fiscalement* »³⁷. De la sorte, l'approche rend nécessaire de se référer à une notion (à savoir le montant limite de 30% de l'EBITDA), alors que l'objet de la recherche est précisément ce montant.

Concernant les revenus exonérés, la justification de leur exclusion est à trouver au considérant 6 de l'ATAD selon lequel « *les revenus exonérés ne devraient pas être imputés sur les coûts d'emprunt déductibles. La raison en est que seuls les revenus imposables devraient être pris en considération lors de la détermination du montant des intérêts déductibles* ».

b) Du point de vue belge

A l'occasion de la transposition de la directive européenne dans le droit fiscal belge portant réforme à l'impôt des sociétés, le législateur belge a choisi de lier la définition de l'EBITDA au résultat de la période imposable (résultat de la période imposable, dépenses non admises et dividendes distribués) alors que l'ATAD fait référence aux revenus soumis à l'impôt des sociétés³⁸.

Ensuite, différentes corrections sont apportées par le législateur belge afin d'obtenir un EBITDA fiscal conformément à l'article 198/1, §3, alinéa 2 du CIR 92, par lequel seuls les revenus taxables sont pris en considération.

Concrètement, il y a lieu de procéder à un calcul en deux étapes :

D'une part, la première étape consiste à obtenir l'EBITDA. Pour ce faire, il convient de prendre le résultat de la période imposable tel que susvisé et d'y ajouter (i) les amortissements et réductions de valeurs qui sont considérés comme des frais professionnels de la période imposable, (ii) les surcoûts d'emprunts non considérés comme des frais professionnels de la période imposable (c'est-à-dire les surcoûts d'emprunts déductibles) et enfin, (iii) le paiements effectués à des sociétés/établissements stables belges appartenant à un même groupe de sociétés.

Notons à cet égard que la même incohérence se pose au niveau du texte belge que dans le texte de l'ATAD. En effet, pour déterminer « *la partie des surcoûts d'emprunt non considérée comme des frais professionnels* », il conviendrait de connaître le montant « *limite* » visé à l'article 198/1, §3, alinéa 1^{er}, b) du CIR 92, lequel est justement obtenu en utilisant l'EBITDA³⁹.

D'autre part, la seconde étape consiste à obtenir à calculer l'EBITDA « fiscal ». Pour ce faire, il convient de retirer (i) le montant du transfert intra-groupe (visé à l'article 205/5) qui vient en

³⁶ OCDE. (2016). Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers, Action 4 – Version actualisée 2016 : Cadre inclusif sur le BEPS, *op.cit.*, p. 16.

³⁷ J.-M., COUGNON, *op. cit.*, p. 16, point 2.4.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

déduction des bénéfices de la période imposable, (ii) les revenus de la période imposable (visés à l'article 202) qui peuvent être déduits des bénéfices de la période imposable en cours ou d'une période imposable suivante conformément aux articles 203 à 205, (iii) 85 p.c. des revenus de la période imposable (visés aux articles 205/2 et 205/3) qui peuvent être déduits des bénéfices de la période imposable en cours ou d'une période imposable suivante conformément aux dispositions de l'article 205/1, (iv) 80 p.c. des revenus de brevets (déterminés conformément à l'article 543) qui sont pris en compte en vue d'être déduits des bénéfices de la période imposable, (v) de la partie des bénéfices de la période imposable qui est exonérée en vertu d'une convention préventive de la double imposition et enfin, (vi) des bénéfices réalisés en exécution d'un projet de partenariat public-privé attribué suite à une mise en concurrence conformément à la législation en matière de marchés publics, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne.

Comparativement au texte de l'ATAD, le législateur belge impose des ajustements qui transforment le calcul de l'EBITDA en un calcul ardu. La raison de ces ajustements tient en la volonté du législateur d'éviter que le revenu d'impôts exonérés ne soit utilisé pour générer des capacités de déductibilités d'intérêts supplémentaires⁴⁰.

5) Cas particulier : application de la mesure de limitation aux groupes de sociétés

Les groupes de sociétés trouvent une place particulière dans l'ATAD. En effet, la directive offre des possibilités d'assouplissements pour les groupes consolidés, notamment en ce qui concerne la détermination de l'EBITDA ou la règle des minimis.

Lors de la transposition de la directive en droit fiscal belge, le législateur belge a cependant fait le choix de ne pas faire usage de toutes les possibilités qui lui était offerte.

Par exemple, à lire le considérant 7 de l'ATAD, ce dernier rend possible, lorsque le contribuable fait partie d'un groupe qui établit des comptes consolidés conformément à la loi, de prendre en considération l'endettement global du groupe au niveau mondial aux fins de l'octroi aux contribuables du droit à déduction des montants plus élevés que le surcoût d'emprunt.

L'article 4, §5, b) de la directive ATAD expose ensuite les deux étapes de calculs pour bénéficier de cette possibilité à savoir, d'une part, la détermination du ratio du groupe en divisant les surcoûts d'emprunt du groupe vis-à-vis de tiers de l'EBITDA du groupe et, d'autre part, la multiplication du ratio du groupe par l'EBITDA du contribuable.

A lire l'article 198/1 du CIR 92, nous comprenons que le législateur belge n'a pas fait usage de cette possibilité. Le rapport OCDE (2017) recommandait pourtant que les pays envisagent « *d'associer une règle fondée sur un ratio déterminé (telle que celle basée sur l'EBITDA) avec une règle fondée sur un ratio de groupe. Cela permettrait à une entité appartenant à un groupe très endetté de déduire des charges d'intérêts nettes au-delà du montant autorisé par la règle fondée sur un ratio déterminé, sur la base d'un ratio financier pertinent du groupe mondial* »⁴¹.

⁴⁰ W. HEYVAERT, E. MOONEN, *op.cit.*, p. 10.

⁴¹ J.-M., COUGNON, *op. cit.*, p. 17, point 2.4

Un autre exemple, l'ATAD offre également la possibilité aux Etats membres de « *définir des règles prévoyant une clause de sauvegarde lorsque la règle de limitation des intérêts ne s'applique pas si la société peut démontrer que la ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est globalement égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe* »⁴². Cette possibilité, décrite en détail à l'article 4, §5, a) de l'ATAD, n'a pas non plus été consacré dans la législation fiscale belge.

Bien que ces occasions manquées soient regrettables, le législateur a tout de même fait usage d'autres facultés laissées par la directive en ce qui concerne la détermination des surcoûts d'emprunt, de l'EBITDA ou encore la règle de minimis dans les situations de groupe. En réalité, le législateur belge a été bien plus loin que cela. Il a saisi ces opportunités qui lui était laissée afin d'introduire, en droit belge, une véritable système de consolidation *ad hoc* (simulé) pour les besoins de la mesure de limitation de déductibilités des intérêts. Ainsi, la détermination des surcoûts d'emprunt, de l'EBITDA ou encore la règle de minimis sont calculés au niveau groupe consolidé de sociétés belges.

Après avoir abordés envisagé la définition de « *groupe de sociétés* », nous reviendrons sur ces aspects de consolidation *ad hoc*. Nous clôturerons ensuite la partie dédiée aux groupes de sociétés en

a) Définition de « groupe de sociétés »

Afin de réserver une application optimale au groupe de sociétés des concepts qui vont suivre, il convient de définir ce qui doit nécessairement être entendu comme « *un groupe de sociétés* » tant d'un point de vue européen et que belge.

Du point de vue européen, l'article 4, §5 de l'ATAD dispose qu'un contribuable fait partie d'un groupe de société dès lors qu'il est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilités financières.

Du point de vue belge, la définition susvisée n'a pas été consacrée en tant que telle par le droit fiscal belge. Une autre définition doit être apportée par arrêté royal, lequel est encore à ce jour pas encore été promulgué.

Dans l'intervalle, les praticiens se réfèrent donc à l'article 1 :20 du Code des sociétés qui définit la notion de « *sociétés liées* »⁴³. Un groupe de sociétés au sens de cet article inclut, notamment, une société mère ainsi que toutes les autres sociétés qui sont directement ou indirectement contrôlées par elle, pour autant que ces sociétés ne soient pas exclues par le champ d'application de l'article 198/1 du CIR 92.

b) Détermination des surcoûts d'emprunt dans une situation de groupe

L'article 198/1, §2 alinéa 3 du CIR 1992 prévoit que « *dans le cas où le contribuable fait partie d'un groupe de sociétés, les intérêts et autres coûts ou produits d'avoir mobiliers décrits par le Roi comme étant économiquement similaires à des intérêts et qui sont dus à ou par une société résidente ou un établissement belge qui fait partie de ce groupe et qui ne sont pas exclus de*

⁴² Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, considérant 7.

⁴³ W. HEYVAERT, E. MOONEN, *op.cit.*, p. 13.

l'application du présent article n'entrent pas en compte pour la détermination des surcoûts d'emprunts ».

Autrement dit, lors du calcul des surcoûts d'emprunt d'une entreprise belge incluse dans un groupe consolidé *ad hoc*, les intérêts relatifs aux emprunts entre sociétés résidentes ou établissements belges ne sont pas pris en considération pour la détermination des surcoûts d'emprunt.

c) Détermination de l'EBITDA dans une situation de groupe

L'article 198/1, §3, alinéa 4 du CIR 92 dispose que dans le cas où le contribuable fait partie intégrante d'un groupe de sociétés, « *l'EBITDA visé à l'alinéa 1er, b, du contribuable est augmenté des coûts qui sont dus à ou diminué des revenus qui sont dus par une société résidente ou un établissement belge qui a fait partie de ce groupe de sociétés pendant toute la période imposable et qui ne sont pas exclus de l'application du présent article* ».

Autrement dit, en présence d'opérations prenant place entre des sociétés et des établissements belges appartenant au même groupe, la loi permet de tenir compte d'une dimension de groupe fictive pour déterminer l'EBITDA. Dans ce cas, l'EBITDA s'appréciera au niveau consolidé ('consolidation *ad hoc*') lequel sera tantôt augmenté (par les paiements effectués de membres du groupes) tantôt diminué (par les paiements reçus de membres du groupe).

