

Intérêts notionnels : compatibles avec la liberté d'établissement ?

Il y a quelques années, la déduction pour capital à risque ('déduction des intérêts notionnels') fut corrigée à la suite de l'arrêt *Argenta* de la Cour de justice de l'Union européenne. Depuis lors, ce n'est plus la base de calcul de la déduction, mais bien la déduction elle-même qui doit être limitée lorsque la société possède des établissements stables ou des immeubles dans un pays contractant. L'an dernier, le même contribuable (*Argenta*) a convaincu le tribunal d'Anvers de soumettre cette correction à la Cour européenne, en posant une question préjudicielle, au motif que la nouvelle méthode de calcul porterait toujours préjudice aux sociétés disposant d'un établissement stable dans un pays contractant par rapport aux sociétés disposant d'un établissement stable belge. La Cour n'y voit toutefois aucune violation de la liberté d'établissement (arrêt du 17 octobre 2019, affaire C-459/18, *Argenta Spaarbank NV contre l'Etat belge*; voyez déjà brièvement *Fiscologue* 2019, n° 1630, p. 10).

Correction de la déduction

La déduction pour capital à risque se calcule sur base des capitaux propres 'corrigés' de la société, en ce sens que certains postes doivent être portés en diminution des capitaux propres. C'était initialement le cas notamment pour les capitaux propres attribuables aux 'établissements étrangers' dont les bénéfices ne sont pas imposables en Belgique en raison d'une convention préventive de la double imposition (ancien art. 205ter, § 2, CIR 1992). Un règlement similaire était d'application pour les immeubles dans un pays contractant. Dans son arrêt du 4 juillet 2013, qui portait spécifiquement sur la diminution concernant les établissements étrangers, la Cour de justice de l'Union européenne avait jugé que dans un contexte européen, cette diminution était contraire à la liberté d'établissement (affaire *Argenta Spaarbank* (C-350/11); *Fisco. Int.* 2013, n° 354, p. 1).

A la suite de cet arrêt, le législateur remplaça le règlement à compter de l'exercice d'imposition 2014 par une nouvelle limitation de la déduction (art. 205quinquies, CIR 1992 tel que modifié par la loi du 21 décembre 2013 "portant des dispositions fiscales et financières diverses", *MB*, 31 décembre 2013, deuxième édition). Le nouveau règlement diffère selon que le pays contractant dans lequel l'établissement stable ou les immeubles sont situés, fait partie ou non de l'Espace économique européen (EEE). Etant donné que la présente affaire concernait un établissement stable aux Pays-Bas, nous nous limitons ici au 'règlement EEE'.

En résumé, ce règlement indique que lorsqu'une société a, dans un autre Etat membre de l'EEE, un établissement stable ou un immeuble (ou des droits relatifs à un tel immeuble) dont les

revenus sont exonérés par convention, c'est la *déduction* pour capital à risque (et non plus la base de calcul) qui est diminuée du *plus petit* des deux montants suivants :

- (1) la diminution proportionnelle de la déduction telle qu'applicable aux pays contractants en dehors de l'EEE (c'est-à-dire une diminution de la partie de la déduction qui se rapporte aux capitaux propres imputables à l'établissement stable ou à l'immeuble en question); ou
- (2) le résultat positif généré par cet établissement stable ou par l'immeuble, déterminé conformément au CIR 1992.

Dans le règlement ainsi modifié, la déduction des intérêts notionnels est par conséquent diminuée de la partie de la déduction calculée sur les capitaux propres de l'établissement stable ou de l'immeuble situé dans l'EEE (cf. le premier cas), si et dans la mesure où cette diminution est inférieure aux bénéfices imposables imputables à ces actifs (et calculés selon les normes belges).

Voici un exemple simplifié. Une société belge possède un établissement stable (ES) néerlandais dont le bénéfice s'élève à 100. La déduction totale pour capital à risque est de 50, dont 28 est 'imputable' à la société et 22 à l'ES néerlandais. La 'déduction néerlandaise' (22) est inférieure au 'bénéfice néerlandais' (100). Par conséquent, la diminution proportionnelle est d'application, de sorte que la déduction applicable est ramenée à 28 (50 - 22).

Imaginons que le 'bénéfice néerlandais' ne soit que de 20. Dans ce cas, c'est ce montant 'plus bas' qui détermine la diminution, de sorte que la déduction applicable s'établirait à 30 (50 - 20).

