

Une entreprise qualifiée de « société écran » ? Mieux vaut prévenir que guérir.

Texte de la proposition de la Directive disponible [ici](#).

En résumé :

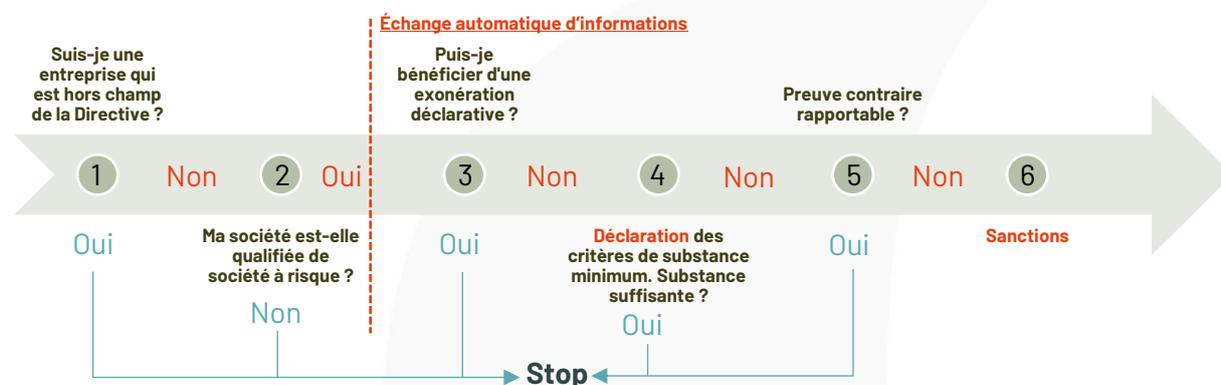
- Nous vous avons déjà informé* concernant la **proposition de Directive** visant à combattre les **sociétés « écrans »** en leur imposant des **obligations** déclaratives et de possibles **sanctions**.
- Les discussions se poursuivent, la proposition va peut-être évoluer dans les prochains mois.
- Une fois la Directive votée puis transposée, la **situation existante en 2022 (ou 2023)** sera probablement utilisée comme période de référence **pour l'appréciation des critères** de substance.
- Certaines sociétés ne sont pas concernées, car hors champ (notamment les sociétés cotées).
- Pour les autres, il est prudent d'**anticiper** l'entrée en vigueur de cette Directive pour ne pas être confronté à certains écueils. Il convient d'agir à court terme. Nous formulons ici plusieurs **pistes de réflexion pour ce second semestre 2022**.
- L'anticipation vise d'abord à bien formaliser le processus de **gouvernance**, et matérialiser ce qui existe, mais peut souffrir d'une documentation susceptible d'amélioration. Une **relocalisation d'actifs**, une **réorganisation des fonctions internes** au groupe, voire une **réorganisation structurelle** dans les situations les plus délicates, peuvent être envisagées.

LES ENTREPRISES DONT LA SUBSTANCE N'EST « PAS SUFFISANTE »

La proposition de Directive* vise les entreprises ayant des activités transnationales, mais dotées de **(trop) peu de substance** (ci-après « sociétés écrans »), dans le cadre de la lutte contre la fraude ou l'évasion fiscale. La proposition de Directive énumère différents critères de substance qui doivent permettre de déterminer si une entreprise qualifie ou non de société-écran.

Le cas échéant, la société-écran pourrait être soumise à des **obligations déclaratives**, un **échange automatique d'informations** entre États membres, et des **sanctions**.

Très schématiquement, le processus analytique peut être illustré comme suit :



*Nous renvoyons à notre Newsletter du mois de février 2022 pour de plus amples informations : [ici](#).

Les critères permettant de déterminer si une entreprise est une société-écran doivent être appréciés au cours des **2 années qui précèdent l'année en cause**. Cette étendue temporelle est importante.

En effet, si la Directive entre en vigueur le 1^{er} janvier 2024, ce qui est prévu par la proposition de Directive, **les années 2022 et 2023 serviront d'années de référence pour déterminer si la société est une société-écran**. Il convient donc d'**anticiper dès à présent** sur la prochaine entrée en vigueur de cette Directive.

Le comité des affaires économiques et monétaires du **Parlement européen** soutient la proposition de Directive, avec certaines modifications. Ses travaux ont fait l'objet d'un projet de rapport. Le point le plus important de ces travaux concerne la **date d'entrée en vigueur**, évoquant un **report au 1er janvier 2025** au lieu du 1^{er} janvier 2024, ce qui signifie peut-être que l'anticipation requise pourrait être moins urgente. À ce stade, il nous semble cependant prudent de s'en tenir aux termes et conditions de la proposition de Directive, auxquels nous faisons écho ci-dessous.

1. **MA SOCIÉTÉ EST-ELLE EXCLUE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE ?**

- Quelles sont les sociétés exclues du périmètre de la Directive ?

