



L.I.R. n° 168bis/1

Objet: Limitation de la déductibilité des intérêts

Sommaire

Introduction

1 Définitions

- 1.1 Champ d'application personnel
- 1.2 Coûts d'emprunt
- 1.3 Surcoûts d'emprunt
- 1.4 EBITDA fiscal
- 1.5 Projet d'infrastructures publiques à long terme
- 1.6 Entité autonome
- 1.7 Entreprises financières

2 Règle de limitation de la déductibilité des intérêts

- 2.1 Limitation de la déductibilité des intérêts à 30% de l'EBITDA fiscal
- 2.2 Seuil financier de 3 000 000 euros

3 Fixation de la capacité inemployée de déduction des intérêts

4 Report des surcoûts d'emprunt

5 Report de la capacité inemployée de déduction des intérêts

6 Exclusions matérielles

- 6.1 Clause de maintien des droits acquis (17 juin 2016)
- 6.2 Emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme

7 Exclusions personnelles

- 7.1 Entreprises financières
- 7.2 Entités autonomes

8 Organismes fiscalement transparents

Introduction

1. La loi du 21 décembre 2018 1) transposant la 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 ; 2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ; 3) modifiant la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuer-gesetz ») ; 4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ; 5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») (Mémorial A 2018, N° 1164 du 21 décembre 2018) (ci-après « loi du 21 décembre 2018 ») a introduit, avec effet à partir des exercices d'exploitation commençant à compter du 1^{er} janvier 2019, un nouvel article 168*bis* L.I.R. transposant en droit fiscal luxembourgeois la règle de limitation de la déductibilité des intérêts considérés excessifs.

La règle de limitation de la déductibilité des intérêts tire son origine de l'article 4 (« Interest limitation rule ») de la 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 (« directive ATAD »). Cette règle s'appuie, comme d'autres mesures introduites par la directive ATAD, sur les résultats du Projet de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS – base erosion and profit shifting »), et plus précisément sur le rapport final relatif à l'Action 4 du Plan d'action BEPS qui a été rendu public au début du mois d'octobre de l'année 2015.

Cette règle a pour objet de limiter l'érosion de la base d'imposition par le recours à la déduction de montants excessifs d'intérêts sur toutes les dettes qu'un contribuable peut contracter.

La règle de limitation de la déductibilité des intérêts n'opère pas de distinction suivant que les coûts sont en relation avec des dettes contractées au niveau national, d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat tiers. Elle ne distingue pas non plus entre les intérêts qui sont dus à des tiers et ceux qui sont dus à des entreprises liées.

Pour l'essentiel, l'article 168*bis* L.I.R. introduit un plafonnement de la déduction des coûts financiers nets, désignés ci-après par surcoûts d'emprunt, à hauteur du pourcentage de 30% de l'EBITDA fiscal, tout en prévoyant un seuil financier de minimis permettant la déduction intégrale des surcoûts d'emprunt dans la limite de 3 000 000 euros. En d'autres termes, les contribuables concernés (point 1.1) ne sont soumis à la règle du plafonnement de 30% de l'EBITDA fiscal que lorsque les surcoûts d'emprunt excèdent 3 000 000 euros.

1 Définitions

2. L'article 168*bis*, alinéa 1^{er} L.I.R. définit certaines notions clés qui sont employées de manière récurrente par l'article 168*bis* L.I.R. Ces notions et leur définition reproduisent le texte de la directive ATAD, tout en ayant été légèrement adaptées à la lumière du droit national.

1.1 Champ d'application personnel

3. L'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 1 L.I.R. délimite le champ des contribuables auxquels s'applique la règle de limitation de la déductibilité des intérêts, à savoir les organismes à caractère collectif visés

par l'article 159 L.I.R. et les établissements stables indigènes d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} L.I.R.

L'article 168*bis* L.I.R. prévoit néanmoins dans son huitième alinéa (point 7) la déduction intégrale des surcoûts d'emprunt si le contribuable est une entreprise financière ou une entité autonome.

1.2 Coûts d'emprunt

1.2.1 Notion de « coûts d'emprunt »

4. Afin de déterminer les surcoûts d'emprunt, il faut d'abord définir les coûts d'emprunt.

Ceux-ci sont déclinés en trois catégories auxquelles la règle de limitation de la déductibilité des intérêts a vocation générale à s'appliquer, à savoir :

- 1) les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette ;
- 2) les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts, et
- 3) les charges supportées dans le cadre de financements.

Concernant les coûts d'emprunt, l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R. limite son champ d'application aux seules dépenses d'exploitation et frais d'obtention qui rentrent dans l'une des trois catégories y mentionnées.

Il est également rappelé que conformément à l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 3 L.I.R., seulement les coûts d'emprunt déductibles sont considérés pour la détermination des surcoûts d'emprunt.

5. Préalablement à l'examen de ces trois catégories, il convient, dans une première étape, d'analyser si les conditions permettant la caractérisation de dépenses d'exploitation au sens de l'article 45 L.I.R. ou de frais d'obtention au sens de l'article 105 L.I.R. sont remplies. Les dépenses effectuées par le contribuable qui ne sont ni provoquées exclusivement par l'entreprise (article 45 L.I.R.), ni faites directement en vue d'acquiescer, d'assurer et de conserver des recettes (article 105 L.I.R.) ne peuvent être qualifiées de dépenses d'exploitation ou de frais d'obtention.

A titre illustratif, les distributions cachées de bénéficiaires ne peuvent pas être qualifiées de dépenses d'exploitation ou de frais d'obtention.

Lors de cette première étape, il y a également lieu de vérifier si, et dans quelle mesure, une disposition fiscale autre que celle de l'article 168*bis* L.I.R. peut entraîner un refus total ou partiel de la déductibilité des dépenses d'exploitation ou des frais d'obtention venant d'être caractérisés.

Par exemple, les règles relatives aux dispositifs hybrides (article 168*ter* L.I.R.) peuvent entraîner un tel refus. Il en va de même des mesures contenues à l'article 45, alinéa 2 L.I.R. et à l'article 166, alinéa 5, numéro 1 L.I.R.

S'il s'avère, lors de cette première étape, que des dépenses ne constituent pas des dépenses d'exploitation ou des frais d'obtention, ces dépenses ne peuvent pas non plus être qualifiées de coûts d'emprunt au sens de l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R. La même conclusion s'applique si, et seulement dans la mesure où, ces dépenses ne sont pas considérées comme déductibles sur la base d'une disposition fiscale autre que l'article 168*bis* L.I.R.

En revanche, si les dépenses représentent des dépenses d'exploitation ou des frais d'obtention, et dans la mesure où leur déduction n'est pas refusée, ces dépenses sont en principe fiscalement déductibles et cette déductibilité est susceptible de faire l'objet d'une limitation sur la base de l'article 168*bis* L.I.R., dont l'applicabilité est à déterminer dans la seconde étape décrite ci-après.

Il est à noter que la règle de limitation de la déductibilité des intérêts s'applique, si les conditions de l'article 168*bis* L.I.R sont remplies, à tout ajustement de bénéfice ou du prix d'une transaction lorsqu'un tel ajustement est effectué, à la hausse ou à la baisse, en vertu notamment du principe de pleine concurrence prévu par les articles 56 et 56*bis* L.I.R.

6. Dans une seconde étape, il y a lieu d'examiner si ces dépenses d'exploitation ou frais d'obtention sont visés par les critères de l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R.

L'intérêt ou la charge d'intérêt constitue communément la rémunération due par l'emprunteur au prêteur en contrepartie de la mise à disposition d'une somme ou d'une chose. Sont notamment compris tant les intérêts à taux fixe que les intérêts à taux variable.

