

DU BON USAGE DES SOCIÉTÉS "OFFSHORE" MAURICIENNES PAR LES ENTREPRISES FRANÇAISES (SUITE ET FIN)

*François de Senneville et Jérémie Jeausserand¹
Avocats à la Cour
Cabinet Deloitte et Touche
Juridique et Fiscal, Paris*

Nous avons exposé, dans une première partie², l'intérêt, notamment fiscal, pour une entreprise française, de localiser certaines de ses activités internationales au sein d'une société « offshore »³ à l'Ile Maurice.

En effet, les dispositions fiscales locales combinées aux stipulations de la convention fiscale conclue entre la France et Maurice offrent la possibilité d'imposer faiblement les bénéfices réalisés par les sociétés « offshore » mauriciennes, et permettent à l'investisseur de récupérer ces bénéfices dans des conditions fiscales intéressantes.

Cependant, pour que l'utilisation d'une telle structure soit un réel succès et que la localisation des bénéfices dans une société "offshore" mauricienne reste attrayante, les investisseurs devront s'assurer que les dangers liés à la réaction de leur Etat de résidence, et notamment de la France, ne sont pas susceptibles de neutraliser les avantages fiscaux résultant de cette localisation.

II/ LA REACTION DES ETATS DE RESIDENCE DES INVESTISSEURS : DES DANGERS A EVITER

Face à l'attrait de certaines destinations, notamment en raison de régimes fiscaux qui sont accordés aux investisseurs étrangers, les Etats "occidentaux" ont depuis longtemps tenté de réagir.

Le législateur français a, à plusieurs reprises, adopté des dispositions affectant non seulement les bénéfices réalisés par l'intermédiaire de structures localisées dans des Etats ou territoires considérés comme des "paradis fiscaux" (A), mais également les relations commerciales existant entre les entreprises françaises et les entreprises étrangères situées dans ces mêmes Etats ou territoires (B).

¹ Pour dialoguer avec les auteurs : fdesenneville@deloitte.fr ou jjeausserand@deloitte.fr

² "Du bon usage des sociétés "offshore" mauriciennes par les entreprises françaises", I/ Le régime fiscal des sociétés "offshore" mauriciennes : des atouts à exploiter", *Revue Juridique de l'Océan Indien*, n° 1, page 171 et suivantes.

³ Les sociétés « offshore » sont désormais désignées dans la législation locale comme « *category one global business licence companies* ».

A/ Les limites liées à la détention d'une société "offshore" mauricienne par une société française

La réaction de la France s'est principalement traduite par la mise en place d'un dispositif "anti-évasion", destiné à permettre l'imposition en France des profits réalisés par l'intermédiaire d'une entité étrangère, localisée dans un Etat communément qualifié de "paradis fiscal"¹, et détenue par une société française soumise à l'impôt sur les sociétés (1). Toutefois, ce dispositif ne s'applique pas de façon systématique, et un certain nombre de moyens permettent de l'éviter (2).

1°/ Le principe : l'imposition en France des bénéfices provenant de sociétés "offshore" mauriciennes soumises à un régime fiscal privilégié

En droit fiscal français, la principale disposition susceptible d'affecter l'imposition des bénéfices réalisés par les filiales mauriciennes des entreprises françaises est l'article 209 B du Code Général des Impôts.

a) Le mécanisme de l'article 209 B du Code Général des Impôts

Cette disposition, initiée par une loi du 18 janvier 1980 et étendue par une loi du 30 décembre 1992², permet l'imposition en France, des bénéfices réalisés par les filiales ou succursales de sociétés françaises, localisées dans des Etats ou territoires où elles sont soumises à un régime fiscal privilégié.

En ce qui concerne les filiales, le dispositif s'applique dès lors que la participation directe et/ou indirecte de la société française au capital de la filiale étrangère représente au moins 10%³, ou si le prix de revient de cette participation est supérieur ou égal à 22800000 euros⁴.

En conséquence, les sociétés françaises détenant des sociétés "offshore" mauriciennes dans les conditions exposées ci-dessus risquent d'être imposées en France sur les bénéfices réalisés par leurs filiales dans la proportion des droits sociaux qu'elles y détiennent, l'imposition locale constituant crédit d'impôt en France.

