

La déduction des charges de financement à l'impôt des sociétés – Les règles intéressant les sociétés actives dans la promotion immobilière

Jean-Michel DEGÉE

Avocat (Arteo)
Chargé de cours à l'ULiège et maître de conférences à l'Executive Master en gestion fiscale – Solvay Brussels School

Noémie MOORTGAT

Avocate (Arteo)

Objet et plan de l'exposé

Nous avons tenté d'aborder dans cette contribution l'ensemble des règles qui régissent la déduction des charges de financement à l'impôt des sociétés, et qui intéressent plus spécialement les sociétés actives dans la promotion immobilière.

Les règles spécifiques à la déduction des charges de financement se sont multipliées ces dernières années. Le législateur est en effet intervenu à plusieurs reprises soit pour clarifier certaines règles existantes soit pour en introduire de nouvelles, singulièrement pour lutter contre les paiements à des « paradis fiscaux » ou pour transposer les directives européennes pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, dites directives ATAD I et II¹.

¹ Directive (UE) 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.U.E.*, 19 juillet 2016 (directive ATAD I), modifiée par la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, *J.O.U.E.*, 7 juin 2017 (directive ATAD II).

Cette tendance se double d'un courant de jurisprudence qui interprète les conditions générales de déduction posées par l'article 49 du Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR) de manière restrictive.

Avec pour conséquence que les sociétés doivent tenir compte de règles multiples et souvent complexes, au champ d'application variable.

Nous avons regroupé les règles par thèmes, pour aider les sociétés actives dans l'immobilier à se retrouver dans le fatras de dispositions particulières, bien que toutes les règles n'intéressent pas toutes les sociétés.

Nous aborderons ainsi les thèmes suivants :

- la limite générale en ce qui concerne le taux d'intérêt appliqué ;
- la limite générale en ce qui concerne le montant déductible au titre d'intérêts, qui intéressera essentiellement les sociétés immobilières qui font partie d'un groupe de sociétés ;
- la requalification de certains intérêts – essentiellement sur des « avances » par des personnes physiques – en dividendes non déductibles ;
- les règles de limitation de déduction des intérêts payés à un bénéficiaire faiblement taxé ;
- les règles de limitation de déduction des intérêts payés dans le cadre des instruments hybrides ;
- et enfin l'interprétation des conditions générales de déduction des charges professionnelles de l'article 49 du CIR pour rejeter la déduction des charges d'emprunts souscrits à l'occasion du paiement d'un dividende ou d'un remboursement de capital.

I. Limite générale en ce qui concerne le taux d'intérêt (art. 55 du CIR)

A. Principe et champ d'application

L'article 55 du CIR fixe de longue date une limite de taux en ce qui concerne la déduction des « intérêts d'obligations, de prêts, de créances, de dépôts et d'autres titres constitutifs d'emprunt ».

Cette limite générale s'applique aux intérêts afférents à toutes formes d'emprunt, à l'exception des intérêts payés aux établissements de crédit, aux sociétés à portefeuille, aux compagnies d'assurance, etc., et les intérêts payés relativement à des obligations émises publiquement et d'autres titres analogues constitutifs d'emprunts.

B. L'article 55 du CIR fixe une limite qui diffère selon la nature de l'emprunt

Il faut faire une distinction entre (i) les intérêts de prêts non hypothécaires sans terme (comptes courants créditeurs) (art. 55, al. 1^{er}, 1^o, du CIR) (*infra*, 1) et (ii) les intérêts des autres prêts (art. 55, al. 1^{er}, 2^o, du CIR) (*infra*, 2). Cette distinction est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et est applicable aux intérêts qui se rapportent aux périodes après le 31 décembre 2019².

1. Prêts non hypothécaires sans terme (comptes courants créditeurs)

Les intérêts de prêts non hypothécaires sans terme (comptes courants créditeurs) ne sont déductibles à titre de frais professionnels que dans la mesure où ils ne dépassent pas un montant correspondant à un taux d'intérêt spécifique pratiqué par les institutions financières monétaires belges (le taux IFM), publié par la Banque nationale de Belgique, pour les prêts d'un montant inférieur ou égal à 1.000.000 euros avec taux variable et fixation initiale du taux d'une durée inférieure ou égale à un an, octroyés aux sociétés non financières, conclus au mois de novembre de l'année civile précédant l'année civile à laquelle les intérêts se rapportent, augmenté de 2,5 % (art. 55, al. 1^{er}, 1^o, du CIR).

D'après la Banque nationale, le taux IFM pour novembre 2021 s'élève à 1,57 %. Après application de la majoration de 2,5 %, le taux d'intérêt maximum s'élève à 4,07 % pour les intérêts relatifs à la période imposable 2022. Pour novembre 2022, ce taux a plus que doublé et s'élève à 3,20 %. Pour les intérêts relatifs à la période imposable 2023, le taux d'intérêt maximum s'élèverait donc à 5,70 %.

Cette limitation n'est pas applicable aux intérêts qui sont payés à des sociétés liées dans le cadre d'une convention-cadre de gestion centralisée de trésorerie d'un groupe visée à l'article 198, § 4, alinéa 5, du CIR.

2. Autres prêts

En ce qui concerne les intérêts d'emprunts ou de dettes autres que les prêts non hypothécaires sans terme, les intérêts ne sont déductibles à titre de frais professionnels que dans la mesure où ils ne dépassent pas un montant correspondant au « taux d'intérêt 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 (art. 55, al. 1^{er}, 2^o, du CIR)³.

² Loi du 25 décembre portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017, art. 86, C.

³ Pour une rare décision en la matière, voy. Mons, 14 juillet 2022, RG n° 2021/RG/268.

Pour l'application de cette disposition, le taux d'intérêt à prendre en considération est :

- le taux d'intérêt qui est pratiqué le jour à partir duquel les sommes empruntées commencent à produire des revenus, la prorogation et la reconduction tacite de toute convention au-delà du terme initialement prévu étant assimilées à la conclusion d'une nouvelle convention ; ou
- lorsque la convention stipule un intérêt variable ou une clause d'indexation, le taux pratiqué à l'échéance des revenus, ou les taux qui, éventuellement, ont été successivement pratiqués au cours de la période à laquelle se rapportent les revenus, dans l'éventualité et dans la mesure où la stipulation particulière a sorti ses effets (art. 55, al. 2, du CIR).

II. Limite générale quant au quantum des intérêts déductibles : la règle des « surcoûts d'emprunt »

A. Principe et champ d'application

La règle dite des « surcoûts d'emprunts » détermine une limite générale de montant d'intérêts déductibles au titre de charge professionnelle, fixée à 30 % de l'EBITDA, ou 3 millions d'euros si ce dernier montant est supérieur à 30 % de l'EBITDA.

Elle s'applique aux personnes morales belges assujetties à l'impôt des sociétés et aux établissements belges de personnes morales étrangères assujetties à l'impôt des non-résidents/sociétés.

Certaines sociétés sont toutefois exclues de cette règle (art. 198/1, § 6, du CIR). Elles peuvent être réparties en trois catégories :

- *première catégorie* : les banques, les compagnies d'assurance, les sociétés d'investissement et organismes de placement qui répondent à la définition d'entreprises financières au sens de l'article 2, 5), de la directive ATAD I ;
- *deuxième catégorie* : les sociétés dites « autonomes », à savoir les sociétés qui :
 - ne font pas partie d'un groupe de sociétés ;
 - ne disposent pas d'un établissement étranger ;
 - ne détiennent pas, directement ou indirectement, une participation dans une société d'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
 - n'ont pas pour actionnaire ou associé une personne physique ou morale qui détient, directement ou indirectement, une participation dans cette société et dans une autre de chacune au moins 25 % des droits

de vote ou du capital de ces sociétés, ou qui donne droit à au moins 25 % des bénéfices de chacune de ces deux sociétés.

- *troisième catégorie*: les sociétés dont l'unique activité consiste exclusivement en la réalisation d'un projet d'infrastructure publique à long terme lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'UE⁴.

Les sociétés actives dans le secteur de la promotion immobilière peuvent tomber dans la deuxième et la troisième catégories d'exclusion.

B. La non-déduction des surcoûts d'emprunt

L'article 198/1 du CIR, issu de la transposition de l'article 4 de la directive ATAD I, pose comme principe que les «surcoûts d'emprunt» ne sont pas considérés comme des frais professionnels dans la mesure où le montant de la charge d'intérêts nette excède à la fois 3 millions d'euros et 30 % de l'EBITDA fiscal de la société⁵.

Lorsque le montant limite est dépassé, le solde des surcoûts d'emprunt n'est pas déductible.

Les arrêtés royaux du 20 décembre 2019⁶ et du 7 juin 2021⁷ contiennent les règles d'exécution de la limitation de la déduction des intérêts, contenues aux articles 73^{4/8} à 73^{4/14} de l'arrêté royal d'exécution du CIR (AR/CIR)⁸.

La nouvelle limitation ne s'applique *de facto* pas aux sociétés dont la base imposable est déterminée de manière forfaitaire par l'article 185*bis* du CIR, parmi lesquelles figurent les sociétés immobilières réglementées (SIR).

⁴ Étaient initialement visées les sociétés dont l'unique activité consiste exclusivement en la réalisation d'un «projet de partenariat public-privé attribué suite à une mise en concurrence conformément à la législation en matière de marchés publics» (projet PPP). Cette notion a toutefois été remplacée par la notion de «projet d'infrastructure publique à long terme» par la loi du 20 décembre 2020 (*M.B.*, 30 décembre 2020) suite à une mise en demeure de la Commission européenne le 2 juillet 2020. Selon la Commission européenne, la portée de la notion de «partenariat public-privé», non définie en droit belge, n'est pas tout à fait identique à celle de «projet d'infrastructure à long terme» figurant à l'article 4, § 4, b), de la directive ATAD I (projet de loi portant des dispositions fiscales diverses et de lutte contre la fraude urgentes, *Doc. parl.*, exposé des motifs, Ch., sess. 2020-2021, n° 55/1683/001, p. 7).

⁵ Le régime de la limitation de la déduction des intérêts est applicable depuis l'exercice d'imposition 2020 se rattachant à une période imposable qui débute au plus tôt le 1^{er} janvier 2019.

⁶ Arrêté royal du 20 décembre 2019 portant adaptation de l'AR/CIR92 suite à l'introduction de la déduction des transferts intragroupe et de la limitation de la déduction d'intérêts, *M.B.*, 27 décembre 2019.