A cet égard, il convient de citer le paragraphe 34 du rapport final de l'Action 4 du Plan d'action BEPS qui indique ce qui suit :

« Dans leur plus simple expression, les intérêts représentent ce que coûte l'argent emprunté. Si toutefois la portée d'une règle se limitait à cette seule catégorie de paiements, elle poserait trois problèmes principaux :

- elle ne permettrait pas de traiter tout l'éventail des risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices que les pays rencontrent en lien avec les déductions d'intérêts et les paiements similaires ;
- elle serait contraire à l'équité en appliquant un traitement différent à des groupes qui se trouvent dans une situation économique identique mais qui utilisent différents mécanismes de financement ;
- les groupes multinationaux pourraient aisément la contourner en restructurant leurs prêts en d'autres mécanismes de financement. »

Outre les charges d'intérêts, la règle de limitation de la déductibilité des intérêts s'applique aussi aux autres coûts économiquement équivalents à des intérêts. Tel qu'il ressort du paragraphe 35 du rapport final de l'Action 4 du Plan d'action BEPS, les coûts économiquement équivalents à des intérêts incluent, entre autres, ceux qui sont liés au financement d'une entité et qui sont calculés en appliquant un pourcentage fixe ou variable à un montant réel ou notionnel sur une certaine période. La règle de limitation de la déductibilité des intérêts s'applique également à toutes les charges supportées dans le cadre de financements, y compris les frais de dossier et les frais de garantie.

La définition des coûts d'emprunt à l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R. est, à l'instar de la directive ATAD, suivie d'une liste non exhaustive d'intérêts et de charges financières destinée à illustrer les coûts d'emprunt qui, conformément aux normes minimales imposées par la directive ATAD (voir l'article 3 de la directive ATAD), sont formellement couverts par la règle de limitation de la déductibilité des intérêts. Cette liste s'aligne pleinement sur celle établie par ladite directive. Les coûts d'emprunt y énumérés sont décrits au point 1.2.2 ci-après.

7. Il convient de mentionner que la déduction pour dépréciation de créances douteuses ou irrécouvrables n'occasionne pas des coûts d'emprunt dans le chef du créancier.

1.2.2 Liste non exhaustive de certains coûts d'emprunt

8. La liste non exhaustive, contenue à l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R., est composée des coûts d'emprunt suivants :

1.2.2.1 Rémunérations dues sur des prêts participatifs

9. Le prêt participatif confère au prêteur le droit de toucher, en contrepartie du capital prêté, une rémunération fixe accompagnée d'une rémunération variable en fonction de la profitabilité de l'emprunteur, par exemple, en fonction du bénéfice ou du chiffre d'affaires dudit emprunteur. Entrent dans le champ de la définition des coûts d'emprunt toutes les sommes versées en rémunération des prêts participatifs.

1.2.2.2 Intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon

10. Parmi les instruments financiers portant ou pouvant porter des intérêts ou d'autres coûts économiquement équivalents à des intérêts figurent notamment les obligations suivantes :
- obligations avec coupons d'intérêt,
 - obligations sans coupon,
 - obligations participatives,
 - obligations échangeables,
 - obligations convertibles ou remboursables en actions,
 - obligations avec bons de souscription d'actions ou d'obligations.

Constituent des coûts d'emprunt notamment les intérêts dus ainsi que les primes d'émission et de remboursement dues par l'émetteur au détenteur de l'obligation.

S'agissant plus particulièrement des obligations sans coupon, celles-ci ne donnent lieu pendant leur durée de vie à aucun versement d'intérêt proprement dit à leurs souscripteurs. En revanche, ces derniers se voient allouer, à l'échéance desdites obligations, une prime de remboursement correspondant à la différence positive entre le prix de remboursement de ces titres et leur prix d'émission.

1.2.2.3 Montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique

11. L'expression « finance alternative » désigne, de façon générale, les modes de financement qui sont en dehors du système financier conventionnel.

Parmi les mécanismes de financement alternatifs figurent notamment les instruments issus de la finance islamique. Entrent à ce titre dans le champ de la définition des coûts d'emprunt, les montants déboursés au titre de ces instruments de la finance islamique, lorsqu'ils sont assimilables sur le plan fiscal à des instruments financiers de la finance conventionnelle.

A titre d'exemple, les sukuk peuvent être considérés comme assimilables à des instruments de dette de la finance conventionnelle, de sorte que les rémunérations servies aux porteurs des sukuk s'analysent sur le plan fiscal de la même manière que les intérêts. A ce sujet, il est renvoyé à la

circulaire du directeur des contributions L.I.R. n° 45/1 du 12 janvier 2010 ayant pour objet la finance islamique.

1.2.2.4 Intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail

12. Un contrat de crédit-bail (« leasing ») peut se présenter sous différentes formes en vertu des stipulations prévues, telles que le leasing financier, le leasing opérationnel ou encore d'autres formes de leasing. En fonction des caractéristiques du contrat, le bien faisant l'objet du contrat est à attribuer fiscalement soit au preneur de leasing (le contrat est assimilé à un contrat de vente), soit au donneur de leasing (le contrat est assimilé à un contrat de location).

Au cas où le contrat de leasing est assimilé sur le plan fiscal à un contrat de vente, le preneur de leasing est tenu de porter à l'actif de son bilan fiscal le bien faisant l'objet du contrat et d'acter au passif une dette envers le donneur de leasing. Dans ce cas, comme c'est le cas pour toute dette amortissable par annuités constantes, les annuités du contrat de leasing doivent être scindées en une partie représentant le remboursement partiel de la dette au cours de l'exercice d'exploitation et une partie représentant les intérêts courus pendant le même exercice. Seule la partie représentant les intérêts courus est affectée par les dispositions de l'article 168*bis* L.I.R.

En revanche, au cas où le contrat de leasing est traité fiscalement comme un contrat de location, les termes de leasing ne sont pas considérés, dans le chef du preneur de leasing, comme des coûts d'emprunt.

Il convient de rappeler le paragraphe 39 du rapport final de l'Action 4 du Plan d'action BEPS dont il ressort que les versements au titre d'un leasing opérationnel ne sont pas affectés par la règle de limitation de la déductibilité des intérêts.

1.2.2.5 Intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés

13. Selon le droit comptable, l'inclusion dans le coût de revient des intérêts sur les capitaux empruntés pour financer la fabrication d'immobilisations est permise, dans la mesure où les intérêts concernent la période de fabrication de ces immobilisations.

Fiscalement, l'incorporation des intérêts de capitaux empruntés au prix de revient est en revanche uniquement permise lorsque ces emprunts sont en rapport avec la construction d'installations nouvelles s'étendant sur une période supérieure à un an, à condition toutefois que le rapport entre l'emprunt et l'investissement soit direct et effectif.

En conséquence, lorsque l'option pour l'incorporation des intérêts de capitaux empruntés au prix de revient d'une immobilisation nouvelle est retenue sur le plan fiscal, les intérêts ou coûts d'emprunt dits capitalisés ne sont affectés par les dispositions de l'article 168*bis* L.I.R. que lorsqu'ils sont portés ou sont susceptibles d'être portés en déduction. Cette question se pose notamment en cas d'amortissement, de déduction pour dépréciation ou de cession de l'immobilisation en question. En pareils cas, la quote-part de la déduction afférente aux coûts d'emprunt capitalisés est soumise aux dispositions de l'article 168*bis* L.I.R.

Les intérêts capitalisés doivent figurer sur une ligne distincte du tableau d'amortissement joint à la déclaration d'impôt.

1.2.2.6 Montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert

14. L'article 56*bis* L.I.R. renferme les principes de base à respecter dans le cadre d'une analyse de prix de transfert. Les transactions entre entreprises liées doivent être rémunérées comme si elles avaient été conclues entre des entreprises indépendantes négociant dans des circonstances comparables et dans des conditions de pleine concurrence conformément à l'article 56 L.I.R.

En matière de prix de transfert, la charge d'intérêts peut être ajustée, le cas échéant, pour assurer le respect du principe de pleine concurrence. Cet ajustement fiscal est donc aussi affecté par la règle de limitation de la déductibilité des intérêts.

1.2.2.7 Intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme

15. Un instrument dérivé est un titre ou contrat entre parties dont la valeur varie en fonction de celle d'un sous-jacent qui peut être financier (actions, obligations, taux d'intérêt, devises, indices boursiers, etc.) ou physique (matières premières agricoles ou minérales, etc.). Parmi les instruments dérivés figurent notamment les contrats communément appelés forwards, futures, options et swaps.