Dans le nouveau régime, ce n'est plus la base de calcul, mais bien la déduction elle-même qui doit être limitée lorsque la société possède des ES dans un pays contractant

Nouvelle question préjudicielle

Dans la nouvelle affaire *Argenta*, la société avait calculé ses intérêts notionnels, durant l'exercice comptable 2014 (exercice d'imposition 2015), conformément à cet article 205quinquies du CIR 1992, et plus particulièrement conformément à la diminution proportionnelle, de sorte qu'elle diminuait la déduction totale de la partie de la déduction qui concernait les capitaux propres de son établissement stable néerlandais. Cette 'déduction néerlandaise' était en effet inférieure au résultat positif de l'établissement stable.

Argenta introduisit une réclamation contre l'imposition, affirmant que la nouvelle méthode de calcul était contraire à la liberté d'établissement telle qu'elle est garantie par l'article 49 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Après le rejet de sa réclamation, la société soumit l'affaire au tribunal de première instance d'Anvers.

Constatant que la diminution de la déduction des intérêts notionnels 'ne s'applique pas aux établissements stables situés en Belgique' et que 'la législation belge ne prévoit pas non plus de diminution analogue pour les établissements belges', le tribunal en a déduit que la déduction des intérêts notionnels est plus restreinte pour une société qui possède un établissement stable dans l'EEE – en particulier lorsque (comme c'était le cas en l'espèce) 'le bénéfice de l'établissement stable est supérieur à la déduction qui y est imputée pour capital à risque' (application de la diminution proportionnelle) – que dans le cas d'un établissement stable en Belgique. Dans ce scénario, le nouveau dispositif 'aurait un effet quasiment identique' au règlement pour l'exercice d'imposition 2008, qui a été jugé contraire à l'article 49, TFUE (voyez le précédent arrêt *Argenta*).

D'un autre côté, le tribunal affirmait que le nouveau règlement a pour conséquence que la diminution des intérêts notionnels ne peut jamais excéder le montant des bénéfices de l'établissement étranger exonéré en vertu d'une convention préventive de la double imposition (car si la 'diminution proportionnelle' de la déduction est supérieure au montant de ces bénéfices exonérés, c'est ce dernier montant qui doit intervenir).

Le tribunal posa dès lors à la Cour européenne la question préjudicielle de savoir si la liberté d'établissement s'oppose à ce que – dans les circonstances précitées – la déduction pour capital à risque soit diminuée de la partie de la déduction qui est imputable aux capitaux propres d'un établissement stable dans un autre Etat membre, tandis qu'aucune diminution de ce type n'est d'application s'il s'agit d'un établissement stable situé en Belgique (Trib. Anvers, 29 juin 2018).

Cour de justice

Après avoir pris connaissance de la requête du gouvernement belge de reformuler la question préjudicielle (pour affirmer plus clairement que la 'base de calcul' de la déduction n'est pas diminuée dans le nouveau règlement), la Cour considère que la question préjudicielle doit être comprise comme suit : la liberté d'établissement s'oppose-t-elle à un règlement où :

- "la valeur nette des actifs de [l']établissement stable [situé dans un autre Etat membre] est prise en compte, dans un premier temps, dans le calcul de la [déduction globale des intérêts notionnels]";
- cette déduction "est diminuée, dans un second temps, du plus petit des montants suivants", à savoir la déduction qui se rapporte à l'établissement stable ou son résultat positif,
- "alors qu'une telle diminution n'est pas appliquée dans le cas d'un établissement stable situé en [Belgique]".

La Cour rappelle tout d'abord le principe de la liberté d'établissement. Elle s'oppose notamment à ce que l'Etat membre d'origine entrave l'établissement dans un autre Etat membre (par le biais d'un établissement stable).

Sur base de la question préjudicielle (reformulée), la Cour constate ensuite que le règlement belge relatif à la déduction des intérêts notionnels crée effectivement une différence de traitement entre, d'une part, une société disposant d'un établissement stable en Belgique et, d'autre part, une société disposant d'un établissement stable dans un autre Etat membre dont les revenus sont exonérés en Belgique en vertu d'une convention. La question qui se pose est dès lors de savoir si cette différence "constitue un traitement désavantageux susceptible de dissuader une société belge d'exercer ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans un [autre] Etat membre" que la Belgique.

