

Gestion de la substance en temps de pandémie

Par Oliver R. HOOR, ATOZ Tax Advisers*

Dans cet article, l'auteur analyse les problèmes potentiels liés à la gestion de la substance dans le cadre de la crise COVID-19 et fournit des recommandations pratiques pour les contribuables.

La pandémie de COVID-19 a entraîné une crise sans précédent qui nécessite l'adoption de mesures radicales par les gouvernements pour limiter la propagation incontrôlée du virus au sein de la population. De nombreux États, en Europe et dans le reste du monde, ont annoncé des restrictions de voyage et l'exigence d'une «distanciation sociale».

Dans le cadre d'une série de mesures visant à faire face à la situation COVID-19, le gouvernement luxembourgeois assure une certaine flexibilité pour la tenue des assemblées des actionnaires et du conseil d'administration sans qu'une présence physique soit nécessaire.⁽¹⁾ Cependant, toutes les mesures adoptées au Luxembourg et à l'étranger peuvent avoir un impact très concret sur la substance des sociétés luxembourgeoises.

Il faut également considérer qu'en fonction de l'évolution de la pandémie actuelle de COVID-19, il ne peut être exclu que cette situation puisse durer plusieurs mois. Étant donné que les gouvernements suivent des stratégies différentes pour contenir et gérer la maladie, on ne peut pas non plus exclure que certaines juridictions connaissent une situation plus grave et plus durable avant qu'elle ne soit maîtrisée, ce qui entraînerait une extension des restrictions de voyage.

Potentiels problèmes de substance pendant la crise du COVID-19

La notion de substance est un concept multidimensionnel qui implique différents aspects tels que l'infrastructure (locaux de bureau, équipement informatique, etc.), le profil fonctionnel et de risque (fonctions exercées, risques assumés, etc.) et, notamment, la gouvernance des entreprises. La substance est un élément clé de la fiscalité internationale et est pertinente pour l'application du droit fiscal national, des conventions fiscales et du principe de pleine concurrence.

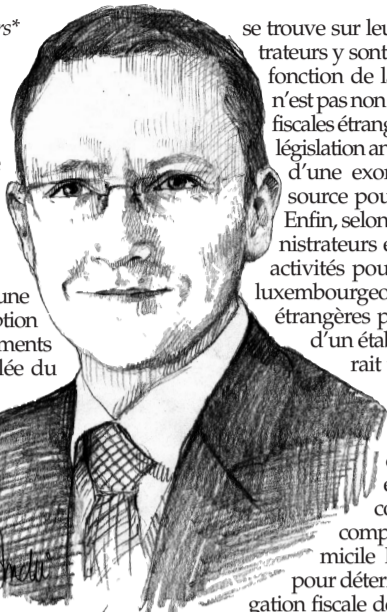
Le 20 mars 2020, le gouvernement luxembourgeois a publié un règlement grand-ducal qui prévoit un certain nombre de mesures d'urgence destinées à atténuer les effets immédiats de la crise COVID-19 et à assurer la continuité des activités des entreprises. En ce qui concerne la gouvernance des sociétés luxembourgeoises, le règlement permet la tenue des assemblées des actionnaires et des réunions du conseil d'administration sans présence physique.

En conséquence, les réunions du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance peuvent se tenir, et des résolutions peuvent être adoptées, par voie de résolutions circulaires écrites ou de vidéoconférence (ou tout autre moyen de télécommunication permettant l'identification des participants). De même, les assemblées d'actionnaires peuvent être organisées à distance (par un vote par écrit ou sous forme électronique), par le biais d'un mandataire désigné par la société ou par vidéoconférence (ou tout autre moyen de télécommunication permettant l'identification des participants).

Ce système d'urgence permettra ainsi aux organes de toute société ou personne morale de pouvoir tenir leurs réunions sans exiger la présence physique de leurs membres tout en garantissant leur participation effective et l'exercice de leurs droits. Les participants par ce moyen seront considérés comme présents pour la détermination du quorum et des majorités. En outre, en ce qui concerne la tenue des assemblées générales annuelles, les sociétés et autres personnes morales peuvent convoquer ces assemblées à une date qui tombe 6 mois après la fin de leur année sociale ou jusqu'au 30 juin 2020, nonobstant toute disposition contraire des statuts.