Sont également visés, notamment dans le cadre d'un swap, les charges d'intérêts qui sont calculées sur la base d'un notionnel, ce dernier n'ayant en principe pas fait l'objet d'une transaction ou d'un échange physique. Ces charges d'intérêts, en l'espèce désignées comme intérêts notionnels en raison du fait qu'elles sont calculées sur la base d'une valeur notionnelle, peuvent notamment résulter soit d'un contrat d'échange de taux d'intérêt (« interest rate swap »), soit de tout autre instrument dérivé ou contrat de couverture (« hedging arrangements ») portant sur les emprunts d'un organisme.

Exemple 1

Soit un contribuable ayant contracté un emprunt bancaire de 100 000 000 euros à un taux variable basé sur l'Euribor 3 mois majoré de 3%. En vue de se protéger contre les fluctuations des taux d'intérêt variables, le contribuable conclut avec un tiers un contrat de swap de taux d'intérêt, d'une valeur nominale de 100 000 000 euros, par lequel il s'engage à verser trimestriellement des intérêts à un taux fixe de 5%, tout en recevant, en contrepartie, des paiements d'intérêts rattachés au taux variable de l'Euribor 3 mois majoré de 3%. Par ailleurs, il est convenu entre les parties contractantes du swap que seule la différence d'intérêts est réglée par la partie qui doit payer le montant le plus élevé.

Si le taux de l'Euribor demeure à un niveau faible, à savoir à 0,5%, le contribuable verse 3 500 000 euros d'intérêts à la banque (Euribor 0,5% + 3%) et 1 500 000 euros d'intérêts au tiers. Ce versement trimestriel des intérêts (5 000 000 euros) entre dans le champ de la définition des coûts d'emprunt.

Lorsque le taux de l'Euribor atteint 4%, le contribuable doit verser 7 000 000 euros d'intérêts à la banque (Euribor 4% + 3%) et reçoit 2 000 000 euros du tiers. Dans ce cas,

7 000 000 euros d'intérêts constituent des coûts d'emprunt, tandis que 2 000 000 euros d'intérêts constituent des revenus d'intérêts.

1.2.2.8 Certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements

16. Pour autant qu'ils sont inclus dans le revenu imposable, les gains et pertes de change qui se rapportent proportionnellement aux intérêts afférents aux emprunts et instruments liés à des financements, rentrent également dans la définition des coûts d'emprunt. Il convient de spécifier que les gains et pertes de change découlant de leur principal ne sont pas pris en compte par le présent dispositif.

1.2.2.9 Frais de garantie concernant des accords de financement

17. Sont notamment couverts par cette catégorie les frais liés à une garantie hypothécaire ou à toute autre forme de garantie prise dans le cadre d'une opération de financement.

1.2.2.10 Frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds

18. Cette catégorie recouvre l'ensemble des frais de financement engagés dans le cadre d'une opération de financement, notamment les frais d'ouverture et les frais de tenue d'un compte.

N'entrent toutefois pas en ligne de compte les frais d'honoraires et de commissions des intermédiaires (notaires, experts, etc.) intervenus dans les opérations de financement, lorsqu'il s'agit de frais accessoires au prix d'acquisition d'un bien.

1.3 Surcoûts d'emprunt

19. La définition de la notion centrale de « surcoûts d'emprunt » prévue à l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 3 L.I.R. correspond littéralement à celle contenue à l'article 2, point 2 de la directive ATAD. Le montant des surcoûts d'emprunt correspond à la différence entre, d'une part, les coûts d'emprunt déductibles visés au numéro 2 (point 1.2) et supportés par le contribuable et, d'autre part, les revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents perçus par ce même organisme (point 1.3.1).

1.3.1 Revenus d'intérêts imposables

20. Si l'article 168*bis* L.I.R. définit de manière large la notion de « coûts d'emprunt », il ne définit toutefois pas celle de « revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents ».

De manière cohérente et symétrique, les revenus d'intérêts et autres revenus économiquement équivalents constituent, en principe, aux fins de l'application de l'article 168*bis* L.I.R., le pendant des coûts d'emprunt définis au numéro 2 du premier alinéa. Sous cet aspect, il est évident que si, pour le moins dans un contexte purement national, les montants engagés ne se conçoivent pas comme des

coûts d'emprunt dans le chef du débiteur, ils ne sont, en principe, pas non plus à considérer comme des revenus d'intérêts ou autres revenus économiquement équivalents dans le chef du bénéficiaire.

Lorsque l'article 168*bis* L.I.R. fait référence aux revenus d'intérêts, il est considéré, à la lumière aussi du paragraphe 38 de l'Action 4 BEPS, que ce revenu inclut les montants économiquement équivalents à des intérêts.

A titre illustratif, dès que la prime de remboursement afférente à une obligation est considérée comme coûts d'emprunt dans le chef de son émetteur, cette prime constitue, à l'inverse, un revenu d'intérêts imposable dans le chef du détenteur de l'obligation.

1.4 EBITDA fiscal

21. L'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 4 L.I.R. définit de manière univoque la notion fiscale d'EBITDA (désignée ci-après également par « EBITDA fiscal »), en disposant que l'EBITDA d'un contribuable est composé du total des revenus nets majoré des valeurs fiscales correspondant aux surcoûts d'emprunt tels qu'ils sont définis à l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 3 L.I.R., des amortissements calculés et des déductions pour dépréciation opérées.

L'expression « EBITDA » définie à l'article 168*bis* L.I.R. est l'acronyme anglais de « Earnings Before Interest, Tax, Depreciation, and Amortization », ce qui se traduit en français par le résultat avant intérêt, impôt, dépréciation et amortissement. Il résulte de cette appellation que, pour déterminer la valeur de l'EBITDA fiscal, lesdites dépenses d'exploitation, amortissements et déductions pour dépréciation, pour autant qu'elles soient portées en déduction, doivent être rajoutées audit résultat. Etant donné que la détermination de l'EBITDA fiscal prend comme point de départ le total des revenus nets, dans lequel sont déjà intégrés les impôts non déductibles, il n'y a plus lieu de les rajouter une deuxième fois dans le calcul. En présence d'impôts personnels étrangers visés à l'article 13 L.I.R., la fraction déductible lors de la détermination du total des revenus nets n'est pas à ajouter lors de la détermination de l'EBITDA fiscal.

22. Lors de la détermination de l'EBITDA fiscal, seuls les revenus imposables, c'est-à-dire non exonérés, sont pris en considération. Corrélativement, les revenus exonérés, tels que les revenus provenant de participations au sens de l'article 166 L.I.R., ne sont pas pris en compte et n'affectent donc en rien l'EBITDA fiscal. Les revenus exonérés d'impôt sur le revenu des collectivités, que ce soit en vertu d'une disposition nationale ou en vertu d'une convention tendant à éviter les doubles impositions, ne doivent donc pas entrer dans le calcul de l'EBITDA fiscal. En corollaire à cela, la dernière phrase rend non déductibles les dépenses d'exploitation qui sont en rapport avec des revenus exonérés.

Les exemples 7 et 8 reproduits ci-après visent à éclairer les principes exposés ci-dessus.

1.5 Projet d'infrastructures publiques à long terme

23. Quant à la notion de « projet d'infrastructures publiques à long terme », il est renvoyé au point 6 reproduit ci-après.

1.6 Entité autonome

24. Pour ce qui est de la notion d'« entité autonome », il est renvoyé au point 7.2 reproduit ci-après.

1.7 Entreprises financières

25. L'objectif poursuivi par la définition des entreprises financières est de couvrir les entités réglementées par une directive européenne ou un règlement européen. Les entreprises non réglementées en vertu d'une directive européenne ou d'un règlement européen ne sont pas couvertes par cette définition, sauf, conformément à l'article 2, numéro 5, point f de la directive ATAD, le fonds d'investissement alternatif (FIA) supervisé en vertu du droit national applicable. En droit luxembourgeois, il s'agit du FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) qui prévoit l'agrément et la surveillance du FIA par la Commission de Surveillance du Secteur Financier. A ce sujet, il est également renvoyé au point 7.1 reproduit ci-après.