Les sociétés suivantes sont **hors du champ d'application** de la Directive, et ne peuvent donc pas être qualifiées de sociétés-écrans :

1. Les sociétés dont les actions sont cotées sur un marché réglementé ;
2. Les entreprises financières réglementées (la plupart des OPC, AIF, etc.) ;
3. Les sociétés holdings pures, établies dans le même État membre que (i) les sociétés opérationnelles détenues, et (ii) les bénéficiaires effectifs ;
4. Les sous-holdings qui sont résidentes du même État membre que (i) son ou ses actionnaire(s), ou (ii) l'entité mère ultime ;
5. Les entreprises qui emploient au moins 5 salariés équivalents temps-plein qui exercent exclusivement les activités qui génèrent les « revenus à risque » (c.-à-d. dividendes, intérêts, royalties, etc.).

- Comment anticiper ?

Si la société est cotée, ou qualifiée d'entreprise financière réglementée, celle-ci bénéficiera automatiquement de l'exclusion (**points 1. et 2.**). Attention, les filiales ne bénéficient pas elles-mêmes de l'exclusion applicable à la société mère : il y a lieu d'évaluer le champ d'application de la proposition de Directive à travers toute la structure d'un groupe ou d'une chaîne de participations, ainsi que les sociétés associées telles que définies par la mesure.

Les sociétés dont l'activité principale consiste en la **détention de participations** veilleront utilement à vérifier en amont si elles sont établies sur le territoire de leur actionnaire ultime ou de leurs bénéficiaires effectifs (sous réserve dans ce dernier cas que les sociétés détenues soient opérationnelles et établies dans le même État membre) (**points 3. et 4.**).

Enfin, pour les autres sociétés, il pourrait être envisagé de « **renforcer** » le **personnel local** qui génère les « revenus à risque » (**point 5.**).

Bien évidemment, il convient de pouvoir justifier toute décision ayant pour conséquence de se mettre hors du champ d'application de la Directive par des motifs économiques valables.

2. **MA SOCIÉTÉ EST-ELLE UNE « SOCIÉTÉ ÉCRAN À RISQUE » ?**

- Quels sont les critères définissant la société « à risque » ?

Une entité est considérée comme société-écran à risque lorsque 3 critères cumulatifs sont rencontrés :

- (a) Plus de **75 % des bénéfices** de la société sont des **revenus passifs** « à risque » (ex : revenus d'actions, de prêts, de propriété intellectuelle, d'assurances, de prêts, de biens immobiliers, d'activités financières, de services externalisés auprès d'entités liées, etc.) ;
- (b) Au moins **60 % des revenus** sont perçus ou versés par le biais de transactions **transfrontalières**, ou plus de **60 % de la valeur comptable de certains actifs (biens immobiliers, ou (ii) biens mobiliers détenus à des fins privées** d'une valeur comptable supérieure à 1million €, autres que les espèces, les actions ou les titres¹) sont **situés dans un autre État** que celui de l'entreprise ;
- (c) **Externalisation** des activités principales de gestion (réalisation des opérations quotidiennes, et du processus décisionnel lié aux fonctions importantes).

- Comment anticiper ?

Les critères susmentionnés sont cumulatifs.

Le premier point d'attention consiste en la **levée de toute ambiguïté éventuelle quant à la gestion locale et en interne des opérations quotidiennes et du processus décisionnel lié aux fonctions importantes.**

Les tâches externalisées devraient être minimalisées, favorisant la gestion interne. La gouvernance de toute entité concernée doit être revue, avec substantiation des éléments locaux relatifs au processus décisionnel. Ces éléments font déjà partie des critères de substance ordinaire. Les modalités de leur mise en œuvre doivent être explicites et indiscutables.

Tout ajustement du **niveau des revenus** ou de la **localisation** des revenus ou des actifs ne peut être envisagé qu'après une analyse minutieuse et moyennant des motifs économiques valables. Théoriquement, des exemples d'ajustements pourraient consister notamment en :

- **Accroître le pourcentage de revenus générés localement.** Attention toutefois, si un transfert d'activités est envisagé, la fiscalité liée au transfert de l'activité elle-même devra être étudiée ;
- **Ajuster le montant des revenus transfrontaliers**, tout comme le pourcentage d'actifs détenus à l'international. Attention ici également aux conséquences fiscales, en cas de transfert d'activité ou de cession d'actif.

¹ La proposition de directive cite les exemples des yachts, jets, œuvres d'art.

3. **ÉCHANGE D'INFORMATION LORSQUE MA SOCIÉTÉ EST QUALIFIÉE DE SOCIÉTÉ-ÉCRAN À RISQUE – DÉCLARER ET JUSTIFIER SES RESSOURCES LOCALES DANS L'ÉTAT DE RÉSIDENCE**

Les informations relatives aux sociétés « à risque » sont intégrées dans l'**échange automatique** organisé entre les administrations fiscales des États membres de l'Union européenne.

