



Aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises :
Projet de rapport pour commentaires du public
du 19 septembre 2008 au 19 février 2009

19 septembre 2008

Aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises

Projet de rapport pour commentaires du public

Les opérations de réorganisation menées par des groupes multinationaux sont un phénomène très fréquent depuis quelques années. Elles impliquent un redéploiement transnational de fonctions, actifs et/ou risques entre entreprises associées, avec les effets qui en découlent sur le potentiel de profits et de pertes dans chacun des pays. Une réorganisation d'entreprise peut impliquer le transfert à l'étranger d'actifs incorporels de valeur, et elles ont notamment consisté en la transformation de distributeurs de plein exercice en distributeurs limités ou en commissionnaires agissant pour une entité associée susceptible de jouer le rôle de donneur d'ordre ; la transformation de fabricants de plein exercice en sous-traitants ou façonniers pour une entité associée susceptible de jouer le rôle de donneur d'ordre ; et la rationalisation et/ou spécialisation d'activités.

Comme démontré lors d'une table ronde sur les réorganisations d'entreprises organisée par le Centre de Politique et d'Administration Fiscales de l'OCDE en janvier 2005 (voir http://www.oecd.org/document/6/0,3343,en_2649_37989760_34535302_1_1_1_1,00.html), ces réorganisations soulèvent des questions complexes en matière de conventions fiscales et de prix de transfert pour lesquelles l'OCDE ne donne actuellement pas suffisamment d'orientations, que ce soit dans le cadre des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (les « Principes directeurs ») ou dans celui du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (« Modèle de convention fiscale »). Ces problèmes, qui concernent essentiellement l'application des règles relatives aux prix de transfert au moment de la réorganisation et/ou après, la détermination de l'existence éventuelle d'un établissement stable (ES) et l'attribution de bénéfices audit établissement, ainsi que la reconnaissance ou requalification des transactions, peuvent, en l'absence d'entente sur une interprétation commune, être à l'origine d'une grande insécurité juridique pour les entreprises et les pouvoirs publics et de situations de double imposition ou de double non-imposition. Prenant acte de la nécessité d'accomplir des travaux dans ce domaine, le Comité des affaires fiscales (CAF) a décidé de lancer un projet pour élaborer des orientations sur les aspects liés aux prix de transfert et aux conventions fiscales.

En 2005, le CAF a créé un Groupe de travail conjoint sur les réorganisations d'entreprises (GTC) entre le Groupe de travail n° 1 (responsable du Modèle de convention fiscale) et le Groupe de travail n° 6 (responsable des Principes directeurs), pour démarrer les travaux sur ces questions (voir http://www.oecd.org/document/11/0,3343,fr_2649_37989760_38441472_1_1_1_1,00.html). Fin 2007, prenant acte des progrès accomplis, le CAF a décidé de confier les travaux sur les prix de transfert au Groupe de Travail n°6, et les travaux sur les aspects liés à la définition d'un ES au Groupe de Travail n°1. Le présent document de discussion est le fruit des travaux sur les prix de transfert menés par le GTC et le Groupe de Travail n°6. Le Groupe de Travail n°1 envisage d'examiner les questions liées à la définition de l'ES dans le cadre de l'Article 5, non seulement dans le contexte des réorganisations d'entreprises, mais aussi de manière plus large, dans le cadre de son programme de travail 2009-2010 ; ces travaux donneront lieu à la rédaction d'un autre document de discussion.

Le présent document ne porte que sur les transactions entre parties associées dans des situations relevant de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale et ne vise pas l'attribution des bénéfices au sein d'une seule entreprise sur la base de l'Article 7 du Modèle de convention fiscale, cet aspect faisant l'objet du rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables qui a été approuvé par le Comité des Affaires

Fiscales le 24 juin 2008 et par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2008 pour publication (voir http://www.oecd.org/document/62/0,3343,fr_2649_37989746_41027029_1_1_1_1,00.html).

L'analyse dans ce document repose sur les règles existantes en matière de prix de transfert. En particulier, ce document part de l'hypothèse que le principe de pleine concurrence et les Principes directeurs n'ont pas lieu de s'appliquer différemment aux réorganisations ou aux transactions post-réorganisation et à celles structurées comme ces dernières dès le départ.

Le document de discussion est composé de quatre notes thématiques.

Compte tenu de l'importance que revêt l'allocation des risques dans le cadre des réorganisations d'entreprises, la première note thématique contient des orientations générales sur l'allocation des risques entre parties associées dans des situations relevant de l'Article 9, plus particulièrement sur l'interprétation et l'application des paragraphes 1.26 à 1.29 des Principes directeurs.

La deuxième note thématique, intitulée « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites », porte sur l'application du principe de pleine concurrence et des Principes directeurs à la réorganisation elle-même, en particulier sur les circonstances dans lesquelles, en situation de pleine concurrence, l'entité restructurée recevrait une rémunération en contrepartie du transfert de fonctions, d'actifs et/ou de risques ou serait dédommagée en réparation de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants.

La troisième note thématique porte sur l'application du principe de pleine concurrence et des Principes directeurs aux transactions post-réorganisation.

La quatrième note thématique aborde des concepts importants en rapport avec les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une administration fiscale peut envisager de ne pas reconnaître une transaction ou une structure adoptée par un contribuable, sur la base d'une analyse des orientations existantes contenues aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs et de leur relation avec d'autres parties de ces Principes.

Le Comité invite toute partie intéressée à adresser des commentaires sur ce projet de rapport **avant le 19 février 2009**. Les commentaires doivent être adressés en format électronique (Word) à jeffrey.owens@oecd.org. A moins que le commentateur n'en fasse la demande explicite au moment de la soumission des commentaires, les commentaires reçus par l'OCDE en réponse à cette invitation seront publiés sur le site Internet de l'OCDE.

TABLE OF CONTENTS

RÉORGANISATIONS D'ENTREPRISES ET PRIX DE TRANSFERT: INTRODUCTION	7
A - Champ du projet.....	7
A.1 Réorganisations d'entreprises entrant dans le champ du projet.....	7
A.2 Problématiques entrant dans le champ du projet	8
B - Implication du CAF et des organes subsidiaires	9
C - Participation des milieux d'affaires	9
D - Présentation du document de discussion et synthèse des principales conclusions.....	10
NOTE THÉMATIQUE N°1 : CONSIDÉRATIONS PARTICULIÈRES EN MATIÈRE DE RISQUES....	16
Introduction.....	16
A - Examen des dispositions contractuelles et du comportement des parties dans la pratique ; pièces écrites.	17
B - Déterminer si les dispositions contractuelles prévoient une allocation des risques conforme au principe de pleine concurrence	18
B.1 Allocation des risques et contrôle.....	18
B.2 Différence entre un ajustement de comparabilité et la non prise en compte de l'allocation des risques retenue dans le cadre d'une transaction contrôlée : lien entre les orientations du paragraphe 1.27 et celles des paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs.....	20
C - Déterminer si le risque est significatif sur le plan économique	21
D - Identification des conséquences de l'allocation des risques sur les prix de transfert.....	22
D.1 Conséquences sur la fixation des prix de transfert d'une allocation des risques reconnue à des fins fiscales	22
D.2 Le choix d'une méthode de prix de transfert peut-il créer un environnement à risques réduits ?	22
NOTE THÉMATIQUE N° 2 : RÉMUNÉRATION DE PLEINE CONCURRENCE DE LA RÉORGANISATION PROPREMENT DITE.....	24
Introduction.....	24
A - Comprendre la réorganisation proprement dite.....	24
A.1 Identifier les transactions de réorganisation ; fonctions, actifs et risques avant et après la réorganisation.	24
A.2 Comprendre les motivations opérationnelles de la réorganisation et apprécier les avantages qui en sont attendus ; rôle des synergies.....	25
A.3 Options réalistes qui auraient été envisageables par l'entité restructurée dans des conditions de pleine concurrence	26
B - Modification de l'allocation du potentiel de profits/de pertes suite à une réorganisation d'entreprise.....	27
B.1 Conséquences, sur la fixation des prix de transfert, d'une réallocation du potentiel de profits/de pertes consécutive à une modification de l'allocation des risques, droits et/ou autres actifs	27

B.2	Rémunération du fait d'une réorganisation d'entreprise	28
C -	Transfert d'un élément de valeur (par exemple d'un actif ou d'une activité)	31
C.1	Actifs corporels	31
C.2	Actifs incorporels	32
C.3	Transfert d'une activité.....	36
C.4	Externalisation	37
D -	Dédommagement de l'entité restructurée au titre des préjudices causés par la réorganisation	37
D.1	Examiner si l'accord concerné par une rupture, une non-reconduction ou une renégociation substantielle est formalisé par écrit et prévoit une clause de dédommagement.....	38
D.2	Examiner si les termes de l'accord et l'existence ou l'absence d'une clause de dédommagement ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont conformes au principe de pleine concurrence.....	39
D.3	Examiner si la législation et la jurisprudence commerciales prévoient un droit à dédommagement	40
D.4	Examiner si, en situation de pleine concurrence, une autre partie aurait été disposée à dédommager celle qui pâtit de la rupture ou de la renégociation de l'accord	41
NOTE THÉMATIQUE N° 3 : RÉMUNÉRATION DES TRANSACTIONS CONTRÔLÉES		
POST-RÉORGANISATION		42
Introduction.....		42
A -	Choisir une méthode de prix de transfert : orientations générales	42
A.1	Orientations existantes.....	42
A.2	Examen en cours des méthodes de bénéfices	43
B -	Réorganisations et « structuration »	44
B.1	Principe général : une même application du principe de pleine concurrence.....	44
B.2	Différences factuelles éventuelles entre les situations résultant d'une réorganisation et celles qui ont été structurées comme telles depuis le départ.....	45
C -	Application aux réorganisations d'entreprises : choix et application d'une méthode de prix de transfert pour les transactions contrôlées post-réorganisation	46
C.1	Déterminer s'il est possible d'employer la méthode du prix comparable sur le marché libre..	47
C.2	Application d'une méthode unilatérale : identification de la partie testée et choix de l'indicateur financier pertinent.....	48
C.3	Déterminer si la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est adaptée.....	50
C.4	Application de la méthode de prix de transfert choisie : identifier des comparables potentiels.....	52
C.5	Exemple : mise en œuvre d'une fonction de centrale d'achat	53
D -	Lien entre la rémunération de la réorganisation et celle des transactions conclues ultérieurement	54
E -	Comparaison des bénéfices réalisés avant et après la réorganisation	55
F -	Économies de localisation.....	57
NOTE THÉMATIQUE N° 4 : PRISE EN COMPTE DES TRANSACTIONS		
RÉELLEMENT EFFECTUÉES.....		59
A -	Introduction et portée de la présente note.....	59
B -	Transactions réellement effectuées. Rôle des dispositions contractuelles. Relations entre les paragraphes 1.36 à 1.41 et les autres parties des Principes directeurs.....	59
C -	Application aux situations de réorganisation des orientations figurant aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs	61
C.1	Signification du terme « exceptionnel »	62
C.2	Déterminer un prix de transfert approprié compte tenu des caractéristiques de la situation	62

C.3	Déterminer si les accords obéissent à une logique commerciale rationnelle.....	62
D -	Exemples.....	64
D.1	Exemple (A) : transformation d'un distributeur de plein exercice en distributeur « limité »....	64
D.2	Exemple (B) : transfert d'actifs incorporels de valeur à une société coquille	65
D.3	Exemple (C) : transfert d'un actif incorporel à une société qui exerce des fonctions	66