2 Règle de limitation de la déductibilité des intérêts

26. La règle de limitation de la déductibilité des intérêts posée par l'alinéa 2 de l'article 168bis L.I.R. consiste à plafonner la déduction des surcoûts d'emprunt à hauteur d'un pourcentage de 30% de l'EBITDA fiscal du contribuable concerné, avec cependant un seuil financier de minimis de 3 000 000 euros. En d'autres termes, le montant le plus élevé des deux est retenu.

Pour rappel, les contribuables soumis audit plafonnement de droit commun sont les organismes à caractère collectif visés par l'article 159 L.I.R. et les établissements stables indigènes d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} L.I.R.

2.1 Limitation de la déductibilité des intérêts à 30% de l'EBITDA fiscal

27. L'alinéa 2, lettre a établit la règle de base de limitation de la déductibilité des intérêts, selon laquelle les surcoûts d'emprunt sont déductibles au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel ils ont été engagés, mais uniquement à hauteur d'un ratio de 30% de l'EBITDA fiscal du contribuable. Cette règle limite la déduction du montant des surcoûts d'emprunt encourus à un montant équivalant à 30% de l'EBITDA fiscal du contribuable.

Exemple 2

Soit un contribuable qui enregistre des surcoûts d'emprunt encourus de 8 000 000 euros et un EBITDA fiscal de 20 000 000 euros. La déduction maximale autorisée est de 30% de 20 000 000 euros, soit 6 000 000 euros. En l'occurrence, aucun droit à déduction n'est ouvert à hauteur de 2 000 000 euros.

Exemple 3

Mêmes données que dans l'exemple 2, sauf que le contribuable génère un EBITDA fiscal de 30 000 000 euros. En l'occurrence, il peut déduire l'intégralité de ses surcoûts d'emprunt encourus parce que la part de 30% de 30 000 000 euros dépasse le montant de 8 000 000 euros.

2.2 Seuil financier de 3 000 000 euros

28. L'alinéa 2, lettre b renferme, à l'instar de la directive ATAD, un plafond de 3 000 000 euros (« safe harbour ») jusqu'à concurrence duquel les surcoûts d'emprunt peuvent être déduits, indépendamment de la limite résultant du ratio prévu à l'alinéa 2, lettre a.

Les contribuables ayant des surcoûts d'emprunt qui ne dépassent pas le seuil financier de 3 000 000 euros peuvent déduire leurs coûts d'emprunt sans limitation.

Au vu de ce qui précède, il y a dès lors lieu de retenir que les surcoûts d'emprunt restent toujours déductibles à concurrence d'un montant maximal de 3 000 000 euros, lorsque cela aboutit à une déduction supérieure à celle du ratio de 30% calculé à partir de l'EBITDA fiscal.

Exemple 4

Soit un contribuable qui enregistre des surcoûts d'emprunt encourus de 2 700 000 euros et dont l'EBITDA fiscal s'élève à 8 000 000 euros. Il pourra, grâce au seuil financier de 3 000 000 euros, déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt encourus, et ce nonobstant la fraction de l'EBITDA fiscal obtenue.

29. Sauf dérogation prévue par les alinéas 3 à 8 de l'article 168*bis* L.I.R., il y a donc toujours limitation de déduction lorsque les surcoûts d'emprunt dépassent aussi bien 30% de l'EBITDA fiscal que le seuil financier de 3 000 000 euros.

Exemple 5

Soit un contribuable qui enregistre des surcoûts d'emprunt encourus de 5 000 000 euros et un EBITDA fiscal de 12 000 000 euros. La déduction maximale autorisée est de 3 600 000 euros étant donné que le montant de 3 600 000 euros correspondant à la fraction de 30% de 12 000 000 euros est plus élevé que le seuil financier de 3 000 000 euros.

30. Dans ce contexte, il convient de noter que le plafond de déduction, qu'il s'agisse de la fraction représentant 30% de l'EBITDA fiscal ou du seuil financier fixé à 3 000 000 euros, s'applique à chaque exercice d'exploitation, tel que défini à l'article 17 L.I.R. Il est rappelé qu'un exercice tronqué, c'est-à-dire un exercice qui renferme moins de 12 mois, est traité comme un exercice d'exploitation entier. Partant, la durée d'un exercice d'exploitation n'affecte en rien ni le seuil financier de 3 000 000 euros, ni la fraction représentant 30% de l'EBITDA fiscal. Ainsi, au cas où un organisme à caractère collectif qui clôture son exercice d'exploitation régulièrement au 31 mars, décide au cours de l'année 2020 de clôturer dorénavant son exercice d'exploitation au 31 décembre, la règle de limitation de la déductibilité des intérêts s'applique une première fois à l'entièreté de l'exercice d'exploitation allant du 1^{er} avril 2019 au 31 mars 2020 et une seconde fois à l'exercice allant du 1^{er} avril 2020 au 31 décembre 2020.

31.

Exemple 6

Soit un extrait du compte de profits et pertes qui se présente comme suit :

COMPTE DE PROFITS ET PERTES	
Corrections de valeur	4 500 000
Autres intérêts et autres produits financiers	7 500 000
Intérêts et autres charges financières	12 850 000
Impôt sur le revenu, impôt commercial et impôt sur la fortune	1 500 000
Résultat de l'exercice	5 000 000
Détermination des surcoûts d'emprunt encourus soumis à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts	
Coûts d'emprunt déductibles	12 850 000
– Revenus d'intérêts imposables et autres revenus économiquement équivalents	– 7 500 000
= Surcoûts d'emprunt encourus	= 5 350 000
Détermination de l'EBITDA fiscal	
Résultat de l'exercice suivant le compte de profits et pertes	5 000 000
+ Impôts non déductibles (article 168 L.I.R.)	+ 1 500 000
Total des revenus nets avant application de l'article 168bis L.I.R.	= 6 500 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus	+ 5 350 000
+ Amortissements et déductions pour dépréciation	+ 4 500 000
= EBITDA fiscal	= 16 350 000
Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	
Surcoûts d'emprunt encourus	5 350 000
– Déduction maximale autorisée (30% de l'EBITDA)	– 4 905 000
= Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles (à reporter)	= 445 000
Détermination du total des revenus nets	
Total des revenus nets avant application de l'article 168bis L.I.R.	6 500 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	+ 445 000
= Total des revenus nets	= 6 945 000

Exemple 7

Soit un extrait du compte de profits et pertes qui se présente comme suit :

COMPTE DE PROFITS ET PERTES

Produits provenant de participations	4 000 000
Intérêts et autres charges financières	15 500 000
Impôt sur la fortune	32 100
Résultat de l'exercice	- 13 032 100

Les produits provenant de participations sont composés de dividendes exonérés de l'impôt sur le revenu en application de l'article 166 L.I.R. Les intérêts et autres charges financières sont en relation économique directe avec ces participations. Conformément à l'article 166, alinéa 5 L.I.R., et avant application de l'article 168*bis* L.I.R., le montant des coûts d'emprunt déductibles s'élève à 11 500 000 euros (15 500 000 euros - 4 000 000 euros).

**Détermination des surcoûts d'emprunt encourus
soumis à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts**

Coûts d'emprunt déductibles	11 500 000
- Revenus d'intérêts imposables et autres revenus économiquement équivalents	0
= Surcoûts d'emprunt encourus	= 11 500 000

Détermination de l'EBITDA fiscal

Résultat de l'exercice suivant le compte de profits et pertes	- 13 032 100
+ Impôt non déductible (article 168 L.I.R.)	+ 32 100
- Dividendes exonérés suivant l'article 166 L.I.R.	- 4 000 000
+ Dépenses d'exploitation non déductibles (intérêts)	+ 4 000 000
= Total des revenus nets avant application de l'article 168 <i>bis</i> L.I.R.	= - 13 000 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus	+ 11 500 000
= EBITDA fiscal	= - 1 500 000

Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles

Surcoûts d'emprunt encourus	11 500 000
- Déduction maximale conformément à l'article 168 <i>bis</i> , alinéa 2 L.I.R. étant donné que 30% de l'EBITDA (= - 450 000) est inférieur au seuil financier de 3 000 000 euros, celui-ci s'y substitue	- 3 000 000
= Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles (à reporter)	= 8 500 000

Détermination du total des revenus nets

Total des revenus nets avant application de l'article 168 <i>bis</i> L.I.R.	- 13 000 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	+ 8 500 000
= Total des revenus nets	= - 4 500 000

Le montant de 3 000 000 euros est à affecter à la somme algébrique conformément au règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R.