⁷ Arrêté royal du 7 juin 2021 portant exécution de la loi portant des dispositions fiscales diverses et de lutte contre la fraude urgentes, *M.B.*, 17 juin 2021.

⁸ Ces dispositions ont fait l'objet de quatre circulaires administratives: les circulaires 2020/C/97 du 10 juillet 2020, 2021/C/87 du 5 octobre 2021 et 2023/C/8 du 12 janvier 2023 relatives à la limitation de la déduction des intérêts et la circulaire 2019/C/89 du 11 septembre 2019 relative à la clause de «*grandfathering*» dans le cadre de la limitation de la déduction des intérêts complétée par deux addendas du 5 mai 2020 et du 18 octobre 2021.

L'article 185*bis* du CIR, tel que modifié par la loi du 28 avril 2019⁹, prévoit ainsi que la base imposable des sociétés qu'elle vise se limite au « montant total des avantages anormaux ou bénévoles reçus et des dépenses et charges non déductibles à titre de frais professionnels autres que des réductions de valeur et moins-values sur actions ou parts *et que des surcoûts d'emprunt visés à l'article 198/1 qui ne sont pas non plus considérés comme des frais professionnels* ». Les fonds d'investissement immobiliers spécialisés qui bénéficient du régime de l'article 185*bis* ne sont pas non plus soumis à la règle.

Pour appliquer la nouvelle règle, il faut dans un premier temps définir les « surcoûts d'emprunt » (*infra*, 1) et ensuite déterminer le montant limite (*infra*, 2). Nous aborderons ensuite la situation particulière du contrôle conjoint et du consortium (*infra*, 3) et les emprunts exclus (*infra*, 4).

1. Les « surcoûts d'emprunt »

Notion de « coûts d'emprunt ». – Seuls les « surcoûts d'emprunt » sont non déductibles, s'ils dépassent les montants limites. Pour déterminer les « surcoûts d'emprunt », il convient tout d'abord de définir ce que l'on entend par « coûts d'emprunt ». Cette notion comprend les intérêts, mais également les autres coûts d'emprunt « décrits par le Roi comme étant économiquement similaires à des intérêts ». L'article 73^{4/8}, § 1^{er}, de l'AR/CIR¹⁰ établit une liste exhaustive (et très large) des coûts qui doivent être considérés comme économiquement similaire à des intérêts :

- l'amortissement d'une immobilisation incorporelle ou corporelle dans la mesure où les charges d'intérêt afférentes aux capitaux empruntés sont reprises dans la valeur d'acquisition de cette immobilisation en application de l'article 3:16 de l'arrêté royal du portant exécution du Code des sociétés et des associations (AR/CSA) ;
- la réduction des stocks considérée comme frais professionnels, dans la mesure où les charges d'intérêt afférentes aux capitaux empruntés sont reprises dans le coût de revient de ces stocks et commandes en cours d'exécution en application de l'article 3:16 de l'AR/CSA ;
- l'indemnité qui est due par le contribuable à une société étrangère qui fait partie du même groupe de sociétés que le contribuable et qui est limitée à une prime pour la mise à disposition de capital en vertu de l'article 185, § 2, a, du CIR, et en application des règles de prix de transfert ;
- les gains et pertes de change dans la mesure où ceux-ci résultent du versement d'intérêt en exécution d'un contrat de prêt ;

⁹ Loi du 28 avril 2019 portant des dispositions fiscales diverses et modifiant l'article 1^{er}, § 1^{ter}, de la loi du 5 avril 1955, *M.B.*, 6 mai 2019, art. 13.

¹⁰ Inséré par l'article 2 de l'arrêté royal du 20 décembre 2019 portant adaptation de l'AR/CIR 92 suite à l'introduction de la déduction des transferts intragroupe et de la limitation de la déduction d'intérêts, *M.B.*, 27 décembre 2019.

- les frais de garantie et les frais similaires qui sont dus en raison de la constitution d'un contrat dans lequel l'autre partie a garanti à un bénéficiaire le versement d'un montant déterminé préalablement dans le cas où les conditions contractuelles sont remplies;
- les frais de dossier et les frais similaires, autres que les intérêts, qui sont dus en raison de la conclusion d'un contrat de prêt;
- la partie de l'escompte de créances qui ne sont pas productives d'intérêt ou qui sont assorties d'un intérêt anormalement faible, visé à l'article 3:45 de l'AR/CSA, qui est comprise dans les bénéfices de la période imposable en application de l'article 363 du CIR, ainsi que la partie de l'escompte de dettes qui ne sont pas productives d'intérêt ou qui sont assorties d'un intérêt anormalement faible visé aux articles 3:45 et 3:55 de l'AR/CSA, qui est considérée comme des frais professionnels.

D'autres formes d'indemnités, qui ne sont pas des intérêts ou des autres coûts (ou produits) nommément décrits comme économiquement similaires à des intérêts peuvent également être considérées comme étant des coûts (ou des produits) économiquement similaires à des intérêts (art. 198/1, § 2, du CIR), dans la mesure où :

- ces coûts (ou produits) constituent une contre-prestation pour la mise à disposition de capitaux à un tiers;
- le bénéficiaire de ces coûts (ou produits) a admis leur qualification en tant que coûts (ou produits) qui sont économiquement similaires à des intérêts;
- la convention de mise à disposition de capitaux prévoit expressément ces coûts (ou produits) qui sont considérés comme étant économiquement similaires à des intérêts pour l'application de l'article 198/1, § 2, du CIR; et
- une décision anticipée dans laquelle le demandeur identifie chaque débiteur des produits ou chaque bénéficiaire des coûts et reprend dans un relevé qui est joint en annexe à la déclaration, non seulement l'identité de ce débiteur ou bénéficiaire, mais également le montant de ces coûts ou de ces produits (et qui produit ses effets tant sur le demandeur que sur le bénéficiaire des coûts ou sur le débiteur des produits) a été obtenue à cette fin.

Notion de «surcoûts d'emprunt». – Par «surcoût d'emprunt», l'on entend la différence entre :

- le total des intérêts et coûts d'emprunt qui sont considérés comme des frais professionnels déductibles de la période imposable, conformément aux autres dispositions du CIR, et qui ne sont pas liés à un établissement stable dont les bénéfices sont exonérés en vertu d'une convention préventive de la double imposition; et

- le total des intérêts et coûts d'emprunt 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.

Les surcoûts d'emprunt correspondent donc à l'excédent des intérêts payés par rapport aux intérêts perçus (en ce compris les coûts et produits économiquement similaires à des intérêts).

Les coûts d'emprunt dont la déductibilité n'est pas autorisée sur la base d'autres articles du CIR n'entrent pas en ligne de compte pour la détermination des surcoûts d'emprunt¹¹.

Calcul du surcoût d'emprunt: correction au sein d'un groupe de sociétés. – Le législateur belge a fait usage de la possibilité prévue par la directive ATAD I d'appliquer la limitation de la déduction des intérêts au niveau du groupe. La notion de «groupe de sociétés» n'est pas définie spécifiquement par les dispositions relatives à la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt (ni par la directive ATAD I). Il faut se référer à l'article 2, § 1^{er}, 5^o/1, du CIR qui définit le «groupe de sociétés» comme visant l'ensemble des sociétés qui sont liées au sens de l'article 1:20 du Code des sociétés et des associations (CSA)¹².

Ainsi, dans un groupe de sociétés, une correction doit être effectuée pour la détermination des surcoûts d'emprunt: les intérêts et coûts d'emprunt dus à ou par une société résidente ou un établissement belge qui fait partie de ce groupe n'entrent pas en compte pour la détermination des surcoûts d'emprunt (art. 198/1, § 2, al. 3, du CIR).

¹¹ Initialement, seuls les intérêts qui ne peuvent pas être considérés comme des frais professionnels sur la base des articles 49, 52, 2^o, 54 et 55 du CIR étaient visés. La loi du 20 décembre 2020 (*M.B.*, 30 décembre 2020) a remplacé le renvoi à ces articles par un renvoi «aux articles du [CIR]». Cette adaptation vise à trouver une meilleure correspondance avec le texte de la directive ATAD I, dans lequel il est clairement prévu que les coûts d'emprunt entrent en ligne de compte pour la détermination des surcoûts d'emprunt, dans la mesure où ceux-ci sont déductibles en tant que frais professionnels (projet de loi portant des dispositions fiscales diverses et de lutte contre la fraude urgentes, *Doc. parl.*, exposé des motifs Ch., sess. 2020-2021, n^o 55/1683/001, pp. 7-8).

¹² Les «sociétés liées à une société» au sens de l'article 1:20 du CSA sont: (i) les sociétés qu'elle contrôle, (ii) les sociétés qui la contrôlent, (iii) les sociétés avec lesquelles elle forme un consortium et (iv) les autres sociétés qui, à la connaissance de son organe d'administration, sont contrôlées par les sociétés visées aux points (i), (ii) et (iii). Selon l'article 1:14 du CSA, le «contrôle» est le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion. Dans les cinq situations suivantes, le contrôle de droit est présumé de manière irréfragable (article 1:14, § 2, du CSA): (i) lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société en cause, (ii) lorsqu'un associé a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants, (iii) lorsqu'un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu des statuts de la société en cause ou de conventions conclues avec celle-ci, (iv) lorsque, par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés de la société en cause, un associé dispose de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de celle-ci et (v) en cas de contrôle conjoint.

En d'autres termes, pour déterminer les surcoûts d'emprunt des sociétés qui font partie d'un groupe, on exclut (i) en amont, les intérêts reçus d'une société/d'un établissement belge du groupe et (ii) en aval, les intérêts payés à une société/un établissement belge du groupe¹³.

En revanche, les intérêts payés par une société belge du groupe à une société ou un établissement étranger du groupe ainsi que les intérêts reçus par une société belge d'une société ou un établissement étranger du groupe interviennent bien pour déterminer les surcoûts d'emprunt.

En déterminant les surcoûts d'emprunt (et la limitation de la déduction des intérêts) au niveau du groupe, les effets d'une consolidation fiscale *ad hoc* sont simulés de sorte que les sociétés qui font partie d'un groupe de sociétés pendant l'entièreté de la période imposable sont considérées comme une seule société pour l'application du régime de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt. La simulation de consolidation ne vaut toutefois qu'entre entités belges du groupe, pour autant qu'elles ne soient pas exclues de l'application du régime de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt.