RÉORGANISATIONS D'ENTREPRISES ET PRIX DE TRANSFERT: INTRODUCTION

A - Champ du projet

1. En janvier 2005, constatant la fréquence des opérations de réorganisation effectuées par les entreprises multinationales et les problèmes fiscaux qu'elles soulèvent, le Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE (CPAF) a organisé une table ronde sur les réorganisations d'entreprises (« Table ronde du CPAF de janvier 2005 ») à laquelle ont participé des responsables des pays membres de l'OCDE, de l'Afrique du Sud, de la Chine et de Singapour, ainsi qu'un large éventail de représentants du secteur privé.¹ Les représentants des pouvoirs publics et du secteur privé ont examiné un ensemble de questions, telles que les approches administratives en matière de vérification et les aspects liés aux conventions, aux prix de transfert et à la TVA. Les débats ont démontré que les réorganisations d'entreprises soulevaient des questions complexes en matière de conventions fiscales et de prix de transfert et que l'OCDE ne donnait pas suffisamment d'orientations sur la manière de les traiter, tant dans le cadre des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (les « Principes directeurs ») que dans celui du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (« Modèle de convention fiscale »). Ces problèmes, qui concernent essentiellement l'application des règles relatives aux prix de transfert au moment de la réorganisation et/ou après, la détermination de l'existence éventuelle d'un établissement stable (ES) et l'attribution de bénéfices audit établissement, ainsi que la reconnaissance ou requalification des transactions, peuvent, en l'absence d'entente sur une interprétation commune, être à l'origine d'une grande insécurité juridique pour les entreprises et les pouvoirs publics et de situations de double imposition ou de double non-imposition. Prenant acte de la nécessité d'accomplir des travaux dans ce domaine, le Comité des affaires fiscales (CAF) a décidé de lancer un projet pour élaborer des orientations sur les aspects liés aux prix de transfert et aux conventions fiscales.

A.1 Réorganisations d'entreprises entrant dans le champ du projet

2. Il n'existe pas de définition juridique ou universellement admise de la notion de réorganisation d'entreprise. Pour délimiter le champ du projet, le CAF a proposé de définir une réorganisation d'entreprise comme un redéploiement transnational des fonctions, actifs et/ou risques d'une entreprise multinationale. Une réorganisation d'entreprise peut impliquer le transfert à l'étranger d'actifs incorporels de valeur. Les réorganisations qui entrent dans le champ du projet de l'OCDE sont principalement des opérations de transfert intra-groupe de fonctions, d'actifs ou de risques au sein d'une même entreprise multinationale, même s'il arrive qu'une réorganisation soit motivée ou affectée par les relations avec des parties tierces (fournisseurs, sous-traitants, clients par exemple).

3. Depuis le milieu des années 90, les réorganisations les plus fréquentes ont consisté en :

- la transformation de distributeurs de plein exercice en distributeurs limités ou en commissionnaires agissant pour une entité associée susceptible de jouer le rôle de donneur d'ordre,

¹ Voir http://www.oecd.org/document/6/0,3343,en_2649_37989760_34535302_1_1_1_1,00.html.

- la transformation de fabricants de plein exercice en sous-traitants ou façonniers pour une entité associée susceptible de jouer le rôle de donneur d'ordre,
- la rationalisation et/ou spécialisation d'activités (sites industriels et/ou procédés de fabrication, activités de recherche et développement, ventes, services),
- la centralisation des actifs incorporels au sein d'une entité du groupe (par exemple d'une société dite « holding de propriété intellectuelle »).

4. Les représentants des milieux d'affaires qui ont participé à la Table ronde du CPAF ont expliqué que les motivations opérationnelles des réorganisations étaient notamment la volonté de maximiser les synergies et les économies d'échelle, d'optimiser la gestion des lignes d'activités et d'améliorer l'efficacité de la chaîne d'approvisionnement, en tirant parti de l'avènement des technologies Internet, qui a facilité l'émergence d'organisations globales.

5. Les réorganisations de type fusions et acquisitions n'entrent pas dans le champ du présent projet. Les réorganisations décrites aux points 2 et 3 entrent dans le champ du projet qu'elles résultent ou non d'une fusion ou acquisition.

A.2 Problématiques entrant dans le champ du projet

6. Le projet de l'OCDE sur les réorganisations d'entreprises porte sur les prix de transfert et l'application des conventions fiscales, c'est-à-dire essentiellement sur l'application des Articles 5 (Établissement stable), 7 (Bénéfices des entreprises) et 9 (Entreprises associées) du Modèle de convention fiscale.

7. En général, les réorganisations d'entreprises sont accompagnées d'une réallocation des bénéfices entre les membres du groupe multinational, soit immédiatement après la réorganisation soit de manière échelonnée sur quelques années. L'un des principaux objectifs du projet eu égard à l'Article 9 est d'examiner dans quelle mesure les conditions de cette réallocation sont conformes avec le principe de pleine concurrence, et, plus généralement, d'étudier la façon dont ledit principe s'applique aux réorganisations d'entreprises. La mise en œuvre de modèles opérationnels intégrés et la création d'organisations globales, lorsqu'elles sont motivées par des raisons commerciales légitimes, montrent la difficulté de raisonner dans l'environnement théorique de pleine concurrence, dans lequel les éléments d'un groupe multinational sont traités comme des entités indépendantes. Cette difficulté conceptuelle à laquelle se heurte l'application du principe de pleine concurrence dans la pratique est reconnue dans les Principes directeurs eux-mêmes (voir paragraphes 1.9 et 1.10). En dépit de ce problème, les Principes reflètent la forte adhésion des pays membres de l'OCDE au principe de pleine concurrence et aux efforts visant à décrire son application et à affiner son fonctionnement dans la pratique (voir paragraphe 1.14). L'OCDE a abordé l'examen des problèmes soulevés par les réorganisations d'entreprises en tenant compte de cette difficulté conceptuelle, afin d'essayer de définir des approches réalistes et suffisamment pragmatiques.

8. Les dispositifs anti-abus de droit interne et la législation relative aux sociétés étrangères contrôlées n'entrent pas dans le champ du présent projet, de même que le traitement fiscal de droit interne d'un paiement effectué selon le principe de pleine concurrence, y compris les règles de déductibilité et les règles d'imposition des plus-values éventuelles. En outre, bien qu'ils posent des problèmes non négligeables dans le contexte des réorganisations d'entreprises, la TVA et les impôts indirects ne seront pas traités non plus à ce stade de ce projet.

B - Implication du CAF et des organes subsidiaires

9. En 2005, le CAF a créé un Groupe de travail conjoint sur les réorganisations d'entreprises (GTC) entre le Groupe de travail n° 1 (GT1) et le Groupe de travail n° 6 (GT6), c'est-à-dire un organe subsidiaire du GT1² et du GT6³ composé d'experts des conventions fiscales et des prix de transfert et chargé de mener à bien le projet de l'OCDE sur les réorganisations d'entreprises.⁴ Le GTC a procédé à une revue détaillée des questions soulevées par les réorganisations d'entreprises concernant les conventions fiscales et les prix de transfert, a examiné les vues, parfois divergentes, des pays en la matière et a pu réaliser des avancées significatives sur la voie de l'adoption de positions communes.

10. Fin 2007, prenant acte des progrès accomplis, le CAF a décidé de confier les travaux sur les prix de transfert (questions liées aux Articles 7 et 9 du Modèle de convention fiscale) à une Session Spéciale du GT6⁵ créée à cet effet, et les travaux sur les aspects liés à la définition d'un ES (Article 5 du Modèle de convention fiscale) au GT1. Le présent document de discussion est le fruit des travaux sur les prix de transfert menés par le GTC et la Session Spéciale du GT6. Le GT1 envisage d'examiner les questions liées à l'Article 5, non seulement dans le contexte des réorganisations d'entreprises, mais aussi de manière plus large, dans le cadre de son programme de travail 2009-2010 ; ces travaux donneront lieu à la rédaction d'un autre document de discussion.

11. Pour les travaux sur le présent document de discussion, le CAF a demandé au GTC et à la Session Spéciale du GT6 de se fonder sur les règles existantes en matière de prix de transfert (en d'autres termes, sur la version actuelle des Principes directeurs).

C - Participation des milieux d'affaires

12. Un large éventail de représentants du secteur privé ont participé à la Table ronde du CPAF et leurs contributions ont été prises en compte par l'OCDE. En outre, peu après le début des travaux sur les aspects des réorganisations d'entreprises liés aux conventions fiscales et aux prix de transfert, l'OCDE a décidé de créer un groupe informel composé d'universitaires, de représentants des milieux d'affaires et de consultants (le « Groupe Consultatif du milieu des affaires »)⁶ pour obtenir de leur part un apport sur les aspects techniques et factuels des questions examinées par le GTC lorsqu'il a démarré ses travaux. Il semblait en effet que le projet aurait beaucoup à gagner d'échanges avec un petit groupe de spécialistes de la fiscalité et des prix de transfert dotés d'une solide expérience des réorganisations d'entreprises, acquise soit en leur qualité de responsables fiscaux dans de grandes entreprises, soit comme consultants. L'OCDE a établi la liste des membres du Groupe Consultatif du milieu des affaires en cherchant à respecter le meilleur équilibre géographique possible tout en veillant à ce que le Groupe soit d'une taille suffisamment réduite pour que les discussions soient efficaces.

13. En 2006 et 2007, le Groupe Consultatif du milieu des affaires s'est réuni trois fois avec le Secrétariat de l'OCDE et les délégués du GTC. Ces rencontres ont été fructueuses, tous les participants, tant les représentants des pouvoirs publics que ceux des milieux d'affaires, ayant pu exprimer leurs vues de

² Le Groupe de travail n° 1 est l'organe subsidiaire du CAF chargé du Modèle de convention fiscale.

³ Le Groupe de travail n° 6 est l'organe subsidiaire du CAF chargé des Principes directeurs en matière de prix de transfert.

⁴ Voir les informations de référence sur l'approbation du mandat confié au GTC à l'adresse http://www.oecd.org/document/11/0,3343,fr_2649_37989760_38441472_1_1_1_1,00.html

⁵ Les sessions spéciales sont créées par le Groupe de Travail n° 6 pour un projet donné pour prendre en charge les aspects techniques du projet. Elles sont ouvertes à tous les délégués du Groupe de Travail n° 6.

⁶ Voir http://www.oecd.org/newsEvents/0,3382,en_2649_37989760_1_1_1_1_1,00.html.

façon très constructive. Il convient de noter que le Groupe Consultatif du milieu des affaires n'avait en aucun cas vocation à se substituer à un processus de consultation plus large et qu'un avis a été publié sur le site Internet de l'OCDE (www.oecd.org/ctp/br) pour inviter dans l'intervalle toute partie intéressée par les thèmes visés par le mandat du GTC à soumettre ses commentaires au Secrétariat de l'OCDE.

14. L'OCDE invite maintenant toutes les parties intéressées à faire part de leurs commentaires sur le présent document de discussion.

D - Présentation du document de discussion et synthèse des principales conclusions

15. Le présent document porte sur les aspects des réorganisations d'entreprises liés aux prix de transfert.

16. Comme souligné précédemment, l'analyse qu'il présente repose sur les règles existantes relatives aux prix de transfert. Elle part notamment de l'hypothèse que le principe de pleine concurrence et les Principes directeurs n'ont pas lieu de s'appliquer différemment aux réorganisations ou aux transactions post-réorganisation et à celles structurées comme ces dernières dès le départ.