La difficulté de cette approche réside dans la nécessité, pour les entreprises, de disposer d'une comptabilité analytique leur permettant « d'identifier les opérations à exclure/réintégrer et de les quantifier »⁴⁴.

d) Règle de minimis : application consolidée

En ligne avec la consolidation *ad hoc* consacrée par le législateur, l'article 198/1, § 3, alinéa 3, premier tiret, CIR 92 prévoit une répartition au prorata du montant de 3 millions d'euros entre les différents membres du groupe de sociétés établis en Belgique durant une même période imposable. La méthode de répartition au prorata et la définition de « *période imposable* » entendues sous cette article sont attendues par arrêté royal. Dans l'intervalle, l'absence de ce texte place les contribuables dans une situation d'insécurité juridique.

En effet, concernant la période imposable, rien n'indique actuellement dans la loi si la période imposable doit être entendue comme étant celle du groupe ou celle du contribuable. Cette précision semble nécessaire dans la mesure où il ne serait, à notre sens, pas possible de répartir au prorata le montant de 3 millions d'euros si la composition du groupe est différente selon la perspective de chaque membre individuel du groupe⁴⁵. Il en va de même pour la méthode de répartition du montant de 3 millions d'euros. Celle-ci est prévue mais n'indique comment l'utiliser.

Dans l'intervalle, nous avons imaginé quel serait la méthode de répartition adéquate. A cet égard, nous proposons d'envisager les trois méthodes alternatives suivantes :

⁴⁴ C. CARLIER, S. LEFEVRE, O. RIGA, « Limitation de déductibilité des intérêts », in *Actualités fiscales*, n°41 (2018), p.4.

⁴⁵ Ce raisonnement peut être étendu à toutes les dispositions où il est fait référence à la période imposable.

i. Répartition par prorata avec utilisation de l'EBITDA

Afin de répartir le montant de 3 millions d'euros au prorata entre les différentes sociétés du groupe, on pourrait imaginer un calcul en deux étapes : la première consiste à diminuer le montant de 3 millions d'euros de 30% de l'EBITDA consolidé du groupe, la seconde consiste à déterminer les coûts d'emprunt de chaque membre (différence positive entre les surcoûts d'emprunt et 30% de l'EBITDA). De ce fait, le montant de 3 millions d'euros réduit peut être réparti au prorata des surcoûts d'emprunt.

Cette méthode nécessite donc que l'on recourt à l'EBITDA du groupe consolidé, plutôt que l'EBITDA du contribuable, lequel n'est pas optimal. En effet, pour éviter des transferts abusifs du montant limite entre les membres du groupe, il conviendrait selon nous de ne pas choisir d'effectuer la répartition du montant de 3 millions d'euros en fonction de l'importance de l'EBITDA du contribuable considérant que ce dernier peut être égal à zéro, être négatif ou encore, qu'il n'ait pas de lien avec la question de déduction des surcoûts d'emprunt sur laquelle la réparation doit effectivement être opérée.

ii. Répartition par prorata sans utilisation de l'EBITDA

Afin de répartir le montant de 3 millions d'euros au prorata entre les différentes sociétés du groupe, une autre technique serait que les membres du groupe renonce collectivement à déterminer l'EBITDA. Le montant de 3 millions ne seraient pas diminué de 30% de l'EBITDA du groupe consolidé mais seraient répartis proportionnellement entre les sociétés du groupe, au prorata des surcoûts d'emprunt entre les différents membres du groupe.

iii. Répartition par parts égales

Afin de répartir le montant de 3 millions d'euros au prorata entre les différentes sociétés du groupe, il pourrait également être envisageable de simplement partager le montant de 3 millions d'euros par parts égales, sans considérer ni l'EBITDA, ni les surcoûts d'emprunt. L'introduction d'une telle alternative de répartition serait utile pour les contribuables dont le surcoûts d'emprunt est bien plus bas que la limite de 3 millions d'euros ou encore qui clôturent leurs périodes imposables à des moments différents. L'application de cette méthode serait toutefois dépendante de l'existence d'un contrat conclu entre les membres du groupes.

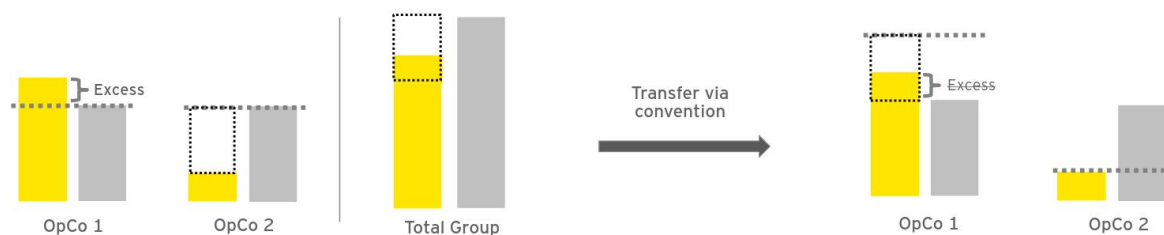
e) Convention de déduction d'intérêts

L'article 198/1, §3 in fine et §4-5 du CIR 92 présente la dernière particularité, propre aux groupes de sociétés, introduite par le législateur belge. Cet article consacre la possibilité pour un contribuable faisant partie d'un groupe de sociétés aura la faculté de conclure, avec les autres sociétés résidentes ou un établissement belge faisant partie d'un même groupe de sociétés pendant toute la période imposable⁴⁶, une convention de déduction d'intérêts.

Cette mesure consiste en la possibilité de transférer la partie non-utilisée sous la limite de déductibilité prévue à une autre entité appartenant au même groupe. Autrement dit, le mécanisme permettra aux groupes de sociétés de consolider les seuils limites de déductions de surcoûts d'emprunt.

⁴⁶ Nous renvoyons sur ce point à la remarque sur la période imposable, *op. cit.*

Le mécanisme peut être schématisé de la façon suivante⁴⁷:



Cette méthode de consolidation n'est rendue possible que si les conditions visées à l'article 198/1, §3, alinéa 3, troisième et quatrième tirets du CIR 92, couplées à celles de l'article 205/5 du CIR 92⁴⁸, soient satisfaites et effectivement mises à exécution par les parties⁴⁹.

Concrètement, après avoir conclu une convention dans laquelle les parties (*i.e.* le contribuable et la société résidente ou l'établissement belge d'une société étrangère qui fait partie du même groupe) et le montant du transfert sont effectivement identifiés, la convention prend effet et est procédé au transfert des seuils limites. A l'occasion de ce transfert, le contribuable qui bénéficie d'une plus grande capacité de déduction doit s'engager à payer une compensation à l'autre partie qui est égale à l'impôt des sociétés ou à l'impôts des non-résidents qui aurait été dû par une des parties si aucun transfert n'avait eu lieu.

De plus, les parties s'engagent à imputer le montant limite transféré dans la déclaration à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résidents de la période imposable qui se rattache à l'exercice d'imposition auquel se réfère la convention. Enfin, si le contribuable transfère un montant supérieur au montant limite du contribuable, les dépenses du contribuable sont rejetées pour un montant égal à la différence positive entre le montant transféré et le montant limite⁵⁰.

La convention à joindre à la déclaration à l'impôt des sociétés/non-résidents pour justifier le montant limite sera produite par arrêté royal. A ce jour, le modèle n'est pas encore paru.

6) Report de déductibilité

L'article 4, §6 de l'ATAD permet aux Etats membres de prévoir que les intérêts qui n'ont pu être déduits en application de la mesure de déductibilité des intérêts peuvent être reportés sur les exercices fiscaux suivants, sans limitation de temps.

La Belgique a opté pour cette possibilité et l'a effectivement introduite à l'article 194sexies du CIR 92. Selon cet article, les bénéfices sont exonérés à concurrence du total des surcoûts d'emprunt visés à l'article 198/1, § 2 du CIR 92 qui, en application de l'article 198/1, § 1^{er} du

⁴⁷ EY (Belgium), EBITDA based interest deduction limitation rule (2018).

⁴⁸ Les lignes directrices de cette méthode sont en effet similaires à celles applicables aux transferts des bénéfices/pertes intra-groupes prévue par l'article 205/5 du CIR 92.

⁴⁹ C. CARLIER, S. LEFEVRE, O. RIGA, *op.cit.*, p.4.

⁵⁰ 198/1, §4 du CIR 92

CIR 92 n'ont pas été pris en compte comme frais professionnels au cours d'une des périodes imposables antérieures.

Autrement dit, les dépenses d'intérêts qui n'ont pas été admises au cours d'une période imposable précédente en application de l'article 198/1 du CIR 92 peuvent être imputés sur les bénéfices au cours d'une période imposable ultérieure⁵¹. Concrètement, ceci se matérialise par « *une adaptation de la situation des réserves en début de période imposable* »⁵².

Il va de soi que surcoûts d'emprunts de l'année et surcoûts d'emprunt reportés ne pourront pas dépasser les limitations établies par l'article 198/1 du CIR 92.

C. Champ d'application *ratione temporis*

Entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019, la nouvelle mesure de limitation de déductibilité des intérêts telle que visée à l'article 198/1 du CIR 92 s'appliquera aux intérêts payés pour des prêts conclu à partir du 17 juin 2016 et également pour des prêts existants au 17 juin 2016 pour lesquels une renégociation ou une modification substantielle est intervenue⁵³.

Avant l'introduction de cette mesure, d'autres règles visant à limiter la déduction des intérêts avaient toutefois été introduites par le législateur belge. L'article 198/1 du CIR 92 n'est donc pas tout à fait une nouveauté en la matière.

Parmi ces mesures, la règle de sous-capitalisation aussi appelée « *thin-cap rule* » belge visée à l'article 198, §1, 11° du CIR 92. Cette règle avait pour vocation de « *limiter la déduction d'intérêts issus d'emprunts dans le chef d'une société lorsqu'il existe une trop grande disproportion entre les fonds empruntés (auprès d'entités liées principalement) et les capitaux propres de cette société* »⁵⁴. Concrètement, les intérêts d'emprunt excédants cinq fois la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période étaient non-déductibles⁵⁵.