33.

Exemple 8

Soit un extrait du compte de profits et pertes qui se présente comme suit :

COMPTE DE PROFITS ET PERTES	
Produits provenant de participations	4 000 000
Autres intérêts et autres produits financiers	1 500 000
Intérêts et autres charges financières	21 500 000
Impôt sur le revenu, impôt commercial et impôt sur la fortune	700 000
Résultat de l'exercice	2 300 000

Les produits provenant de participations sont composés de dividendes exonérés de l'impôt sur le revenu en application de l'article 166 L.I.R. Les intérêts et autres charges financières sont en relation économique directe avec ces participations. Conformément à l'article 166, alinéa 5 L.I.R., et avant application de l'article 168*bis* L.I.R., le montant des coûts d'emprunt déductibles s'élève à 17 500 000 euros (21 500 000 euros - 4 000 000 euros).

Détermination des surcoûts d'emprunt encourus soumis à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts

Coûts d'emprunt déductibles	17 500 000
– Revenus d'intérêts imposables et autres revenus économiquement équivalents	– 1 500 000
= Surcoûts d'emprunt encourus	= 16 000 000

Détermination de l'EBITDA fiscal

Résultat de l'exercice suivant compte de profits et pertes	2 300 000
+ Impôts non déductibles (article 168 L.I.R.)	+ 700 000
– Dividendes exonérés suivant article 166 L.I.R.	– 4 000 000
+ Dépenses d'exploitation non déductibles (intérêts)	+ 4 000 000
= Total des revenus nets avant application de l'article 168<i>bis</i> L.I.R.	= 3 000 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus	+ 16 000 000
= EBITDA fiscal	= 19 000 000

Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles

Surcoûts d'emprunt encourus	16 000 000
– Déduction maximale admise (30% de l'EBITDA)	– 5 700 000
= Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles (à reporter)	= 10 300 000

Détermination du total des revenus nets

Total des revenus nets avant application de l'article 168bis L.I.R.	3 000 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	+ 10 300 000
= Total des revenus nets	= 13 300 000

Le montant de 7 200 000 euros (1 500 000 euros + 5 700 000 euros) est à affecter à la somme algébrique conformément au règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R.

3 Fixation de la capacité inemployée de déduction des intérêts

34. L'article 168bis, alinéa 3 L.I.R. définit l'expression de « capacité inemployée de déduction des intérêts » et prévoit la possibilité de reporter cette capacité inemployée sur les cinq exercices d'exploitation suivants.

Par capacité inemployée de déduction des intérêts, il y a lieu d'entendre la partie de la fraction représentant 30% de l'EBITDA fiscal du contribuable qui n'est pas absorbée par les surcoûts d'emprunt portés en déduction pendant l'exercice d'exploitation en cours. Dès lors, si, au cours d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt portés en déduction est inférieur à la capacité maximale de déduction telle que posée par l'alinéa 2, lettre a, la partie non utilisée de cette fraction de l'EBITDA fiscal constitue la capacité inemployée qui peut être reportée par le contribuable sur les cinq exercices subséquents et qui, durant cette période, ouvre droit à la déduction des surcoûts d'emprunt dans les mêmes conditions.

Exemple 9

Un contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt encourus de 7 000 000 euros et un EBITDA fiscal de 40 000 000 euros. La fraction représentant 30% de l'EBITDA fiscal est de 12 000 000 euros. Dans cet exemple, le contribuable peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt de 7 000 000 euros et reporter en avant une capacité inemployée de déduction des intérêts à hauteur de 5 000 000 euros.

Exemple 10

Les données sont identiques à celles de l'exemple 9. Toutefois, le contribuable dispose encore des surcoûts d'emprunt reportés d'exercices antérieurs de 3 000 000 euros. Il s'ensuit que le contribuable peut déduire des surcoûts d'emprunt de 10 000 000 euros et reporter en avant une capacité inemployée de déduction des intérêts à hauteur de 2 000 000 euros.

Il s'en dégage que la capacité inemployée sert de réserve en des périodes moins fastes, même si ce n'est que pour les cinq exercices d'exploitation subséquents.

35. Seuls les contribuables qui enregistrent des surcoûts d'emprunt encourus dépassant 3 000 000 euros et soumis au plafond de 30% de l'EBITDA fiscal ont le droit de reporter en avant la capacité inemployée.

4 Report des surcoûts d'emprunt

36. L'article 168*bis*, alinéa 4 L.I.R. fixe les conditions dans lesquelles un contribuable peut reporter, sans limite de temps, les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation et les déduire, dans les limites applicables à la déduction des surcoûts, au titre d'un exercice d'exploitation subséquent. Il est également précisé que les surcoûts d'emprunt les plus anciens sont déductibles en premier.
37. Lorsqu'au titre d'un exercice d'exploitation le contribuable n'a pas entièrement épuisé, en raison de surcoûts d'emprunt encourus peu élevés, son plafond de déduction disponible selon l'alinéa 2, il est en droit de déduire sous ce même plafond, outre les surcoûts d'emprunt encourus pendant l'exercice d'exploitation en cours, également la partie des surcoûts d'emprunt qui, en vertu de la présente règle de limitation de la déductibilité des intérêts, n'a pas été portée en déduction au titre d'un ou de plusieurs exercices d'exploitation antérieurs.
38. Afin de préserver le report des surcoûts d'emprunt dans le cadre d'une transformation fiscalement neutre d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif couverte soit par l'article 170, alinéa 2 L.I.R., soit par l'article 172, alinéa 5 L.I.R., l'article 172*bis*, alinéa 4 L.I.R. dispose que le report des surcoûts d'emprunt est continué dans le chef de l'organisme transformé.

5 Report de la capacité inemployée de déduction des intérêts

39. Dans l'hypothèse où, au titre d'un exercice d'exploitation, le montant des surcoûts d'emprunt à charge du contribuable dépasse la déduction maximale autorisée en vertu de l'alinéa 2, le contribuable est en droit de porter en déduction cette partie excédentaire des surcoûts d'emprunt, dans la mesure où il dispose encore de capacités inemployées qui, au cours des cinq derniers exercices d'exploitation, n'ont pas du tout ou que partiellement impactées la limitation de la déductibilité des intérêts.

Les capacités inemployées les plus anciennes sont retenues en priorité selon l'ordre chronologique.

40. Exemple 11

Durant l'exercice N, le contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt encourus de 8 000 000 euros et un EBITDA fiscal de 20 000 000 euros. En application des règles de calcul définies à l'alinéa 2, la déduction maximale autorisée s'élève à 6 000 000 euros. Or, le contribuable dispose en outre d'une capacité inemployée de 4 000 000 euros afférente à l'exercice précédent N-1 et d'une capacité inemployée de 5 000 000 euros qui remonte à l'exercice N-4. Le contribuable peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt encourus de 8 000 000 euros.

Durant l'exercice N+1, le contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt encourus de 7 000 000 euros et un EBITDA fiscal de 18 000 000 euros. En application des règles de calcul définies à l'alinéa 2, la déduction maximale autorisée s'élève à 5 400 000 euros. Le contribuable dispose encore de deux capacités inemployées de déduction des intérêts. Or, en vertu de l'alinéa 5, la capacité inemployée afférente à l'exercice N-4 doit être réduite des surcoûts d'emprunt qui, au titre de l'exercice précédent, ont été portés en déduction en application du même alinéa 5, à savoir : 5 000 000 – (8 000 000 – 6 000 000)

= 3 000 000 euros. Comme l'exercice précédent, le contribuable peut déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunt encourus de 7 000 000 euros.