17. Le présent document ne porte que sur les transactions entre parties associées dans des situations relevant de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale et ne vise pas l'attribution des bénéfices au sein d'une seule entreprise sur la base de l'Article 7 du Modèle de convention fiscale, cet aspect faisant l'objet du rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables qui a été approuvé par le Comité des Affaires Fiscales le 24 juin 2008 et par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2008 pour publication⁷. Les orientations données dans le cadre de l'Article 9 ont été élaborées indépendamment de l'approche autorisée de l'OCDE définie pour l'application de l'Article 7.

18. Le présent document est composé de quatre notes thématiques :

18.1 Compte tenu de l'importance que revêt l'allocation des risques dans le cadre des réorganisations d'entreprises, la première note thématique contient des orientations générales sur l'allocation des risques entre parties associées dans des situations relevant de l'Article 9, plus particulièrement sur l'interprétation et l'application des paragraphes 1.26 à 1.29 des Principes directeurs. Théoriquement, sur le marché libre, l'acceptation d'un risque accru doit être compensée par une hausse du rendement escompté, même si, en réalité, le rendement augmentera ou non suivant le degré de réalisation effective des risques. L'allocation et le transfert de risques sont des aspects importants de bon nombre de réorganisations d'entreprises et méritent de faire l'objet d'un examen spécifique (voir notamment la partie B de la note thématique n°2 concernant la réallocation du potentiel de profits/ de pertes qui résulte d'une réallocation de risques). La réallocation et les transferts de risques peuvent également avoir de l'importance en dehors des réorganisations d'entreprises; par conséquent, bien que la première note thématique ait été rédigée dans le cadre des travaux sur les réorganisations et soit intégrée au présent document, sa portée et ses implications vont au-delà de cette question. Ses principales conclusions sont les suivantes :

- L'examen des risques dans une situation relevant de l'Article 9 commence par une analyse des dispositions contractuelles liant les parties, ces dispositions définissant généralement la manière dont les risques sont répartis entre elles. Toutefois, l'allocation contractuelle des risques entre entreprises associées n'est reconnue que si elle a une substance économique. Par conséquent, l'analyse des dispositions contractuelles n'est pas suffisante et doit être complétée par une étude visant à déterminer si les parties associées respectent l'allocation contractuelle, si les dispositions

⁷ Voir http://www.oecd.org/document/62/0,3343,fr_2649_37989746_41027029_1_1_1_1,00.html.

contractuelles prévoient une allocation des risques conforme au principe de pleine concurrence et si le risque est significatif sur le plan économique, ainsi qu'à évaluer les conséquences en matière de prix de transfert de l'allocation des risques.

- La partie A de cette première note porte sur l'examen des dispositions contractuelles et du comportement effectif des parties, ainsi que sur le rôle de la documentation écrite. Elle rappelle que c'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus probant pour déterminer l'allocation effective des risques.
- La partie B porte sur la manière de déterminer si les dispositions contractuelles prévoient une allocation des risques conforme au principe de pleine concurrence. Lorsque des données fiables permettent de constater que des contrats entre des parties indépendantes opérant dans des circonstances comparables prévoient une allocation des risques similaire, l'allocation contractuelle des risques entre les parties associées est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence. En outre, le simple fait que des entreprises indépendantes n'utilisent pas les mêmes modalités d'allocation des risques que celles retenues par un contribuable dans le cadre de ses transactions contrôlées n'est pas un élément suffisant pour rejeter l'allocation des risques retenue par ledit contribuable. Lorsqu'il n'existe pas de comparables pour analyser l'allocation des risques entre des parties associées, il convient de déterminer si la manière dont les risques ont été répartis est conforme à celle dont auraient pu convenir des parties indépendantes dans des circonstances similaires. À cette fin, il peut notamment être utile de rechercher quelle(s) partie(s) contrôle(nt) le risque. Dans ce contexte, la notion de « contrôle » s'entend comme la capacité à prendre la décision d'assumer le risque (par exemple d'y exposer le capital), à décider s'il y a lieu de le gérer et de quelle manière, en interne ou en faisant appel à un prestataire extérieur. Un tel contrôle suppose que l'entreprise dispose de ressources humaines – salariés ou administrateurs – qui soient dotées du pouvoir de remplir cette fonction de contrôle et la remplissent effectivement. Lorsqu'une partie assume un risque, le simple fait qu'elle en confie la gestion et le suivi quotidien à un tiers ne suffit pas à motiver le transfert du risque audit tiers.
- La partie C souligne combien il est en outre important d'apprécier si le risque – et, par conséquent, son éventuel transfert – est significatif sur le plan économique. En principe, la prise en charge ou le transfert d'un risque non significatif sur le plan économique n'explique pas un bénéfice substantiel ou une baisse substantielle du bénéfice du cédant.

18.2 Les réorganisations d'entreprises impliquent le transfert, entre entreprises associées, de fonctions, d'actifs et/ou de risques et du potentiel de profits/de pertes qui y est lié. Elles peuvent également entraîner la rupture ou une renégociation substantielle d'accords existants. La deuxième note thématique, intitulée « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites », porte sur l'application du principe de pleine concurrence et des Principes directeurs à la réorganisation elle-même, en particulier sur les circonstances dans lesquelles, en situation de pleine concurrence, l'entité restructurée recevrait une rémunération en contrepartie du transfert de fonctions, d'actifs et/ou de risques ou serait dédommée en réparation de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants. Ses principales conclusions sont les suivantes :

- Pour déterminer si, dans des conditions de pleine concurrence, la réorganisation proprement dite donnerait lieu à une quelconque forme de rémunération, il est essentiel de comprendre la réorganisation, notamment d'identifier les changements opérés, leur incidence sur l'analyse fonctionnelle des parties, les raisons opérationnelles qui la motivent et les avantages qui en sont attendus ainsi que les options réalistes qui se seraient offertes aux parties en situation de pleine concurrence (voir la partie A de la note n° 2).
- La partie B de la note examine la question de la réallocation du potentiel de profits/de pertes résultant de la modification de l'allocation des risques. Elle souligne que le potentiel de profits/de pertes ne constitue pas en lui-même un actif, mais un potentiel associé à des droits ou autres actifs.

Le principe de pleine concurrence n'exige pas de rémunération en contrepartie du potentiel de profits/de pertes à proprement parler. La question à laquelle il faut répondre porte sur le point de savoir si des droits ou autres actifs porteurs d'un potentiel de profits/de pertes ont été transférés et s'ils doivent donner lieu à une rémunération de pleine concurrence.

- La question de savoir si le transfert d'un potentiel de profits/de pertes induit par une réorganisation est une transaction de pleine concurrence, tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire, dépend de plusieurs facteurs, entre autres des options réalistes qui se seraient offertes à l'un et à l'autre en situation de pleine concurrence, compte tenu des droits et autres actifs de chacun d'eux au début de la réorganisation, lesquels déterminent leur potentiel de profits/de pertes respectif ; du rendement que le cédant et le cessionnaire espèrent retirer de la réorganisation et de la rémunération qui peut être nécessaire en contrepartie du fait que le cédant renonce au potentiel de profits, dans le cas où il a transféré des droits ou autres actifs porteurs d'un tel potentiel ou y a renoncé.
- La partie C porte sur la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour le transfert d'éléments de valeur, tels que des actifs corporels ou incorporels (notamment des actifs incorporels locaux et des droits contractuels) et/ou d'une activité.
- La partie D porte sur les situations dans lesquelles, dans des conditions de pleine concurrence, l'entité restructurée pourrait prétendre à un dédommagement en réparation de préjudices subis suite à la réorganisation. Il ne faudrait pas partir du principe que, dans un contexte de pleine concurrence, toute rupture ou renégociation substantielle de contrats existants donne droit à un dédommagement. Pour déterminer s'il y aurait dédommagement en situation de pleine concurrence, il importe d'examiner la situation qui prévalait au moment de la réorganisation, en particulier les droits et autres actifs de chacune des parties et les options réalistes qui se seraient offertes à elles dans un contexte de pleine concurrence. Il convient notamment de rechercher si l'accord auquel il a été mis fin, qui n'a pas été reconduit ou a été substantiellement renégocié était formalisé par écrit et prévoyait une clause de dédommagement ; si les termes de l'accord et l'existence ou non d'une telle clause ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont conformes au principe de pleine concurrence ; si un droit à dédommagement est prévu par le droit ou la jurisprudence commerciale ; si, en situation de pleine concurrence, une autre partie aurait été disposée à dédommager celle qui a pâti de la rupture ou de la renégociation de l'accord.

18.3 La troisième note thématique porte sur l'application aux transactions post-réorganisation du principe de pleine concurrence et des Principes directeurs.

- La partie A de la note n° 3 est une courte synthèse des orientations existantes sur le choix d'une méthode de prix de transfert et des conclusions provisoires auxquelles est parvenu l'OCDE dans le cadre de l'examen des méthodes transactionnelles de bénéfiques qu'il conduit actuellement.
- La partie B souligne que le principe de pleine concurrence et les Principes directeurs ne s'appliquent pas différemment et ne doivent pas s'appliquer différemment aux transactions qui résultent d'une réorganisation et à celles qui ont été structurées comme ces dernières depuis le départ. Toutefois, les réorganisations entraînent des changements, et le principe de pleine concurrence doit être appliqué, non seulement aux transactions post-réorganisation, mais aussi aux opérations de réorganisation qui consistent notamment en un transfert de fonctions, d'actifs et/ou de risques. En outre, l'analyse de comparabilité de transactions post-réorganisation peut révéler certaines différences factuelles entre celles-ci et des transactions organisées comme telles depuis le départ. Même si ces différences n'ont pas d'incidence sur le principe de pleine concurrence ou sur la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer les orientations des Principes, elles peuvent avoir un impact sur l'analyse de comparabilité et, partant, sur les résultats de pleine concurrence. C'est pourquoi il est essentiel, dans les situations de réorganisation, d'effectuer une analyse de

comparabilité (notamment fonctionnelle) des transactions pré et post-réorganisation et de documenter par écrit les changements effectifs liés à la réorganisation.

- La partie C porte sur certains problèmes posés par la sélection et l'application d'une méthode de prix de transfert et l'identification, le cas échéant, de la partie testée et du ou des indicateur(s) financier(s) retenu(s) pour les transactions contrôlées post-réorganisation. Parmi les questions abordées, figure notamment la détermination des circonstances dans lesquelles des activités de vente seraient, dans des conditions de pleine concurrence, rémunérées sur la base du prix de revient majoré ou de la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts, et des circonstances dans lesquelles la méthode transactionnelle du partage des bénéfices serait une méthode appropriée pour déterminer la rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation. Cette partie donne un exemple relatif à la mise en place d'une centrale d'achat.
- La partie D examine le lien qui peut exister entre la rémunération des opérations de réorganisation et celle des transactions réalisées ultérieurement, dans le cas où l'entité restructurée continue d'avoir une relation commerciale avec la partie qui a repris certaines de ses fonctions, actifs et/ou risques.
- La partie E concerne le rôle que pourrait jouer la comparaison des bénéfices réalisés avant et après la réorganisation. Elle souligne que, bien qu'une comparaison avant-après ne soit pas suffisante pour étayer un ajustement du fait que l'Article 9 du Modèle de convention fiscale exige une comparaison avec des transactions réalisées sur le marché libre, elle peut aider à mieux comprendre la réorganisation elle-même et faire partie d'une analyse de comparabilité avant-après, permettant ainsi de mieux identifier les déterminants de valeur (« value drivers ») et les changements à l'origine de la modification de l'allocation des profits entre les parties.
- La partie F propose un courte réflexion sur les économies de localisation et examine si et comment les économies de localisation résultant d'une réorganisation doivent être réparties entre les parties conformément au principe de pleine concurrence. La réponse à cette question dépend évidemment de ce dont des parties indépendantes auraient convenu en situation de pleine concurrence dans des circonstances similaires et, normalement, des fonctions, actifs et risques de chaque partie et du pouvoir de négociation desdites parties, en particulier de la question de savoir si l'activité transférée à l'origine des économies de localisation est, ou non, une activité soumise à une forte concurrence.