Dans un premier temps, l'article 198/1 du CIR 92 nouvellement introduit avait pour vocation de remplacer partiellement la mesure de sous-capitalisation prévue à l'article 198, §1^{er}, 11° du CIR 92 en attendant son entrée en vigueur lors de l'exercice d'imposition 2021 (période imposable débutant au plus tôt le 1^{er} janvier 2020). Sous la pression européenne, la Belgique a cependant été contrainte d'adapter sa législation pour faire en sorte que ces dispositions entre en vigueur à partir de l'exercice d'imposition 2020 (période imposable débutant au plus tôt le 1^{er} janvier 2019).

⁵¹ Sous réserve qu'ils n'aient pas servi de base pour l'exonération des bénéfices dans le chef du contribuable en application dudit article.

⁵² C. CARLIER, S. LEFEVRE, O. RIGA, *op.cit.*, p.5.

⁵³ Nous renvoyons à ce sujet au point B. 2) de la présente section relative à la clause de « grandfathering ». A noter à cet égard que la notion de renégociation ou modification substantielle n'a, à ce jour, pas fait l'objet de lignes interprétatives ce qui laisse place à une grande subjectivité de la part des sociétés qui soumises à cette règle. Partant, nous espérons que l'arrêté royal en la matière apportera des précisions à cet égard.

⁵⁴ C. CARLIER, S. LEFEVRE, O. RIGA, *op.cit.*, p.5.

⁵⁵ Article 198, §1^{er}, 11° CIR 92.

Dès lors, à compter de cette date, la réglementation *thin-cap* ne s'appliquera plus pour les nouveaux prêts conclus à partir du 17 juin 2016 et ceux renégociés/modifiés substantiellement après le 17 juin 2016. A contrario, cette règlement reste pleinement applicable aux prêts conclus avant le 17 juin 2016 et qui n'ont pas été renégociés/modifiés substantiellement après cette date.

D. Etats des lieux

L'analyse qui vient d'être opérée de l'article 198/1 du CIR 92, en combinaison avec les dispositions européennes en la matière, nous a permis d'appréhender les choix opérés par le législateur belge à la suite de la transposition de la norme européenne.

De façon générale, cette analyse démontre que la Belgique a transposé efficacement la majorité des dispositions de l'ATAD en utilisant judicieusement la marge de manœuvre laissée par cette dernière dans la mise en œuvre de la mesure. De plus, elle est restée ouverte et favorable aux investissements en Belgique, considérant notamment l'utilisation de la *règle de minimis* de 3 millions d'euros, la possibilité pour les membres d'un même groupe de partager la déduction des intérêts non-utilisées au cours d'une période ou encore de reporter la déduction des intérêts non-utilisée sans limitation dans le temps.

Cependant, nous remarquons qu'il existe une certaine complexité dans les règles, un haut niveau de conformité à atteindre, des formalités administratives importantes relatives au transfert des ressources inutilisées et une délégation au Roi sur un bon nombre de points critiquable. De plus, les arrêtés royaux attendus afin d'apporter des précisions ou même plus, la mise en œuvre de certains articles placent le contribuable dans une position d'insécurité juridique devant composer avec des lacunes de la loi depuis le 1^{er} janvier 2019.

III. Impacts de la mise en œuvre de la mesure de déductibilité des intérêts en droit fiscal belge

Après avoir appréhendé plus théoriquement la disposition belge transposant la mesure de limitation de déductibilité des intérêts, l'heure est à présent à l'analyse des impacts que l'introduction d'une telle mesure emporte dans notre ordre juridique belge.

Nous le verrons, les impacts découlant de la mesure peuvent à la fois découler de situations purement internes et propres à la Belgique qu'être le résultat de conséquences européennes. Quoiqu'il en soit, les sujets que nous avons choisi d'aborder présentent un dénominateur commun : ils pourraient tous, à leur manière, impacter dans le futur les entreprises belges et leurs positions concurrentielles sur le marché intérieur.

Au-delà de cet aspect, le but de cette seconde partie est de prendre le recul nécessaire sur l'introduction de cette nouvelle mesure afin de généraliser une opinion sur ses conséquences éventuelles dans le futur.

A. Mise en contexte

1) *Les entreprises impactées*

Avant de se livrer à une analyse plus approfondie, il convient d'appréhender les contribuables qui seront impactés, ou à tout le moins susceptibles de l'être, par la mesure de limitation de déductibilité des intérêts.

Généraliser notre réflexion à l'Union européenne n'est pas chose aisée en raison de la marge de manœuvre laissée aux Etats membres. Si on se réfère à la Belgique, la limitation de déductibilité touchera, selon notre opinion, principalement les sociétés de financement (dont les holdings) qui possèdent un niveau élevés de charges d'intérêts et un haut ratio d'intérêts nets/EBITDA.

A cet égard, si on s'en réfère à l'analyse du Conseil supérieur des finances en la matière, les contribuables qui ont un niveau élevé de charges d'intérêts sont généralement ceux qui choisissent de centraliser leurs emprunts. Il s'agirait, le plus souvent, de groupes internationaux qui portent « *la majorité de leur dette émise sur les marchés financiers afin de bénéficier de meilleures conditions puis de financer directement les filiales du groupe* »⁵⁶.

2) *Les premiers constats chiffrés*

Il ressort d'une étude, réalisée à la suite de l'introduction de la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts dans les Etats membres, que l'impact de la mesure sur les sociétés européennes est minime⁵⁷. En effet, sur un échantillonnage de 492.977 entreprises issues de vingt-et-un Etats membres de l'Union européenne, entre 13,97% et 17,29% des sociétés analysées sont touchées par la règle dans le cas où aucune exemption n'est accordée⁵⁸. Considérant les exemptions, ce pourcentage diminue substantiellement, entre 0,51% et 0,86%.

A priori, ces chiffres semblent rassurer quant à l'impact cette mesure. Toutefois, nous pensons que ce constat doit être nuancé pour deux raisons. D'une part, les chiffres présentés lors de cette analyse ont été pris sur un échantillonnage restreint et sur une période courte. Nous ne pouvons donc pas croire que l'impact de cette mesure sur les entreprises européennes sera aussi limité que cela n'y paraît sur le long terme. D'autre part, cette analyse court terme ne permet pas d'appréhender les effets de certaines dispositions, telles que le report des surcoûts d'emprunt non-déduits sur les exercices ultérieurs par exemple, ou encore les effets des investissements/recherches et développements dont les résultats apparaissent bien plus tard. Ces considérations pourraient, le cas échéant, inverser la tendance chiffrée proposée sur le long terme.

⁵⁶ Conseil supérieur des Finances. (Juillet 2016). Avis : l'impôt des sociétés dans un contexte "post-beps". Bruxelles: D/2016/11.691/10

⁵⁷ M. PETUTUSCHNIG, M. RECHBAUER, S. RUNGER, « Assessment of the Interest Barrier Rule of Article 4 of the EU ATAD Directive for a sample of European firms », in *World Tax Journal*, 2019, Vol. 11, n°3.

⁵⁸ C'est-à-dire l'exemption pour les sociétés dites « autonomes » ou encore, l'introduction d'une règle de minimis.

B. Impact d'une harmonisation européenne minimale

Nous l'avons vu, l'ATAD a vocation d'introduire des solutions communes minimales concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices tout en laissant la flexibilité nécessaire aux Etats membres pour prendre des mesures en ligne avec leur législation fiscale nationale.

L'harmonisation, si minime soit-elle, est nécessaire en ce qu'elle empêche que l'introduction de règles nouvelles soit effectuée de façon isolée, ce qui aurait pour effet (négatif) de diminuer l'attractivité commerciales internationales ou encore de restreindre la concurrence entre groupes nationaux/multinationaux⁵⁹. Au contraire, une application uniforme permet de rendre, en théorie, l'impact d'un nouveau régime prévisible permettant aux entités d'anticiper avec plus de confiance et de sécurité les nouvelles règles.

Toutefois, le processus d'harmonisation minimale n'est pas sans conséquences. En effet, entre la volonté de laisser une marge de décision aux Etats membres qui revendiquent, pour la plupart, leur souveraineté en matière fiscale et celle de dicter un cadre commun nécessaire, il en résulte des conséquences pour les contribuables qui sont les premiers en ligne de mire.

Nous avons isolé dans nos commentaires ci-après les critiques qui peuvent être soulevées à l'encontre de l'harmonisation minimale prévue par l'ATAD. Les conséquences qui en découlent concernent avant tout la Belgique mais peuvent, le cas échéant, être étendues à l'ensemble des pays de l'Union européenne.

1) Options excessives laissées par la directive

Au cours de l'analyse des dispositions de l'ATAD relative à la limitation de déductibilité des intérêts, il est apparu que les Etats membres ont la possibilité d'introduire ou non certaines dispositions dans leur ordre juridique et de les combiner de façons multiples ce qui, le cas échéant, peut être complexe pour les contribuables opérant dans un contexte transfrontalier⁶⁰.

En effet, les contribuables qui opèrent dans différents Etats membres devront, au préalable, vérifier l'application concrète de la norme dans lesdits Etats au lieu de s'en remettre à une seule norme européenne. En Belgique, par exemple, la difficulté est encore accentuée par le recours aux arrêtés royaux afin de préciser les définitions ou des cas d'application spécifiques.

De plus, l'ATAD offre aux Etats membres la possibilité de transposer ces règles de façon moins restrictive ou, à tout le moins, de façon plus attrayante, ce qui constitue, pour les contribuables, une opportunité pour faire entrer des capitaux sur marché intérieur de l'Union européenne et les faire circuler librement en raison des libertés de circulation.

Si l'on se livre à une analyse comparative entre les Etats membres, nous remarquons que tantôt les dispositions sont plus restrictives tantôt elles sont plus souples. Par exemple, en comparant la Belgique et les Pays-Bas, il est aisé de remarquer que la transposition de l'article 4 de la Directive ATAD a été réalisé avec plus de souplesse par le législateur belge que par le

⁵⁹ L. HILLMAN, R. HOEHL, « Interest limitation rules: at crossroads between national sovereignty and harmonization », in *European taxation*, 2018, Vol. 58, n°4.