Toutefois, pour que cette imposition en France trouve à s'appliquer, encore faut-il que la société mauricienne puisse être considérée comme soumise à un régime fiscal privilégié au sens des dispositions de l'article 238 A du Code Général des Impôts.

¹ La plupart des dispositifs "anti-évasion" français retiennent la notion de "régime fiscal privilégié" qui correspond, selon l'article 238 A du Code Général des Impôts, à une absence d'imposition locale ou à une imposition notablement moins élevée qu'en France.

² Loi n°80-30 du 18 janvier 1980 et loi n° 92-1376 du 30 décembre 1992.

³ Titres ou droits de vote.

⁴ Ces seuils sont ceux applicables aux participations acquises après le 30 septembre 1992.

b) La notion de régime fiscal privilégié

Une entité étrangère est considérée comme soumise à un régime fiscal privilégié en cas d'absence d'imposition locale effective, ou en cas d'imposition notablement moins élevée qu'en France"¹.

Précisant sa vision de la notion d'"imposition notablement moins élevée qu'en France", l'administration fiscale française estime que, à titre de règle pratique, il convient de considérer que le régime fiscal applicable à une entité étrangère est "privilégié" dans le cas où la charge fiscale supportée localement est inférieure d'au moins un tiers à celle que le contribuable aurait à supporter en France au titre des mêmes opérations².

La comparaison doit se faire par exercice, en tenant compte notamment du fait que les plus-values réalisées par l'entité étrangère sont exonérées. Ainsi, l'exonération de plus-values réalisées par les sociétés "offshore" mauriciennes au titre d'un exercice devra être prise en compte lors de l'analyse de l'applicabilité de l'article 209 B du Code Général des Impôts.

2°/ Les exceptions : les moyens permettant d'éviter l'application de l'article 209 B du Code Général des Impôts

a) Le choix du taux d'imposition de la société "offshore" mauricienne

Comme exposé ci-dessus³, les sociétés "offshore" mauriciennes peuvent, lors de leur création, opter pour une imposition locale à un taux compris entre 15 et 35%⁴.

Jusqu'à présent, cette "imposition à la carte" permet d'éviter de déclencher l'application du dispositif de l'article 209 B du Code Général des Impôts en optant pour une imposition locale au taux minimum de 22%. En effet, dans une telle hypothèse, la charge fiscale supportée localement par la société "offshore" ne sera pas inférieure de plus d'un tiers à celle que la société aurait supporté en France, sous réserve de la réalisation de plus-values par la société mauricienne au cours de l'exercice.

b) La clause de sauvegarde

Afin de ne pas pénaliser les entreprises françaises désireuses d'opérer dans des Etats ou territoires dont le régime fiscal peut être considéré comme privilégié au regard du droit fiscal français, le législateur a prévu une exception à l'application de

¹ Une telle notion doit s'apprécier au niveau de l'entité étrangère et non au niveau de l'Etat ou du territoire.

² Le taux d'imposition à prendre en compte est le taux de l'impôt sur les sociétés de droit commun soit 33,33%.

³ Cf. I/ A/, in *RJOI* n° 1.

⁴ Il convient de noter que certaines dispositions du projet de loi de finances (« *Finance Act* ») actuellement en discussion dans l'île pourraient, si elles devaient être entérinées, se traduire par une imposition des sociétés « offshore » mauriciennes au taux fixe de 15%. Une campagne active de sensibilisation aurait cependant convaincu les autorités locales de la nécessité de conserver la flexibilité qui caractérise aujourd'hui le régime fiscal applicable à ce type de sociétés afin de conserver toute leur attractivité.

l'article 209 B du Code Général des Impôts dans le cas où l'activité locale de la structure étrangère est prépondérante.

Ainsi, afin de ne pas se voir appliquer ce dispositif "anti-évasion", et ce malgré le fait que sa filiale mauricienne soit imposée localement au taux minimum, la société française devra apporter la preuve que la mise en place de la société "offshore" mauricienne n'a pas eu principalement pour effet de permettre la localisation des bénéficiaires dans un Etat à fiscalité privilégiée, mais que cette entité exerce de façon prépondérante une activité industrielle ou commerciale effective sur le marché local.