18.4 La note thématique n° 4, qui repose sur une analyse des orientations existantes contenues aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs et de leur relation avec d'autres parties de ces Principes, aborde des concepts importants en rapport avec les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une autorité fiscale peut envisager de ne pas reconnaître une transaction ou une structure adoptée par un contribuable.

- La partie A souligne que, selon les circonstances du cas d'espèce et les pays impliqués, il est possible que des dispositifs anti-abus de droit interne soient applicables, par exemple des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées ; Toutefois, ces dispositifs de droit interne et leur relation avec les conventions fiscales n'entrent pas dans le champ du présent projet (voir le paragraphe 8 ci-dessus). Les paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs concernent uniquement la reconnaissance de transactions aux fins d'ajustements des prix de transfert visés par l'Article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE (en d'autres termes, effectués conformément au principe de pleine concurrence). Ils ne donnent pas d'orientations sur la capacité d'un pays à requalifier une transaction aux termes d'autres dispositions de son droit interne.
- La partie B examine le rôle des dispositions contractuelles et le lien entre les paragraphes 1.36 à 1.41 et d'autres parties des Principes directeurs. Elle précise que les paragraphes 1.36 à 1.41 s'appliquent en cas de différend sur la nature fondamentale de la transaction examinée et que,

selon l'OCDE, ils ne limitent pas la capacité d'une autorité fiscale à ajuster le prix ou d'autres caractéristiques d'une transaction dans les situations dans lesquelles il n'existe aucun différend sur la nature de la transaction – et partant, pas d'interrogation sur sa requalification éventuelle –, mais où ces prix et caractéristiques ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence aux termes des orientations contenues dans les autres parties des Principes directeurs. Dans les situations où les paragraphes 1.36 à 1.41 s'appliquent, l'Article 9 permettrait que les caractéristiques soient modifiées de manière à refléter celles que les parties auraient adoptées si la transaction avait été structurée en conformité avec la situation économique et commerciale réelle de parties traitant dans un contexte de pleine concurrence. L'objectif d'une telle modification doit être de parvenir à une qualification ou à une structure qui reflète le plus possible les circonstances du cas d'espèce.

- La partie C.1 souligne que la non-reconnaissance des transactions constitue, non pas la règle, mais une exception au principe général selon lequel lorsqu'elle examine une transaction entre entreprises associées, l'administration fiscale doit se fonder sur la transaction effectivement intervenue, telle qu'elle a été structurée par les parties, en employant les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles exposées aux Chapitres II et III des Principes directeurs. L'OCDE estime qu'un comportement en apparence non conforme au principe de pleine concurrence doit, dans la mesure du possible, donner lieu à un ajustement des prix de transfert plutôt qu'à une non-reconnaissance des transactions. Toutefois, dans certaines situations, il peut être impossible, compte tenu des spécificités de la situation, de parvenir à un prix de transfert approprié.
- La partie C.2 examine le deuxième critère cumulatif relatif au second cas décrit au paragraphe 1.37 des Principes directeurs, à savoir que « la structure effective empêche l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié ». Si, compte tenu des caractéristiques de la situation, il est possible de parvenir à un prix de transfert approprié (c'est-à-dire un prix de pleine concurrence tenant compte de l'analyse de comparabilité – notamment de l'analyse fonctionnelle – des deux parties à la transaction), il convient, aux termes de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale, de reconnaître la transaction même si elle ne se rencontre pas entre parties indépendantes et même si l'autorité fiscale doute que la participation du contribuable à la transaction obéisse à une logique commerciale rationnelle. Lorsqu'il n'est pas possible de parvenir à un prix de transfert approprié, l'autorité fiscale peut être amenée à apprécier si elle est face à un cas justifiant la non-reconnaissance d'une transaction.
- La partie C.3 porte sur un aspect important et complexe, à savoir comment déterminer si les accords convenus entre des parties associées sont conformes à ceux qui auraient été conclus par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle. Certains pays estiment que le critère de « comportement commercialement rationnel » relatif au second cas énoncé au paragraphe 1.37 vise des situations dans lesquelles une transaction a une motivation exclusivement fiscale. Une grande majorité de pays membres de l'OCDE estime toutefois que ce critère constitue une référence pour déterminer si des « entreprises indépendantes [agissant] dans une optique commerciale rationnelle » auraient conclu un accord similaire. Les Principes directeurs ne donnent pas d'orientations sur la manière de déterminer ce que des « entreprises indépendantes [agissant] dans une optique commerciale rationnelle » auraient fait. Les administrations fiscales doivent éviter d'intervenir dans les décisions opérationnelles d'un contribuable eu égard à la manière dont il structure ses transactions. La détermination qu'une transaction contrôlée donnée ne serait pas commercialement rationnelle doit donc être abordée avec la plus grande prudence, et ne doit qu'exceptionnellement conduire à une non-reconnaissance des transactions contrôlées.

- L'OCDE estime que, dans des conditions de pleine concurrence, une entité indépendante ne participera pas à une transaction de réorganisation qui lui est à l'évidence défavorable si elle a la possibilité de ne pas le faire. Pour évaluer si une partie agissant dans un contexte de pleine concurrence aurait d'autres options réalistes nettement plus favorables, il convient d'examiner les conditions de la réorganisation, les droits et autres actifs des parties, la rémunération ou le dédommagement éventuellement fixés en contrepartie des opérations de réorganisation et la rémunération des transactions post-réorganisation ainsi que la situation commerciale résultant de l'appartenance des parties à un groupe multinational.
- En outre, quand on évalue la rationalité commerciale d'une transaction qui s'inscrit dans le cadre d'un accord global plus large, il importe d'examiner, non pas ladite transaction de manière isolée, mais l'ensemble des accords pour déterminer s'ils présentent un intérêt commercial pour les parties. Par exemple, pour examiner la vente, par un contribuable, d'un actif incorporel à une partie associée étrangère, il y a lieu d'examiner si cette vente s'inscrit dans le cadre d'une réorganisation plus large, entraînant une modification des accords liés à la création et à l'utilisation de l'actif incorporel.
- L'OCDE estime que, dans la mesure où des fonctions, actifs et/ou risques sont effectivement transférés, il peut, du point de vue de l'Article 9⁸, être commercialement rationnel pour un groupe multinational de se restructurer pour réaliser des économies d'impôts.
- L'OCDE reconnaît qu'une réorganisation peut être motivée par des raisons opérationnelles légitimes à l'échelon d'un groupe multinational. Dans la pratique, lorsqu'une réorganisation obéit à une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble, un prix de transfert approprié peut généralement être fixé de manière à ce que l'opération soit conforme au principe de pleine concurrence pour chacun des membres du groupe concerné. À cet égard, il importe de rappeler que le principe de pleine concurrence traite les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée. Par conséquent, du point de vue des prix de transfert, il ne suffit pas qu'un accord obéisse à une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble : la transaction doit être conforme au principe de pleine concurrence au niveau de chaque contribuable, compte tenu de ses droits et autres actifs, des avantages qu'il escompte retirer de la réorganisation et des options réalistes qui s'offrent à lui.
- La partie D donne trois exemples qui illustrent les vues de l'OCDE sur des scénarios typiques impliquant (A) la transformation d'un distributeur de plein exercice en distributeur « limité » ; (B) un transfert d'actifs incorporels de valeur à une société coquille; et (C) le transfert d'actifs incorporels à une entreprise qui exerce des fonctions.

⁸ Ceci ne présume pas de l'éventuelle applicabilité de règles anti-abus de droit interne qui ne sont pas dans le champ de cette étude.

NOTE THÉMATIQUE N°1 : CONSIDÉRATIONS PARTICULIÈRES EN MATIÈRE DE RISQUES

Introduction

19. La question des risques revêt une importance capitale dans le cadre des réorganisations d'entreprises. Il est en particulier fréquent que des activités locales soient transformées en activités à risques réduits (par exemple en « distributeurs limités » ou en « sous-traitants »)⁹ et que des profits relativement faibles (mais généralement stables) leur soient attribués au motif que le risque d'entrepreneur est assumé par une autre partie, à laquelle le bénéfice résiduel est attribué. Il est par conséquent essentiel, pour les autorités fiscales, d'apprécier le transfert des risques et ses conséquences sur l'application du principe de pleine concurrence à la réorganisation proprement dite et aux transactions réalisées ultérieurement. La présente note porte sur l'allocation des risques entre parties associées dans le contexte de l'Article 9, en particulier sur l'interprétation et l'application des paragraphes 1.26 à 1.29 des Principes directeurs. Elle a vocation à fournir des orientations générales sur les risques, utiles pour certaines questions abordées dans d'autres parties du document de discussion, notamment pour celle de la rémunération de pleine concurrence de la réorganisation elle-même, traitée dans la note thématique n° 2,¹⁰ pour celle de la rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation, présentée dans la note n° 3, et pour celle de la reconnaissance ou non-reconnaissance des transactions présentées par un contribuable, qui fait l'objet de la note thématique n° 4.

20. À la différence de l'approche autorisée pour l'attribution de profits aux établissements stables élaborée pour les situations relevant de l'Article 7,¹¹ l'examen des risques dans une situation relevant de l'Article 9 commence par une analyse des dispositions contractuelles liant les parties, ces dispositions définissant généralement la manière dont les risques sont répartis entre elles. Toutefois, l'allocation contractuelle des risques entre entreprises associées n'est reconnue que si elle a une substance économique. Par conséquent, l'analyse des dispositions contractuelles n'est pas suffisante et doit être complétée par une étude visant à déterminer:

- si les parties associées respectent l'allocation contractuelle des risques (voir la partie A ci-après),
- si les dispositions contractuelles prévoient une allocation des risques conforme au principe de pleine concurrence (voir la partie B ci-après);
- si le risque est significatif sur le plan économique (voir la partie C ci-après); et
- quelles sont les conséquences de l'allocation des risques sur les prix de transfert (voir la partie D ci-après).

⁹ Voir le paragraphe 3.

¹⁰ Voir en particulier la partie B de la note thématique n° 2.

¹¹ Voir le paragraphe 17 ci-dessus.

A - Examen des dispositions contractuelles et du comportement des parties dans la pratique ; pièces écrites.

21. L'examen de l'allocation des risques entre parties associées, qui constitue un volet essentiel de l'analyse fonctionnelle, commence par une analyse des dispositions contractuelles écrites lorsqu'elles existent. Cette analyse n'étant toutefois pas suffisante, il est également nécessaire de vérifier si les parties respectent les termes du contrat, comme souligné aux paragraphes 1.26, 1.28 et 1.29 des Principes directeurs.