Durant l'exercice N+2, le contribuable enregistre des surcoûts d'emprunt encourus de 10 000 000 euros et un EBITDA fiscal de 19 000 000 euros. En application des règles de calcul définies à l'alinéa 2, la déduction maximale autorisée s'élève à 5 700 000 euros. En N+2, le contribuable ne dispose que d'une seule capacité inemployée de déduction des intérêts, à savoir celle afférente à l'exercice N-1. La capacité inemployée de 5 000 000 euros qui remonte à l'exercice N-4 ne relève plus du champ d'application de l'alinéa 5. Sur les surcoûts d'emprunt encourus de 10 000 000 euros, 9 700 000 euros sont déductibles et 300 000 euros n'ouvrent pas droit à déduction.

41. Afin de préserver le report des capacités inemployées de déduction des intérêts dans le cadre d'une transformation fiscalement neutre d'un organisme à caractère collectif en un autre organisme à caractère collectif couverte soit par l'article 170, alinéa 2 L.I.R., soit par l'article 172, alinéa 5 L.I.R., l'article 172*bis*, alinéa 4 L.I.R. dispose que le report des capacités inemployées est continué dans le chef de l'organisme transformé.

6 Exclusions matérielles

42. L'article 168*bis*, alinéa 7 L.I.R. exclut, à l'instar de la directive ATAD, du champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts les surcoûts d'emprunt afférents aux emprunts ayant été contractés avant le 17 juin 2016, ainsi que ceux afférents aux emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne.

6.1 Clause de maintien des droits acquis (17 juin 2016)

43. Afin de faciliter la transition vers la nouvelle règle de limitation de la déductibilité des intérêts et de protéger les décisions d'investissement initiales, l'article 168*bis*, alinéa 7, lettre a L.I.R. prévoit une clause dite de maintien des droits acquis (« grandfather clause ») qui couvre les emprunts contractés avant le 17 juin 2016, dans la mesure où les conditions desdits emprunts ne sont pas modifiées à partir du 17 juin 2016. Il s'ensuit qu'en cas de modification d'un emprunt à partir du 17 juin 2016, dite modification ultérieure, la clause de maintien des droits acquis ne s'appliquera qu'aux conditions initiales de l'emprunt telles que prévues avant cette date. Le point 6.1.1 ci-dessous précise ce qu'il faut entendre par modification ultérieure de l'emprunt.

6.1.1 Notion de « modification ultérieure » de l'emprunt

44. Il importe tout d'abord de préciser que le critère permettant de déterminer une modification de l'emprunt ne se rapporte pas à l'expression de « surcoûts d'emprunt », mais à celle d'« emprunt ».
45. Sont, en principe, à considérer comme une modification ultérieure d'un emprunt conclu avant le 17 juin 2016, les changements suivants, énumérés de manière non exhaustive :
 - modification de la durée de l'emprunt à partir du 17 juin 2016, lorsqu'une telle modification n'était pas contractuellement prévue avant le 17 juin 2016 ;

- modification du taux d'intérêt ou du calcul des intérêts à partir du 17 juin 2016, lorsqu'une telle modification n'était pas contractuellement prévue avant le 17 juin 2016 ;
- modification du montant emprunté à partir du 17 juin 2016 ;
- modification d'une ou de plusieurs des parties concernées à partir du 17 juin 2016, lorsqu'une telle modification n'était pas contractuellement prévue avant le 17 juin 2016. A noter que des restructurations telles que les fusions ou scissions ne mettent pas en péril le bénéfice de la clause de maintien des droits acquis, alors que ces opérations, en tant que telles, n'engendrent pas de changement au niveau des conditions initiales de l'emprunt.

46. En principe, ne sont pas à considérer comme une modification ultérieure d'un emprunt conclu avant le 17 juin 2016, les changements suivants, énumérés de manière non exhaustive :

- modification de la durée de l'emprunt à partir du 17 juin 2016, lorsqu'une telle modification était contractuellement prévue avant le 17 juin 2016 et qu'elle ne requiert pas d'accord des parties concernées, mais découle de l'application de l'emprunt ;
- modification du taux d'intérêt ou du calcul des intérêts à partir du 17 juin 2016, lorsqu'une telle modification était contractuellement prévue avant le 17 juin 2016 ;
- décaissement des fonds d'une ligne de crédit à partir du 17 juin 2016 dans le cadre d'une convention de crédit qui a été conclue avant le 17 juin 2016, ceci conformément aux conditions et modalités de cette convention et notamment à concurrence du plafond de crédit y prévu avant le 17 juin 2016 ;
- transfert vers le Luxembourg du siège social ou de l'administration centrale d'un organisme à caractère collectif qui est partie à un emprunt conclu avant le 17 juin 2016 sans qu'il y ait modification des conditions de l'emprunt.

47. **Exemple 12**

Emprunt existant de 200 000 000 euros à un taux d'intérêt de 3% sur 10 ans. Le montant nominal du prêt et le taux restent inchangés, mais l'échéance est prolongée à 15 ans après le 17 juin 2016.

La clause des droits acquis ne s'applique pas aux 5 années supplémentaires, car cette prolongation n'était pas prévue dans la convention de financement initiale. Elle ne s'applique que jusqu'à l'échéance initiale de 10 ans.

6.1.2 Le champ d'application de la clause de maintien

48. Les surcoûts d'emprunt afférents aux emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016 sont à exclure du champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts dans la mesure où les conditions desdits emprunts ne sont pas modifiées à partir du 17 juin 2016.

49. **Exemple 13**

Soit un contribuable ayant contracté un emprunt qui tombe dans le champ d'application de la clause de maintien. Le tableau ci-dessous présente un extrait d'un compte de profits et pertes :

COMPTE DE PROFITS ET PERTES

Autres intérêts et autres produits financiers	6 000 000
Intérêts et autres charges financières	11 000 000
Impôt sur le revenu, impôt commercial et impôt sur la fortune	850 000
Résultat de l'exercice	2 650 000

Sur le total de 11 000 000 euros d'intérêts et d'autres charges financières constituant fiscalement des coûts d'emprunt, 1 000 000 euros sont liés à des emprunts contractés avant le 17 juin 2016 dont les conditions n'ont pas été modifiées à la date de clôture. Les surcoûts d'emprunt en relation avec des emprunts contractés avant le 17 juin 2016 s'élèvent à 1 000 000 euros. En application de l'article 168*bis*, alinéa 7, lettre a L.I.R., ces surcoûts d'emprunt sont exclus du champ d'application de la règle de limitation de déductibilité des intérêts.

Détermination des surcoûts d'emprunt encourus soumis à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts

Coûts d'emprunt déductibles	11 000 000
– Revenus d'intérêts imposables et autres revenus économiquement équivalents	– 6 000 000
= Surcoûts d'emprunt encourus	= 5 000 000
– Surcoûts d'emprunt encourus en relation avec des emprunts au sens de l'article 168 <i>bis</i> , alinéa 7, lettre a L.I.R.	– 1 000 000
= Surcoûts d'emprunt encourus soumis à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts	= 4 000 000

Détermination de l'EBITDA fiscal

Résultat de l'exercice suivant compte de profits et pertes	2 650 000
+ Impôts non déductibles (article 168 L.I.R.)	+ 850 000
Total des revenus nets avant application de l'article 168 <i>bis</i> L.I.R.	= 3 500 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus soumis à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts	+ 4 000 000
= EBITDA fiscal	= 7 500 000

Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles

Surcoûts d'emprunt encourus soumis à la règle de limitation de la déductibilité des intérêts	4 000 000
– Déduction maximale conformément à l'article 168 <i>bis</i> , alinéa 2 L.I.R. étant donné que 30% de l'EBITDA (= 2 250 000) est inférieur au seuil financier de 3 000 000 euros, celui-ci s'y substitue	– 3 000 000
= Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles (à reporter)	= 1 000 000

Détermination du total des revenus nets

Total des revenus nets avant application de l'article 168 <i>bis</i> L.I.R.	3 500 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	+ 1 000 000
= Total des revenus nets	= 4 500 000

50. Dans l'hypothèse où les conditions d'un emprunt conclu avant le 17 juin 2016 sont modifiées à partir du 17 juin 2016, la clause de maintien des droits acquis ne s'applique qu'aux coûts d'emprunt engagés sur la base des conditions initiales de l'emprunt.