Trois scénarios

La Cour distingue trois scénarios dans le chef d'une société résidente (*X*) disposant d'un établissement stable dans un autre Etat membre dont les revenus sont exonérés en Belgique par convention :

(1) l'établissement stable n'a pas généré de résultat positif : la déduction des intérêts notionnels de *X* n'est pas diminuée (car le 'plus petit' montant qui détermine la diminution est alors de 0). *X* ne subit dès lors pas de traitement moins avantageux qu'une société résidente (*Y*) disposant d'un établissement stable belge, mais la Cour s'en réfère à la juridiction de renvoi pour vérifier si c'est exact;

(2) l'établissement stable a généré un *résultat positif* qui est *inférieur* à la partie de la déduction pour capital à risque qui se rapporte à cet établissement stable. Dans ce cas, la déduction globale des intérêts notionnels est diminuée d'un montant égal au résultat positif de l'ES. Dans ce scénario, la partie de la déduction des intérêts notionnels de l'établissement stable qui dépasse le résultat positif de ce dernier est en revanche prise en compte aux fins de la déduction globale;

(3) l'établissement stable a généré un *résultat positif* qui est *supérieur* à la partie de la déduction des intérêts notionnels qui se rapporte à cet établissement stable. Dans ce scénario, la partie de la déduction qui se rapporte audit établissement stable ne conduit à aucune réduction de la base imposable belge (application de la 'diminution proportionnelle' étant donné qu'il s'agit du montant 'le plus petit').

Dans les deuxième et troisième scénarios, la déduction globale des intérêts notionnels dans le chef de *X* est donc diminuée. Encore faut-il que cette diminution soit "désavantageuse" dans une mesure telle que la base imposable de *X* (avec l'ES étranger) "soit, à la suite de [cette] diminution [...] plus élevée que" celle de *Y* (avec l'établissement stable belge).

La Cour estime que ce n'est pas le cas. Il s'avère en effet que, dans les deux scénarios, la base imposable de *Y* est supérieure à celle de *X*: si, dans le chef de *X*, les bénéfices de l'ES sont exonérés par convention, ce n'est pas le cas pour *Y*, étant donné que les résultats de son établissement stable belge sont *inclus* dans la *base imposable belge* de la société *Y*. Selon la Cour, compte tenu de cet élément, l'application de la déduction des intérêts notionnels aurait l'effet suivant dans le chef de *Y* dans les deuxième et troisième scénarios décrits ci-dessus.

- Dans le deuxième scénario, le résultat positif de l'établissement stable belge est inférieur à la déduction pour capital à risque se rapportant à l'ES. Le solde de cette déduction peut être imputé par *Y* sur le résultat de la maison mère, comme c'est le cas dans le chef de société *X* (où la déduction se rapportant à l'établissement stable n'est perdue qu'à concurrence du résultat inférieur de l'ES). La Cour conclut que la base imposable de *Y* (qui dispose de l'établissement stable belge) n'est par conséquent "pas moins élevée" que celle de *X* qui dispose d'un établissement stable dans un autre Etat membre, dont les revenus sont exonérés en Belgique par convention (voyez le deuxième scénario décrit ci-dessus pour *X*).

- Dans le troisième scénario, le résultat positif de l'établissement stable belge est supérieur à la déduction pour capital à risque se rapportant à l'ES.

Dans ce cas, il n'y a pas de solde pouvant être déduit du résultat de la maison mère de *Y*, comme c'est le cas dans le chef de *X* (où la déduction se rapportant à l'établissement stable est intégralement perdue, cette déduction étant inférieure au résultat de l'ES; voyez *supra*).

La Cour en déduit "qu'en raison de la diminution de la déduction pour capital à risque globale", la société *X* disposant d'un établissement stable situé dans un autre Etat membre "n'est pas traitée de manière moins avantageuse" que la société *Y* qui possède un établissement stable belge dont la déduction des intérêts notionnels n'est pas diminuée. Par conséquent, la différence de traitement ne constituerait "pas un traitement désavantageux susceptible de dissuader une société belge d'exercer ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable dans un [autre] Etat membre". Selon la Cour, le règlement belge ne viole dès lors pas la liberté d'établissement et il convient de répondre à la question préjudicielle par la négative.

Commentaire

Il semble donc que le gouvernement belge ait eu gain de cause dans cet arrêt *Argenta bis*, là où, à l'époque, le Conseil d'Etat (dans son avis relatif à la modification de la loi de 2013) et la doctrine se sont montrés très critiques sur la compatibilité de la modification légale avec le principe européen de la liberté d'établissement (voyez à ce sujet *Fiscologue* 2014, n° 1372, p. 5).