Suivant l'administration fiscale, les dispositions légales ne permettraient toutefois pas qu'un surcoût d'emprunt négatif d'un (ou plusieurs) membre(s) belge(s) d'un groupe de sociétés puisse être déduit d'un surcoût d'emprunt positif d'un (ou plusieurs) autre(s) membre(s) belge(s) du groupe¹⁴. Cela nous paraît très contestable.

2. Rejet de la déduction des surcoûts d'emprunt – montant limite

Montant limite. – Les surcoûts d'emprunt 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. Ce montant limite est le montant le plus élevé des deux montants suivants :

- 30 % de l'EBITDA fiscal du contribuable ;
- 3 millions d'euros.

EBITDA fiscal. – Schématiquement, l'EBITDA fiscal d'un contribuable se détermine en trois étapes (art. 198/1, § 3, al. 2, du CIR) :

- *première étape* – le résultat de la période imposable : le point de départ du calcul de l'EBITDA fiscal est « le résultat de la période imposable », à savoir la somme du mouvement des réserves, des dividendes distribués et des dépenses non admises, soit le résultat qui apparaît au code 1460

¹³ Pour la détermination de surcoûts d'emprunt, il n'est pas nécessaire que le contribuable fasse partie du groupe de sociétés durant l'entièreté de la période imposable. Il est suffisant que les sociétés concernées fassent partie d'un seul et même groupe durant la période à laquelle les paiements se rapportent.

¹⁴ Circulaire 2020/C/97 du 10 juillet 2020 relative à la limitation de la déduction des intérêts, point 8.

de la déclaration. Ce résultat fait ensuite l'objet des corrections reprises à la deuxième et la troisième étapes;

- *deuxième étape* – ajout des amortissements, réductions de valeurs et surcoûts d'emprunts fiscalement déductibles et du bénéfice exonéré visé à l'article 194*sexies* du CIR: le résultat de la période imposable obtenu à la première étape est majoré des amortissements et réductions de valeur qui sont considérés comme des frais professionnels de la période imposable. Les surcoûts d'emprunt, à l'exception de la partie qui n'est pas considérée comme frais professionnels en application de la nouvelle limitation (cette partie se retrouve en effet déjà dans le résultat de la période imposable au titre de dépense non admise – voy. la première étape), et le bénéfice exonéré à concurrence du total des surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été pris en compte comme frais professionnels au cours d'une des périodes imposables antérieures y sont également ajoutés¹⁵;
- *troisième étape* – déduction des bénéfices fiscalement exonérés et des bénéfices de projet d'infrastructure publique à long terme intra-européens: le montant obtenu à l'issue de la deuxième étape est ensuite diminué des bénéfices exonérés d'impôts, à savoir:
 - le montant du transfert intragroupe de l'article 205/5 du CIR qui vient en déduction des bénéfices de la période imposable (la « consolidation partielle »);
 - les revenus définitivement taxés qui peuvent être déduits des bénéfices de la période imposable en cours ou d'une période imposable ultérieure;
 - 85 % des revenus d'innovation au sens de l'article 205/1 du CIR déductibles des bénéfices de la période imposable en cours ou d'une période imposable ultérieure;
 - 80 % des revenus de brevets déterminés conformément à l'article 543 du CIR qui sont pris en compte en vue d'être déduits des bénéfices de la période imposable; et
 - la partie des bénéfices de la période imposable qui est exonérée en vertu d'une convention préventive de la double imposition.

En revanche, les déductions fiscales telles que la déduction pour investissement ou la déduction pour capital à risque, qui ne se fondent pas sur des éléments de bénéfices à proprement parler, ne doivent pas être déduites de l'EBIDTA. Les éléments qui sont exonérés d'impôt par la constitution

¹⁵ D'un point de vue pratique, il ne peut, en premier lieu, y avoir de correction pour les bénéfices exonérés en application de l'article 194*sexies* du CIR (circulaire 2023/C/8 du 12 janvier 2023 relative à la limitation de la déduction des intérêts, point 50). En effet, dans le résultat après la première opération et avant l'application de la limitation de la déduction des intérêts, sur la base de laquelle l'EBITDA est calculé, il n'y a pas de bénéfices exonérés en application de l'article 194*sexies* du CIR. Il ne doit donc pas y avoir de correction pour une exonération qui n'est pas encore appliquée à ce moment. Le même raisonnement doit être suivi pour la correction de l'EBITDA à concurrence de la partie déductible des surcoûts d'emprunt (*ibid.*, point 51).

d'une réserve immunisée ou par une adaptation de la situation de début des réserves ne doivent pas non plus être retirés de l'EBITDA.

Par ailleurs, les bénéfices réalisés en exécution d'un projet d'infrastructure publique à long terme et dont l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et revenus se situent dans l'UE sont également soustraits de l'EBITDA.

Calcul de l'EBITDA fiscal : correction au sein d'un groupe de sociétés. – Lorsque le contribuable fait partie d'un groupe de sociétés, deux règles additionnelles s'appliquent en vue de calculer un EBITDA consolidé (art. 198/1, § 3, al. 3, deuxième tiret, du CIR).

La détermination de l'EBITDA du contribuable qui fait partie d'un groupe de sociétés durant toute la période imposable s'effectue selon la méthode établie par le Roi à l'article 73^{4/11} de l'AR/CIR.

Premièrement, son EBITDA est augmenté des frais professionnels qui sont dus aux entités belges du groupe (qui ne sont pas exclues de l'application de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt) dans la mesure où le contribuable démontre que ces coûts sont considérés dans le chef du bénéficiaire comme des revenus qui sont neutralisés de l'EBITDA (art. 73^{4/11}, al. 2, de l'AR/CIR).

Deuxièmement, son EBITDA est diminué des revenus recueillis des entités belges du groupe (qui ne sont pas exclues de l'application de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt) pour autant que ces revenus soient compris dans le résultat de la période imposable (art. 73^{4/11}, al. 3, de l'AR/CIR)¹⁶.

Pour garantir que la somme des EBITDA des différentes entités belges du groupe ne soit pas supérieure au montant de l'EBITDA consolidé, le montant négatif d'EBITDA d'une entité belge du groupe est réparti entre les autres entités belges du groupe en proportion de l'importance du montant positif d'EBITDA de ces entités (art. 73^{4/11}, § 2, de l'AR/CIR). L'EBITDA positif d'une entité belge du groupe ne peut être compensé par l'EBITDA négatif d'une autre entité belge que jusqu'à un montant qui ne peut pas être inférieur à zéro.

Convention de déduction d'intérêts. – Les sociétés résidentes et établissements belges qui sont membres d'un groupe durant toute la période imposable et qui ne sont pas des entités exclues de la nouvelle limitation ont la faculté de se transférer tout ou partie de leur « montant limite » (art. 198/1, § 3, al. 3, troisième tiret, du CIR).

¹⁶ Cette diminution de l'EBITDA fiscal ne doit pas avoir lieu pour les revenus définitivement taxés qui peuvent être déduits des bénéfices de la période imposable en cours ou d'une période imposable ultérieure, 85 % des revenus d'innovation déductibles des bénéfices de la période imposable en cours ou d'une période imposable ultérieure, 80 % des revenus de brevets déductibles des bénéfices de la période imposable en cours et bénéfices qui ont été réalisés « en exécution d'un projet d'infrastructure publique à long terme », lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'UE (art. 73^{4/11}, al. 4, de l'AR/CIR).

Le transfert peut même excéder le « montant limite » disponible du contribuable transférant (en d'autres termes, un montant plus important que la partie non utilisée du montant limite), lequel se crée alors, dans cette mesure, une dépense non admise (art. 198/1, § 4, al. 2, du CIR). Le montant limite que le contribuable peut transférer ne peut toutefois jamais excéder son propre montant limite¹⁷.

Concrètement, ces transferts font l'objet d'une « convention de déduction d'intérêts » dont le modèle est arrêté par le Roi (modèle 275 CDI) et doivent répondre aux conditions suivantes (art. 198/1, § 4, al. 1^{er}, du CIR) :

- le contribuable et la société résidente ou l'établissement belge du groupe (qui font partie du même groupe durant toute la période imposable) sont identifiés comme étant les deux parties de la convention de déduction d'intérêts;
- le « montant limite » transféré est déterminé dans la convention;
- les deux 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;
- le paiement d'une indemnité peut être prévu. Dans ce cas, l'indemnité ne peut qu'être égale à l'impôt des sociétés ou l'impôt des non-résidents qui aurait été dû par une des parties si aucun transfert n'avait eu lieu¹⁸. On soulignera que la déductibilité de cette indemnité est rejetée dans le chef de la société (bénéficiaire) qui la paye (art. 198, § 1, 15°, du CIR), mais qu'elle constitue un bénéfice exonéré dans le chef de la société (transférante) qui la reçoit (art. 194septies, deuxième tiret, du CIR). En pratique, la société transférante procède à une majoration de la situation de début des réserves pour un montant qui correspond à cette indemnité (art. 206/1, al. 2, j), du CIR); et
- la convention de déduction d'intérêts doit être annexée, par les deux parties, à leur déclaration à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résidents pour l'exercice d'imposition pour lequel le montant limite est modifié (art. 198/1, § 5, du CIR).

Répartition du seuil de 3 millions d'euros dans un groupe. – Le seuil de 3 millions d'euros fait également l'objet d'un aménagement particulier lorsque le contribuable fait partie d'un groupe de sociétés. Dans ce cas,

¹⁷ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière d'impôts sur les revenus, *Doc. parl.*, exposé des motifs, Ch., sess. 2017-2019, n° 54-3147/001, p. 25; Réponse à la question parlementaire n° 257 du représentant Christian Leysen, Ch., sess. 2019-2020, Questions écrites et réponses, QRVA, n° 54-016, 20 avril 2020, pp. 104-106.

¹⁸ Cette indemnité n'est pas due lorsque, pour la période imposable concernée, aucun impôt des sociétés n'est dû par la société bénéficiaire (par exemple dans le cas de pertes fiscales antérieures) (Réponse à la question parlementaire n° 254 du représentant Christian Leysen, Ch., sess. 2019-2020, Questions écrites et réponses, QRVA, n° 54-016, 20 avril 2020, pp. 96-98).

il doit être divisé au prorata pour chaque société ou établissement belge qui est membre du groupe durant toute la période imposable et qui n'est pas une entité exclue de l'application de la nouvelle limitation (art. 198/1, § 3, al. 3, premier tiret, du CIR).