⁶⁰ J. LOBITA CARMONA, « The ATAD's Interest Limitation Rule – A step backwards? », in *European taxation*, 2019, Vol. 5, n° 2/3., p.1.

législateur néerlandais⁶¹. D'une part, la Belgique a introduit la clause dite de « *grandfathering* »⁶², alors que les Pays-Bas ne l'ont pas consacrée⁶³. Ou encore, la Belgique a exclu de son champ d'application les entreprises financières alors que les Pays-Bas n'y font pas exception⁶⁴. D'autre part, alors que les deux Etats membres ont choisi de transposer la *règle de minimis*⁶⁵, la Belgique a choisi un plafond de 3 millions d'euros alors que celui des Pays-Bas se limite à 1 million d'euros. Enfin, la Belgique consacré la possibilité qui leur était laissé d'autoriser une entité autonome de déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt alors que les Pays-Bas ne l'ont pas fait⁶⁶.

Considérant ces éléments et les objectifs de l'ATAD qui étaient de créer un ensemble de mesures aptes à prévenir la planification fiscale agressive, notre observation laisse à penser que la planification fiscale des entreprises n'a pas tout à fait été abolie avec l'introduction de la mesure de limitation de déductibilités des intérêts. Seul un glissement des critères s'opèrent en l'espèce⁶⁷.

Laisser le choix d'introduire une mesure, c'est prendre le risque que cette dernière ne soit jamais consacrée. Par exemple, en Belgique, le législateur a décidé de ne pas faire usage de la possibilité laissée par la directive de prendre en considération l'endettement global d'un groupe au niveau mondial afin que les contribuables bénéficient de déductions plus élevées de surcoûts d'emprunt⁶⁸. Le législateur n'a pas davantage prévu une « *clause de sauvegarde* » dans le cas d'une non-application de la règle de limitation des intérêts si la société peut démontrer que le ratio fond propres/actifs est globalement égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe.

2) *Insécurité juridique*

Conformément à l'article 3 de l'ATAD, la directive n'empêche pas l'application de dispositions nationales ou conventionnelles visant à préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt sur les sociétés. Cette disposition, en ce qu'elle n'apporte pas de définition commune de l'expression « un niveau de protection plus élevé », crée de l'insécurité juridique défavorable aux contribuables⁶⁹.

Pour définir ce concept, chaque Etat se livrera à une appréciation subjective et prendra en considération, pour ce faire, ses propres règles internes. Dans ce scénario, chacun considère ses règles contre l'évasion fiscale comme étant plus efficace et partant, dilue d'une certaine manière l'utilité de la directive.

Il revient à la Cour de Justice de l'Union européenne d'évaluer la validité des mesures prises à cet égard et de veiller à ce que les normes minimales imposées par la directive soient effectivement rencontrées. Toutefois, si les Etats membres respectes les minimis imposés tout

⁶¹ DELOITTE (Luxembourg), Anti-tax Avoidance Directive : analysis of ATAD provisions (May 2019)

⁶² Pour rappel, les surcoûts d'emprunt afférents aux emprunts contractés avant le 17 juin 2016 sont à exclure du champ d'application.

⁶³ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, article 4, §4, a).

⁶⁴ *Ibid.*, §7.

⁶⁵ *Ibid.*, article 3, §3 a). Cet article permet de déduire les surcoûts d'emprunt à hauteur d'un certain plafond.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Nous y reviendrons avec une analyse comparative sous le point 2.3. ci-dessous.

⁶⁸ J.-M. COUGNON, *op. cit.*, p.13.

⁶⁹ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p. 3.

en choisissant d'imposer des règles plus strictes, l'intervention de la Cour de Justice n'aura pas d'incidence considérant l'absence d'infraction à la directive⁷⁰.

A notre sens, ce n'est pas la première fois que l'harmonisation minimale laissée par les directives européennes montrent leur limite, notamment du point de vue de la sécurité juridique. Par conséquent, il est de notre avis regrettable que l'ATAD n'ait pas rendu obligatoire la mise en œuvre de certaines normes.

En Belgique, les risques d'insécurité juridique à la suite d'une transposition ne sont plus à démontrer. Par exemple, concernant l'énumération des coûts économiquement similaires à des intérêts tels que visés par l'article 2, §1 de l'ATAD, nous avons avancé dans nos précédentes considérations que le législateur belge n'avait pas purement et simplement repris l'énumération établie conformément à la définition avancée par l'OCDE. La définition sera précisée par un arrêté royal qui, à l'heure actuelle, n'a toujours pas été promulgué. Cette situation crée de l'insécurité juridique pour les contribuables qui n'ont pas accès à cette définition.

3) *Champ d'application rationne personae subjectif*

Dans la première partie de notre travail, nous abordons la question du champ d'application *rationne personae* de la mesure de limitation de déductibilité des intérêts en droit belge. A cette occasion, nous avons abordé la possibilité laissée à la Belgique, et de façon générale à l'ensemble des Etats membres, de choisir d'exclure du champ d'application de la mesure de limitation de déductibilité des intérêts certaines entités⁷¹.

Parmi ces exceptions, l'article 4, §3, b) de la directive laisse la possibilité aux Etats membres d'exonérer les entités dites « *autonomes* ». La justification du choix d'exclure ce type d'entités du champ d'application *rationne personae* de la mesure réside, pour les auteurs de la directive, dans le fait que l'érosion de la base imposable ne devrait se produire que pour les paiements d'intérêts entre sociétés liées⁷².

Cette situation, qui découle de l'harmonisation minimale préconisée par la directive, laisse donc aux Etats membres les soins de définir les contours du champ d'application *rationne personae* et leurs exceptions. Cette pratique conduit inévitablement à des différenciations entre les Etats membres entraînant, pour les contribuables, le risque de se retrouver en dedans ou en dehors du champs d'application d'une même mesure d'un Etat membre à l'autre.

4) *Risque de planification fiscale*

Nos précédentes considérations ont déjà pu démontrer la place laissée à la souveraineté fiscale nationale des Etats membres dans la mise en œuvre de la mesure de limitation de déductibilité

⁷⁰ Autrement dit, si les minimis sont respectés ainsi que les libertés fondamentales européennes, la Cour de Justice ne peut aller à l'encontre des dispositions nationales plus sévères.

⁷¹ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.4

⁷² J. LOBITA CARMONA, *op. cit.* Nous ne partageons toutefois pas cet avis. Evidemment, l'érosion de la base d'imposition est moins susceptible de se produire chez les entités autonomes compte tenu de leur (petite/moyenne) taille et de l'absence de parties liées. Néanmoins, considérant les recommandations de l'OCDE en la matière, certaines entités autonomes peuvent être complexe et présenter un risque d'érosion similaire à celui d'un groupe de sociétés. Tel est le cas, notamment, des certaines holdings où plusieurs entités sont sous le contrôle indirect d'un même investisseur.

des intérêts peut mettre en péril les objectifs de l'ATAD, parmi lesquels on retrouve la contre la planification fiscale agressive⁷³.

La pratique relève que le risque de planification fiscale naît le plus généralement au niveau des groupes de sociétés. En limitant la déduction des intérêts, les entreprises voient leur organisation financière et structurelle compromis. Dans ce contexte, il n'est pas exclu que certains groupes procèdent à la restructuration de leurs accords de financement de groupe ou encore délocalise certains centres d'activités pour s'assurer que la dette soit localisée dans les filiales de leur groupe avec un EBITDA significatif tout en essayant de rester dans les limites des ratios de limitation⁷⁴.

A nous suivre, les prémisses de ce genre de restructuration feront rapidement leur apparition. Les groupes procéderont à une analyse comparative entre les Etats membres, faisant appel à des cabinets de consultances en vue de retirer avantage des spécificités de chaque système pour en retirer un maximum d'avantage. Au final, la planification fiscale que l'ATAD voulait combattre réapparaît de plus belle.

Afin d'illustrer nos propos, procédons à une analyse comparative entre la France et la Belgique concernant la transposition de l'article 4, §5, a) de l'ATAD qui concerne la clause dite « *equity escape rule* »⁷⁵.

a) Aspects théoriques

En application de l'article 4, §5, a) de l'ATAD, les Etats membres peuvent permettre à un contribuable de déduire, lorsque ce dernier est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, l'intégralité des surcoûts d'emprunt pour autant qu'il puisse démontrer que le ratio entre ses fonds propres ou l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe et pour autant que les conditions suivantes soient remplies : d'une part, le ratio entre les fonds propres du contribuable et l'ensemble de ses actifs doit être au maximum inférieur de 2% et, d'autre part, l'ensemble des actifs et des passifs sont estimés selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés.

En Belgique, cette possibilité n'a pas été consacrée comme telle lors de la transposition de l'ATAD⁷⁶. A la place d'introduire cette clause dite « *equity escape rule* », le législateur belge a préféré introduire un mécanisme de consolidation *ad hoc* pour les besoins de la mesure de limitation de déductibilité des intérêts lorsque le contribuable fait partie d'une groupe de sociétés⁷⁷. Pour rappel, cette règle permet de ne pas prendre en considération, afin de déterminer les surcoûts d'emprunt, les charges et les produits d'intérêts intervenus avec des sociétés belges ou des établissements belges faisant partie du même groupe de sociétés.

⁷³ C. BURNETT, « Interest Deductibility : Implementation of Action 4 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project and the future of transfer pricing of intra-group finance », in *Bulletin for International Taxation*, 2019, (Vol 73) n° 6/7.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ DELOITTE (Luxembourg), Anti-tax Avoidance Directive : analysis of ATAD provisions (May 2019)

⁷⁶ DELOITTE (Luxembourg), Anti-tax Avoidance Directive : analysis of ATAD provisions (May 2019)

⁷⁷ Nous renvoyons à la première partie de notre contribution.