- Obligation de déclaration annuelle de différents critères de substance

Si une entité qualifiée de société-écran à risque, elle sera en principe tenue de **déclarer annuellement** une série d'informations relatives à sa situation dans sa déclaration afin de permettre aux États membres de déterminer si elle dispose de **suffisamment de ressources locales** en lien avec son activité économique dans l'État de sa résidence fiscale. Dans l'affirmative elle ne sera pas pénalisée pour l'année concernée. Les **critères** utilisés sont les suivants :

- (a) La société dispose-t-elle de locaux propres, dédiés à son usage exclusif ?
- (b) La société détient-elle un compte bancaire actif sur le territoire de l'UE ?
- (c) Informations quant aux employés et administrateurs
 - (i) L'entité est-elle dirigée par un ou plusieurs administrateurs locaux (ou résidents à proximité), qualifiés, actifs et dotés d'un pouvoir décisionnel stratégique, qui exercent leurs fonctions et prennent leurs décisions de manière indépendante, et qui ne sont pas employés ou mandatés par des entreprises tierces ?
 - (ii) L'entité emploie-t-elle du personnel qualifié à temps plein, et qui réside à proximité ?

Les États membres conservent la **possibilité d'octroyer des exemptions d'obligation de déclaration** aux sociétés-écrans qui démontrent de manière suffisante et objective que leur existence sur le territoire de l'État membre **ne réduit pas la charge fiscale** de ses bénéficiaires effectifs ni du groupe auquel elle appartient. Cependant, il convient de garder à l'esprit que pareille situation ne fait pas sortir la société du processus d'échange automatique d'informations.

*Tout **défaut de déclaration**, ou **déclaration inexacte** quant aux questions et critères de substance évoqués ci-avant, peut entraîner l'application d'une **amende** égale à au moins 5 % du chiffre d'affaires.*

- Comment anticiper ?

Si ce n'est déjà le cas, il conviendrait que la société dispose d'un **local à usage exclusif** permettant de répondre aux besoins de l'entreprise, ainsi que d'un **compte bancaire actif** sur le territoire de l'UE. L'**existence de personnel** qualifié et doté d'un pouvoir décisionnel propre devra être analysée au cas par cas. Une redistribution des fonctions, ainsi que des responsabilités au sein d'un groupe de sociétés, peut constituer une piste de réflexion.

En tout état de cause, si l'activité de la société ne requiert pas de personnel, l'entité peut toujours apporter la preuve contraire qu'elle n'est pas une société-écran, voyez-ci après.

4. RESSOURCES LOCALES INSUFFISANTES – POSSIBILITÉ D'APPORTER LA PREUVE DE SA LÉGITIMITÉ

- Critères permettant d'apporter la preuve que la société-écran est « légitime »

S'il n'est pas possible de sortir du périmètre de la définition de société-écran à risque, la société pour apporter la **preuve de la légitimité de sa résidence**. À cette fin, les éléments suivants doivent être démontrés cumulativement :

- (a) Documentation démontrant les **raisons commerciales** de l'établissement de la société-écran sur le territoire de l'État membre concerné ;
- (b) Informations quant au **profil des employés**, leur niveau de qualification, etc.
- (c) Preuve concrète que le **processus décisionnel** de la société-écran est mené sur le territoire de l'État membre d'établissement.

À défaut, la société-écran subira les **conséquences fiscales** de l'absence de preuve de légitimité : elle ne pourrait pas bénéficier notamment des conventions fiscales ni des directives fiscales (régime mère-filiale, régime d'exonération de retenue à la source sur intérêts et redevances entre sociétés associées).

- Comment anticiper ?

Ces critères sont résolument orientés vers les **motifs économiques, commerciaux et organisationnels** qui justifient la présence de la société-écran sur le territoire de l'État membre. Pour les sociétés actives dans le secteur des investissements et de la détention de participations, la preuve contraire à apporter pourrait poser certains soucis lorsqu'elle n'a pas prêté suffisamment attention à matérialiser ces éléments (les infrastructures requises par une société holding pouvant être par essence plus restreintes).

Outre les aspects fonctionnels avec le renforcement des équipes locales, le renforcement de la matérialité du **processus décisionnel local** deviendra également une nécessité pour corroborer la substance d'une société (par exemple la bonne tenue des procès-verbaux de conseils d'administration, avec preuves de la préparation locale et de présence locale effective des personnes concernées, mises en place de délégation de pouvoir décisionnel, etc.). La bonne tenue administrative, et la conservation des éléments matériels pour une longue durée font partie des mesures de bonne gouvernance.

Si la contre-preuve n'est pas possible, une réorganisation plus structurelle (liquidation, fusion, scission, transfert de siège) pourrait être envisagée **moyennant analyse des conséquences liées à une telle opération**.

Contacts



+32 (0)2 891 80 55



www.advisius.law



www.linkedin.com/company/advisius/