La méthode de proratisation est déterminée par le Roi à l'article 73^{4/12} de l'AR/CIR selon un procédé en quatre étapes :

- *première étape*: la somme de 3 millions d'euros est diminuée de 30 % des EBITDA fiscaux cumulés du contribuable et de chaque société et établissement belges du groupe (l'EBITDA consolidé)¹⁹. Lorsque l'EBITDA consolidé est égal ou supérieur à 10 millions d'euros, le montant restant à répartir est de zéro auquel cas l'application des étapes suivantes n'est pas nécessaire. Dans ce cas, les entités belges du groupe pourrunt uniquement tenir compte du montant limite fixé en fonction de l'EBITDA ;
- *deuxième étape*: pour chaque entité belge du groupe, l'on calcule la différence positive entre, d'une part, les surcoûts d'emprunt et, d'autre part, 30 % de leur EBITDA fiscal ;
- *troisième étape*: le montant déterminé conformément à la première étape est ensuite proportionnellement réparti entre chaque entité belge du groupe, en fonction de l'importance du montant déterminé conformément à la deuxième étape ;
- *quatrième étape*: le montant limite du contribuable est déterminé par la somme de 30 % de son EBITDA fiscal et du montant déterminé conformément à la troisième étape.

La répartition du montant de 3 millions d'euros entre les membres belges d'un groupe dépend donc de deux éléments : du montant de leur EBITDA fiscal et du montant de leurs surcoûts d'emprunt (soit les intérêts « hors groupe belge » que chacun des membres supporte).

Exonération lors d'une période imposable ultérieure. – Lorsque le montant limite est dépassé, le solde des « surcoûts d'emprunt » n'est pas déductible. Ce solde n'est cependant pas définitivement perdu puisqu'il est reportable pour le calcul du bénéfice imposable des exercices ultérieurs.

Plus précisément, ce report prend la forme d'une exonération des bénéfices du contribuable, à concurrence du total des surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été pris en compte comme frais professionnels au cours d'une des périodes imposables antérieures (art. 194^{sexies}, al. 1^{er}, du CIR). Ce report est illimité dans le temps. L'exonération est limitée au montant de l'EBITDA ou au montant limite de minimum 3 millions d'euros qui n'a pas encore été utilisé pour les surcoûts d'emprunt de cette période imposable.

L'exonération est accordée au contribuable qui joint à sa déclaration à l'impôt des sociétés un relevé 275 SE à partir de l'exercice d'imposition pour

¹⁹ Lorsque l'EBITDA d'une des entités du groupe est négatif, celui-ci est censé être nul pour le calcul.

lequel les surcoûts d'emprunt ne sont pas pris en compte comme frais professionnels (art. 194^{sexies}, al. 3, du CIR).

Le fait que ce report prenne la forme d'une exonération des bénéficiaires (plutôt que, par exemple, d'une déduction reportée) n'est pas neutre. Ainsi, la « corbeille fiscale » ne devrait notamment pas s'y appliquer.

3. Cas particuliers du contrôle conjoint et du consortium

Contrôle conjoint. – Les sociétés belges qui font partie d'un groupe de sociétés pendant l'entière durée de la période imposable sont en principe considérées comme une seule société pour l'application du régime de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt. Dans un groupe de sociétés, des corrections doivent donc être effectuées pour la détermination des surcoûts d'emprunt, pour la répartition du montant limite minimum et pour le calcul de l'EBITDA. Les membres du groupe ont par ailleurs la possibilité de conclure une convention de déduction des intérêts.

Nous l'avons vu, ni les dispositions relatives à la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt ni la directive ATAD I ne prévoient de définition spécifique pour la notion de « groupe de sociétés ». Il convient donc de se référer à l'article 2, § 1^{er}, 5^o/1, du CIR qui définit la notion de groupe de sociétés comme visant l'ensemble des sociétés qui sont liées au sens de l'article 1:20 du CSA²⁰.

Dans la pratique, il arrive qu'une société (une joint-venture par exemple) soit sous le contrôle conjoint de deux sociétés et appartienne donc, sur la base d'une lecture combinée des articles 1:14, 1:15, 1:18 et 1:20 du CSA, à deux groupes de sociétés distincts. Or, les sociétés exerçant un contrôle conjoint sur une joint-venture ne sont pas pour autant liées entre elles. Aucune disposition du CSA ne prévoit en effet que les sociétés exerçant un contrôle conjoint sur une filiale commune deviendraient elles-mêmes des sociétés liées²¹. Afin d'éviter d'épineuses questions liées au fait qu'une joint-venture peut appartenir à plusieurs groupes de sociétés, les circulaires 2020/C/97 du 10 juillet

²⁰ Les « sociétés liées à une société » au sens de l'article 1:20 du CSA sont : (i) les sociétés qu'elle contrôle, (ii) les sociétés qui la contrôlent, (iii) les sociétés avec lesquelles elle forme un consortium et (iv) les autres sociétés qui, à la connaissance de son organe d'administration, sont contrôlées par les sociétés visées aux points (i), (ii) et (iii). Selon l'article 1:14 du CSA, le « contrôle » est le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion. Dans les cinq situations suivantes, le contrôle de droit est présumé de manière irréfragable (article 1:14, § 2, du CSA) : (i) lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société en cause, (ii) lorsqu'un associé a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants, (iii) lorsqu'un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu des statuts de la société en cause ou de conventions conclues avec celle-ci, (iv) lorsque, par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés de la société en cause, un associé dispose de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de celle-ci et (v) en cas de contrôle conjoint.

²¹ C'est également ce que confirme l'avis 2017/02 de la CNC.

2020, 2021/C/87 du 5 octobre 2021 et 2023/C/8 du 12 janvier 2023 précisent que, pour l'application de la règle de la limitation de la déduction des intérêts, une joint-venture est réputée n'appartenir ni à l'un ni à l'autre groupe de sociétés. La joint-venture doit donc être considérée comme un contribuable « *stand alone* » (qui tombe en dehors du champ d'application de l'article 198/1, § 6, 14°, du CIR qui prévoit que le régime de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt n'est pas applicable pour certaines sociétés qui ne font pas partie d'un groupe). La joint-venture devra toutefois appliquer les dispositions sur une base consolidée si elle fait partie d'un autre groupe de sociétés (autre que les groupes de sociétés exerçant un contrôle conjoint).

Consortium. – Les sociétés formant un consortium²² sont également des sociétés liées au sens de l'article 1:20 du CSA. Lorsque des sociétés résidentes forment un consortium, la composition du groupe de sociétés peut différer selon la perspective des sociétés résidentes qui font partie de ce groupe. Les circulaires 2020/C/97 du 10 juillet 2020, 2021/C/87 du 5 octobre 2021 et 2023/C/8 du 12 janvier 2023 précisent que, pour l'application de la règle de la limitation de la déduction des intérêts, il n'est pas tenu compte du lien existant sur la base du critère du consortium dans l'hypothèse où cette prise en compte mènerait à une composition différente du groupe selon la perspective des sociétés résidentes qui font partie de ce groupe²³.

4. Emprunts exclus

Emprunts conclus en exécution d'un projet d'infrastructure publique à long terme. – Les intérêts relatifs à des emprunts qui sont conclus pour mettre en œuvre un projet d'infrastructure publique à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent dans l'UE, ne sont pas pris en considération pour la détermination des surcoûts d'emprunt (art. 198/1, § 1, al. 2, premier tiret, du CIR). Cette exclusion est un complément à l'exclusion générale des contribuables dont l'unique activité consiste en l'exécution d'un projet d'infrastructure publique à long terme. De cette manière, les contribuables dont l'activité ne consiste pas uniquement en l'exécution d'un projet d'infrastructure publique à long terme, mais qui ont également d'autres activités professionnelles peuvent exclure

²² L'article 1:19, § 1^{er}, du CSA définit la notion de « consortium » comme visant la situation dans laquelle une société, d'une part, et une ou plusieurs sociétés de droit belge ou étranger, d'autre part, qui ne sont ni filiales les unes des autres, ni filiales d'une même société, sont placées sous une direction unique. Ces sociétés sont présumées être placées sous une direction unique, de manière irréfragable, lorsque (i) la direction unique de ces sociétés résulte de contrats conclus entre ces sociétés ou de dispositions statutaires ou (ii) lorsque leurs organes d'administration sont composés en majorité des mêmes personnes (art. 1:19, § 2, du CSA) et, de manière réfragable, lorsque les droits de vote attachés à leurs actions sont détenus en majorité par les mêmes personnes (art. 1:19, § 3, du CSA).

²³ Pour des exemples, voy. circulaires 2020/C/97 du 10 juillet 2020, 2021/C/87 du 5 octobre 2021 et 2023/C/8 du 12 janvier 2023.

les emprunts qui se rapportent à ce projet d'infrastructure publique à long terme.

La notion de « projet d'infrastructure publique à long terme » ne fait l'objet d'aucune définition. Les documents parlementaires de la loi du 20 décembre 2020 font référence à la notion telle qu'elle figure à l'article 4, alinéa 4, de la directive ATAD I²⁴. Il doit s'agir d'un projet visant à fournir, améliorer, exploiter et/ou conserver un actif de grande ampleur qui est considéré comme étant d'intérêt public par l'État membre et pour lequel l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les bénéficiaires se situent tous dans l'UE. Le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 7 juin 2021 énumère des exemples d'actifs constitutifs d'un intérêt public, à savoir l'infrastructure de transport (routes, ponts, tunnels, voies, canaux...) qui se situe dans un lieu accessible au public, l'infrastructure qui a pour but la production et la distribution d'énergie, certaines infrastructures énergétiques ou encore l'infrastructure qui vise à avoir un effet positif sur l'environnement ou la biodiversité et qui va plus loin que ce que prescrit au minimum la réglementation applicable²⁵. Pour les projets d'infrastructure non couverts par cette énumération, l'administration fiscale examinera l'actif à la lumière des critères suivants : accessibilité, plus-value pour l'environnement et la société et la mesure dans laquelle d'autres usagers autres que l'investisseur peuvent en faire usage²⁶.

Clause de *grandfathering* pour les emprunts conclus avant le 17 juin 2016. – Les intérêts relatifs à des emprunts pour lesquels le contrat de financement a été conclu avant le 17 juin 2016 et auxquels aucune modification importante ou fondamentale n'a été apportée depuis cette date ne sont pas non plus pris en considération pour la détermination des surcoûts d'emprunt (art. 198/1, § 1, al. 2, deuxième tiret, du CIR). Il s'agit de la clause de « *grandfathering* » pour les « anciens » emprunts.