Au contraire, en France, l'article précité a été consacré dans la législation fiscale. Dès lors, en cas d'appartenance à un groupe consolidé par intégration globale⁷⁸, l'entité peut bénéficier « d'un complément de déduction égal à 75 % du montant des charges financières nettes non admises en déduction au titre du précédent calcul, à condition que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs soit égal ou supérieur à ce même ratio déterminé au niveau du groupe consolidé (un écart de 2 % est admis) »⁷⁹.

b) Exemple chiffré

Prenons l'exemple pratique simplifié suivant⁸⁰:

	Profit & Loss account			
	Losses		Profits	
Operations	Operating expenses	900,00	Operating income	1.300,00
Tax neutralized exempt/non ded.	Taxes	100,00	Exempt income	4.000,00
	Amortisation / Depreciation	40,00		
Financing	Borrowing costs	850,00	Interest revenues	700,00
	Profits	4.110,00		
	TOTAL	6.000,00	TOTAL	6.000,00
Determination of the Exceeding Borrowing Costs		• 850	• Borrowing Costs (BC)	
		• 150	• Exceeding Borrowing Costs (EBC) = 850 (BC) – 700 (IR)	
Fully deductible Borrowing Costs		• 700	• Borrowing Costs (BC) up to Interest Revenues (IR) or equivalent	
EBITDA		• 400	• (-) $\frac{4.110 \text{ (Profits)} + 150 \text{ (EBC)} + 100 \text{ (Taxes)} + 40 \text{ (Amortisation / Depreciation)}}{4.000 \text{ (Exempt income)}}$	
Maximum interest allowed		• 120	• 30% of 400 (EBITDA)	
Interest limitation		• 30	• 150 (EBC) – 120 (interest allowed)	
Tax results		• 250	• Prior to the application of interest limitation	
		• 280	• Post application of interest limitation, i.e. deduction of 120 instead of 150 of EBC	

Cet exemple reprend de manière simplifiée toutes les étapes de calculs nécessaires afin de déterminer la limitation de déductibilité d'intérêts. Il a été choisi, au fin de l'illustration, un seuil de déductibilité de 30% de l'EBITDA.

Après avoir déterminé le montant des surcoûts d'emprunt⁸¹, il convient de calculer l'EBITDA. Le montant maximal des surcoûts d'emprunt déductibles s'obtiendra en calculant 30% du montant de l'EBITDA. Le montant des surcoûts d'emprunt diminué du montant du montant correspondant au 30% d'EBITDA correspondra au montant des intérêts non-déductibles. Le résultat imposable correspondant à l'EBITDA sera diminué des charges d'intérêts déductibles.

Nous allons utiliser cette exemple afin d'illustrer le résultat auquel peut nous mener une application différenciée de la règle de limitation de déductibilité des intérêts en fonction que

⁷⁸ En France, au contraire de la Belgique, la consolidation des comptes entre sociétés est rendue possible. Si on s'en réfère au Règlement CRC 99-02 concernant les comptes consolidés des sociétés commerciales et des entreprises publiques, le paragraphe 1100 définit cette méthode (voy. <http://www.anc.gouv.fr/cms/news/version-consolidee-du-reglement-crc-99-02>). Dans ce contexte, l'intégration globale est donc une des méthodes de consolidation.

⁷⁹ Rapport PWC (2019), « Loi de finances 2019 : Réforme des règles de déduction des charges financières ».

⁸⁰ DELOITTE (Luxembourg), *op. cit.*

⁸¹ Correspondant à la différence entre « Charges d'intérêts – revenu d'intérêts » (qui est correspond également aux charges d'intérêts entièrement déductibles).

l'on soit face à une entreprise belge ou une entreprise française faisant respectivement partie d'un groupe de sociétés belge et français⁸².

La première étape du calcul (tel qu'illustré ci-dessus) aboutit à un résultat semblable autant en Belgique qu'en France. En effet, les deux Etats ayant tous deux opté pour un seuil de déductibilité de 30% de l'EBITDA, les entreprises belges ou française pourront déduire un maximum d'intérêts de 120 et devra supporter un montant d'intérêts non-déductible (éventuellement à reporter) de 30.

La seconde étape de calcul différencie ensuite les régimes belges et français. En effet, considérant que l'entreprise française appartient à un groupe de sociétés qui opère une consolidation par intégration globale, cette dernière bénéficiera d'un complément de déduction égal à 75% du montants des charges financières non admises en déduction⁸³, à savoir $(150-120) \times 75\% = 22,5$. Dès lors, le maximum d'intérêts que l'entreprise pourra déduire en France sera de 144,5 (contre 120 en Belgique) et devra supporter un montant d'intérêts non-déductible (éventuellement à reporter) de 7,5 (contre 30 en Belgique).

C. Risque de double imposition

Dans la pratique fiscale, le risque de double imposition concerne d'une part, le cas de double imposition juridique, par lequel un même contribuable est imposé dans deux Etats membres sur un même revenu, et d'autre part, le cas de double imposition économique, par lequel un même revenu est imposé dans deux Etats membres différents dans le chef de deux contribuables distincts⁸⁴.

Eu égard aux intérêts, ces derniers subissaient généralement une double imposition économique⁸⁵. Au fur et à mesure des années, des dispositifs mis en place pour éviter cette double imposition: d'abord les conventions préventives de double imposition et ensuite, la directive « Intérêts-Redevances 2003/49 »⁸⁶. La solution découlant de ces textes est la suppression de la retenue à la source et la taxation dans l'état membre de résidence du prêteur.

Alors que les problèmes découlant de cette situation se sont globalement estompés au fur et à mesure des années par l'instauration de dispositions en la matière, l'introduction de l'ATAD semble faire renaître un risque de double imposition susceptibles d'impacter les Etats membres de l'Union européenne. En effet, la mesure vise à limiter la déductibilité des intérêts ce qui signifie nécessairement que le montant des intérêts non-déduits sera considéré comme du profit (fictif) taxable dans l'Etat de source⁸⁷. Partant, ces intérêts non-déduits, en ce qu'ils seront également taxés dans l'Etat de résidence du prêteur au titre de revenu, subiront une double imposition économique.

⁸² Cet exemple prend en considération la consolidation 'ad hoc' rendue possible par le législateur belge.

⁸³ A condition, nous le répétons, que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs soit égal ou supérieur à ce même ration déterminé au niveau du groupe consolidé (2% max).

⁸⁴ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.* p.6

⁸⁵ À savoir, une retenue à la source dans l'Etat membre de l'emprunteur et une taxation dans l'Etat membre du prêteur au titre de revenus. Un même revenu est donc doublement taxé dans le chef de deux personnes différentes.

⁸⁶ Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'Etats membres différents, *OJ*, L 157, du 26 juin 2003.

⁸⁷ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.* p.6

Pour remédier à cette situation de double imposition, la directive prévoit que les contribuables devraient bénéficier d'un allègement sous la forme de déduction correspondant à l'impôt payé dans un autre Etat membre ou pays tiers⁸⁸. Elle justifie cette prise de position par le fait que l'objectif de la règle de limitation de déductibilité des intérêts est de lutter contre les pratiques d'évasions fiscales et d'empêcher de créer d'autres obstacles au marché⁸⁹.

A suivre le considérant de la directive, il conviendrait de remédier à la situation en agissant dans l'Etat de source. A notre sens, agir dans l'Etat de la source n'est pas adéquat. En effet, pour ne plus considérer la partie des intérêts non-déductible comme du revenu (même fictif), il conviendrait de l'exclure. Envisager une exclusion fait toutefois perdre à la limitation de déductibilité des intérêts tout son sens puisque, *in fine*, cela revient à déduire l'entière des intérêts alors que c'est précisément ce que la mesure de limitation cherche à éviter. Un autre élément qui doit être pris en considération concerne le mécanisme de report. En faisant usage du report de la partie des intérêts non-déductible à un exercice ultérieure, une double déduction interviendra consistant d'une part, en la déduction des intérêts limités lors de l'exercice antérieure et, d'autre part, à l'allègement sous forme de déduction reçue.

Selon nous, la manière la plus adéquate serait de remédier à la situation en agissant dans l'Etat de résidence en réduisant proportionnellement les bénéfices imposables du prêteur en déduisant la partie des intérêts qui n'a pu être portée en déduction dans l'Etat de la source. Une telle démarche nécessiterait toutefois une coopération accrue entre les administrations fiscales des Etats membres et, par conséquent, alourdirait leur charge administrative. Or, l'un des objectifs de la directive était justement de réduire la charge administrative et la charge découlant de l'obligation de conformité sans en diminuer sensiblement l'effet fiscal⁹⁰.

En considération de tels éléments, il est à notre sens légitime de se poser la question suivante : en adoptant l'ATAD, le but réel du Conseil n'était-il pas, au final, seulement de générer au bénéfice des Etats membres des recettes dans se soucier réellement des contribuables ?

D. Impact sur le financement par emprunt

Considérant les objectifs de l'ATAD de promouvoir le financement par fonds propres des entreprises et d'avantager la déductibilité des intérêts dans les pays où les bénéfices ont été effectivement générés, la question des répercussions de la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts sur les entreprises belges qui se financent essentiellement par emprunt se pose⁹¹.

1) Promouvoir le financement par fonds propres

Dans la conjoncture actuelle, certains membres de l'Union européenne seront plus impactés que d'autres par l'objectif du Conseil consistant en l'incitation des entreprises européennes de recourir au financement par fonds propres plutôt que par emprunt. Notamment, il ressort d'études réalisées en la matière que les entreprises belges ont tendances à plus se financer par

⁸⁸ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, considérant 5.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, considérant 8.

⁹¹ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.7.

emprunts que par fonds propres au point d'être considérée comme « *un lieu de financement des sociétés avec des revenus financiers élevés* »⁹².

La raison de ce constat s'explique essentiellement par l'absence, jusqu'à alors, de règles de sous-capitalisation strictes grâce auxquelles les entreprises belges pouvaient continuer à conserver une déduction avantageuse de leurs intérêts sur la base imposable à l'impôt des sociétés. La souplesse de la législation fiscale belge sur ce point s'explique par les spécificités du système fiscal, au taux d'impôt des sociétés jusqu'alors élevé en comparaison avec d'autres pays de l'Union européenne et l'absence de consolidation fiscale. Ceci, combiné avec « *l'inexistence de dispositions de droit des sociétés imposant des ratios de fonds propres* »⁹³, permet sans doute d'expliquer pourquoi la plupart des entreprises belges sont largement financées par emprunt.

A noter que l'objectif actuel du Conseil avait déjà été mis en œuvre par la Belgique par le passé avec l'introduction de la déduction d'intérêt notionnel.