S'il est très positif que le gouvernement luxembourgeois ait réagi aussi rapidement, les entreprises devraient évaluer soigneusement dans quelle mesure le recours à ces mesures de simplification peut être préjudiciable sur le fond, en particulier si la crise dure plusieurs mois. Un autre problème concerne les quelques 200.000 travailleurs frontaliers qui sont maintenant limités dans leur capacité à se rendre au Luxembourg, et qui peuvent travailler à distance de leur domicile. L'organisation des réunions du conseil d'administration à distance affaiblit généralement la substance des sociétés luxembourgeoises.

À l'extrême, les autorités fiscales étrangères pourraient prétendre que leur siège de direction effective

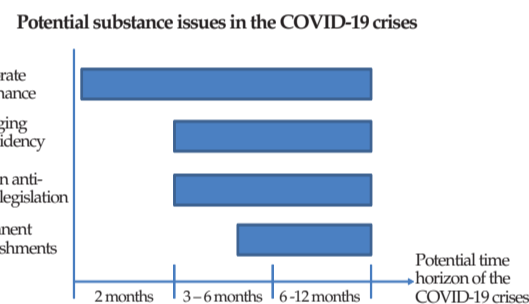


se trouve sur leur territoire si les administrateurs y sont résidents (et confinés). En fonction de la durée de la situation, il n'est pas non plus exclu que les autorités fiscales étrangères tentent d'appliquer la législation anti-abus (par exemple, refus d'une exonération de retenue à la source pour manque de substance). Enfin, selon la manière dont les administrateurs et les employés gèrent les activités pour le compte de la société luxembourgeoise, les autorités fiscales étrangères pourraient voir l'existence d'un établissement stable qui créerait un lien fiscal dans la juridiction étrangère.

Il est intéressant de noter que la France, la Belgique et l'Allemagne ont convenu de ne pas tenir compte des jours de travail à domicile liés à la crise COVID-19 pour déterminer une éventuelle obligation fiscale de leurs résidents en ce qui concerne les revenus des professions dépendantes⁽²⁾ (provenant de sources luxembourgeoises). Toutefois, aucune précision n'a encore été apportée en ce qui concerne les autres domaines de risques fiscaux (par exemple, l'application de la législation anti-abus et la constitution d'établissements stables).

Le 3 avril 2020, le Secrétariat de l'Organisation de coopération et de développement économiques («OCDE») a publié, à la demande des pays concernés, son analyse des problèmes fiscaux potentiels liés au télétravail, aux personnes physiques bloquées dans un pays qui n'est pas leur pays de résidence et restrictions de voyage. Les principaux sujets examinés dans le document de l'OCDE comprennent l'impact potentiel sur la résidence fiscale des entreprises, les questions d'établissement stable potentiel et les problèmes fiscaux des travailleurs transfrontaliers.

Le tableau suivant illustre les problèmes fiscaux potentiels en fonction de la période de confinement et des restrictions de voyage (obligatoires ou volontaires) :



Gestion de la résidence fiscale

Du point de vue fiscal luxembourgeois, une société est considérée comme résidente fiscale si son siège statutaire ou son administration centrale (c'est-à-dire le siège de direction effective) est situé au Luxembourg.⁽³⁾

Un risque majeur qui nécessite une gestion prudente est qu'une société luxembourgeoise soit considérée comme résidente fiscale dans un autre pays en raison de sa direction effective exercée sur le territoire de ce pays. En cas de double résidence, les conventions fiscales conclues par le Luxembourg prévoient que l'État de résidence pour des raisons fiscales sera le pays dans lequel la société est effectivement gérée (c'est-à-dire la règle dite du tie-breaker).⁽⁴⁾ Lorsqu'une société luxembourgeoise est considérée comme résidente dans une autre juridiction, elle peut être soumise à l'imposition de ses revenus mondiaux dans cette autre juridiction.⁽⁵⁾

Il est donc essentiel que toutes les décisions stratégiques et commerciales importantes qui sont nécessaires à la conduite des affaires de la société soient effectivement prises au Luxembourg. En conséquence, les réunions du conseil d'administration d'une société luxembourgeoise devraient se tenir régulièrement à Luxembourg, en présence physique de tous les administrateurs nommés.⁽⁶⁾ La fréquence des réunions du conseil d'administration devrait être proportionnelle au niveau des activités exercées par la société luxembourgeoise.

Le conseil d'administration doit être (en partie) composé d'administrateurs qualifiés résidents au Luxembourg qui sont en mesure d'exercer une fonction de gestion et qui doivent être considérés comme tels dans la documentation des transactions commerciales. Si des non-résidents peuvent faire des recommandations stratégiques au conseil d'administration, les administrateurs doivent évaluer indépendamment chaque proposition et ne pas se contenter d'approuver les recommandations. Les réunions du conseil d'administration doivent être dûment documentées dans des procès-verbaux.