Toute modification importante ou fondamentale apportée à partir du 17 juin 2016 à un emprunt qui pourrait bénéficier de la clause de *grandfathering* a pour conséquence que cet emprunt est intégralement exclu de cette clause et que, par conséquent, tous les intérêts y relatifs et ayant trait à la période suivant la modification importante ou fondamentale seront en principe entièrement pris en compte pour la règle de la limitation de la déduction des intérêts. La notion de « modification importante ou fondamentale » a été élaborée par l'administration fiscale dans plusieurs circulaires successives²⁷.

²⁴ Projet de loi portant des dispositions fiscales diverses et de lutte contre la fraude urgentes, *Doc. parl.*, exposé des motifs, Ch., sess. 2020-2021, n° 55/1683/001, p. 7.

²⁵ Rapport au Roi relatif à l'arrêté royal du 7 juin 2021 portant exécution de la loi portant des dispositions fiscales diverses et de lutte contre la fraude urgentes, *M.B.*, 17 juin 2021.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Circulaire 2019/C/89 du 11 septembre 2019 relative à la clause de « *grandfathering* » dans le cadre de la limitation de la déduction des intérêts; circulaire 2020/C/62 du 5 mai 2020 addendum à la circulaire 2019/C/89 relative à la clause de « *grandfathering* » dans le cadre de la limitation de la déduction

Interaction de la clause de *grandfathering* avec les règles de sous-capitalisation intragroupe (ratio 5/1). – L'introduction du régime de la limitation de la déduction des surcoûts d'emprunt a considérablement restreint le champ d'application de la règle de sous-capitalisation prévue à l'article 198, § 1^{er}, 11^o/1, du CIR²⁸ instaurée pour les emprunts intragroupes en 2012 (ratio 5/1).

Cette règle de sous-capitalisation ne s'applique plus en pratique qu'aux intérêts des emprunts dont le contrat a été conclu avant le 17 juin 2016 et qui tombent dans la clause de *grandfathering*.

Elle consiste, en synthèse, à limiter la déduction des intérêts d'emprunts payés ou attribués à une société du groupe auquel appartient la société emprunteuse lorsque et dans la mesure où le montant total desdits emprunts excède cinq fois la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période (ratio 5/1).

III. Requalification de certains intérêts en dividendes

A. Principe et champ d'application

L'article 18, alinéa 1^{er}, 4^o, du CIR requalifie, dans certaines hypothèses, les « intérêts des avances » payés par une société en dividendes. Par l'effet de cette requalification, les intérêts – considérés comme des dividendes – ne sont pas déductibles au titre de frais professionnels par la société emprunteuse (art. 185, § 1^{er}, du CIR).

Les intérêts d'avances qui entrent dans le champ d'application de cette règle sont les intérêts de créances (représentées ou non par des titres) que la société paye à :

- une personne physique qui est actionnaire ou associé de la société ou qui exerce des fonctions d'administrateur (ou fonctions analogues) dans la société; sont assimilés à cette personne le conjoint ou les enfants à l'égard desquels elle-même ou le conjoint a la jouissance légale des revenus; ou
- une société étrangère établie en dehors de l'Espace économique européen²⁹ (EEE) ou une personne morale sans but lucratif (belge ou étrangère)

des intérêts; circulaire 2021/C/94 du 18 octobre 2021 deuxième addendum à la circulaire 2019/C/89 relative à la clause de « *grandfathering* » dans le cadre de la limitation de la déduction des intérêts.

²⁸ Initialement, cette règle de sous-capitalisation était prévue à l'article 198, § 1^{er}, 11^o, deuxième tiret, du CIR.

²⁹ La précision qu'il doit s'agir d'une société établie en dehors de l'EEE ne figure pas dans le texte légal (art. 18, al. 1^{er}, 4^o, et al. 8, 3^o, *a contrario* du CIR), mais résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 janvier 2008, en cause de *Lammers & Van Cleeff* (C.J.U.E., arrêt du 17 janvier 2008, *Lammers & Van Cleeff NV c. Belgische Staat*, C-105/07).

qui exerce des fonctions d'administrateur (ou fonctions analogues) dans la société.

À l'origine, la notion d'«avance» visait tout «prêt d'argent», représenté ou non par des titres. Cette notion a toutefois entraîné de nombreuses discussions, en particulier dans les cas où l'actionnaire ou le dirigeant vendait un bien à la société avec report du paiement du prix d'achat moyennant intérêt et la créance y relative était inscrite au passif du bilan au compte-courant créditeur entre le vendeur et la société³⁰. L'intérêt du prix rémunère-t-il un «prêt d'argent» au sens de l'article 18 du CIR? De manière générale, les cours et tribunaux avaient tendance à privilégier une interprétation juridique et civiliste de la notion de «prêt d'argent»³¹. Or, selon le législateur, une interprétation large et économique de la notion de «prêt d'argent» doit prévaloir compte tenu de la finalité de l'article 18, alinéa 1^{er}, 4^o, du CIR qui vise à prévenir la sous-capitalisation des sociétés³². Afin de donner plus de sécurité juridique à cette disposition, le législateur a pris le soin de remplacer, lors de la réforme de l'impôt des sociétés en 2017, la notion de «prêt d'argent» par celle de «créances» pour définir le terme «avance»³³.

Sont toutefois exclus du champ d'application de la règle:

- les intérêts sur des obligations et autres titres analogues émis par appel public à l'épargne;
- les intérêts payés par des sociétés coopératives agréées conformément à l'article 8:4 du CSA; et
- les intérêts payés à des sociétés résidentes ou établies dans l'EEE.

B. Limitation de la déduction des intérêts sur «avances»

Les créances consenties par les personnes énumérées *supra* sont assimilées à des apports et les intérêts y afférents sont requalifiés en dividendes dans les deux cas suivants:

- *premier cas*: le taux d'intérêt des créances consenties par lesdites personnes excède «la limite fixée à l'article 55 [du CIR]», à savoir le taux d'intérêt pratiqué sur le marché;

³⁰ Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, *Doc. parl.*, exposé des motifs, Ch., sess. 2017-2018, n° 54/2864/001, pp. 32-33.

³¹ Cass., 2 décembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 709: dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé que, pour l'application de l'article 18, alinéa 2 (devenu alinéa 8) du CIR, les termes «prêt d'argent» doivent s'entendre au sens du droit commun, et qu'un «prêt d'argent peut être constaté par une inscription au compte courant de l'actionnaire ou [du dirigeant], mais [qu']une telle inscription n'implique pas nécessairement l'existence d'un contrat de prêt».

³² Les personnes qui contrôlent la société ont en effet un avantage à financer celle-ci par des prêts dont les intérêts sont déductibles à des sociétés plutôt que par des apports qui seraient rémunérés par des dividendes non déductibles dans le chef de la société.

³³ Loi du 25 décembre portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017, art. 4, 3°.

- *deuxième cas*: le montant total des créances consenties par l'ensemble des personnes visées excède le total des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période (ratio 1/1)³⁴.

Les intérêts des créances consenties par les personnes visées sont requalifiés en dividendes non déductibles dans la mesure de l'excédent.

IV. Dispositions relatives au paiement d'intérêts à un bénéficiaire bénéficiant d'un régime fiscal favorable

Le CIR contient trois règles qui limitent ou excluent la déduction des intérêts à des bénéficiaires bénéficiant d'un régime fiscal favorable.

A. Intérêts payés à des contribuables établis hors UE faiblement taxés (art. 54 du CIR)

Principe et champ d'application. – L'article 54 du CIR soumet de longue date à des conditions renforcées la déduction fiscale de certaines charges payées à des personnes qui bénéficient d'un régime fiscal favorable.

Cette disposition vise notamment, de manière générale, les « intérêts d'emprunt ». La nature de l'emprunt (emprunt obligataire, emprunt bancaire, etc.) est sans incidence. Seuls importent la résidence et le régime fiscal du bénéficiaire.

Les intérêts visés ne sont en principe pas déductibles à titre de frais professionnels lorsqu'ils sont payés ou attribués, directement ou indirectement, à un contribuable non résident établi hors de l'UE³⁵ (personne physique ou société) ou à un établissement étranger qui, en vertu des dispositions de la législation du pays dans lequel il est établi, n'est pas soumis à un impôt sur les revenus ou bénéficie, en ce qui concerne ces revenus, d'un « régime de taxation notablement plus avantageux » que le régime belge.

L'expression « régime de taxation notablement plus avantageux que le régime belge » est utilisée dans plusieurs autres dispositions du CIR (cf. art. 198, § 1^{er}, 11°, 203, § 1^{er}, 1° et 4°, et 344, § 2, du CIR). L'article 54 du CIR ne contient pas de définition de ces termes. Le commentaire administratif n'est

³⁴ Si la société n'a pas de bénéfice réservé, mais des pertes reportées inscrites au passif de son bilan, celles-ci ne doivent pas être déduites du capital libéré pour la détermination de cette limite (Com. IR, n° 18/53).

³⁵ Le texte légal vise tous les contribuables « visé[s] à l'article 227 [du CIR] », à savoir les contribuables non résidents. La précision que l'article 54 du CIR ne s'applique qu'aux paiements à des contribuables non résidents établis hors UE résulte de l'arrêt de la C.J.U.E. du 5 juillet 2012, en cause de *Siat* (C.J.U.E., arrêt du 5 juillet 2012, *Siat c. État belge*, C-318/10).

pas non plus d'une grande utilité sur ce point puisqu'il se borne à indiquer que l'article 54 du CIR vise les sommes qui sont payées à des contribuables établis « dans un pays où la pression fiscale est notablement plus légère qu'en Belgique » et où ils bénéficient (i) soit d'une « exemption de tout impôt sur les bénéfices ou les profits d'activités professionnelles, sur les revenus d'emprunts, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunts, sur les redevances ou les royalties pour la concession de l'usage de brevets d'invention, de procédés de fabrication et autres droits analogues », (ii) soit d'un « régime de taxation des revenus [...] tel que la charge fiscale à laquelle seraient soumises, en Belgique, les sommes qui leur sont payées directement ou indirectement, se trouve remplacée par une imposition étrangère notablement inférieure »³⁶.

Contre-preuve par le contribuable. – L'article 54 du CIR prévoit que les dépenses qu'il énumère peuvent faire l'objet d'une déduction si le contribuable fait la double preuve qu'elles :

- « répondent à des opérations réelles et sincères » ; et
- « ne dépassent pas les limites normales » (principe « *arm's length* »).