En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006, la déduction d'intérêt notionnel, aussi appelée « *déduction fiscale pour le capital à risque* » est « *une mesure novatrice et stimulante en matière de loi fiscale internationale, permettant à toutes les sociétés soumises à l'impôt des sociétés belge, de déduire de leur revenu imposable un intérêt fictif calculé sur leurs fonds propres (actif net)* »⁹⁴. Son objectif principal est de réduire la discrimination fiscale entre le financement avec le capital emprunté et le financement avec capital à risque et partant, constitue un incitant au choix des entreprises de se financer par fonds propres.

La déduction d'intérêt notionnel n'a, à l'heure actuelle, plus le vent en poupe⁹⁵. Cela peut facilement s'expliquer, d'une part, par le taux de déduction des intérêts notionnels qui s'est réduit considérablement au fur et à mesure des années⁹⁶, et d'autre part, par le fait que les excédents de déduction des intérêts notionnels ne peut plus être reportés depuis le gouvernement Di Rupo⁹⁷.

2) Alignement entre déductibilité des intérêts et activité économique réelle

La mesure de limitation de déductibilité des intérêts introduite par l'ATAD a vocation d'aligner la déductibilité des intérêts avec les coûts réels d'activités. Autrement dit, l'objectif du législateur européen est d'avantager la déductibilité des intérêts dans les pays où les bénéfices et les valeurs ont été effectivement générés tout en les limitant dans les pays qui hébergent très

⁹² Pour ce faire, il convient de calculer la différence entre, d'une part, la charge d'intérêt max nette (c'est-à-dire le montant brut des charges d'intérêts d'une entreprise) et, d'autre part, la charge d'intérêt minimum nette (c'est-à-dire la différence entre la charge d'intérêt brute et son revenu financier totale), on remarque que la Belgique présente le taux le plus élevé (7,22%).

⁹³ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.7.

⁹⁴ Définition du SPF Finance. Voy. https://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/avantages_fiscaux/deduction_interet_notionnel#q2

⁹⁵ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.4.

⁹⁶ Au cours de l'exercice 2020, les sociétés pourront bénéficier d'un taux de déduction des intérêts notionnels (déduction fiscale pour capital à risque) de 0,726 %. Le taux pour les « petites » sociétés (PME) s'élèvera à 1,226 % pour l'EI 2020. Ces taux ont considérablement chuté, notamment depuis 2016, à 1,13 % pour les grandes sociétés et à 1,63 % pour les petites sociétés (Voy. <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/taux-de-deduction-des-interets-notionnels-pour-l-ei-2020/>)

⁹⁷ R. VAN HEMELEN, M. STEPHENS, "Déduction des intérêts notionnels ou déduction pour investissement ? ", IPCF, n°432, 30 octobre 2016. Voy http://www.ipcf.be/Uploads/Documents/Pacioli%20432_FR_PMS.pdf

peu d'activité économique. La règle suppose que l'activité économique réelle est liée à l'EBITDA.

Sur base de ce consta, il n'est pas exclu que les entreprises veuillent procéder à la centralisation de leurs emprunts dans l'Etat et dans l'entité les plus avantageux en tenant compte « *de facteurs non fiscaux tels que la note de crédit, la devise et l'accès aux marchés financiers, puis à rétrocéder les fonds empruntés à l'intérieur du groupe, là où ils serviront à financer ses activités économiques* »⁹⁸. Tout un groupe de sociétés pourrait ainsi se restructurer afin de centraliser ses charges d'intérêts dans le pays lui permettant d'obtenir un EBITDA et une activité importante⁹⁹.

Dans ce contexte, nous émettons des réserves quant à la position stratégique de la Belgique. Nous ne sommes pas certain que la Belgique, comme lieu de financement, sera choisie par les contribuables, comme lieu où est effectivement exercée l'activité économique.

E. Violations des principes fondamentaux du droit européen

La pratique fiscale nous a démontré et nous démontre toujours que l'une des principales causes de violations des principes européens et des libertés fondamentales résident en la discrimination fondée sur la nationalité ou le lieu de résidence¹⁰⁰.

A première vue, il est tout à fait envisageable de considérer que deux contribuables dans des situations comparables seront traités sur un même pied d'égalité en application de l'ATAD. En effet, la règle de limitation de déductibilité des intérêts s'applique, en vertu de l'article 4 de l'ATAD, indépendamment du lieu de résidence du contribuable et peut même, le cas échéant, être appliqué à des situations purement nationales¹⁰¹.

Toutefois, cette compatibilité avec les libertés fondamentales, fondée sur le seul test de nationalité, ne signifie pas que la règle est compatible avec le droit de l'Union européenne dans son ensemble. En effet, les traités européens consacrent de nombreux principes qui doivent être observés par le droit dérivé. Outre les libertés fondamentales et l'interdiction des aides d'État¹⁰², les règles nationales doivent également respecter les principes généraux du droit européen.

1) Principes d'égalité et de proportionnalité

Afin d'appréhender les impacts que de la mesure de limitation de déductibilité des intérêts pourrait avoir sur les principes susvisés, nous nous en sommes remis à l'affaire *IR 20/15* du 14 octobre 2015, rendue récemment en Allemagne¹⁰³.

L'Allemagne appliquait une mesure de limitation de déductibilité des intérêts équivalente à la règle européenne avant même que la mesure soit effectivement visée par l'ATAD. Il nous est donc apparu légitime que l'application de cette mesure dans le système fiscal allemand et les

⁹⁸ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.5.

⁹⁹ Ce qui exigerait une planification intelligente puisque l'analyse du Conseil des prélèvements obligatoires a précisé que les retombées viseraient principalement les entités qui choisissent de centraliser leurs emprunts, dont les groupes internationaux.

¹⁰⁰ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.8.

¹⁰¹ Directive (EU) 2016/1164, *op. cit.*, article 1.

¹⁰² Constitue les deux principaux obstacles aux règles nationales en matière d'impôt direct

¹⁰³ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.8.

critiques qui en ont découlé constituent un élément essentiel à prendre en considération dans la recherche des impacts éventuels de la mesure dans l'avenir.

a) Faits

Le 14 octobre 2015, la Cour fédérale des finances allemande a soumis à la Cour constitutionnelle fédérale allemande la question de savoir si la limitation de déductibilité des intérêts, telle que visée par le code des impôts sur le revenu allemand, est inconstitutionnelle en raison d'une violation du principe général de l'égalité.

Conformément à cette disposition, les charges d'intérêts engagés par une entreprise allemande sont déductibles en tant que frais d'exploitation jusqu'à un certain montant. En effet, le solde entre les intérêts débiteurs et créditeurs n'est pas déductible dans le cas où il dépasse 30% du bénéfice opérationnel (EBITDA actuel) et pourront, dans ce cas, être reporté aux exercices suivant. Toutefois, la limitation de la déductibilité des intérêts ne s'opposent pas à la déduction de ces frais d'exploitation si le solde négatif des intérêts de la société est inférieur à 3 millions d'euros¹⁰⁴.

b) Arguments

Selon la Cour fédérale des finances allemande, la règle nationale violait le principe dit de « ability-to-pay principle »¹⁰⁵, corolaire au principe d'égalité, en ce que la limitation aboutissait à ce que l'assiette fiscale du contribuable ne corresponde pas aux bénéfices réels et effectifs du contribuable¹⁰⁶. En effet, la limitation de déductibilité des intérêts entraîne nécessairement pour le contribuable d'être imposé sur une partie qui n'a pu être déduite.

Cette partie non déduite peut être vue, en tant que tel, comme un profit (fictif) qui correspond pas à au bénéfice réel et effectif du contribuable. La Cour ajoute que malgré la possibilité de reporter les intérêts non-déduits à un exercice ultérieur, il n'en reste pas moins que la limitation de déduction « *génère un coût pour le contribuable lequel ne peut être atténué, voir éliminé, par l'option d'un report* »¹⁰⁷.

c) Justifications et décision de la Cour

Parmi les justifications avancées par le législateur allemand à la restriction du principe d'égalité, nous avons choisi d'en développer deux d'entre-elles venant corroborer nos développements antérieurs. En substance, le législateur allemand a tenté de justifier l'approche restrictive de la manière suivante : d'une part, il invoque le fait que la mesure ne touchait qu'un nombre très limité d'entités et, d'autre part, qu'elle était portée par la nécessité de combattre les scénarios d'évasion fiscale. Sur ce point, étant donné que la règle est aussi applicable dans des scénarios purement internes pour lesquels les risques d'évasion fiscale sont faibles, la Cour a considéré que le législateur avait été au-delà de ce qui était nécessaire pour combattre l'évasion fiscale¹⁰⁸.

A ce jour, la décision de la Cour constitutionnelle allemande n'a pas encore été publiée. Toutefois, en l'état actuel des choses, la décision finale, même si elle allait dans le sens d'une violation, n'aurait pas d'incidences concrètes et directes sur le texte de l'ATAD et ce, d'une

¹⁰⁴ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.6.

¹⁰⁵ 'Aptitude à payer en français' ou 'Leistungsfähigkeit' en allemand. Principe selon lequel les taxes doivent être perçues sur les contribuables en fonction de leur capacité à supporter les charges. Ainsi, ce principe peut être considéré comme un corolaire au principe d'égalité dans la fiscalité.

¹⁰⁶ J. LOBITA CARMONA, *op. cit.*, p.7.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

part, en raison de la primauté du droit de l'Union européenne et, d'autre part, parce que même le principe dit « *ability-to-pay* » est reconnu par la plupart des Etats membres comme un principe constitutionnel, la jurisprudence européenne n'est pas unanime quant à la reconnaissance de ce principe au rang d'un principe général européen.

d) Lien avec notre contribution

Les développements susvisés présentent toutefois l'avantage de faire un premier point sur les critiques émises au sujet d'une règle similaire dans un autre Etat membre et d'appréhender les points qui seront éventuellement examinés dans le futur par la Cour de Justice de l'Union européenne à la demande de l'Allemagne ou de tout autre Etat membre.

La Belgique, comme tous les autres membres de l'Union européenne sont en effet touchées par la mesure de limitation de déductibilité des intérêts laquelle est, potentiellement, contraire aux principes généraux du droit européen.