22. Comme indiqué au paragraphe 1.26 des Principes directeurs, c'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus judicieux pour déterminer l'allocation effective des risques. Les Principes directeurs donnent un exemple dans lequel un fabricant vend des biens à un distributeur associé dans un autre pays et dans lequel le distributeur est censé assumer tous les risques de change alors qu'en fait le prix du transfert est ajusté de manière à le mettre à l'abri des effets des variations du taux de change. En pareil cas, les Principes directeurs disposent que l'administration fiscale peut être amenée à contester l'allocation du risque de change retenue par les contribuables.

23. Le deuxième exemple de situation susceptible de se produire dans le cadre de réorganisations d'entreprises est une situation dans laquelle une partie associée étrangère assume, aux termes d'un contrat, l'intégralité des risques de stock. En pareil cas, il peut être nécessaire, pour analyser l'allocation des risques, de déterminer, par exemple, où les pertes sur stocks sont comptabilisées (en d'autres termes, de vérifier si le contribuable déduit les pertes localement) et de rechercher des éléments prouvant que le comportement des parties est conforme à l'allocation des risques prévue par le contrat.

24. Le troisième exemple a trait à la détermination de la partie qui assume le risque d'impayé dans un accord de distribution. Dans les accords de distribution de plein exercice, le risque de créance irrécouvrable est généralement assumé par le distributeur qui comptabilise les ventes (nonobstant les mécanismes d'atténuation ou de transfert de risque éventuellement mis en place). Ce risque est généralement reflété au bilan en fin d'exercice. Toutefois, l'ampleur du risque assumé par le distributeur dans des conditions de pleine concurrence peut être différente s'il reçoit un dédommagement d'une autre partie (par exemple du fournisseur) au titre des créances irrécouvrables et/ou si son prix d'achat est déterminé sur la base d'un prix de revente ou d'une commission qui est proportionnel(le) aux recettes encaissées (plutôt que facturées). L'examen des conditions effectives des transactions entre les parties, y compris de leur rémunération et de l'incidence éventuelle du risque d'impayé sur cette rémunération, permettra de déterminer si en réalité le risque d'impayé est assumé par le fournisseur ou par le distributeur (ou par les deux).

25. L'examen des accords contractuels est le point de départ de la détermination de la partie qui assume le risque lié à la transaction. Par conséquent, il serait raisonnable d'attendre des parties liées qu'elles conservent une trace écrite des décisions qu'elles prennent concernant l'allocation ou le transfert des risques, avant de réaliser les transactions au titre desquelles les risques seront supportés ou transférés.

26. Comme souligné aux paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes directeurs, on peut également déduire les conditions d'une transaction de la correspondance et/ou d'autres communications entre les parties, plutôt que d'un contrat écrit. Lorsqu'il n'existe pas de dispositions écrites, les relations contractuelles entre les parties doivent être déduites de leur comportement et des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre entreprises indépendantes. Dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, les parties, qui ont des intérêts divergents, veillent en général mutuellement à ce que chacune d'elles respecte le contrat, si bien qu'en général les dispositions contractuelles ne sont passées outre ou modifiées *a posteriori* que si les deux parties y ont intérêt. Cette divergence d'intérêts n'existe pas dans le cas d'entreprises associées et il importe alors d'examiner si les parties se sont conformées au contrat

ou si leur comportement démontre que le contrat n'a pas été respecté ou n'est qu'un leurre. En pareils cas, une analyse complémentaire est nécessaire pour déterminer les véritables termes de la transaction.

B - Déterminer si les dispositions contractuelles prévoient une allocation des risques conforme au principe de pleine concurrence

27. Les orientations sur l'examen des risques dans le cadre de l'analyse fonctionnelle se trouvent aux paragraphes 1.25 à 1.27 des Principes directeurs. Lorsque des données fiables permettent de constater que des contrats entre des parties indépendantes opérant dans des circonstances comparables prévoient une allocation des risques similaire, l'allocation contractuelle des risques entre les parties associées est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence. En l'absence de telles données, la situation est plus complexe et plus sujette à controverses. Le seul fait qu'une transaction entre parties associées ne soit pas rencontrée entre entreprises indépendantes n'est pas suffisant pour affirmer qu'elle n'est pas conforme au principe de pleine concurrence.

28. Toutefois, lorsqu'il n'existe pas de comparables à l'appui de l'allocation des risques des parties associées, il devient nécessaire de déterminer si la manière dont les risques ont été répartis est conforme à celle dont auraient pu convenir des parties indépendantes dans des circonstances similaires. Un facteur qui peut être pertinent est la détermination de la(les) partie(s) qui contrôle(nt) le risque, comme indiqué dans la partie B.1 ci-après. L'OCDE estime que, dans le cadre de transactions de pleine concurrence, un autre facteur susceptible d'influer sur la volonté d'une partie indépendante d'assumer un risque est sa capacité financière présumée à supporter ce risque.

B.1 Allocation des risques et contrôle

29. La question de la relation entre l'allocation des risques et le contrôle est traitée au paragraphe 1.27 des Principes directeurs comme un facteur pertinent pour l'examen de la substance économique:

1.27 Dans l'examen de la nature économique de la répartition des risques qui est indiquée, il y a lieu également de rechercher quelles seraient les conséquences de cette répartition dans le cadre de transactions de pleine concurrence. Dans le cadre de telles transactions, il est généralement rationnel pour les parties de se voir attribuer une plus grande part des risques sur lesquels elles peuvent exercer un certain contrôle. [...]

30. Cette affirmation, qui repose sur l'expérience, signifie que l'exercice d'un certain contrôle sur un risque peut être un facteur pertinent pour déterminer si une allocation de risques similaire aurait été convenue entre des parties indépendantes dans des conditions de pleine concurrence. Ceci pose la question de la définition du terme « contrôle », plus particulièrement de la nature des fonctions ou décisions qui permettent de conclure à l'existence d'un contrôle dans une situation donnée. Pour l'OCDE, dans le contexte du paragraphe 1.27 des Principes directeurs, la notion de « contrôle » s'entend comme la capacité à prendre la décision d'assumer le risque (par exemple d'y exposer le capital) et à décider s'il y a lieu de le gérer et de quelle manière, en interne ou en faisant appel à un prestataire extérieur. Un tel contrôle suppose que l'entreprise dispose de ressources humaines – salariés ou administrateurs – ayant le pouvoir de remplir cette fonction de contrôle et la remplissent effectivement. Lorsqu'une partie assume un risque, le simple fait qu'elle en confie la gestion et le suivi quotidien à un tiers ne suffit pas à transférer le risque audit tiers.

31. Pour l'OCDE, s'il n'est pas nécessaire d'assumer les fonctions de suivi et de gestion au quotidien pour exercer un contrôle sur le risque (ces fonctions pouvant être externalisées), il faut néanmoins être en mesure d'apprécier le résultat des fonctions de suivi et de gestion assumées par le prestataire de services (le degré de contrôle nécessaire et les modalités d'évaluation des résultats dépendent de la nature du risque).

32. Supposons, par exemple, qu'un investisseur fasse appel à un gestionnaire de fonds pour investir des fonds pour son compte. Selon l'accord conclu entre l'investisseur et le gestionnaire de fonds, ce dernier peut se voir conférer l'autorité de prendre, au quotidien, toutes les décisions d'investissement pour le compte de l'investisseur, même si celui-ci assume le risque de dépréciation de l'investissement. Dans cet exemple, l'investisseur exerce un contrôle sur ses risques à travers trois grandes décisions : celle de faire appel à ce gestionnaire de fonds en particulier (ou de mettre un terme au contrat qui le lie à lui) ; celle concernant l'étendue des pouvoirs qu'il lui confère et les objectifs qu'il lui donne, et la décision relative au montant de l'investissement dont il lui confie la gestion. En outre, le gestionnaire de fonds est en général tenu de rendre compte régulièrement de son activité à l'investisseur, ce dernier souhaitant en évaluer le résultat. Dans une telle situation, le gestionnaire de fonds fournit un service et gère son risque opérationnel selon son propre intérêt (par exemple pour préserver sa crédibilité). Le risque opérationnel qu'il assume, notamment celui de perdre un client, n'est pas le même que le risque d'investissement que supporte son client. Ce scénario montre qu'un investisseur qui donne à un tiers le pouvoir de prendre toutes les décisions d'investissement courantes ne lui transfère pas nécessairement le risque d'investissement.

33. Imaginons un autre exemple, dans lequel un donneur d'ordre fait appel à une entité prestataire de services de recherche, qu'il charge d'effectuer des travaux de recherche pour son compte. Supposons que l'accord conclu entre les parties fasse assumer le risque d'échec des recherches au donneur d'ordre, tandis que l'entité titulaire du contrat de recherche bénéficie d'une rémunération garantie quelle que soit l'issue de ses travaux, mais n'a aucun droit de propriété sur leurs résultats. Alors que les travaux sont, au quotidien, conduits par le personnel scientifique du prestataire, il y a tout lieu de penser que le donneur d'ordre prend un certain nombre de décisions importantes pour contrôler son risque, par exemple la décision de faire appel à ce prestataire en particulier (ou de rompre le contrat qui les lie), la décision sur le type de recherche à effectuer et sur ses objectifs, et la décision sur le budget alloué au prestataire. En outre, le prestataire doit en général rendre compte régulièrement de ses activités, par exemple à des étapes prédéfinies. Le donneur d'ordre devrait pouvoir évaluer les résultats des activités de recherche du prestataire. Le risque opérationnel du prestataire (par exemple celui de perdre son client ou d'être pénalisé en cas de négligence) n'est pas le même risque que le risque d'échec assumé par le donneur d'ordre.

34. Il convient de garder à l'esprit que, comme noté au paragraphe 1.27, il existe également des risques sur lesquels aucune des parties n'exerce un véritable contrôle. Il s'agit de risques qui échappent à l'influence de l'une et l'autre des parties (conjoncture économique, état des marchés monétaire et boursier, environnement politique, tendances et caractéristiques sociales, concurrence, disponibilité des matières premières et de la main d'œuvre), même si ces dernières peuvent décider de s'exposer ou non à ces risques et de les atténuer ou non et, le cas échéant, décider de la manière de le faire.

Les milieux d'affaires sont invités à faire part de leurs commentaires sur la signification du terme « contrôle » dans le contexte du paragraphe 1.27 des Principes directeurs et sur les fonctions ou décisions généralement nécessaires pour qu'il y ait contrôle, en particulier dans le cadre de réorganisations d'entreprises.

Les milieux d'affaires sont plus particulièrement invités à faire connaître leurs commentaires sur le point de savoir s'il est possible, dans un contexte de pleine concurrence, de demander au cédant d'un risque de se charger des fonctions de gestion et de suivi au quotidien pour le compte du cessionnaire, lorsqu'il est difficile pour ce dernier d'apprécier les résultats des activités du cédant en sa qualité de prestataire de services en l'absence de source d'information indépendante.

Compte tenu de la présence au paragraphe 1.27 du terme « généralement », les milieux d'affaires sont aussi invités à transmettre leurs commentaires sur des situations dans lesquelles l'allocation des risques se ferait, dans des conditions de pleine concurrence, à une partie qui n'est pas celle qui a le plus de contrôle sur le risque, en particulier dans le cadre de réorganisations d'entreprises.

B.2 Différence entre un ajustement de comparabilité et la non prise en compte de l'allocation des risques retenue dans le cadre d'une transaction contrôlée : lien entre les orientations du paragraphe 1.27 et celles des paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs.