Si la notion de "marché local" s'entend en principe de l'Etat ou territoire où l'entité est implantée, cette notion peut-être étendue à des "zones situées dans le voisinage immédiat de cet Etat ou territoire lorsque, eu égard aux caractéristiques économiques et géographiques de cet Etat ou territoire, ces zones font partie du même marché"¹.

Compte tenu de la situation économique et géographique particulière de l'Ile Maurice², un investisseur français pourrait soutenir que le "marché local" mauricien doit s'entendre, pour l'application de la clause de sauvegarde, de l'ensemble de la zone géographique "Océan indien/Afrique de l'est", ce qui lui permettrait d'utiliser sans risque une société "offshore" mauricienne pour opérer dans cette région.

Il convient toutefois de noter qu'une telle extension de la notion de marché local nécessite un accord exprès et préalable de la Direction de la Législation Fiscale, et que l'administration fiscale française exclut expressément les sociétés holdings et les sociétés "boîtes aux lettres" du bénéfice de la clause de sauvegarde.

Par ailleurs, à titre de règle pratique, l'administration fiscale française considère qu'une entité exerce de façon prépondérante une activité industrielle ou commerciale effective sur le marché local lorsque plus de 50% de son chiffre d'affaires résulte de telles opérations.

c) L'application de la convention fiscale conclue entre la France et Maurice

La convention fiscale conclue entre la France et Maurice peut également permettre aux investisseurs français de s'opposer à l'application des dispositions de l'article 209 B du Code Général des Impôts, et ce malgré le fait que sa filiale mauricienne soit faiblement imposée localement.

En effet, bien que l'administration fiscale française considère que l'existence d'une convention fiscale ne peut faire obstacle à l'application de cet article³, le Conseil d'Etat vient de juger, dans le cadre de l'ancienne convention fiscale franco-suisse en date du 9 septembre 1966, que, en l'absence de réserve expresse dans la

¹ Instruction du 17 avril 1998 BOI 4 H-3-98 n°198 et suivants.

² Il convient de rappeler que les sociétés "offshore" mauriciennes ne peuvent exercer leur activité à Maurice.

³ Instruction administrative 4 H-9-92 en date du 6 mars 1992, et Instruction administrative 4 H-3-98, en date du 17 avril 1998.

convention, les dispositions de l'article 209 B du Code Général des Impôts sont incompatibles avec les dispositions de l'article 7, §1 de la convention, selon lequel les bénéfices d'une entreprise suisse ne sont imposables en France que dans la mesure où la société suisse y dispose d'un établissement stable¹.

La convention fiscale conclue entre la France et Maurice étant similaire à la convention ayant fait l'objet de cette décision, la décision du Conseil d'Etat devrait permettre une utilisation optimale des sociétés "offshore" par les investisseurs français. Les sociétés mauriciennes n'auront plus à opter pour une imposition locale au moins égale à 22% afin d'éviter l'application de l'article 209 B du Code Général des Impôts.

B/ Les limites liées aux relations commerciales pouvant exister entre l'entreprise française et la société "offshore" mauricienne

Le droit fiscal français prévoit un certain nombre de dispositions visant à éviter les transferts de bénéfices à l'étranger. Il s'agit notamment des dispositifs prévus aux articles 57 et 238 A du Code Général des Impôts².

1°/ L'article 57 du Code Général des Impôts

Le dispositif de l'article 57 du Code Général des Impôts vise à permettre à l'administration fiscale française de contrer certaines pratiques consistant à localiser à l'étranger des bénéfices normalement imposables en France.

L'administration fiscale française est en effet autorisée, sur le fondement de ce texte, à redresser les résultats déclarés par les entreprises françaises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, lorsqu'elle établit que des avantages particuliers ont été consentis à ces entreprises étrangères et qu'ainsi, des bénéfices leur ont été indirectement transférés. Ce transfert peut être réalisé par voie de majoration de prix d'achat, de diminution du prix de vente, ou par tout autre moyen.

La condition de dépendance ou de contrôle n'est toutefois pas exigée dès lors que les transferts sont effectués vers des entreprises établies dans un Etat à fiscalité privilégiée, au sens de l'article 238 A du Code Général des Impôts.