2) La liberté d'établissement

Visée aux articles 49 et suivants du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), la liberté d'établissement garantit la mobilité des entreprises et des professions libérales au sein de l'Union européenne.

L'objectif principal de cette liberté, qui n'est applicable qu'au sein de l'Union européenne, consiste, pour les personnes morales au sens de l'article 54 du TFUE qui agissent légalement dans un Etat membre¹⁰⁹, à exercer, d'une part, « *une activité économique dans un cadre stable et continu dans un autre Etat membre (liberté d'établissement, prévue à l'article 49 du TFUE)* » et, d'autre part, « *à proposer et fournir temporairement leurs services dans d'autres Etats membres tout en demeurant dans leur pays d'origine (liberté de prestation de services, prévue à l'article 56 du TFUE)* »¹¹⁰.

La liberté d'établissement garantit également aux entreprises d'accéder, d'exercer et de gérer des activités indépendantes dans d'autres Etats membres et ce, dans les mêmes conditions que celles énoncées par le droit de l'Etat membre d'établissement pour ses propres ressortissants.

Considérant la mesure de limitation de la déductibilité des intérêts prévue par l'ATAD, il est permis de penser qu'il soit possible que la liberté d'établissement soit biaisée. En effet, à considérer que la directive impose des normes minimales, chaque Etat membre introduira ses propres règles en favorisant, le cas échéant, ses ressortissants qui, inévitablement, conduira à la création de discriminations fondées sur le lieu d'établissement.

Prenons l'exemple de la *règle de minimis*. Le fondement de cette mesure est à trouver dans le considérant 8 de l'ATAD qui énonce que « *afin de réduire la charge administrative et la charge découlant de l'obligation de conformité sans en diminuer sensiblement l'effet fiscal, il peut être opportun de prévoir un régime de protection de façon que les intérêts nets soient toujours déductibles à concurrence d'un montant fixe, lorsque cela aboutit à une déduction supérieure à celle du ration calculé à partir de l'EBITDA. Les Etats membres pourraient abaisser le seuil*

¹⁰⁹ Ainsi que les indépendants et professions libérales.

¹¹⁰ Fiche thématiques sur l'Union européenne, « Liberté d'établissement », Voy. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/40/la-liberte-d-etablissement-et-la-liberte-de-prestation-de-services>

financier afin de garantir un niveau élevé de protection de leurs bases d'imposition nationales ». La directive elle-même, en laissant l'opportunité aux Etats membres de choisir d'abaisser le seuil, ouvre la voie vers des discriminations entre Etats membres.

La discrimination peut naître en combinaison des deux éléments suivants: d'une part, par l'application d'un régime différencié en fonction du pays d'établissement et, d'autre part, en rendant l'application d'une disposition possible sur base de la nationalité. Afin d'appréhender si la règle de *minimis* telle que visée est violée la liberté d'établissement, nous nous sommes livré à une comparaison d'applicable de cette aux situations de groupe au sein de l'Union européenne.

D'une part, la comparaison permet d'emblée de démontrer que l'application de régimes différenciés existe¹¹¹. A cet égard, nous remarquons que la majorité ont choisi de consacrer un seuil de déductibilité de 3 millions d'euros. La Belgique en fait partie. Toutefois, d'autres pays, tels que les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne ou la Roumanie, ont un seuil qui n'excède pas un million. La France, par exemple, a choisi, quant à elle, d'introduire un double seuil : le premier, de 3 millions (principe) et, le second, d'un million applicable dans les cas de sous-capitalisation¹¹². Ou encore, certains pays tels que la Slovaquie ou l'Italie ont fait le choix de ne pas introduire de *règle de minimis*.

D'autre part, il convient d'encore analyser l'application de la disposition est rendue possible sur base de la nationalité. En Belgique, ce seuil spécifique de 3 millions applicable à une situation de groupe doit s'entendre pour l'entière de celui-ci. Le groupe doit, selon la législation belge, uniquement être composé dans ce cas de sociétés résidentes belges ou d'établissements stables belge. Nous pourrions déceler dans cette approche une discrimination fondée sur la nationalité qui est contraire à la liberté d'établissement.

Cette analyse comparative peut s'étendre à d'autres concepts définis par la directive. Par exemple, l'article 4, §3, b) de l'ATAD prévoit que les Etats membres peuvent garantir au contribuable un droit de déduction intégrale des surcoûts d'emprunt si ce dernier est une entité autonome. Si l'on passe sur le fait que les définitions consacrées en droit interne sur le concept « d'entité autonome » peuvent varier, il n'en reste pas moins que la majorité des Etats membres ne consacrent actuellement pas cette exception. Par conséquent, il se pourrait que des entités vues comme autonomes dans un pays membre de l'Union européenne ne le soit pas dans un autre.

3) La libre circulation des capitaux

Le principe de libre circulation des capitaux n'était autrefois qu'un « *objectif* » à remplir par le Traité de Rome afin de « *supprimer progressivement entre les Etats membres (...) les restrictions aux mouvements de capitaux* »¹¹³. Ce n'est qu'à la suite du traité de Maastricht qu'elle a été consacrée en tant que libertés communautaires. Aujourd'hui visée aux articles 63 à 66 du TFUE, la libre circulation des capitaux est la plus large des quatre libertés fondamentales du marché unique de l'Union européenne en ce qu'elle a vocation à également

¹¹¹ DELOITTE (Luxembourg), Anti-tax Avoidance Directive : analysis of ATAD provisions (May 2019)

¹¹² DELOITTE (Luxembourg), Anti-tax Avoidance Directive : analysis of ATAD provisions (May 2019)

¹¹³ Article 67 du Traité de Rome.

s'appliquer dans les relations avec les tiers¹¹⁴. Autrement dit, cette liberté vise à lever toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les tiers¹¹⁵.

Outre le fait qu'elle soit indispensable à la mise en place de l'union économique et monétaire, la libre circulation des capitaux contribue à « *la croissance économique en permettant une affectation optimale des capitaux et en favorisant l'utilisation de l'euro comme monnaie internationale, de manière à asseoir le rôle de l'Union européenne en tant qu'acteur mondial* ».

Concrètement, la mise en œuvre de la règle de limitation de déductibilité des intérêts imposé par l'ATAD peut créer restrictions à la libre circulation des capitaux. Sur ce point, nous appliquerons *mutatis mutandis* les exemples traités ci-avant concernant la liberté d'établissement. Il pourrait en effet s'agir des mêmes scénarios mais impliquant un pays tiers à l'Union européenne¹¹⁶.

F. Etats des lieux et considérations futures

Les développements susvisés nous ont permis d'appréhender l'ATAD sous un nouvel angle et de comprendre les impacts potentiels d'une intervention minimale du le législateur européen afin de laisser aux Etats membres une plus grande souplesse du point de vue de la limitation de la déductibilité des intérêts.

La confrontation entre le texte européen et sa transposition dans les droits nationaux nous a permis d'appréhender plus concrètement les impacts autant en Belgique que dans d'autres pays de l'Union européenne. La Belgique, comme la plupart des système européens, ne seront pas impactés positivement par la mesure en ce que, son évolution au fil du temps, révélera sans nulle doute des incohérences, des discriminations et partant, des changements législatifs importants. Quoiqu'il convienne tout de même de nuancer nos propos en ce que les conséquences liées à une telle mesure seront visible sur un moyen/long terme, le temps pour chaque société de s'imprégner de la règle, de se rendre compte de son impact et de convenir d'une stratégie pour l'intégrer.

¹¹⁴ Fiche thématiques sur l'Union européenne, « Libre circulation des capitaux », <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/40/la-liberte-d-etablissement-et-la-liberte-de-prestation-de-services>.

¹¹⁵ Sauf exceptions.

¹¹⁶ Dans son application, il convient d'analyser que si la libre circulation des capitaux doit ou non être préférée à la liberté d'établissement susvisée.

Conclusion

Après plus de six mois d'introduction effective de la mesure tendant à la limitation de la déductibilité des intérêts en droit belge et dans la plupart des pays membres de l'Union européenne, l'heure est au constat. Nous aurions souhaité que cette contribution vante les mérites de cette nouvelle disposition mais, à la place, il en ressort plutôt un sentiment de perplexité.

Appréhender l'impact de la mesure de limitation en droit fiscal belge nécessitait que l'on se livre à une analyse qui combine l'approche européenne et nationale de la mesure. En effet, les principales conséquences qui découlent d'une mesure transposée en droit interne sont liées à la manière dont celle-ci a été initialement appréhendée d'un point de vue européen.

Notre analyse a permis de mettre en exergue une double complexité de la mesure découlant, d'une part, des choix du législateur européen lors de la rédaction de la directive d'harmonisation visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et, d'autre part, des choix opérés par le législateur belge lors de la mise en œuvre de la norme transposée en droit fiscal belge.

D'un point de vue européen, l'harmonisation minimale, laissant une marge de manœuvre importante en faveur des Etats membres, entraîne des conséquences de plusieurs points de vue.

Tout d'abord, le manque d'uniformité dans les concepts essentielles et nécessaires à l'application de la disposition augmentent, nous l'avons vu, les risques de litiges, de violations des libertés fondamentales ainsi que des principes généraux dont les Etats membres sont les garants. A sa façon, chaque Etat membre, en prenant la décision d'user ou non des possibilités laissées par la directive peut se retrouver dans une des situations susvisées.

Ensuite, la manière dont les Etats membres choisissent de mettre en œuvre la mesure peut déboucher sur d'autres problématiques, telles que le risque de double imposition. Nous l'avons démontré, l'intervention du législateur à cet égard est bien mince et ne permet pas suffisamment de rencontrer son objectif de lutte contre la création d'autres obstacles au marché intérieur.

Enfin, il découle des précédentes considérations, un risque de planification fiscale des entreprises vers les Etats membres qui seront, *de facto*, mis à nouveau dans une situation de concurrence fiscale. Lutter contre une planification agressive au sein de l'Union européenne était pourtant l'un des objectifs de la directive ATAD. Nous émettons des doutes quant à la rencontre de cet objectif.

