

A l'attention de
Monsieur Jeffrey Owens
OCDE
2 rue André Pascal
75775 Paris Cedex

Paris le 17 février 2009

Cher Monsieur,

Le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE a invité les parties intéressées à adresser leurs commentaires sur le projet de rapport « Aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises ».

Il faut en premier lieu saluer l'importance et la qualité du travail accompli par le Groupe de Travail Conjoint et le groupe de travail n°6 pour produire ce projet de rapport.

L'aspect prix de transfert des réorganisations d'entreprise, est un sujet particulièrement sensible et technique justifiant des efforts importants pour limiter l'insécurité juridique qu'il génère.

Particulièrement sensible car les réorganisations opérées par certains groupes internationaux notamment en Europe, ont entraînés des délocalisations importantes de bénéfices. Délocalisations non seulement contestées par les administrations fiscales, mais également dénoncées par les syndicats et certains hommes politiques. Particulièrement technique, car les réorganisations d'entreprises nécessitent souvent d'articuler la politique de prix de transfert post réorganisation avec celle appliquée auparavant, autour d'un prix de transfert propre à la réorganisation elle-même, et ce, alors que les restructurations opérées reposent souvent sur un modèle économique spécifique aux multinationales sans équivalent au niveau des entreprises indépendantes.

Dans ce cadre, compte tenu de l'expérience tirée de l'analyse de plusieurs de ces réorganisations d'entreprises notamment au sein de l'administration fiscale, AVODIRE a l'honneur de présenter ci-après ses commentaires sur ce projet.

Bien sincèrement

Laurent Savarin

Avocat associé

Coordonnées

AVODIRE société d'avocats

91 bis rue du Cherche-Midi

75006 PARIS

33 (1) 42 84 94 94

Laurent.savarin@avodire.fr

33 (6) 82 22 68 10

<http://prixdetransfert.com>

Note thématique n°1 : considérations particulières en matière de risque

Le principe de pleine concurrence doit rester un principe de détermination des prix

La note expose de façon implicite un principe selon lequel une certaine organisation des fonctions et des risques peut être ou ne pas être en tant que telle de pleine concurrence c'est-à-dire correspondre à une organisation qu'ont ou qu'auraient adoptée des entreprises indépendantes. Ce principe est développé dans la note n°4 : les situations exceptionnelles de non-prise en compte des transactions réellement effectuées par le contribuable.

Compte tenu tant des interrogations que soulèvent cette note et du caractère exceptionnel des cas de figure visés, il nous semble préférable de ne pas distiller à travers les autres notes de considérations afférant à ce thème, mais d'isoler l'évocation de cette question, dont la légitimité n'est pas contestée, dans une note particulière.

Plus généralement, le principe de pleine concurrence ne devrait pas servir à évaluer la normalité des relations intra-groupes qui sont par essence différente de celles existant entre entreprises indépendantes mais doit rester un principe de détermination des prix de transfert.

Le coût de la gestion d'un risque très important peut être très faible

La pratique montre, notamment s'agissant des risques, que si l'analyse fonctionnelle peut être extrêmement approfondie, la valorisation qui devrait en résulter est en comparaison souvent relativement sommaire voire artificielle.

En effet, compte tenu des problématiques inhérentes aux méthodes reposant sur une approche de rémunération brute, il est fréquemment fait appel à des méthodes de marge nette. L'analyse fonctionnelle conduit alors le plus souvent à allouer, à l'entreprise ayant transféré ses risques, une rémunération nette minimale.

Or une telle approche est évidemment erronée, car si, quand une entreprise assume un risque particulier, il est vraisemblable qu'elle impacte dans ses prix ou dans sa marge brute une provision au titre de ce risque, comme le rappelle à juste titre le projet

de rapport, elle n'en tire pas nécessairement un bénéfice. A notre connaissance, il n'existe d'ailleurs pas d'étude économique permettant d'établir une corrélation entre le niveau de risque assumé et la rentabilité nette des entreprises.

En conséquence, il semblerait utile de développer l'aspect valorisation des risques transférés tout autant que l'aspect analyse. Il semblerait également opportun de désamorcer totalement le postulat implicite associant la prise de risque à la réalisation de bénéfice.

Sur ce point, le coût de la gestion d'un risque est souvent sans commune mesure avec le risque lui-même et donc la rémunération brute supplémentaire qui pourrait en résulter.

Par exemple une entreprise supportant le risque de change pourra procéder à des opérations de couverture, supportant ainsi un coût très marginal par rapport à celui qu'elle pourrait supporter en cas d'évolution défavorable des cours.