L'entreprise française conserve toujours la faculté d'apporter la preuve contraire en démontrant que les avantages constatés ne se sont pas traduits par le transfert de bénéfices à l'étranger, dès lors que l'entreprise en retirait une contrepartie dans le cadre d'une gestion normale ou de nécessités commerciales réelles.

En effet, le dispositif de l'article 57 du Code Général des Impôts ne vise pas à sanctionner les entreprises françaises exportatrices, lorsque les relations entre les

¹ Conseil d'Etat, 28 juin 2002, n°232276, "Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ société Schneider Electric".

² Nous ne traiterons pas dans cet article des limites liées aux théories de l'acte anormal de gestion et de l'abus de droit.

sociétés répondent à des nécessités commerciales, et non au souci de transférer des bénéfices à l'étranger.

Pour éviter tout risque de rectification des résultats de l'entreprise française par l'administration fiscale, les sociétés françaises détenant une société "offshore" mauricienne et entretenant des relations commerciales avec leur filiale, devront veiller à préparer une documentation susceptible de justifier les relations entretenues et leur niveau de rémunération pour faire face à tout contrôle.

2°/ L'article 238 A du Code Général des Impôts

Cette disposition permet de limiter la déduction des bases de l'impôt français, de certains versements¹ liés à des transactions avec des entités localisées dans des Etats où elles sont soumises à un régime fiscal privilégié.

Ainsi, dès lors que le bénéficiaire est soumis à un régime fiscal privilégié, le débiteur doit apporter la preuve que ces dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.

A la différence du régime instauré par l'article 57 du Code Général des Impôts, l'administration n'a pas à apporter, dans ce contexte, la preuve que des avantages aient été consentis pas la société française à la société étrangère. Il suffit, pour que cet article s'applique, que le débiteur, soumis à l'impôt en France, verse des sommes qu'il considère comme des charges déductibles des bases de l'impôt en France, à un bénéficiaire localisé dans un Etat où il est soumis à un régime fiscal privilégié. Toutefois, il reste, au préalable, à la charge de l'administration, la preuve de l'existence d'un régime fiscal privilégié.

Ainsi, pour échapper aux conséquences d'un redressement fondé sur l'article 238 A du Code Général des Impôts, les sociétés doivent s'attacher au calcul et à la preuve de la normalité des sommes payées au titre des charges énumérées par le texte, selon les mêmes règles applicables au prix de transfert.

CONCLUSION

L'île Maurice et son secteur "offshore" présentent donc d'indéniables atouts, notamment fiscaux. Pour les entreprises françaises, l'investissement dans ce secteur peut donc se révéler être un succès, à condition toutefois qu'il reste bien maîtrisé et notamment que les dangers, principalement liés aux mécanismes "anti-évasion" existant dans la législation fiscale française, soient évités.

Il convient enfin de noter que, afin de lutter contre la multiplication des investissements dans les "paradis fiscaux", les Etats membres de l'OCDE ont notamment publié un rapport intitulé "*Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*" en date du 9 avril 1998. Ce rapport a permis l'établissement d'une liste d'Etats qualifiés de "paradis fiscaux non coopératifs".

¹ Charges financières, redevances versées en matière de propriété industrielle, rémunérations de services, ...

Consciente des dangers de figurer sur cette liste, l'île Maurice a pris, le 24 mai 2000, l'engagement de mettre en place un programme d'échange d'informations en matière fiscale, d'éliminer certaines dispositions favorables aux sociétés qui n'ont pas une activité locale substantielle, mais également de ne pas introduire de nouvelles mesures constitutives de pratiques fiscales dommageables.

A l'heure actuelle, s'il est difficile de présumer des conséquences de cet engagement sur l'imposition des sociétés "offshore" mauriciennes pour les années à venir, il est évident que l'attitude adoptée par le Gouvernement de Maurice va permettre aux investisseurs avertis de continuer à investir dans un Etat qui, s'il est conscient de la nécessité de ne pas être mis au ban de la communauté internationale, est également conscient de la nécessité, pour son économie, de conserver son attractivité.