A cet égard, un autre objectif semble ne pas avoir été atteint, celui de favoriser le financement par fond propres. Les développements sous cette section ont permis de déceler que la marge de manœuvre laissée aux Etats membres impacte négativement l'endettement par emprunt, en tant que mode de financement largement utilisé dans la plupart des Etats membres, tout en n'apportant pas de solutions concrètes pour réaliser son objectif de promouvoir le financement par fond propres.

D'un point de vue belge, l'analyse de l'article 198/1 du CIR 92, transposant la mesure de limitation de déductibilité des intérêts, fait état d'une transposition presque fidèle de la mesure européenne. Les spécificités du système belge ont toutefois mener le législateur à prendre des mesures propres, là où la directive le permettait, et en recourant aux arrêtés royaux. Même si cela fait partie intégrante de notre système juridique belge, il est à notre sens regrettable d'avoir

fait le choix, pour certaines définitions jugées centrales, de recourir à un arrêté royal dont la parution fait encore défaut à ce jour. Nous l'avons vu, cette situation place les contribuables dans une situation d'insécurité juridique qui aurait pu être comblée d'emblée par la directive. Pour le surplus, l'impact de la transposition de la limitation de déductibilité des intérêts en droit belge comprends également ceux généralisés à l'Union européenne dans son ensemble.

En conclusion, même si tout laisse à penser que l'introduction de la mesure de déductibilité des intérêts en droit belge ne présage pas une application dénuée de toutes difficultés, rien ne nous permet à l'heure actuelle d'émettre un constat tout à fait clair, précis et définitif quant à l'impact de cette mesure tant au niveau européen que belge. Seuls l'usage et la pratique permettront de juger de son efficacité.

Tel qu'il en ressort de notre analyse, il est de notre avis que la mesure de déductibilité des intérêts, initialement insérée pour lutter contre l'évasion, la planification fiscale et la concurrence fiscale, ne semble pas avoir rempli ses objectifs. Selon nous, cette disposition à sens unique, dans la mesure où la limitation de déduction des intérêts dans le chef du contribuable est bien réel alors que les objectifs qui la justifie ne le sont pas, ne sert pas les intérêts des contribuables mais bien ceux des Etats membres par l'augmentation de leurs recettes fiscales.

Nous terminerons par un questionnement au sujet de la marge de manœuvre laissée par la directive aux Etats membres. Inévitablement, grâce à la liberté qui leur est conféré, les Etats membres introduiront des mesures qui seront plus protectionnistes et conservatrices qu'en cas d'harmonisation maximale. Dès lors, il est à craindre que les contribuables ou les Etats membres viennent à enfreindre des éléments fondamentaux obligeant la Cour de Justice de l'Union européenne à évaluer la compatibilité de la règle transposée avec le droit européen. Partant, imposer une harmonisation minimale ne serait-elle pas le meilleur moyen pour l'Union européenne de contrecarrer la souveraineté des Etats ?

BIBLIOGRAPHIE

A. LEGISLATION

1) *Européenne*

- Directive (EU) 2016/1164 du Conseil, du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.E.L.*, L 193/1 du 19 juillet 2016.
- OCDE. (2016). *Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers, Action 4 – Version actualisée 2016 : Cadre inclusif sur le BEPS*. Paris: Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE.
- OCDE. Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Résumés des rapports finaux 2015.
- OCDE, Rapport final 2015, chapitre 6, pp. 51-52.
- Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, *OJ*, L 157, du 26 juin 2003.

2) *Nationale belge*

- Code des Impôts sur les Revenus 1992 (2019), Chapitre II « Assiette de l'impôt », Section IV « Détermination du montant net du revenu », Sous-section 1^{er} « Frais professionnels », Article 198/1.
- Loi du 25 décembre 2017 portant réforme à l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.
- Conseil supérieur des Finances. (Juillet 2016). Avis : l'impôt des sociétés dans un contexte "post-beps". Bruxelles: D/2016/11.691/10

B. DOCTRINE

1) *Ouvrages collectifs*

- CARLIER, C., LEFEVRE, S., RIGA, O., « Limitation de déductibilité des intérêts », in *Actualités fiscales*, n°41 (2018), p.1-6.
- FERRER, C., IRAZUSTA, P., « Spain – Restriction to the Tax Deductibility of Financial Expenses: a Spanish view », in *Issue: Derivatives & Financial Instruments*, Vol. 19 (2017), n°4.

- GHYSELS, R., MICHEL, P.A., « EBITDA fiscal et limitation de la déductibilité des intérêts », in *Taxtoday*, 28 juin 2018.
- VAN DEN BERGHE, P., WOUTERS, P.-J., VERHOEVEN, K., « Nieuwe interestaftrekbepanking vervangt thin cap vanaf 2020 », in *Fiscale Actualiteit*, n° 2018/20, pag. 5-11.
- HILLMAN, L., HOEHL, R., « Interest limitation rules: at crossroads between national sovereignty and harmonization », in *European taxation*, 2018, Vol. 58, n°4.
- VERMEULEN, H., DAFNOMILIS, V., « The laws implementing ATAD I – an overview of implementation for financial undertakings in different members states, especially as regards the EBITDA Rule », in *Derivatives & Financial Instruments*, 2018, Vol. 20, n°6.
- HEYVAERT, W., MOONEN, E., « ATAD implementation in Belgium: an analysis of the new interest limitation rule », in *European taxation*, 2019, Vol. 59, n°7.
- PETUTUSCHNIG, M., RECHBAUER, M., RUNGER, S., « Assessment of the Interest Barrier Rule of Article 4 of the EU ATAD Directive for a sample of European firms », in *World Tax Journal*, 2019, Vol. 11, n°3.

2) *Analyses de cabinets*

- EY (Belgium), *Holding companies after the Anti-Tax Avoidance Directives* (2018).
- EY (Belgium), *EBITDA based interest deduction limitation rule* (2018).
- BLOOM Law Firm, *L'impact de la Directive anti-évasion fiscale sur le financement d'entreprises belges* (2016).
- PWC (Belgium), *Interest Deductibility- the implementation of BEPS Action 4*, Rapport Congrès de Londres 2019, Branche belge de l'IFA, 16 octobre 2018.
- DELOITTE (Luxembourg), *Anti-tax Avoidance Directive : analysis of ATAD provisions* (May 2019)
- Rapport PWC (2019), « Loi de finances 2019 : Réforme des règles de déduction des charges financières ».

3) *Articles périodiques*

- PIERREE, S., « The European implementation of the BEPS project Action 4 and its compatibility with EU law », in *Revue Générale de fiscalité et de comptabilité pratique*, Waterloo, Vol. 3 (2018), n°10, pp. 17-40.
- TELL, M., « Interest limitation rules in the post-BEPS era », in *Intertax Alphen aan den Rijn*, Vol. 45 (2017), n° 11, pp.750-763.
- DOURADO, A.-P., « The interest limitation rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the net taxation principle », in *EC tax review Alphen aan den Rijn*, Vol. 26 (2017), n°3, p.112.
- HOLMIA-JUNNILA, V., « A comparison of the OECD BEPS Actions 2, 3 and 4 and the corresponding EU anti-tax avoidance measures and their compatibility with the EU fundamental freedoms », Amsterdam University of Amsterdam (2016)
- COUGNON, J.-M., « Réforme fiscale à l'impôt des sociétés et transposition des directives ATAD », in *R.G.F.C.P.*, 2018/6, pp. 14-18.
- BURNETT, C., « Interest Deductibility : Implementation of Action 4 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project and the future of transfer pricing of intra-group finance », in *Bulletin for International Taxation*, 2019, (Vol 73) n° 6/7.
- LOBITA CARMONA, J., « The ATAD's Interest Limitation Rule – A step backwards? », in *European taxation*, 2019, Vol. 5, n° 2/3.
- Belgium – ATAD implementation table, in IBFD, 13 may 2019.
- KOLRUSS, T., « Is ATAD a black hole? The impact on international tax planning », in *European taxation*, 2019, Vol. 59, n°8.
- POPA, O., « An overview of ATAD implementation in EU member states », in *European taxation*, 2019, Vol. 59, n°2/3.
- GUTMAN, D., « The impact of the ATAD on domestic systems: a comparative survey », in *European taxation*, 2017, Vol.57, n°1.
- KAYIS-KUMAR, A., « Evaluation the effectiveness of changes in the UK corporate interest deductibility rules », in *World Tax Journal*, 2019, Vol.11, n°1.

4) *Sites Internet*

- BOURGEOIS, M., « Une réforme fiscale globale est-elle encore concevable en Belgique ? » (2017, Octobre 20). Consulté sur : <http://www.legalworld.be/legalworld/bourgeois-carte-blanche-reforme-fiscale-globale.html?LangType=2060>
- Allen Overy, « EU Anti-Tax Avoidance Directive published: implications for corporate taxpayers in Belgium ». Consulté sur: <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive-published-implications-for-corporate-taxpayers-in-Belgium.aspx>
- BONGAERTS, W., & IJZERMAN, I., « The final European Anti-Tax-Avoidance Directive: impact to EU jurisdictions ». Consulté sur : <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/netherlands/the-final-european-antitax-avoidance-directive>

- BUNGAARD, J., SCHMID, P.-K., « Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive », in *Kluwer International Tax Blog*. Consulté sur : <http://kluwertaxblog.com/2016/10/17/uncertainties-following-final-eu-anti-tax-avoidance-directive/>.
- X., « Que nous apporte 2018 ? La réforme tant attendue de l'impôt des sociétés ! », in *Taxwin*, Revues n° 01 du 10 janvier 2018. Consulté sur : https://expert.taxwin.be/fr/tw_actu_d_af/document/nlid_WAFISCAR_EU18010101
- VAN HEMELEN, R., STEPHENS, M. « Déduction des intérêts notionnels ou déduction pour investissement ? », *IPCF*, n°432, 30 octobre 2016. Voy http://www.ipcf.be/Uploads/Documents/Pacioli%20432_FR_PMS.pdf

C. JURISPRUDENCE

1) Européenne

- C.J.U.E., 21 décembre 2016, *Masco Denmark ApS and Damixa ApD v. Skatteministeriet*, C-593/14, *J.O.U.E.*, C 984 du 18 novembre 2016.