35. La différence entre le fait de procéder à un ajustement de comparabilité et le fait de ne pas prendre en compte l'allocation des risques dans le cadre d'une transaction contrôlée est illustrée par l'exemple suivant, qui s'inspire de celui donné au paragraphe 1.41 des Principes directeurs. Supposons qu'un fabricant situé dans un pays A ait des distributeurs associés et des distributeurs indépendants dans un pays B. Supposons en outre que les autorités fiscales du pays A examinent les transactions contrôlées du fabricant, en particulier l'allocation, entre le fabricant et ses distributeurs associés dans le pays B, du risque de stock excédentaire. Elles commenceront par examiner les dispositions contractuelles entre les parties et la question de savoir si elles ont une substance économique, au vu du comportement des parties, et sont conformes au principe de pleine concurrence. Supposons que dans ce cas précis, il n'existe aucun doute quant au fait que le comportement des parties, dans la pratique, est conforme aux dispositions contractuelles, en d'autres termes que le fabricant assume effectivement le risque lié au stock excédentaire dans le cadre de ses transactions contrôlées avec ses distributeurs associés.

36. Pour déterminer si l'allocation contractuelle des risques est conforme au principe de pleine concurrence, les autorités fiscales examineraient si des données fiables concernant des transactions sur le marché libre corroborent l'allocation des risques retenue dans le cadre des transactions contrôlées du contribuable. Si ces données existent, qu'elles soient issues de comparables internes ou externes, il n'y a pas de raison de remettre en cause l'allocation des risques retenue dans le cadre des transactions contrôlées du contribuable.

37. Supposons maintenant que les autorités fiscales constatent que, selon les dispositions contractuelles entre le fabricant et ses distributeurs, le risque de stock excédentaire est attribué au fabricant dans le cadre de ses transactions avec ses distributeurs associés (par exemple parce qu'il a l'obligation de racheter tout stock invendu aux distributeurs, au prix payé par ces derniers), mais toujours aux distributeurs dans le cadre de ses transactions avec les distributeurs indépendants (par exemple parce que le fabricant n'a pas l'obligation de racheter le stock invendu aux distributeurs indépendants). Supposons par ailleurs qu'on ne dispose pas de données fiables sur des transactions comparables (concernant des comparables externes, par exemple) réalisées sur le marché libre dans lesquelles le risque de stock excédentaire serait attribué au fabricant. En pareil cas, il serait nécessaire de déterminer si l'allocation contractuelle des risques dans le cadre des transactions contrôlées aurait été retenue dans des conditions de pleine concurrence. Un facteur qui peut être pertinent dans cette détermination est la détermination de la (les) partie(s) qui ont le plus de contrôle sur le risque (voir le paragraphe 1.27 des Principes directeurs).¹² Comme indiqué au paragraphe 28 ci-dessus, l'OCDE estime en outre que, dans le cadre de transactions de pleine concurrence, un autre facteur susceptible d'influer sur la volonté d'une partie indépendante d'assumer un risque est sa capacité financière présumée à supporter ce risque.

38. Comme souligné au paragraphe 1.41 des Principes directeurs, le fait que des entreprises indépendantes ne retiennent pas les mêmes modalités d'allocation des risques que celles appliquées par le contribuable dans ses transactions contrôlées n'est pas un critère suffisant pour ignorer l'allocation des risques retenue dans le cadre des transactions contrôlées, mais cela peut justifier un examen plus attentif de la logique économique de l'accord de distribution contrôlé.

- Dans certains cas, la même allocation des risques que celle retenue dans les transactions contrôlées aurait été retenue dans des conditions de pleine concurrence, par exemple parce

¹² Concernant la signification de la notion de « contrôle » dans le contexte du paragraphe 1.27 des Principes directeurs, voir la partie B.1 ci-dessus.

que c'est le fabricant qui exerce l'essentiel du contrôle sur le risque de stock excédentaire du fait que c'est lui qui décide des quantités de produits achetées par les distributeurs. En pareil cas, l'allocation des risques sera respectée, étant entendu qu'un ajustement de comparabilité pourra se révéler nécessaire pour éliminer les effets de toute différence significative éventuelle entre les transactions contrôlées et les transactions sur le marché libre auxquelles elles sont comparées.

- Supposons maintenant que l'essentiel du contrôle sur le risque de stock excédentaire soit exercé par les distributeurs, parce que ce sont eux qui décident des quantités de produits qu'ils achètent au fabricant. En pareil cas, les autorités fiscales parviendront peut-être à la conclusion qu'en situation de pleine concurrence, un fabricant n'accepterait pas d'assumer un risque de stock substantiel, en acceptant, par exemple de racheter au distributeur le stock invendu au prix fort. Dans de telles circonstances, les autorités fiscales pourraient réattribuer les conséquences de l'allocation des risques aux distributeurs associés, suivant les orientations contenues aux paragraphes 1.25 à 1.27 des Principes directeurs (par exemple en remettant en cause l'obligation du fabricant de racheter le stock invendu au prix fort), si l'allocation de ce risque est l'un des facteurs de comparabilité affectant la transaction contrôlée examinée.

39. Il existe également des cas dans lesquels l'allocation des risques est un élément essentiel de la transaction, si bien qu'un différend à cet égard est en réalité synonyme de différend sur la nature même de la transaction. Ces cas relèvent des orientations formulées aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs, qui décrivent les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une autorité fiscale peut ne pas reconnaître une transaction, si elle est face à l'une des deux situations décrites au paragraphe 1.37. Voir la note thématique n° 4, intitulée « Prise en compte des transactions réellement effectuées ».

C - Déterminer si le risque est significatif sur le plan économique

40. Une question importante est celle de savoir si un risque – et, partant, son transfert, le cas échéant – est significatif sur le plan économique. Selon leur ampleur, la probabilité de leur réalisation et leur prévisibilité, les risques qu'un contribuable assume ou transfère à une partie associée ne sont pas tous assortis d'un potentiel de profits (ou de pertes) important. S'il ressort de cette appréciation que le risque n'est pas significatif sur le plan économique, sa valeur en termes de potentiel de profits sera probablement faible également et sa prise en charge ou son transfert n'expliquera en principe pas la réalisation d'un bénéfice substantiel par le cédant ou une baisse significative de son bénéfice. Dans des conditions de pleine concurrence, il n'est guère imaginable qu'une partie transfère un risque perçu comme négligeable sur le plan économique en contrepartie d'une diminution substantielle de son potentiel de profits. Voir la note thématique n° 2, intitulée « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites », concernant la question de savoir si le transfert d'un potentiel de profits qui accompagne le transfert de risques dans le cadre de réorganisations d'entreprises respecte le principe de pleine concurrence.

41. Dans le cas, par exemple, où un distributeur de plein exercice est transformé en commissionnaire et transfère la propriété du stock à un donneur d'ordre situé à l'étranger et où cette opération entraîne un transfert du risque de stock, les autorités fiscales peuvent vouloir vérifier si le risque de stock transféré est significatif sur le plan économique. Elles pourront par exemple chercher à connaître :

- le niveau des stocks
- l'historique de l'obsolescence du stock
- le coût de l'assurance du stock et
- l'historique des pertes durant le transport (si ces pertes ne sont pas assurées).

42. Évaluer si un risque est significatif sur le plan économique est un exercice délicat, qui peut être utilement éclairé par un examen des documents comptables. Ainsi, si un risque ne fait pas l'objet d'une provision au bilan de l'entreprise, la question peut se poser de savoir pourquoi le risque en question n'est pas comptabilisé. L'une des raisons peut être que la direction de l'entreprise considère que la probabilité que le risque se réalise n'est pas suffisante pour le faire apparaître dans les états financiers, conformément aux normes comptables. Lorsque le risque apparaît au bilan (par exemple sous forme d'une provision), la méthode d'évaluation employée à des fins comptables peut, selon les normes comptables applicables, donner une bonne indication à la fois du montant de la perte possible en cas de réalisation du risque et de la probabilité de cette réalisation. Toutefois, beaucoup de risques inhérents à une activité ne peuvent pas être quantifiés et n'apparaissent en général pas en comptabilité. Tel est le cas par exemple du risque d'erreur sur le prix, ou du risque lié aux variations de l'appétence de la clientèle, etc.

D - Identification des conséquences de l'allocation des risques sur les prix de transfert

43. La question des conséquences, sur les prix de transfert, d'une réallocation du potentiel de profits/de pertes consécutive à une modification de l'allocation des risques est discutée dans la partie B.1 de la note thématique n° 2 intitulée, « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites ». Celle de la détermination d'une rémunération de pleine concurrence des transactions post-réorganisation fait l'objet de la note n° 3, intitulée « Rémunération de pleine concurrence des transactions post-réorganisation ». D'autres considérations, concernant spécifiquement les risques, sont présentées ci-après.

D.1 Conséquences sur la fixation des prix de transfert d'une allocation des risques reconnue à des fins fiscales

44. En général, si elle est conforme au principe de pleine concurrence, l'allocation à l'une des parties des risques associés à une transaction contrôlée implique que cette partie doit :

- (i) supporter le coût éventuel de la gestion (qu'elle soit effectuée en interne ou par des prestataires de services, associés ou indépendants) et de l'atténuation des risques (par exemple les frais de couverture ou les primes d'assurance) ;
- (ii) supporter les pertes que peut entraîner la réalisation du risque. Il s'agit notamment, le cas échéant, des effets escomptés de la réalisation du risque sur l'évaluation des actifs (du stock par exemple) et/ou de l'inscription de provisions en comptabilité, selon les normes comptables et fiscales nationales applicables ; et
- (iii) généralement, voir le risque compensé par un accroissement du rendement escompté (voir le paragraphe 1.23 des Principes directeurs : « [...] Théoriquement, sur le marché libre, l'acceptation d'un risque accru doit aussi être compensée par un accroissement du rendement escompté, bien qu'en fait le rendement augmentera ou n'augmentera pas suivant le degré de réalisation effective des risques. »).

D.2 Le choix d'une méthode de prix de transfert peut-il créer un environnement à risques réduits ?

45. La question du lien entre le choix d'une méthode particulière de fixation des prix de transfert et le niveau de risque que continue d'assumer l'entité rémunérée sur la base de cette méthode revêt une grande importance dans le contexte des réorganisations d'entreprises. On avance très souvent que, du fait qu'une transaction est rémunérée selon une méthode qui garantit un certain niveau de marge brute ou nette à l'une des parties, comme la méthode du prix de revient majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette, la partie en question opère à risques réduits. Bien qu'il ne soit pas possible d'évaluer le risque assumé par

une partie à une transaction sans tenir compte des modalités de rémunération de ladite partie, il convient de rappeler qu'en principe, c'est le caractère peu risqué d'une activité qui doit dicter le choix d'une méthode donnée de fixation des prix de transfert, et non l'inverse. Dans tous les cas, il est important de veiller à ce que le profil de risque annoncé et le choix de la méthode de prix de transfert soient cohérents par rapport à l'analyse fonctionnelle des parties. Voir la note thématique n° 3 pour une analyse de la rémunération de pleine concurrence des transactions post-réorganisation, en particulier la partie C sur le choix et l'application d'une méthode de prix de transfert.