Autre exemple, le risque client peut, dans certains pays notamment, être très important. Néanmoins, il existe des procédures permettant de sécuriser ce risque (Crédit documentaire etc...). Il existe également des entreprises assurant la garantie du risque client.

Cette réalité montre qu'il est possible de transférer certains risques à un tiers sans transfert du contrôle ou de la gestion matérielle de ces derniers qui continuent à relever de la responsabilité de l'entreprise, constituant même souvent une condition de l'effectivité de la garantie.

Les pratiques d'externalisation des risques (assurance) permettent également de constater qu'un risque peut être alloué à une entreprise sans que celle-ci ait les moyens financiers de couvrir ce risque, la conduisant à faire appel à des mécanismes d'assurance ou de couverture.

Il est ainsi fréquent que le coût de prévention des risques d'exploitation soit largement inférieur aux risques eux-mêmes, en particulier lorsque ceux-ci peuvent être mutualisés. Il semble donc nécessaire de retenir comme facteur pertinent d'analyse la possibilité ou non d'externaliser le risque auprès d'un tiers ou celle de se couvrir du risque pour un coût relativement faible.

Ces considérations conduisent à distinguer nécessairement les risques courants d'exploitation, dont l'entreprise est susceptible de pouvoir se garantir et les risques d'entreprise.

La question des risques entrepreneuriaux a fait l'objet de développements spécifiques (Rapport de 1995 Chapitres VII et VIII). Il semblerait opportun de remettre ces considérations en perspective dans le cadre des réorganisations d'entreprises.

L'idée selon laquelle seul le transfert des risques entrepreneuriaux, peut justifier le fait qu'une entreprise soit départie de son rôle d'entrepreneur, et se voit alloué une rémunération nette limitée mais stable pourrait être traitée dans ce cadre.

Par ailleurs, le transfert de tels risques conduit naturellement à reprendre les considérations sur la notion de propriété économique des incorporels et permettrait de faire le lien avec la thématique abordée par la note n°2.

Une politique de prix de transfert peut-elle s'auto justifier ?

Le paragraphe 22 évoque le cas de figure d'une entreprise censée supporter le risque de change mais qui bénéficie d'un ajustement des prix de transfert la mettant à l'abri de ce risque. Dans cette situation les Principes Directeurs considèrent que l'allocation du risque est contestable.

Ce double niveau d'appréciation d'allocation des risques est un aspect de l'analyse qui mériterait d'être développé, particulièrement dans le cadre des réorganisations d'entreprise.

En effet, après ce rappel, on peut s'interroger sur le point de savoir si les critères d'analyses détaillés par la suite doivent porter sur une situation avant ou après application de la politique de prix de transfert.

A travers le point évoqué au paragraphe 22, le projet de rapport porte une appréciation sur l'allocation des risques après application de la politique de prix de transfert, en considérant implicitement qu'en définitive, le distributeur ne supporte pas le risque de change.

Néanmoins, le paragraphe 45, semble retenir une approche opposée : « c'est le

caractère peu risqué qui doit dicter le choix d'une méthode ... ».

Il semble nécessaire de consacrer plus d'un paragraphe à cette problématique qui se pose de façon récurrente dans les réorganisations d'entreprises.

En effet, comme l'évoque le paragraphe 45, une approche fréquente consiste à contractualiser une politique de prix de transfert au terme de laquelle le principal assume l'ensemble des risques en allouant au distributeur ou au fabricant une rémunération nette. L'entreprise se place sous la protection d'une autre structure, qui lui garantit un bénéfice moyen constant voire proportionnel à son chiffre d'affaire la libérant du risque de perte en contrepartie de l'appréhension des éventuels surprofits.

Cette logique qui n'est pas sans rappeler la relation qui peut exister entre un entrepreneur et ses salariés, semble reposer sur un rationnel économique pertinent.

Elle peut en outre, sous réserve d'une valorisation adéquate, être justifiée par le fait que le principal est souvent la tête de groupe et, à ce titre prend les décisions stratégiques et assume le risque financier global couvrant nécessairement les risques financiers d'exploitation.

Ainsi, au-delà de la question du quantum, qui peut être éclairée par l'analyse des comportements dans le domaine de la finance, se pose la question de la distinction entre les risques et les fonctions dévolues à l'actionnaire et ceux qui relèvent de l'entreprise.

Note thématique n°2 : Rémunération de pleine concurrence de la réorganisation elle-même

Les restructurations conduisant à une déperdition fiscale importante, les administrations fiscales, à défaut de pouvoir ou vouloir remettre en cause les prix de transfert post restructuration, ont cherché à faire valoir que la disparition des bénéfices devait avoir pour contrepartie une indemnisation soit au titre d'un transfert d'un incorporel, constitué à défaut par un potentiel de profits futurs, soit au titre de la rupture de contrat.