Même si, d'un point de vue purement mathématique, une société résidente disposant d'un établissement belge aura en principe droit à une déduction des intérêts notionnels plus élevée (en l'absence d'une diminution sur base de l'art. 205 *quinquies*, CIR 1992), la Cour semble s'inspirer surtout de la répartition du pouvoir d'imposition par la convention préventive de la double imposition applicable et de son impact sur la base imposable belge.

Ce faisant, la Cour semble renoncer au principe – pourtant exprimé explicitement dans le premier arrêt *Argenta* du 4 juillet 2013 – selon lequel le fait de renoncer à la souveraineté fiscale dans le cadre d'une convention fiscale bilatérale (à savoir le fait que les bénéfices d'un établissement stable ne peuvent être imposés que dans l'Etat de la source) ne peut justifier que la société concernée se voie systématiquement privée d'un avantage fiscal dans l'Etat de résidence. En effet, on peut lire dans le premier arrêt *Argenta* que "la circonstance qu'un Etat membre a, dans une convention visant à éviter les doubles impositions, conclue avec un autre Etat membre, convenu que les bénéfices imputables à un établissement stable situé dans cet autre Etat membre sont imposables dans ce seul dernier Etat membre et que, par consé-

Selon la Cour, le régime belge ne viole pas la liberté d'établissement

quent, le premier Etat membre ne peut exercer sa compétence d'imposition sur les bénéfices imputables audit établissement stable ne saurait justifier systématiquement tout refus d'octroi d'un avantage à la société établie sur le territoire de ce premier Etat membre à laquelle appartient ledit établissement stable" (paragraphe 51 de l'arrêt de 2013).

Dans le nouvel arrêt, le règlement belge est en effet admis sur la simple base du principe de territorialité et de la répartition du pouvoir d'imposition dans le cadre de la convention fiscale avec les Pays-Bas. La Cour semble ainsi justifier une différence de traitement au seul motif qu'une société située dans un Etat membre développe une activité économique transnationale qui n'a pas de vocation à générer des recettes fiscales au profit de cet Etat membre (voyez le paragraphe 52 de l'arrêt *Argenta* de 2013).

L'argumentation limitée de la Cour (qui ne traite d'aucun autre motif de justification possible), le fait que la Cour fasse référence à plusieurs reprises à la circonstance qu'elle ne peut s'appuyer que sur les informations mentionnées dans la décision de renvoi, et le fait que la Cour prononce son jugement "sous réserve d'une vérification par la juridiction de renvoi" posent tout de même la question de savoir si la Cour a effectivement analysé le système belge de la déduction des intérêts notionnels sous toutes ses facettes.

L'on ne peut dès lors exclure que d'autres contribuables veuillent contester la limitation actuelle de la déduction des intérêts notionnels pour les établissements stables étrangers (ou pour les immeubles étrangers) sur d'autres motifs juridiques.

Marc De Munter

SOMMAIRE

1 Procédure

Pr.M. violant le droit UE : récupération hors du délai normal de prescription ?

5 Impôt des sociétés

Intérêts notionnels : compatibles avec la liberté d'établissement ?

leFiscologue International

Brussels Media Centre
Rue de la Fusée 50 bte 1, 1130 Bruxelles

Comité de rédaction

Christian Buysse, Bart Peeters, Bernard Peeters

Collaborateurs

Ont participé à la rédaction du présent numéro :
André Bailleux, Marc De Munter, Filip Soetaert,
Charlotte Vandepitte

Rédaction

Tél. 03 241 16 53 - fax 03 241 16 44
fiscologue@roularta.be
www.fiscologueinternational.be

Abonnements

Tél. 078 35 33 06 - info@abonnements.be
Service abonnements le Fiscologue International
BP 700, 1140 Bruxelles 14
Tarifs et conditions : www.abonnements.be
Le Fiscologue International paraît une fois par mois.
Un classeur peut être obtenu contre versement de
20 euros au compte KBC BE70 4721 0111 7125
de Roularta Media Group SA avec la mention
"classeur le Fiscologue International".

Editeur responsable

Sophie Van Iseghem, c/o Meiboomlaan 33, 8800 Roeselare

Nos informations proviennent de sources que nous considérons comme dignes de foi. Elles ne peuvent cependant engager notre responsabilité.



Le Fiscologue International
est une édition de Roularta Media Group SA