Exemple 14

Soit un emprunt contracté en 2015 à hauteur de 200 000 000 euros et à un taux d'intérêt de 3%. Le taux reste inchangé, mais le montant nominal de l'emprunt est porté à 300 000 000 euros après le 17 juin 2016.

La clause des droits acquis continue à s'appliquer, mais uniquement au montant initial de l'emprunt de 200 000 000 euros. En l'occurrence, il convient de procéder à une ventilation des coûts d'emprunt.

6.2 Emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme

51. L'article 168*bis*, alinéa 7, lettre b L.I.R. exclut aussi les surcoûts d'emprunt afférents aux emprunts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne.

L'article 168*bis* L.I.R. définit le projet d'infrastructures publiques à long terme comme étant un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter ou à conserver un actif de grande ampleur.

52. Il ressort du considérant 8 de la directive ATAD que celle-ci prévoit la possibilité pour les Etats membres d' « exclure les surcoûts d'emprunt encourus au titre de prêts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme étant donné que de telles modalités de financement présentent peu ou pas de risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. Dans ce contexte, les Etats membres devraient démontrer, de manière appropriée, que les dispositifs de financement des projets d'infrastructures publiques présentent des caractéristiques particulières qui justifient un tel traitement par rapport aux autres dispositifs de financement soumis à des règles restrictives ».

Dans son rapport final de l'Action 4 du Plan d'action BEPS, l'OCDE s'exprime également sur l'exclusion des projet d'infrastructures publiques à long terme, compte tenu de la nature publique et de l'intérêt général s'y attachant.

6.2.1 Les critères du projet d'infrastructures publiques à long terme au sens de l'article 168*bis*, alinéa 7, lettre b L.I.R.

53. L'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 5 et alinéa 7 L.I.R. requiert la réunion des éléments cumulatifs suivants pour qu'un projet d'infrastructures publiques à long terme puisse être qualifié comme tel pour les besoins du dispositif de limitation de déductibilité des intérêts.

6.2.1.1 Le projet doit viser à fournir, à améliorer, à exploiter ou à conserver un actif

54. Afin d'être éligible, le projet doit comprendre un actif qui est créé, modernisé ou rénové, géré ou préservé.

6.2.1.2 L'actif qui fait l'objet du projet doit être de grande ampleur et le projet doit être reconnu d'intérêt public

55. L'actif qui fait l'objet du projet doit constituer un actif de grande dimension et le projet doit être reconnu d'intérêt public par un Etat membre.

En général, les actifs d'intérêt public visés présentent notamment les caractéristiques suivantes :

- les actifs procurent des biens et services servant l'intérêt public et sont ainsi désignés généralement de biens publics (paragraphe 66 du rapport final de l'Action 4 du Plan d'action BEPS de l'OCDE).

Ces actifs sont fournis, améliorés, exploités ou conservés dans le cadre de projets impliquant un organisme de droit public ou une entité publique soit par contrat, soit par un cadre réglementaire ;

- les actifs présentent une grande envergure ;
- les actifs sont durables.

56. A titre d'exemples d'actifs d'intérêt public, on peut citer les lycées, les écoles, les piscines, les maisons-relais, les crèches, les théâtres, les universités et les bibliothèques. La notion de projet d'infrastructures publiques à long terme peut, aux conditions décrites aux points 6.2.1.1 à 6.2.1.3, concerner notamment des projets exécutés conformément aux législations en matière de marchés publics ou encore des projets réalisés dans le cadre de partenariats entre un partenaire public et privé, souvent dénommés comme « partenariat public-privé ».

6.2.1.3 L'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, l'actif et les revenus se situent tous dans l'Union européenne

57. Il faut encore que l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, l'actif et les revenus se situent tous dans l'Union européenne.

6.2.2 Le champ d'application de l'exclusion contenue à l'article 168bis, alinéa 7 b) L.I.R.

58. Les surcoûts d'emprunt afférents aux emprunts utilisés pour financer des projets d'infrastructures publiques à long terme sont à exclure du champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts.

Ainsi, lorsqu'il y a réalisation d'autres activités que celles mises en œuvre en exécution d'un projet d'infrastructures publiques à long terme, il convient de procéder à une répartition entre, d'une part, les surcoûts d'emprunt afférents aux actifs de grande ampleur fournis, améliorés, exploités ou conservés dans le cadre du projet d'infrastructures publiques à long terme, et, d'autre part, les surcoûts d'emprunt afférents aux autres activités.

Qui plus est, tout revenu provenant d'un projet d'infrastructures publiques à long terme est exclu de l'EBITDA fiscal. Il convient donc d'établir l'EBITDA fiscal en tenant compte uniquement des activités autres que celles mises en œuvre en exécution d'un projet d'infrastructures publiques à long terme.

Aux fins de ces distinctions, il y a lieu d'affecter chaque produit et chaque charge soit à une activité mise en œuvre en exécution d'un projet d'infrastructures publiques à long terme, soit à une autre activité. Au cas où un produit ou une charge ne pourrait pas être directement affecté à une activité précise, notamment en cas de produits communs ou de charges communes à plusieurs activités, le contribuable est tenu de choisir, selon des critères objectifs et vérifiables, une clé de répartition. A moins qu'une adaptation de la clé de répartition ne puisse être raisonnablement motivée, le contribuable est tenu d'appliquer la clé de répartition de manière continue.

59. Le contribuable qui invoque le bénéfice de l'article 168*bis*, alinéa 7, lettre b L.I.R. doit indiquer d'office dans le cadre de sa déclaration d'impôt sur le revenu :
- les coûts d'emprunt déductibles en relation avec des emprunts utilisés pour financer le projet d'infrastructures publiques à long terme,
 - les produits de prêts imposables, autres revenus imposables économiquement équivalents, réalisés en relation avec des prêts finançant le projet d'infrastructures publiques à long terme et
 - le détail des calculs du revenu provenant du projet d'infrastructures publiques à long terme.

Il doit aussi être en mesure de mettre à la disposition du bureau d'imposition compétent les éléments suivants :

- un descriptif du projet d'infrastructures publiques à long terme détaillant les éléments cumulatifs mentionnés aux points 6.2.1.1 à 6.2.1.3, ainsi que
- tous autres documents utiles qui concernent l'emprunt et le projet d'infrastructures publiques à long terme au sens de l'article 168*bis* L.I.R.

60. **Exemple 15**

Soit un contribuable réalisant au titre d'un exercice d'exploitation un bénéfice commercial de 7 500 000 euros qui se répartit comme suit :

- | | |
|--|-----------------|
| - revenu en relation avec un projet d'infrastructures publiques à long terme (PIPLT) : | 1 500 000 euros |
| - autres revenus : | 6 000 000 euros |

Le compte de profits et pertes se présente comme suit :

COMPTE DE PROFITS ET PERTES

	Exercice courant
1. Chiffre d'affaires net	40 550 000
2. Variation du stock de produits finis et en cours de fabrication	700 000
5. a) Matières premières et consommables	2 850 000
6. Frais de personnel	
a) Salaires et traitements	8 496 000
b) Charges sociales	
i) couvrant les pensions	2 304 000
ii) autres charges sociales	3 600 000
7. Corrections de valeur	
a) sur frais d'établissement et sur immobilisations corporelles et incorporelles	2 500 000
8. Autres charges d'exploitation	7 000 000
14. Intérêts et autres charges financières	7 000 000
15. Impôts sur le résultat	1 700 000
16. Résultat après impôts sur le résultat	5 800 000
17. Autres impôts ne figurant pas sous les postes 1. à 16.	45 800
18. Résultat de l'exercice	5 754 200

Les amortissements et déductions pour dépréciation sur les immobilisations affectées à la réalisation du PIPLT s'élèvent à 1 000 000 euros.