Pour l'application de cette disposition, l'expression « opérations réelles et sincères » signifie qu'il s'agit non seulement d'opérations qui ne sont ni fictives ni simulées, mais en outre « d'opérations professionnelles qui répondent bien à une nécessité industrielle, commerciale ou financière et qui trouvent ou doivent trouver normalement une compensation dans l'ensemble de l'activité de l'entreprise »³⁷.

B. Intérêts payés à des bénéficiaires établis dans des « paradis fiscaux » (art. 198, § 1^{er}, 10^o, du CIR)

Principe et champ d'application. – En vertu de l'article 198, § 1^{er}, 10^o, du CIR, ne sont pas considérés comme des frais professionnels les paiements effectués directement ou indirectement vers des « paradis fiscaux » visés à l'article 307, § 1^{er}/2, du CIR qui n'ont pas été déclarés conformément audit article ou, si les paiements ont été déclarés, pour lesquels le contribuable ne justifie pas, par toutes voies de droit, qu'ils sont effectués dans le cadre d'opérations réelles et sincères et avec des personnes autres que des constructions artificielles. Cette disposition subordonne donc à la double condition suivante la déduction fiscale des intérêts, et plus généralement de tout paiement, effectués directement ou indirectement vers l'un des « paradis fiscaux » visés :

- ces paiements doivent être mentionnés dans une annexe à la déclaration à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résidents/sociétés, sauf si le total

³⁶ Com. IR, n° 54/23.

³⁷ Com. IR, n° 54/28.

- des paiements vers ces « paradis fiscaux » (comprenant le cas échéant des intérêts) est inférieur à un montant net de 100.000 euros pendant la période imposable³⁸ (renvoi à l'art. 307, § 1^{er}/2, al. 1^{er}, CIR *juncto* arrêté royal du 7 mai 2010 établissant le formulaire « 275 F »³⁹); et
- la société débitrice doit prouver que ces paiements (i) se rapportent à une « opération réelle et sincère » (ii) conclue « avec des personnes autres que des constructions artificielles ».

Cette règle fait l'objet de la circulaire administrative 2021/C/11 du 20 décembre 2021⁴⁰.

La notion d'« opération réelle et sincère » est la même que celle qui figure à l'article 54 du CIR; il doit s'agir d'opérations professionnelles qui « répondent bien d'une nécessité industrielle, commerciale ou financière et qu'elles trouvent ou doivent trouver normalement une compensation dans l'ensemble de l'activité de l'entreprise ». Pour justifier la déductibilité d'un paiement effectué vers un « paradis fiscal », le contribuable doit démontrer que la contrepartie octroyée par la personne établie dans un État visé a réellement existé et que la valeur de cette contrepartie est comparable à celle qui serait reçue aux conditions du marché pour les opérations de même nature en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes⁴¹.

Outre la condition liée au caractère réel et sincère des opérations, le paiement doit également être effectué à « une personne qui n'est pas une construction artificielle ».

Cette notion est issue de la jurisprudence de la C.J.U.E. qui l'a notamment développée dans son arrêt *Cadbury-Schweppes* du 12 juin 2006⁴². L'exposé

³⁸ Pour les contribuables assujettis à l'impôt des sociétés, cette obligation de déclaration s'étend également aux paiements effectués par leurs établissements étrangers.

³⁹ Cette déclaration doit, sauf dans les cas où les exceptions reprises à l'article 307*bis*, § 3, alinéa 2, du CIR, être faite au moyen de la déclaration électronique mise à disposition par le SPF Finances. Un document qui serait ajouté séparément à la déclaration n'est pas considéré comme une déclaration valide (circulaire 2021/C/112 du 20 décembre 2021 sur l'obligation de déclarer les paiements à certains États, point I.3.).

⁴⁰ Circulaire 2021/C/112 du 20 décembre 2021 sur l'obligation de déclarer les paiements à certains États.

⁴¹ La nature d'une transaction varie sensiblement d'une opération à l'autre de sorte qu'il n'est pas possible d'établir une liste exhaustive des pièces justificatives que le contribuable doit tenir à disposition de l'administration fiscale. L'administration fiscale précise toutefois que la contrepartie doit être décrite de manière à pouvoir déterminer sa valeur (p. ex. sur la base des factures ou, si la facture ne décrit pas suffisamment le service, sur la base de documentation contractuelle) et qu'il doit pouvoir être établi que le service a effectivement été rendu (p. ex. en cas d'achat de marchandises, sur la base des documents de transport doivent permettre de déterminer la quantité, la valeur et le parcours de la marchandise ou en cas de service de conseil, sur la base des rapports ou la correspondance fournis) (circulaire 2021/C/112 du 20 décembre 2021 sur l'obligation de déclarer les paiements à certains États, point I.4.2.1.).

⁴² C.J.U.E., arrêt du 12 juin 2006, *Cadbury-Schweppes c. Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04.

des motifs de la loi-programme du 23 décembre 2009⁴³ qui a inséré l'article 198, § 1^{er}, 10^o, du CIR, précise qu'une construction artificielle vise « toute opération, activité ou ensemble d'opérations effectuées avec des personnes d'un État » qui est « dépourvue de toute réalité économique et est créée dans le but d'éviter l'impôt dû en Belgique » de sorte qu'une telle construction artificielle « n'a donc pas de lien économique réel avec l'État où, s'agissant d'une société, celle-ci est établie »⁴⁴. Il peut par exemple s'agir d'une filiale ou sous-filiale « boîte aux lettres » ou d'une filiale ou sous-filiale « écran »⁴⁵.

Selon l'administration fiscale, l'expression « une personne autre qu'une construction artificielle » vise une personne qui développe une activité réelle dans l'État dans lequel elle est établie, ce qui implique, entre autres, que le contribuable puisse démontrer, au moyen d'éléments objectifs et vérifiables, l'existence physique de l'entreprise étrangère en termes de locaux, personnel et équipement⁴⁶. S'il s'avère que le bénéficiaire étranger du paiement est un établissement fictif qui n'exerce aucune activité économique réelle sur le territoire de l'État dans lequel il a établi son siège social, sa constitution doit être considérée comme une construction artificielle⁴⁷. Pour chaque paiement, le contribuable doit donc pouvoir identifier et localiser de manière univoque la personne qui reçoit le paiement, étant entendu que cette personne doit être la même que celle qui fournit la contrepartie pour laquelle le paiement est effectué. Pour les paiements indirects, le contribuable doit pouvoir indiquer clairement quelle personne reçoit *in fine* le paiement.

États visés. – La notion de « paradis fiscal » à laquelle fait référence l'article 198, § 1^{er}, 10^o, du CIR est définie par renvoi à l'article 307, § 1^{er}/2, alinéa 1^{er}, du CIR qui prévoit une obligation de déclaration des paiements faits à des bénéficiaires établis dans des « paradis fiscaux » lorsque la totalité de ces paiements, au cours de la période imposable, dépasse un montant net de 100.000 euros.

Cette disposition vise trois catégories d'États (ou subdivisions d'État compétentes pour déterminer la base imposable et/ou le taux de l'impôt des sociétés, p. ex. un canton suisse) :

- *première catégorie – la liste OCDE* : les États qui, au moment du paiement, sont considérés par le Forum mondial de l'OCDE sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, comme des États n'ayant

⁴³ Loi-programme du 23 décembre 2009, *M.B.*, 30 décembre 2009.

⁴⁴ Projet de loi-programme, *Doc. parl.*, exposé des motifs, Ch., sess. 2009-2010, n° 52-2278/001, p. 65.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Circulaire 2021/C/112 du 20 décembre 2021 sur l'obligation de déclarer les paiements à certains États, point I.4.2.2.

⁴⁷ *Ibid.*

pas mis effectivement ou substantiellement en œuvre le standard sur l'échange de renseignements sur demande⁴⁸.

Les États visés, à partir de l'exercice d'imposition 2022, sont les suivants: Anguilla, Barbade, Botswana, Dominique, Ghana, Guatemala, Kazakhstan, Liberia, Malte, Panama, Seychelles, Saint-Martin, Trinité-et-Tobago, Turquie et Vanuatu.

- *deuxième catégorie – la liste belge*: les États qui figurent sur la liste des États à fiscalité inexistante ou peu élevée. Il s'agit des États qui ne font pas partie de l'EEE et qui soit n'appliquent pas un impôt sur les sociétés, soit dont le taux nominal de l'impôt des sociétés est inférieur à 10% ou soit dont le taux d'imposition des sociétés correspondant à la charge fiscale effective sur les revenus d'origine étrangère est inférieur à 15%. Ces États sont énumérés dans une liste fixée par arrêté royal qui est en principe mise à jour tous les deux ans (art. 179 de l'AR/CIR inséré par l'art. 1^{er}, a), de l'arrêté royal du 6 mai 2010 et modifié par l'art. 1^{er}, b), de l'arrêté royal du 1^{er} mars 2016).

Pour déterminer si un État est visé par la deuxième catégorie, le contribuable doit se référer à la liste qui est en vigueur au 1^{er} janvier de l'exercice d'imposition se rapportant à la période imposable au cours de laquelle les paiements ont été effectués⁴⁹. Les États visés, pour les paiements effectués depuis le 1^{er} janvier 2016, sont les suivants: Abu Dhabi, Ajman, Anguilla, Bahamas, Bahreïn, Bermudes, Îles Vierges britanniques, Îles Caïmans, Dubaï, Fujairah, Guernesey, Jersey, Île de Man, Îles Marshall, Fédération de Micronésie, Monaco, Monténégro, Nauru, Ouzbékistan, Palau, Île Pitcairn, Ras al Khaimah, Saint-Barthélemy, Sharjah, Somalie, Turkménistan, Îles Turks et Caicos, Umm al Qaiwain, Vanuatu, Wallis-et-Futuna.

- *troisième catégorie – la liste européenne*: les États qui, au moment du paiement, sont repris sur la liste de l'UE des juridictions non coopératives. Cette nouvelle liste a été introduite par la loi du 20 décembre 2020⁵⁰ qui est applicable aux paiements effectués à partir du 1^{er} janvier 2021.

Cette liste est régulièrement mise à jour. Les États suivants sont visés, en fonction de la date de paiement:

- pour l'exercice d'imposition 2022:

⁴⁸ Jusqu'à l'exercice d'imposition 2021 inclus, seuls étaient visés les États désignés comme « non conformes » par le Forum mondial de l'OCDE. Compte tenu de l'évolution internationale concernant la transparence requise, à partir de l'exercice d'imposition 2022 (pour les paiements effectués à partir du 1^{er} janvier 2021), sont visés non seulement les États évalués comme « non conformes » par le Forum mondial de l'OCDE, mais également les États qui ont été désignés comme « partiellement conformes ».