Étant donné qu'il n'est actuellement pas possible (et potentiellement pour une période prolongée) pour

les administrateurs non-résidents de se rendre au Luxembourg, il convient d'examiner comment la résidence fiscale des sociétés luxembourgeoises peut être correctement gérée pendant cette période. Lorsqu'un conseil d'administration est par exemple composé de deux administrateurs luxembourgeois⁽⁷⁾ et de deux administrateurs non-résidents, on pourrait envisager que les administrateurs non-résidents donnent une procuration aux administrateurs résidents luxembourgeois afin que toutes les décisions puissent être prises par les administrateurs résidents luxembourgeois sur le sol luxembourgeois. La réunion du conseil d'administration peut néanmoins être organisée à distance, par exemple par vidéoconférence. Si le fait que tous les administrateurs participent à la vidéoconférence ne devrait pas être préjudiciable, les administrateurs non-résidents devraient simplement observer la réunion du conseil d'administration.

Pour déterminer la ligne de conduite optimale, il convient d'analyser au cas par cas quelle est la composition du conseil d'administration, où les administrateurs non-résidents sont résidents à des fins fiscales et combien de réunions du conseil devront être organisées dans les mois à venir. En fonction de la situation, il peut également être envisagé d'adapter temporairement la composition du conseil d'administration (par exemple, en nommant un administrateur luxembourgeois supplémentaire au conseil).

Selon l'OCDE, il est peu probable que la crise du COVID-19 modifie le statut de résidence d'une entité en vertu d'une convention fiscale. Un changement temporaire de localisation des directeurs généraux et autres cadres supérieurs est considéré comme une situation extraordinaire et temporaire en raison de la crise du COVID-19 et un tel changement de localisation ne devrait pas déclencher un changement de résidence (en particulier, lorsque la règle du tie-breaker pour les sociétés est appliquée). Selon l'OCDE, tous les faits et circonstances pertinents devraient être examinés pour déterminer le siège «habituel» et «ordinaire» de direction effective, et pas seulement ceux qui se rapportent à une période exceptionnelle et temporaire telle que la crise du COVID-19.

Ainsi, lors de l'analyse des risques fiscaux potentiels, il pourrait également être utile de considérer la solidité de la gouvernance d'entreprise dans le passé. Avec une approche «best in class», la situation exceptionnelle de l'environnement de la crise COVID-19 ne devrait pas engendrer de risques fiscaux significatifs. Cependant, dans d'autres cas, cela pourrait être le bon moment pour reconsidérer la gestion de la gouvernance d'entreprise.

Législation anti-abus étrangère

Un manque de substance peut en général déclencher l'application de la législation anti-abus étrangère. De nombreux pays en Europe et dans le monde ont adopté différents types de règles anti-abus dans leur législation fiscale nationale. La législation anti-abus va des règles générales anti-abus (GAAR) aux dispositions qui ciblent des situations d'abus spécifiques. Ces règles ont en commun de soumettre généralement la reconnaissance des sociétés étrangères ou l'octroi d'avantages fiscaux à la condition que certaines exigences de substance soient remplies.

À titre d'exemple, de nombreux États membres européens ont intégré dans leur législation nationale des règles contre le chalandage fiscal, en vertu desquelles une société étrangère ne peut prétendre à un taux de retenue à la source réduit ou nul sur les dividendes, les intérêts et les redevances conformément aux directives de l'UE (c'est-à-dire la directive «mère-fille» de l'UE, et la directive «intérêts et redevances» de l'UE) ou aux conventions fiscales que si le bénéficiaire des revenus remplit des conditions de substance spécifiques. Dans de nombreux cas, cette législation utilise le concept de bénéficiaire effectif selon lequel des taux de retenue à la source réduits ou nuls ne sont applicables que si le bénéficiaire du revenu en est le bénéficiaire effectif.

L'Organisation de coopération et de développement économiques («OCDE») préconise actuellement des mesures coordonnées en matière de fiscalité dans le cadre de la crise COVID-19. Étant donné que la situation actuelle n'est pas un choix du contribuable mais une conséquence des restrictions de voyage et des politiques de confinement imposées par les gouvernements, cela peut être considéré comme un événement de force majeure et ne devrait pas déclencher l'application de la législation anti-abus.

Toutefois, il serait toujours judicieux pour les sociétés luxembourgeoises de minimiser les risques fiscaux étrangers. Les mesures mentionnées concernant la gestion de la résidence fiscale luxembourgeoise devraient également être utiles afin d'exclure l'application éventuelle d'une législation anti-abus étrangère.