Les surcoûts d'emprunt encourus s'élevant à 7 000 000 euros se répartissent comme suit :

– surcoûts d'emprunt en relation avec le PIPLT :	2 000 000 euros
– surcoûts d'emprunt en relation avec les autres activités :	5 000 000 euros

Solution

Résultat de l'exercice suivant le compte de profits et pertes	5 754 200
+ Impôts non déductibles (article 168 L.I.R.)	+ 1 745 800
= Total des revenus nets avant application de l'article 168bis L.I.R.	= 7 500 000

Détermination de l'EBITDA fiscal

Total des revenus nets avant application de l'article 168bis L.I.R.	7 500 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus	+ 7 000 000
+ Amortissements et déductions pour dépréciation	+ 2 500 000

Exclusion du revenu PIPLT

– Total des revenus nets sur PIPLT	– 1 500 000
– Surcoûts d'emprunt encourus sur PIPLT	– 2 000 000
– Amortissements et déductions pour dépréciation sur PIPLT	– 1 000 000
= EBITDA fiscal	= 12 500 000

Déduction maximale conformément à l'article 168 <i>bis</i> , alinéa 2 L.I.R.	30% de 12 500 000 = 3 750 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus	7 000 000
– Surcoûts d'emprunt encourus sur PIPLT	– 2 000 000
– Déduction maximale conf. à l'article 168 <i>bis</i> , alinéa 2 L.I.R.	– 3 750 000
= Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	= 1 250 000
Total des revenus nets avant application de l'article 168 <i>bis</i> L.I.R.	7 500 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	+ 1 250 000
= Total des revenus nets	8 750 000

7 Exclusions personnelles

61. L'article 168*bis*, alinéa 8 L.I.R. reprend les possibilités d'exclusions personnelles offertes par la directive ATAD en permettant la déduction intégrale des surcoûts d'emprunt si le contribuable est une entreprise financière ou une entité autonome.

7.1 Entreprises financières

62. Au sujet des entreprises financières, le considérant 9 de la directive énonce: « Bien qu'il soit généralement admis que les entreprises financières, à savoir les institutions financières et les compagnies d'assurance, devraient aussi être soumises à des limitations de la déductibilité des intérêts, il est également reconnu que ces deux secteurs présentent des caractéristiques particulières qui requièrent une approche plus adaptée à leurs besoins. Etant donné que les discussions dans ce domaine ne sont pas encore assez concluantes au niveau international et de l'Union, il n'est pas encore possible de prévoir des règles spécifiques dans les secteurs de la finance et des assurances et les Etats membres devraient donc pouvoir les exclure du champ d'application des règles de limitation de la déductibilité des intérêts. ».
63. Les entreprises financières, définies à l'article 168*bis*, l'alinéa 1^{er} L.I.R. sont exclues du champ d'application de la limitation de la déductibilité des intérêts.

7.2 Entités autonomes

64. Etant donné que l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices interviennent en principe sous forme de paiements d'intérêts excessifs entre des entités qui sont des entreprises associées, le huitième considérant de la directive ATAD propose dans son article 4, paragraphe 3, point b l'exclusion des entités autonomes du champ d'application de la règle de limitation de la déductibilité des intérêts compte tenu du risque limité d'évasion fiscale.
65. A l'instar de la directive ATAD, l'article 168*bis* L.I.R. exclut de son champ d'application les contribuables qui répondent à la définition de la notion d'« entité autonome » prévue au numéro 6 du premier alinéa.

L'entité autonome est définie comme étant « un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée au sens de l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. ou pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg ».

Cette définition repose sur la présence de trois conditions de base que le contribuable doit respecter, de manière cumulative, à savoir :

1. il ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière ;
2. il n'a pas d'entreprise associée telle que définie à l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. ; et
3. il n'a pas d'établissement stable situé dans un Etat autre que le Luxembourg.

Quant à la question touchant à l'existence ou à l'absence d'entreprises associées, il convient de souligner que la formulation en fin de phrase de l'article 168bis, alinéa 1^{er}, numéro 6 L.I.R., à savoir les termes « n'a pas d'entreprise associée », ne se limite pas aux organismes dans lesquels le contribuable détient une participation, mais vise tous les organismes et personnes physiques que l'article 164ter, alinéa 2 L.I.R. reconnaît comme constituant une entreprise associée du contribuable.

Il convient donc de vérifier l'existence d'un lien d'association direct ou indirect existant entre le contribuable et un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 L.I.R. ou une personne physique. Ce lien d'association doit être analysé d'un point de vue économique.

8 Organismes fiscalement transparents

66. Lorsque les dispositions de l'article 168bis L.I.R. s'appliquent à un contribuable qui détient une participation dans un organisme fiscalement transparent, quelle que soit la nature des activités exercées par cet organisme, le contribuable réalise proportionnellement à la fraction détenue dans cet organisme les coûts d'emprunt déductibles, les revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents de cet organisme.

Dans sa déclaration d'impôt sur le revenu, le contribuable doit renseigner la fraction de ces coûts d'emprunt déductibles, de ces revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents pour qu'ils soient pris en compte lors de la détermination des surcoûts d'emprunt.

De même, le contribuable doit indiquer la fraction des amortissements de l'organisme fiscalement transparent, ainsi que les déductions pour dépréciation opérées par ce dernier.

67. **Exemple 16**

Soit une société anonyme résidente (SA) qui détient 75% des parts d'intérêts d'une société en nom collectif de droit luxembourgeois (SENC).

SENC
COMPTE DE PROFITS ET PERTES

Chiffre d'affaires net et autres produits d'exploitation	+ 55 000 000
Charges d'exploitation autres que corrections de valeur	- 30 000 000
Corrections de valeur	- 7 000 000
Intérêts et autres charges financières	- 10 000 000
Impôt commercial	- 503 323
Résultat de l'exercice	= 7 496 677

SA
COMPTE DE PROFITS ET PERTES

Chiffre d'affaires net et autres produits d'exploitation	+ 300 000 000
Quote-part de bénéfice dans la SENC (75% de 7 496 677 =)	+ 5 622 508
Corrections de valeur	- 27 000 000
Intérêts et autres charges financières	- 15 000 000
Autres charges d'exploitation	- 250 000 000
Impôt sur le revenu, impôt commercial et impôt sur la fortune	- 3 000 000
Résultat de l'exercice	= 10 622 508

Etablissement en commun des revenus de la SENC

Quote-part de bénéfice de la SA dans la SENC	5 622 508
+ Quote-part de l'impôt commercial non déductible (75% de 503 323 =)	+ 377 492
= Quote-part de bénéfice à attribuer à la SA	= 6 000 000

Détermination dans le chef de la SA des surcoûts d'emprunt encourus

Intérêts débiteurs et autres charges financières	15 000 000
+ Quote-part de 75% des intérêts débiteurs déductibles à charge de la SENC	+ 7 500 000
- Intérêts créditeurs imposables SA	0
- Intérêts créditeurs imposables SENC	0
= Surcoûts d'emprunt encourus	= 22 500 000

Détermination dans le chef de la SA de l'EBITDA fiscal

Résultat de l'exercice suivant le compte de profits et pertes	10 622 508
- Quote-part de bénéfice de la SA dans la SENC	- 5 622 508
+ Quote-part de bénéfice à attribuer à la SA suivant établissement en commun des revenus de la SENC	+ 6 000 000
+ Impôts non déductibles (article 168 L.I.R.)	+ 3 000 000
Total des revenus nets avant application de l'article 168bis L.I.R.	= 14 000 000
+ surcoûts d'emprunt encourus (SA)	+ 22 500 000
+ amortissements et déductions pour dépréciation (SA)	+ 27 000 000
+ quote-part de 75% des amortissements et déductions pour dépréciation (SENC)	+ 5 250 000
= EBITDA fiscal	= 68 750 000

Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles

Surcoûts d'emprunt encourus	22 500 000
– Déduction maximale admise (30% de 68 750 000)	– 20 625 000
<hr/>	
= Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	= 1 875 000
= Surcoûts d'emprunt encourus à reporter	= 1 875 000

Détermination du total des revenus nets imposable de la SA

Total des revenus nets avant application de l'article 168bis L.I.R.	14 000 000
+ Surcoûts d'emprunt encourus non déductibles	+ 1 875 000
<hr/>	
= Total des revenus nets après application de l'article 168bis L.I.R.	= 15 875 000

Luxembourg, le 8 janvier 2021

Le directeur des contributions,