⁴⁹ Projet de loi-programme, *Doc. parl.*, exposé des motifs, Ch., sess. 2009-2010, n° 2278/001, p. 70; circulaire 2021/C/112 du 20 décembre 2021 sur l'obligation de déclarer les paiements à certains États, point I.3.1.2.

⁵⁰ Loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions fiscales diverses et de lutte contre la fraude urgente, *M.B.*, 30 décembre 2020.

- pour les paiements effectués du 1^{er} janvier 2021 au 25 février 2021 : Samoa américaines, Îles Vierges américaines, Anguilla, Barbade, Fidji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Seychelles, Trinité-et-Tobago, Vanuatu ;
- pour les paiements effectués du 26 février 2021 au 11 octobre 2021 : Samoa américaines, Îles Vierges américaines, Anguilla, Dominique, Fidji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Seychelles, Trinité-et-Tobago, Vanuatu ;
- pour les paiements effectués du 12 octobre 2021 au 31 décembre 2021 : Samoa américaines, Îles Vierges américaines, Fidji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Trinité-et-Tobago, Vanuatu ;
- pour l'exercice d'imposition 2023 :
 - pour les paiements effectués du 1^{er} janvier 2022 au 11 octobre 2022 : Samoa américaines, Îles Vierges américaines, Fidji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Trinité-et-Tobago, Vanuatu ;
 - pour les paiements effectués du 12 octobre 2022 au 31 décembre 2022 : Samoa américaines, Îles Vierges américaines, Anguilla, Bahamas, Fidji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Trinité-et-Tobago, Îles Turks et Caicos, Vanuatu.
- pour l'exercice d'imposition 2024 :
 - pour les paiements effectués du 1^{er} janvier 2023 au 20 février 2023 : Samoa américaines, Îles Vierges américaines, Anguilla, Bahamas, Fidji, Guam, Palau, Panama, Samoa, Trinité-et-Tobago, Îles Turks et Caicos, Vanuatu ;
 - pour les paiements effectués du 21 février 2023 à ce jour : Samoa américaines, Îles Vierges américaines, Anguilla, Bahamas, Îles Vierges britanniques, Costa Rica, Fidji, Guam, Îles Marshall, Palau, Panama, Fédération de Russie, Samoa, Trinité-et-Tobago, Îles Turks et Caicos, Vanuatu.

Le SPF Finances publie, à titre informatif, un tableau récapitulatif (par exercice d'imposition) de l'ensemble des États visés par l'une ou plusieurs catégories⁵¹.

Paiements visés. – Pour être visés par l'obligation de déclaration, les paiements doivent être faits « vers » un paradis fiscal, et plus précisément :

- (i) à une personne qui est établie dans un État visé ; ou
- (ii) sur des comptes bancaires qui sont gérés ou détenus par une de ces personnes ou établissements stables ; ou
- (iii) sur des comptes bancaires qui sont gérés ou détenus auprès d'établissements de crédit établis ou avec établissement stable dans un État visé⁵².

⁵¹ Ce tableau peut être consulté via l'hyperlien suivant : http://financien.belgium.be/sites/default/files/bbisi/liste_des_etats.xlsx.

⁵² L'administration fiscale énumère plusieurs situations qui peuvent se présenter en pratique et qui sont visées par l'obligation de déclaration : 1° le bénéficiaire du paiement dispose d'une adresse dans

Sont également visés les paiements effectués par un contribuable à une succursale située dans un État non visé alors que la maison-mère de cette succursale est établie dans un État visé.

Tant les paiements directs qu'indirects vers un paradis fiscal sont concernés. Ainsi, si le contribuable sait ou est censé savoir que le bénéficiaire juridique du paiement est uniquement une personne intermédiaire et que le bénéficiaire effectif du paiement est établi dans un des États visés, l'obligation de déclaration s'applique.

Suivant la circulaire administrative du 20 décembre 2021, l'obligation de déclaration présuppose que le contribuable sache ou est censé savoir qu'il a effectué un paiement à une personne établie dans un État visé⁵³. Le contribuable n'est donc pas soumis à cette déclaration lorsqu'il n'est en principe pas censé savoir qui est le bénéficiaire effectif du paiement visé, par exemple dans les cas de paiements d'intérêts afférents à des obligations reprises dans un système de liquidation ou à des obligations cotées en bourse.

C. Règle de sous-capitalisation pour des intérêts payés à des bénéficiaires faiblement taxés (art. 198, § 1^{er}, 11°, du CIR)

Principe et champ d'application. – L'article 198, § 1^{er}, 11°, du CIR contient de longue date une limitation spécifique à la déduction des intérêts d'emprunts :

- payés ou attribués lorsque le bénéficiaire effectif de ceux-ci « n'est pas soumis à un impôt sur les revenus » ou « y est soumis, pour ces revenus,

un des États visés et le paiement est effectué sur un compte financier détenu auprès d'une institution financière établie dans un des États visés; 2° *idem* que le 1°, mais le paiement est effectué sur un compte financier détenu auprès d'une institution financière établie dans un État autre qu'un des États visés; 3° *idem* que le 1°, mais le paiement en espèce ou en nature se produit sur le territoire de l'État visé ou le paiement se produit en dehors et les fonds sont transférés dans le territoire d'un des États visés; 4° *idem* que le 1°, mais le paiement en espèce ou en nature se produit en dehors du territoire de l'État visé et les fonds ne sont pas transférés dans le territoire d'un des États visés; 5° le paiement est effectué sur un compte financier détenu auprès d'une institution financière établie dans un des États visés; 6° le paiement en espèce ou en nature se produit sur le territoire d'un État visé ou le paiement se produit en dehors et les fonds sont transférés dans le territoire d'un des États visés. Ne sont par contre pas soumises à l'obligation de déclaration les situations dans lesquelles le bénéficiaire du paiement ne dispose pas d'une adresse dans l'un des États visés et le paiement est effectué sur un compte financier détenu auprès d'une institution financière qui n'est pas établie dans un des États visés ou le bénéficiaire du paiement ne dispose pas d'une adresse dans l'un des États visés et le paiement en espèce ou en nature ne se produit pas sur le territoire d'un des États visés ou le paiement se produit en dehors du territoire d'un des États visés et les fonds ne sont pas transférés dans le territoire d'un des États visés, à moins que le contribuable, au moment du paiement, était au courant ou aurait dû raisonnablement être au courant du fait que le bénéficiaire du paiement disposait d'une adresse dans un des États visés (circulaire 2021/C/112 du 20 décembre 2021 sur l'obligation de déclarer les paiements à certains États, point I.3.2.3.).

⁵³ *Ibid.*, point I.3.2.

- à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui résultant des dispositions du droit commun applicables en Belgique»; et
- dans la mesure où le montant total desdits emprunts excède cinq fois la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période (ratio 5/1).

Cette limitation spécifique de la déduction peut également s'appliquer à des intérêts payés à une société belge qui bénéficie d'un régime fiscal exorbitant du droit commun, telle qu'une SICAV, une SICAF, une SICAFI, une SIR ou un FIIS.

Cette disposition reste intégralement d'application, même après l'entrée en vigueur de la règle dite des « surcoûts d'emprunt » introduite dans la foulée de la transposition des directives ATAD I et II.

V. Dispositions visant à lutter contre les effets des instruments hybrides

A. Principe et champ d'application

Principe et origine des dispositions. – En substance, le dispositif, issu de la transposition en droit belge des directives ATAD I et II, vise à neutraliser les effets des « structures hybrides » en refusant la déduction de charges (en ce compris les charges financières) dans le chef des sociétés ou établissements belges, lorsque ces charges ne sont pas incluses dans le bénéfice de celui qui les perçoit.

Les règles relatives aux dispositifs hybrides sont d'application depuis l'exercice d'imposition 2020 se rattachant à une période imposable qui débute au plus tôt le 1^{er} janvier 2019.

Nous n'entrerons pas dans le détail de ces dispositions fort complexes. Nous donnerons quelques éléments essentiels des dispositions légales pour permettre d'identifier les situations à risque.

Notion de « dispositif hybride ». – Le « dispositif hybride » est défini comme un dispositif donnant lieu à des dépenses déductibles dans le chef de plusieurs intervenants, ou dans le chef d'un seul intervenant, mais sans que, dans ce cas, à ces dépenses correspondent des revenus figurant parmi les revenus imposables du bénéficiaire (art. 2, § 1^{er}, 16°, al. 1^{er}, du CIR). Il est en règle requis que les intervenants soient des entreprises associées⁵⁴, qui font partie de la même entreprise (art. 2, § 1^{er}, 16°, al. 2, du CIR). Il n'y

⁵⁴ La notion d'« entreprise associée » est définie par référence aux critères (i) d'une participation directe ou indirecte de 50% ou plus en matière de droits de votes, de capital ou de droit aux bénéfices, (ii) de la participation à un même groupe consolidé à des fins de comptabilité financières ou (iii) de l'exercice d'une influence notable sur la gestion (art. 2, § 1^{er}, 16°, al. 3, du CIR).

a pas de dispositif hybride lorsque l'absence d'imposition dans la juridiction du bénéficiaire s'explique par le régime fiscal exorbitant du droit commun qui lui est applicable ou à des différences dans la valeur attribuée à un paiement, y compris par l'application des prix de transfert (art. 2, § 1^{er}, 16°, al. 9, du CIR).

B. Rejet de la déduction d'intérêts dans le cadre des hybrides

Situations entraînant une limitation de déduction visées par le dispositif hybride. – Sont concernées par le dispositif les trois situations qui donnent lieu à un refus de déductibilité: les situations hybrides de double déduction⁵⁵, les situations hybrides de déduction sans inclusion⁵⁶ et les situations d'hybrides dits « importés »⁵⁷.

En synthèse, la déduction d'intérêts sera refusée dans le chef de l'intervenant belge lorsqu'il déduit des intérêts qui ne sont pas inclus parmi les revenus imposables d'un intervenant étranger, ou lorsque les intérêts sont déductibles chez deux intervenants, ou lorsque le bénéficiaire des intérêts bénéficie lui-même des effets d'un instrument hybride.

VI. Les conditions générales de déduction de l'article 49 du CIR – Le cas particulier des emprunts contractés dans le cadre d'une distribution de dividendes ou d'un remboursement de capital

Une limitation supplémentaire? – Les lignes qui précèdent montrent le nombre et la diversité des dispositions qui cadennassent la déduction des intérêts d'emprunt.