Éviter les établissements permanents non intentionnels

Un autre sujet qui peut devenir pertinent est celui des établissements stables non intentionnels. Lorsque les administrateurs ou les employés d'une

société luxembourgeoise travaillent pendant une période prolongée dans leur juridiction d'origine pour le compte d'une société luxembourgeoise, les autorités fiscales étrangères peuvent argumenter qu'un établissement stable est constitué sur leur territoire. Selon l'article 7 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, un État contractant ne peut imposer les bénéfices des entreprises résidentes de l'autre État contractant que si elles exercent leur activité par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. En revanche, lorsqu'un établissement stable est constitué dans un État contractant, les revenus qui sont imputables à cet établissement stable sont imposables dans l'État d'accueil de celui-ci.⁽⁸⁾

La constitution d'un établissement stable signifie que la société luxembourgeoise aurait un lien fiscal dans une autre juridiction. Cela crée une charge administrative importante et engendre des risques fiscaux. Lors de la constitution d'un établissement stable, la question se pose de savoir quel est le montant des bénéfices qui devraient être attribués à l'établissement stable. Dans ce cas, les contribuables et les autorités fiscales peuvent avoir des avis divergents. Dans le passé, les autorités fiscales de certaines juridictions ont essayé de s'appuyer largement sur le concept d'établissement stable pour contester la position fiscale des sociétés luxembourgeoises.

L'article 5, paragraphe 1, du modèle de convention fiscale de l'OCDE définit l'expression «établissement stable» comme «une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité». La définition d'un établissement stable contient donc les conditions suivantes :

- l'existence d'une «installation d'affaires», c'est-à-dire d'une installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage ;
- cette installation doit être «fixe», c'est-à-dire qu'elle doit être établie en un lieu précis avec un certain degré de permanence ;
- l'exercice de l'activité de l'entreprise par l'intermédiaire de cette installation fixe d'affaires.

L'expression «installation d'affaires» a une définition large et couvre tous les locaux, installations ou équipements utilisés pour l'exercice de l'activité de l'entreprise, qu'ils soient ou non utilisés exclusivement à cette fin. Il importe peu que l'entreprise soit propriétaire ou locataire du local, voire même utilise les locaux d'une autre entreprise. Par conséquent, le télétravail d'un administrateur ou d'un employé peut entrer dans le champ de la définition d'une installation fixe d'affaires.

L'activité d'une entreprise est principalement exercée par l'entrepreneur ou le personnel (c'est-à-dire les personnes qui ont avec l'entreprise une relation de salarié), y compris les employés et les autres personnes qui reçoivent des instructions de l'entreprise (par exemple, les agents dépendants). Les pouvoirs dont disposent ces personnes dans leurs relations avec les tiers n'entrent pas en ligne de compte.

Par conséquent, lorsque les administrateurs et/ou les employés de sociétés luxembourgeoises sont fréquemment présents dans des juridictions étrangères (en leur qualité d'administrateurs ou d'employés de la société luxembourgeoise), il est recommandé de déterminer des lignes directrices afin de ne pas créer une présence dans une autre juridiction qui pourrait constituer un établissement stable (en supposant que cela ne fasse pas partie de la stratégie de l'entreprise).

Il est intéressant de noter que la définition de l'établissement stable prévue à l'article 5 de la convention modèle de l'OCDE a fait l'objet d'une grande attention dans le cadre du projet de l'OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices («BEPS»). L'action 7 du projet BEPS (Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable) visait à élaborer une définition modifiée de l'établissement permanent afin de lutter contre l'évitement (perçu) du statut d'établissement stable.

Les travaux de l'OCDE ont abouti à un seuil réduit pour la constitution d'un établissement stable. Alors que les modifications apportées à la définition de l'établissement stable dans les conventions fiscales bilatérales pouvaient être mises en œuvre par le biais de l'instrument multilatéral («MLI»), le Luxembourg a principalement adhéré à la norme minimale. Par conséquent, ces changements ne devraient pas avoir d'impact immédiat sur les sociétés luxembourgeoises.

Selon le document de l'OCDE, il est peu probable que la crise du COVID-19 entraîne une modification de la détermination de l'établissement stable dans le contexte d'une convention fiscale. Ici, le changement exceptionnel et temporaire du lieu où les salariés exercent leur emploi du fait de la crise COVID-19, comme le travail à domicile, ne devrait pas créer de nouveaux établissements stables pour les entreprises dans la mesure où il ne devient pas la nouvelle norme au fil du temps.

Suite en page de droite