NOTE THÉMATIQUE N° 2 : RÉMUNÉRATION DE PLEINE CONCURRENCE DE LA RÉORGANISATION PROPREMENT DITE

Introduction

46. Les réorganisations d'entreprises impliquent le transfert, entre entreprises associées, par exemple entre une entité restructurée et un donneur d'ordre associé étranger, de fonctions, d'actifs et/ou de risques et du potentiel de profits/de pertes qui y est attaché. Elles peuvent également entraîner la rupture (y compris la non-reconduction) ou une renégociation substantielle d'accords existants (formalisés par écrit ou non), par exemple d'accords de fabrication, de distribution, de licence ou de prestations de services, etc. Cette note porte sur la conformité au principe de pleine concurrence de la rémunération des opérations de réorganisation proprement dites, en particulier sur les circonstances dans lesquelles, en situation de pleine concurrence, un cédant recevrait une quelconque forme de rémunération en contrepartie du transfert et/ou serait dédommagé en réparation de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants.

47. Aux termes de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale, lorsque les conditions accordées ou imposées pour un transfert de fonctions, d'actifs et/ou de risques, et/ou pour la rupture ou renégociation d'un accord contractuel entre deux entreprises associées situées dans des pays différents ne sont pas les mêmes que celles qui auraient prévalu entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.

48. Pour déterminer si, dans des conditions de pleine concurrence, la réorganisation proprement dite donnerait lieu à une quelconque forme de rémunération, il est essentiel de comprendre la réorganisation, notamment les changements intervenus, leur incidence sur l'analyse fonctionnelle des parties, les raisons opérationnelles qui la motivent et les avantages qui en sont attendus, ainsi que les options réalistes qui se seraient offertes aux parties en situation de pleine concurrence. Ces questions sont traitées dans la partie A. La partie B aborde la question de la réallocation du potentiel de profits/de pertes suite à une modification de l'allocation des risques ; la partie C concerne la rémunération de pleine concurrence du transfert, à une partie associée, d'éléments de valeur (c'est-à-dire d'un actif, y compris du droit d'exercer une activité) suite à une réorganisation. La partie D aborde la question d'un éventuel dédommagement de pleine concurrence en contrepartie du préjudice ou des pertes induits par une réorganisation.

A - Comprendre la réorganisation proprement dite

A.1 Identifier les transactions de réorganisation ; fonctions, actifs et risques avant et après la réorganisation.

49. Les réorganisations peuvent prendre diverses formes et impliquer deux ou plusieurs membres d'un groupe multinational. Ainsi, une situation simple avant la réorganisation peut impliquer un fabricant de plein exercice qui produit des biens et les vend à un distributeur de plein exercice associé pour qu'il les revende sur le marché. La réorganisation peut consister en une modification de cet accord bilatéral, par laquelle le distributeur est transformé en distributeur limité ou en commissionnaire, les risques jusqu'alors

assumés par le distributeur de plein exercice étant transférés au fabricant (voir la note thématique n° 1, intitulée « Considérations particulières en matière de risques »). Les réorganisations sont souvent plus complexes, les fonctions, les actifs et/ou les risques incombant à l'une des parties ou aux deux avant la réorganisation étant transférés à un ou plusieurs autres membres du groupe.

50. Pour calculer la rémunération de pleine concurrence qui serait due à n'importe quelle entité restructurée au moment de la réorganisation et déterminer le membre du groupe qui devrait l'assumer, il est important d'identifier la ou les transaction(s) réalisée(s) entre l'entité restructurée et un ou plusieurs autres membres du groupe. Pour réaliser cette analyse, il faut identifier les fonctions assumées avant et après la réorganisation, et examiner les droits et obligations de l'entité restructurée avant la réorganisation (notamment ceux prévus par un contrat ou par le droit commercial), ainsi que la nature et l'ampleur de l'incidence de la réorganisation sur lesdits droits et obligations.

51. À l'évidence, toute évaluation des droits et obligations de l'entité restructurée doit être fondée sur l'idée que ces droits et obligations doivent impérativement refléter les principes économiques qui régissent habituellement les relations entre entreprises indépendantes (voir paragraphes 1.28 et 1.29 des Principes directeurs). Ainsi, prenons l'exemple d'une entité restructurée qui, juridiquement, opère dans le cadre d'un contrat de courte durée ou d'un contrat résiliable sans préavis au moment de la réorganisation. Il se peut toutefois que dans les faits, son comportement au cours des années ou décennies précédant la réorganisation, par exemple parce qu'elle a développé son marché sans rémunération explicite de la part d'un autre membre du groupe multinational, reflète un accord de plus longue durée, et donc des droits et obligations plus importants que ceux prévus par l'accord contractuel.

52. En l'absence de données probantes sur les droits et obligations qui existeraient dans une situation comparable, il peut être nécessaire de déterminer les droits et obligations qui auraient été prévus si les parties avaient réalisé les transactions dans des conditions de pleine concurrence.

A.2 Comprendre les motivations opérationnelles de la réorganisation et apprécier les avantages qui en sont attendus ; rôle des synergies.

53. Les représentants du secteur privé qui ont participé à la Table ronde du CPAF de janvier 2005¹³ ont expliqué que les entreprises multinationales, quels que soient les produits qu'elles commercialisent ou le secteur dans lequel elles opèrent, ont de plus en plus besoin de se restructurer pour centraliser davantage le contrôle et la gestion des fonctions de fabrication, de recherche et de distribution. La concurrence accrue qui s'exerce dans le contexte de la mondialisation, la réduction des coûts permise par les économies d'échelle, la nécessité de se spécialiser, de réaliser des gains d'efficacité et de réduire les coûts, ont été citées comme des motivations importantes des réorganisations d'entreprises. Lorsqu'un contribuable indique que la perspective de réaliser des gains de synergies est une motivation opérationnelle importante d'une réorganisation, il serait raisonnable d'attendre qu'il établisse, au moment où il prend ou met en œuvre la décision de restructurer, des pièces écrites présentant les gains de synergies escomptés et les hypothèses sur lesquelles ces prévisions s'appuient. Ces pièces sont des documents susceptibles d'être produits à des fins autres que fiscales, par exemple pour étayer le processus décisionnel conduisant à la réorganisation. Aux fins de fixation des prix de transfert, il serait également raisonnable d'attendre qu'elles comportent une analyse des effets de la réorganisation sur chaque entité associée ou contribuable (coûts et bénéfices escomptés) ainsi qu'une évaluation des autres options réalistes envisageables.

54. Le fait qu'une réorganisation d'entreprise puisse être motivée par des perspectives de gains de synergies ne signifie pas nécessairement qu'elle va entraîner une hausse des bénéfices du groupe multinational. Il peut arriver, par exemple lorsque la réorganisation est nécessaire pour préserver la

¹³ Voir http://www.oecd.org/document/20/0,2340,en_2649_37989760_34535252_1_1_1_1,00.html.

compétitivité plutôt que pour l'accroître, que l'amélioration des synergies permette au groupe multinational de dégager des bénéfices supplémentaires par rapport à ceux qu'il aurait réalisés à l'avenir en l'absence de réorganisation, mais pas par rapport à ceux qu'il dégageait avant la réorganisation.

55. En outre, les gains de synergies escomptés ne se concrétisant pas toujours, il n'est pas possible de partir de l'hypothèse qu'ils ont systématiquement des effets positifs – il peut arriver que la mise en œuvre d'un modèle opérationnel mondial conçu pour accroître les synergies de groupe entraîne en réalité des coûts supplémentaires et des pertes d'efficacité. Le paragraphe 1.51 des Principes directeurs recommande aux autorités fiscales d'éviter d'utiliser une analyse rétrospective.

56. Lorsqu'un contribuable fait valoir la perspective de gains de synergies comme motivation opérationnelle du transfert, dans le cadre d'une réorganisation, de certaines fonctions ou de certains actifs et/ou risques, et qu'il existe un écart sensible entre les synergies escomptées et les synergies effectives, il convient d'analyser les raisons de ces écarts. Il est possible que les projections aient été irréalistes dès le départ ou qu'un événement imprévu ait empêché les gains escomptés de se concrétiser. Cet événement peut être lié au fait qu'une ou plusieurs des parties n'a pas été aussi efficace que prévu ; ou à une évolution inattendue et spectaculaire de facteurs exogènes (la conjoncture économique par exemple) ; ou à l'association de plusieurs facteurs. Une telle analyse est utile pour déterminer quelle(s) partie(s) devrait(ent), dans des conditions de pleine concurrence, supporter les conséquences de la non-concrétisation des gains de synergies escomptés et dans quelles proportions.

57. Il importe de distinguer les synergies à l'échelle du groupe des synergies locales. Même lorsqu'elles améliorent les synergies à l'échelle du groupe, les réorganisations d'entreprises peuvent détruire des synergies locales. Prenons l'exemple d'une entité verticalement intégrée qui est scindée en un fabricant « limité » et un distributeur « limité », tandis que ses principaux déterminants de valeur sont transférées à un donneur d'ordre associé à l'étranger. Supposons qu'avant la réorganisation, l'entité ait fabriqué une gamme complète de produits pour le marché local et qu'après la réorganisation, elle ne fabrique plus d'une gamme limitée de produits pour un marché régional ou pour le marché mondial. Supposons en outre que, suite à la réorganisation, le distributeur « limité » achète à des parties étrangères, associées ou indépendantes, les produits qu'il fabriquait auparavant localement. En pareil cas, il est possible que la réorganisation ait créé des synergies à l'échelle régionale ou à celle du groupe, mais ait détruit les synergies locales qui existaient peut-être entre les activités de fabrication et de distribution locales. Compte tenu que le principe de pleine concurrence s'applique au niveau de chaque entité plutôt qu'à celui du groupe, les pertes ou les améliorations de synergies locales peuvent contribuer au potentiel de profits/de pertes de l'entité restructurée et doivent être prises en compte dans l'analyse des conséquences prix de transfert de la réorganisation, en fonction des droits et autres actifs de l'entité restructurée au moment de la réorganisation.

A.3 Options réalistes qui auraient été envisageables par l'entité restructurée dans des conditions de pleine concurrence

58. L'application du principe de pleine concurrence repose sur l'idée que, pour évaluer les conditions d'une transaction potentielle, des entreprises indépendantes vont comparer cette transaction aux autres possibilités réalistes qui leur sont offertes et ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autre solution nettement plus avantageuse. L'examen des possibilités réalistes qui s'offriraient aux parties dans des conditions de pleine concurrence est important, non seulement pour évaluer le degré de comparabilité et pour déterminer le prix de la transaction (voir le paragraphe 1.15 des Principes directeurs), mais aussi pour apprécier si la conclusion par une partie d'une transaction de réorganisation obéit à une

logique commerciale rationnelle, dans le contexte de l'application des orientations sur la prise en compte des transactions (voir paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs).¹⁴

59. En conditions de pleine concurrence, il existe des situations dans lesquelles une entité pourrait envisager d'autres possibilités réalistes que l'acceptation des modalités de la réorganisation, par exemple de ne pas conclure la transaction. En pareil cas, on peut s'attendre à ce que, dans le cadre de l'examen de la transaction de réorganisation, l'entité cherche à savoir si l'une ou l'autre de ces possibilités serait nettement plus avantageuse, compte tenu de toutes les caractéristiques de l'opération, y compris de l'existence éventuelle d'une rémunération ou d'un dédommagement en contrepartie de la réorganisation.