Le rapport explore ainsi deux voies : celle du transfert d'incorporel et celle de l'indemnisation pour rupture de contrat. Au préalable il pose la question du transfert d'une activité générant des pertes (§ 65).

La situation évoquée au paragraphe 65 montre la difficulté de discerner la responsabilité d'entreprise et celle de l'actionnaire évoquée précédemment, notamment quand l'entreprise n'a pas d'autre activité que celle devant être arrêtée. En effet l'objectif d'une entreprise étant normalement la réalisation de bénéfices, elle ne peut qu'opter pour le maintien de son activité, ce, quelqu'un soit le coût. Néanmoins, l'entreprise est le plus souvent une société, et ce sont alors les associés qui vont arbitrer entre le maintien de l'activité et la liquidation. D'un point de vue financier, les structures sociétales permettent aux actionnaires sauf circonstances particulières de limiter les pertes aux apports. Dès lors le choix des actionnaires de renflouer l'entreprise avant de la céder à un prix symbolique (ce qui revient à rémunérer le repreneur) ne résulte pas d'un arbitrage financier concernant la société ou leurs investissements dans cette société, mais s'inscrit dans une politique de défense du renom du groupe ou de la société mère ou/et relève d'une charte éthique et sociale.

S'agissant ensuite de l'appréciation de la pratique des groupes, le projet de note revient sur le principe exposé dans sa première note, en suggérant que la centralisation d'incorporel pourrait ne pas être un comportement de pleine concurrence. Néanmoins, il nous semble que la question n'est pas de savoir si une

entreprise indépendante aurait été disposée à céder ses incorporels mais à quel prix elle aurait été disposée à le faire.

L'évocation d'une exception au principe de prise en compte des transactions réellement effectuées devrait ainsi être cantonnée à la note traitant spécifiquement ce thème.

S'agissant de l'analyse du prix de transfert, le projet de rapport propose une grille d'analyse extrêmement détaillée des facteurs conduisant à fixer l'indemnité que la restructuration pourrait justifier soit au titre d'un transfert d'incorporel soit d'une rupture de contrat.

Un point important qu'il conviendrait d'explorer est l'incidence de l'imbrication entre l'indemnité de réorganisation, la politique de prix de transfert antérieure et la politique de prix post réorganisation.

Ces éléments étant d'autant plus difficiles à dissocier que la politique de prix de transfert fait partie intégrante de l'organisation.

Par exemple une politique de prix de transfert conduisant à laisser à la charge de l'entreprise les coûts de développement d'un incorporel induit qu'elle en détient la propriété économique, dont le transfert ou la mise à disposition devra être rémunéré.

La valorisation de cet incorporel devra prendre en compte les revenus qu'il est susceptible de générer, c'est-à-dire les revenus dont l'entreprise est départie suite à la réorganisation. Or le niveau de revenu transféré dépend de la politique de prix post réorganisation.

La question se pose alors de savoir si cette interdépendance des politiques de prix de transfert doit permettre aux administrations de choisir le terrain sur lequel elles peuvent opérer une rectification et opposer au contribuable l'une ou l'autre des politiques de prix de transfert adoptée.

Une administration fiscale doit-elle par exemple pouvoir rectifier les prix de transfert post réorganisation en opposant la faiblesse du prix de transfert de l'incorporel relevant d'une période prescrite, alors que si l'opération n'avait pas été prescrite elle aurait pu rectifier ce prix en opposant au contribuable le transfert de revenus résultant de la politique de prix post réorganisation.

S'agissant de la rémunération d'un transfert d'incorporel, comme évoqué précédemment, il ne serait pas inutile de faire le lien avec certaines idées évoquées au chapitre VIII du Rapport relatif aux accords de répartition de coûts. En effet, les restructurations peuvent intervenir à un moment où l'incorporel est en cours de développement. Dans ses considérations relatives aux accords de répartition de coûts, l'OCDE considère qu'il peut être justifié qu'une entité souhaitant intégrer un tel accord acquitte un droit d'entrée, pour prendre en compte l'existence d'un incorporel en cours de développement.

S'agissant enfin de l'indemnité de rupture, le rapport souligne qu'il n'y a pas toujours indemnisation et suggère de se référer au droit et à la jurisprudence locale applicable.

Cette solution laisse perplexe dans la mesure où la jurisprudence met en lumière des situations où les entreprises ne sont pas d'accord entre elles et ne correspondant donc pas à une situation de pleine concurrence. Elle conduit en outre à obtenir une solution différente d'un pays à l'autre, différence potentiellement non liée à des considérations économiques mais à des particularités juridiques. Elle nécessiterait par ailleurs de procéder à des analyses poussées du droit des contrats et du droit de la concurrence, ce qui peut poser des difficultés notamment dans le cadre des procédures amiables.