C'est pourtant une autre disposition qui a retenu l'attention ces dernières années, notamment dans la jurisprudence: l'article 49 du CIR, qui contient les règles générales de déduction des charges professionnelles, spécialement dans le contexte des emprunts contractés dans le cadre du paiement d'un dividende ou d'un remboursement de capital.

⁵⁵ Art. 198, § 1^{er}, 10°/1, du CIR (qui vise les cas de doubles déductions) et art. 198, § 1^{er}, 10°/4, du CIR (qui vise le cas d'une société résidente qui serait également considérée comme résidente d'une autre juridiction et qui pourrait déduire la charge d'intérêts en Belgique et dans cet autre pays).

⁵⁶ Art. 198, § 1^{er}, 10°/2, du CIR (qui vise six types de dispositifs impliquant des déductions sans inclusion en raison, notamment, de différences de qualification de certains instruments).

⁵⁷ Art. 198, § 1^{er}, 10°/3, du CIR (qui vise les dispositifs hybrides mis en place entre des intervenants étrangers et financés directement ou indirectement par des dépenses provenant de la Belgique qui engendrent des dépenses déductibles dans le chef de plusieurs intervenants étrangers, ou dans le chef d'un seul intervenant étranger, mais sans que, dans ce cas, ces dépenses correspondent à des revenus figurant parmi les revenus imposables du bénéficiaire étranger).

Après avoir brièvement exposé le contexte et les décisions récentes en la matière (*infra*, A), nous formulerons une recommandation pratique (*infra*, B).

A. Position de la question et jurisprudence récente

Conditions générales de déduction des frais professionnels. – Pour rappel, l'article 49 du CIR dispose que, pour être déductibles comme charges professionnelles, les frais exposés par le contribuable doivent :

- avoir été faits ou supportés pendant la période imposable⁵⁸ ;
- en vue d'acquérir ou de conserver les revenus imposables ;
- et être justifiés au moyen de documents probants ou, quand cela n'est pas possible, par tout autre moyen de preuve admis par le droit commun, sauf le serment.

L'article 49 du CIR pose donc le principe dit de « finalité », en vertu duquel sont seules fiscalement déductibles les charges qui sont exposées « en vue d'acquérir ou de conserver des revenus » professionnels.

Rejet de la déduction des intérêts d'emprunts contractés pour financer une distribution de dividende et/ou une réduction de capital: l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2020. – La Cour de cassation s'est prononcée le 19 mars 2020 sur la question de la déductibilité des frais relatifs au financement d'une distribution de dividende et d'un remboursement de capital⁵⁹. L'affaire soumise à la Cour de cassation concernait un emprunt intragroupe conclu par une société anonyme belge pour financer le paiement d'un dividende et d'une réduction de capital. L'assemblée générale extraordinaire de la société belge décide en juin 2012 une réduction de capital de 350 millions d'euros. Quelques jours plus tard, une seconde assemblée générale de la société décide la distribution d'un dividende intérimaire de 100 millions d'euros, payable le 1^{er} juillet 2012. Le 1^{er} juillet 2012, la société conclut une convention d'emprunt de 450 millions d'euros. Elle affecte 100 millions d'euros au paiement du dividende et, à l'issue du délai d'attente prévu par le droit des sociétés, 350 millions d'euros à l'exécution du remboursement de capital. La société paye, en 2012, un montant de 9.689.900 euros d'intérêts à sa société mère au titre de l'emprunt, qu'elle déduit de son bénéfice imposable.

L'administration fiscale rejette la déduction de cette charge, sur la base des conditions générales de déduction de l'article 49 du CIR.

⁵⁸ Suivant l'article 49, alinéa 2, du CIR, « sont considérés comme ayant été faits ou supportés pendant la période imposable, les frais qui, pendant cette période, sont effectivement payés ou supportés ou qui ont acquis le caractère de dettes ou pertes certaines et liquides et sont comptabilisés comme telles ».

⁵⁹ Cass., 19 mars 2020, RG n° F.19.0025.N, T.F.R., 2021, n° 598, p. 253.

Dans un arrêt du 8 mai 2018⁶⁰, la cour d'appel d'Anvers rejette le recours de la société contribuable contre cette imposition. La cour relève que, pour que des charges soient déductibles, il ne suffit pas qu'elles soient inhérentes à l'activité de la société, mais il doit être établi *in concreto* qu'elles sont exposées ou supportées en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables. La cour d'appel considère également que ce sont les charges, en l'espèce les charges d'intérêt, qui doivent être exposées en vue d'acquérir et de conserver des revenus imposables, et non la réduction de capital ou la décision de distribuer un dividende en tant que telle. La cour conclut que la question de savoir si des charges sont exposées en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables est une question de fait, dont la charge de la preuve repose sur le contribuable. La cour décide qu'en l'espèce, la société n'a pas fait la preuve que les charges de l'emprunt, contracté pour financer le remboursement de capital et la distribution de dividende, ont été exposées en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables.

Saisie d'un pourvoi introduit par la société contribuable contre l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 8 mai 2018, la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 mars 2020, raisonne en trois temps.

La Cour commence par poser qu'il ne découle pas de l'article 52, 2°, du CIR, qui énumère expressément «les intérêts des capitaux empruntés à des tiers et engagés dans l'exploitation» parmi les frais professionnels, que de tels intérêts seraient nécessairement toujours déductibles fiscalement.

La Cour confirme ensuite que les intérêts d'emprunts contractés en vue de financer une réduction de capital ou la distribution de dividendes sont déductibles si le contribuable fait la preuve que ces intérêts (et non la décision de distribuer un dividende ou de rembourser le capital) répondent aux conditions de déduction de l'article 49 du CIR, et notamment la condition qu'ils sont exposés pour acquérir ou conserver des revenus imposables. La Cour décide que le simple fait que la société ne disposait pas au moment de la conclusion de l'emprunt de liquidités suffisantes pour exécuter la distribution de dividendes/la réduction de capital ne suffit pas pour établir que le prêt a été conclu en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables; le contribuable doit faire cette preuve en établissant par exemple, concrètement, que ce prêt lui a permis de conserver des actifs productifs de revenus.

La Cour constate qu'en l'espèce, la cour d'appel d'Anvers a décidé, sur la base de constatations qui gisent en fait et qui échappent à son contrôle, que le dossier de la société contribuable ne contenait pas d'éléments de nature à faire cette preuve concrète.

Difficulté de preuve. – À s'en tenir au raisonnement de la Cour de cassation dans son arrêt du 19 mars 2020, il ne s'agirait que d'une question d'appréciation de la preuve à faire par le contribuable que l'emprunt a effectivement été contracté par la société en vue d'acquérir ou de conserver des revenus

⁶⁰ Anvers, 8 mai 2018, RG n° 2016/AR/2108, *T.F.R.*, 2019, n° 559, p. 326.

imposables. *A priori* donc, les sociétés ayant conclu un emprunt en vue de financer une distribution de dividendes/une réduction de capital devraient pouvoir faire cette preuve en montrant que le choix de financer la distribution de dividendes/la réduction de capital par un emprunt a permis de conserver des actifs qui génèrent des revenus imposables.

En pratique, cette preuve paraît toutefois peu aisée à rapporter, comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 28 septembre 2021 relatif au rejet de déduction des intérêts d'un emprunt conclu dans le cadre d'une distribution de dividende⁶¹. Dans cette affaire, la société a notamment fait valoir que l'emprunt avait été souscrit pour préserver des actifs de la société. La société a soutenu que l'emprunt a permis de réorganiser la structure de financement de la société, ce qui a eu comme conséquence une augmentation du total du bilan, du chiffre d'affaires, du bénéfice avant et après impôts, ainsi qu'une augmentation des fonds propres et la réalisation d'investissements.

Dans son arrêt du 28 septembre 2021, la cour d'appel reprend en substance l'enseignement de la Cour de cassation: aucune disposition du CIR ne prévoit un rejet de principe de la déduction des intérêts d'un emprunt contracté en vue de financer une distribution de dividendes, de la même manière qu'aucune disposition du CIR ne prévoit par principe l'acceptation pure et simple de la déduction des charges d'intérêts d'un tel emprunt; pour que des charges d'intérêts soient déductibles, il doit être établi *in concreto* qu'elles ont été exposées ou supportées en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables.

La cour décide qu'en l'espèce, la société n'a pas fait la preuve que les charges de l'emprunt contracté ont été exposées en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables. Selon la cour, il ressort des pièces déposées par la société que l'emprunt avait une autre finalité, à savoir le remboursement des crédits-ponts contractés par les principaux actionnaires de la société en vue de financer la sortie de bourse de celle-ci, même si la sortie de la bourse a finalement donné à la société l'opportunité de réaliser de nouveaux investissements et, par conséquent, a permis une augmentation de son chiffre d'affaires.

La cour d'appel paraît imposer au contribuable de démontrer un lien direct et immédiat entre les intérêts et des revenus supplémentaires, ce qui va à notre avis au-delà des conditions de l'article 49 du CIR⁶².

⁶¹ Anvers, 28 septembre 2021, RG n° 2020/AR/454, T.F.R., 2022, n° 621, p. 441.

⁶² L'on peut encore citer dans le même sens un jugement du tribunal du Hainaut, division Mons, du 7 décembre 2021 (RG n° 18/1893/A, inédit), à propos des intérêts d'un emprunt de refinancement global d'une société, qui lui a permis d'acquérir des outils de production, de rembourser des dettes court terme et de distribuer un dividende. L'administration a rejeté les intérêts sur la quote-part de l'emprunt qui a permis de distribuer un dividende. Le tribunal de première instance lui a donné raison.

B. Recommandation pratique

Nous sommes fort perplexes sur cette jurisprudence, dans son principe même.

En effet, dans une société, le passif, qui comprend en substance les fonds propres et les fonds empruntés, finance l'actif, c'est-à-dire pour faire simple les éléments qui permettent de réaliser l'activité et donc des revenus.

Dire qu'un emprunt finance une distribution de dividende est un abus de langage. En réalité, si l'on regarde le bilan après la distribution, l'emprunt finance les actifs qui subsistent.

Quoi qu'il en soit, la prudence commande de déconnecter autant que faire se peut les emprunts et la distribution de dividendes. Une société immobilière aura donc intérêt à souscrire des emprunts pour acquérir des immeubles et à conserver ses liquidités pour payer les dividendes.