Quand à l'exploitation des clauses contractuelles, elle suppose de reporter l'analyse de normalité par rapport au principe de pleine concurrence à l'époque de la signature du contrat, ce qui n'est pas sans soulever d'autres difficultés.

D'une façon plus générale, le concept juridique d'indemnité de rupture de contrat ne nous paraît ni adapté ni utile à la résolution des difficultés de fixation du prix de transfert propre à la restructuration.

Une analyse plus approfondie de la nature des indemnités attendues dans le cadre des réorganisations permet en effet de s'affranchir d'un tel concept.

Il convient ainsi dans ce cadre de distinguer les indemnités destinées à dédommager un manque à gagner de celles visant à compenser les coûts de restructuration supportés.

S'agissant de l'indemnité pour manque à gagner, elle résulte nécessairement de la reconnaissance du fait que l'entreprise a été privée d'un droit dont elle disposait et qui constituait pour elle une source de revenus futurs. Elle induit donc la reconnaissance d'un actif incorporel.

S'agissant de la prise en charge des coûts de restructuration (frais de déménagement, licenciement, loyers pour des locaux vides, informatique etc...), il s'agira de déterminer comment des entreprises indépendantes partagent ou auraient partagé des coûts dans le cadre d'un transfert d'activité. A cet effet, il faut prendre en considération l'incidence mathématique de la méthode de prix de transfert post réorganisation.

Par exemple si la méthode retenue est celle du prix de revient majoré, il semblerait anormal de ne pas indemniser l'entreprise des coûts de restructuration qu'elle supporte si ceux-ci ont pour effet de réduire la base de sa rémunération.

Si par contre la méthode de prix de transfert est la méthode du prix de revente (marge brute), l'entreprise pourra tirer des bénéfices de la restructuration. Il pourrait alors être justifié qu'elle supporte ses charges de restructurations.

Note n°3 : Politique de prix de transfert après restructuration

Les développements sur la politique de prix après restructuration portent sur des problématiques classiques et n'appellent pas d'observations particulières.

Il pourrait néanmoins être évoqué dans cette partie les incidences d'une non-application de la politique du schéma envisagé ou celles d'un retour en arrière.

Par exemple un groupe disposant de distributeurs relativement autonomes et fortement bénéficiaires réorganise son activité autour d'un principal et de commissionnaires. Suite à un retournement du marché, le principal accuse des pertes, la rémunération nette des commissionnaires est maintenue. Mais, après un an, le groupe met un terme à cette expérience. Les flux sont rétablis et les désormais anciens commissionnaires accusent des pertes.

La question se pose alors de savoir si l'absence d'indemnisation ou de cession d'incorporel lors de la restructuration induit une neutralité du retour en arrière, ou si les distributeurs se trouvent dans une position permettant d'exiger une indemnisation pour défaut de garantie.

Note n°4 : Prise en compte des transactions réellement effectuées

Le principe d'exception au principe de prise en compte des transactions réellement effectuées a déjà fait couler beaucoup d'encre, mettant en évidence la difficulté de parvenir à un consensus sur ce sujet.

Nous nous contenterons de soumettre deux idées.

D'une part, si la nécessité de définir au niveau international les principes permettant de lutter contre la fraude fiscale, et au cas particulier contre des réorganisations dont le but serait exclusivement fiscal, n'est ni contesté ni contestable, il y a également lieu de fixer dans ce cadre des garanties pour les entreprises qui soient à la mesure des pouvoirs alloués aux administrations fiscales. A ce titre, il serait opportun de réfléchir à des modalités permettant, quand une administration fiscale envisage de déroger au principe de prise en compte des transactions réellement effectuées, d'engager une discussion entre les Etats sur la légitimité de la dérogation et de neutraliser la double imposition. En effet, dans la majorité des cas, la mise en œuvre de tels principes ou de principes apparentés conduit les administrations fiscales à appliquer des sanctions excluant la possibilité de recourir à la procédure amiable, les plaçant dans un rapport de force déséquilibré vis-à-vis des contribuables.

Par ailleurs, compte tenu des problématiques que soulève l'exception au principe de prise en compte des transactions réellement effectuées et du caractère exceptionnel que doit revêtir la dérogation à ce principe, il semble préférable d'exclure cette note du projet de rapport relatif aux aspects prix de transfert des restructurations d'entreprises, pour la traiter séparément. A défaut, ce sujet risquerait de servir d'objet de négociation pour obtenir des avancées sur d'autres aspects du rapport, aboutissant à un consensus sous contrainte.