60. En conditions de pleine concurrence, il existe également des situations dans lesquelles l'entité restructurée n'aurait pas d'autres options réalistes que celle d'accepter les modalités de la réorganisation, par exemple d'accepter la rupture d'un contrat – avec ou sans dédommagement, comme expliqué dans la partie D ci-après. Dans les contrats de plus longue durée, une telle situation peut résulter de l'invocation d'une clause de sortie, qui autorise l'une ou l'autre des parties à se désengager d'un contrat avant son terme si elle a une raison légitime. Dans les contrats qui permettent aux parties de se désengager, la partie qui utilise cette possibilité peut choisir de le faire parce qu'elle estime, compte tenu des termes de la clause relative à la rupture du contrat, qu'il est plus intéressant pour elle d'arrêter de recourir à une fonction, ou de l'exercer en interne, ou de faire appel à un prestataire (client) moins cher ou plus efficace, ou encore de rechercher des solutions plus lucratives (prestataire). Toutefois, si le prestataire de services concerné par la rupture de contrat transfère des droits ou autres actifs ou encore une activité au nouveau prestataire, il est possible qu'il puisse prétendre à un dédommagement en contrepartie du transfert, comme exposé dans la partie C ci-après.

61. L'application du principe de pleine concurrence exige une évaluation des conditions accordées ou imposées aux parties, au niveau de chacune d'elles. Le fait que le redéploiement transnational de fonctions, d'actifs et/ou de risques puisse être motivé par des raisons commerciales rationnelles au niveau d'un groupe multinational, par exemple par la volonté d'accroître les synergies à l'échelle du groupe, ne permet pas de déterminer si ces transferts sont conformes au principe de pleine concurrence à la fois du point de vue du ou des cédant(s) et de celui du ou des cessionnaire(s).

B – Modification de l'allocation du potentiel de profits/de pertes suite à une réorganisation d'entreprise

62. Dans le contexte des réorganisations d'entreprises, le transfert de fonctions, d'actifs et/ou de risques s'accompagne le plus souvent d'une réallocation du potentiel de profits/de pertes entre les membres du groupe multinational. Cette partie porte sur la réallocation du potentiel de profits/de pertes susceptible de résulter d'une réorganisation. On se reportera à la partie D de la note thématique n° 1 pour des orientations générales sur les conséquences prix de transfert d'une modification de l'allocation des risques, à la partie C de la présente note en ce qui concerne la rémunération du transfert d'éléments de valeur (c'est-à-dire d'un actif, par exemple du droit d'exercer une activité) et à la partie D en ce qui concerne le dédommagement au titre des préjudices induits par une réorganisation.

B.1 Conséquences, sur la fixation des prix de transfert, d'une réallocation du potentiel de profits/de pertes consécutive à une modification de l'allocation des risques, droits et/ou autres actifs

63. La modification de l'allocation des risques entre parties associées peut avoir des effets positifs et des effets négatifs, pour le cédant, comme pour le cessionnaire : d'un côté, les pertes et passifs potentiels peuvent, du fait du transfert, être reportés sur le cessionnaire ; d'un autre côté, les rendements escomptés

¹⁴ Voir la note thématique n° 4.

associés au risque transféré sont susceptibles de revenir au cessionnaire plutôt qu'au cédant. C'est pourquoi il convient de rechercher si le transfert du potentiel de profits/de pertes résultant de la transformation de l'entité restructurée en une entité à faible risque aurait donné lieu à une contrepartie quelconque s'il avait eu lieu entre parties indépendantes.

64. Le potentiel de profits/de pertes ne constitue pas en lui-même un actif, mais un potentiel associé à des droits ou autres actifs. Le principe de pleine concurrence n'exige pas de rémunération en contrepartie du potentiel de profits/de pertes *per se*. La question à laquelle il faut répondre porte sur le point de savoir si des droits et autres actifs porteurs d'un potentiel de profits/de pertes ont été transférés et doivent donner lieu à une rémunération de pleine concurrence. En l'espèce, le potentiel de profits/de pertes ne doit pas simplement être interprété comme les bénéfices ou pertes qui seraient réalisés ou subies si l'organisation prévalant avant la réorganisation devait perdurer indéfiniment. D'un côté, si une entité n'a pas de droits ni d'actifs clairement identifiables au moment de la réorganisation, elle n'a pas de potentiel de profits susceptible de justifier une rémunération. D'un autre côté, une entité qui possède des droits et/ou autres actifs significatifs au moment de la réorganisation est susceptible d'avoir un potentiel de profits significatif, qui doit, *in fine*, faire l'objet d'une rémunération suffisante pour que l'entité accepte de le perdre.

65. L'une des méthodes de valorisation d'un transfert de droits ou autres actifs consiste à examiner le potentiel de profits/de pertes transféré avec ces droits ou actifs. Du point de vue des prix de transfert, la détermination de la rémunération de pleine concurrence de la réallocation du potentiel de profits/de pertes consécutive à la modification de l'allocation des risques doit tenir compte :

- de la question de savoir si la rémunération consentie par le cédant au cessionnaire en contrepartie du transfert des pertes ou passifs potentiels est conforme à celle dont conviendraient des parties indépendantes dans des conditions de pleine concurrence, compte tenu à la fois du montant des pertes potentielles et de la probabilité de réalisation du risque ; et de la question de savoir s'il serait préférable, pour le cédant, de rémunérer le cessionnaire pour qu'il reprenne l'activité, plutôt que d'arrêter tout simplement de l'exercer et d'avoir à assumer les coûts de liquidation correspondants ;

Les commentaires du public sur cette question sont particulièrement attendus.

- de la question de savoir si la rémunération consentie par le cessionnaire au cédant en contrepartie du transfert du potentiel de profits/de pertes est conforme à celle dont conviendraient des parties indépendantes dans des conditions de pleine concurrence, compte tenu des autres options réalistes envisageables et des estimations de bénéfices/pertes futurs liés au risque considéré. Les normes comptables d'évaluation des risques peuvent se révéler très utiles à cette fin (voir paragraphe 42) ;
- des conséquences liées à l'exercice ultérieur des activités par le cédant et le cessionnaire, compte tenu du nouveau profil de risque de chacun d'eux.¹⁵

B.2 Rémunération du fait d'une réorganisation d'entreprise

66. Lorsqu'une réorganisation entraîne le transfert d'un potentiel de profits/de pertes, il convient d'examiner, en se plaçant du point de vue du cédant et de celui du cessionnaire, si ledit transfert est une transaction de pleine concurrence, en particulier de déterminer s'il doit être rémunéré (et, dans

¹⁵ Voir les commentaires sur la rémunération des transactions post-réorganisation dans la note thématique n° 3.

l'affirmative, de quelle manière). À l'évidence, la réponse à ces questions dépend de divers facteurs, entre autres :

- des options réalistes qui se seraient offertes au cédant et au cessionnaire dans des conditions de pleine concurrence, compte tenu des droits et autres actifs de chacun d'eux au moment de la réorganisation, ces droits et autres actifs déterminant leur potentiel de profits/de pertes respectif¹⁶ ;
- du rendement escompté, par le cédant et le cessionnaire, après la réorganisation. Les réorganisations supposent très souvent la recherche d'un compromis entre la perspective de bénéfices ou de pertes potentiellement plus élevés mais plus volatils¹⁷ (par exemple, dans le cas d'une activité de fabrication de plein exercice) et la perspective de bénéfices plus faibles mais plus stables (par exemple dans le cas d'une activité de sous-traitance). En situation de pleine concurrence, le rendement attendu dépendrait du nouveau profil de risque des transactions (voir le paragraphe 1.23 des Principes directeurs : « (...) sur le marché libre, l'accroissement du risque sera également compensé par un accroissement du rendement escompté. »)¹⁸ ;
- de la rémunération qui pourrait être nécessaire pour rétribuer correctement le cédant en contrepartie de la renonciation à son potentiel de profits, s'il a transféré des droits ou autres actifs porteurs dudit potentiel ou y a renoncé.

67. Prenons l'exemple de la transformation d'un fabricant de plein exercice en sous-traitant. Dans un tel exemple, si une rémunération calculée à l'aide de la méthode du prix de revient majoré peut certes être une rémunération de pleine concurrence pour les opérations de sous-traitance post-réorganisation, il reste à déterminer si le cédant du risque devrait également bénéficier d'une rémunération de pleine concurrence pour avoir renoncé au potentiel, plus incertain, de bénéfices/de pertes, compte tenu de ses droits et autres actifs.

68. Imaginons un autre exemple, dans lequel un distributeur associé exerce une activité à ses propres risques dans le cadre d'un contrat de longue durée portant sur un type de transaction donné. Supposons que, compte tenu des droits qui lui sont conférés par le contrat de longue durée eu égard à ces transactions, une possibilité réaliste s'offre à lui d'accepter ou de refuser d'être transformé en distributeur limité exerçant une activité pour une partie associée étrangère, qu'on estime la rémunération de pleine concurrence d'une activité de distributeur limité comme égale à un bénéfice stable de +2 % par an et que, le cas échéant, la réorganisation entraîne un transfert à la partie associée étrangère du potentiel de profits/de pertes supplémentaire associé aux risques. Du point de vue du distributeur, la question se pose de savoir si ces nouvelles modalités lui offrent suffisamment de perspectives de bénéfices pour qu'il accepte la réorganisation, compte tenu des autres options réalistes – mais plus risquées – qui s'offrent à lui. Si tel n'est pas le cas, il faut en conclure qu'à défaut de rémunération supplémentaire pour rémunérer correctement le cédant du risque en contrepartie de la réorganisation, la rémunération a été mal calculée. Du point de vue de la partie associée étrangère, la question se pose de savoir si, et dans quelle mesure, elle serait prête dans des conditions de pleine concurrence à accepter le risque, en supposant que le cédant continue à exercer la même activité sous un nouveau statut, en l'occurrence celui de distributeur limité.

¹⁶ Voir la partie A de cette note thématique.

¹⁷ Cela ne signifie pas que des bénéfices élevés soient systématiquement volatils.

¹⁸ Voir les commentaires la rémunération des transactions post- réorganisation, dans la note thématique n° 3.

69. La réponse dépend de l'historique des résultats de l'activité de distribution exercée par le cédant, de l'évolution dans le temps de la volatilité desdits résultats, et des bénéfices/pertes que le cédant et le cessionnaire escomptent réaliser à l'avenir en lien avec le risque considéré. La situation du point de vue du cédant est illustrée par l'exemple suivant :

Note : cet exemple a seulement valeur d'illustration. Il ne doit pas amener à tirer de conclusions en termes de détermination de la méthode de prix de transfert, d'agrégation des transactions ou de montant de la rémunération de pleine concurrence des activités de distribution.

Bénéfices du distributeur avant la restructuration – activité de plein exercice (marge bénéficiaire nette/ventes) Données historiques (sur cinq ans)	Bénéfices futurs escomptés par le distributeur (s'il était resté distributeur de plein exercice, dans l'hypothèse où ce choix est une option réaliste) (marge bénéficiaire nette/ventes) (Trois années suivantes)	Bénéfices réalisés par le distributeur après la restructuration – activité de distribution limitée (marge bénéficiaire nette/ventes)
Cas n° 1 : Année 1 : (-2 %) Année 2 : + 4 % Année 3 : + 2% Année 4 : 0 Année 5 : +6 %	[-2 % + 6 %] Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle	Bénéfice garanti et stable de +2 % par an
Cas n° 2 : Année 1 : +5 % Année 2 : +10 % Année 3 : +5 % Année 4 : +5 % Année 5 : +10 %	[+5 % +10 %] Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle	Bénéfice garanti et stable de +2 % par an
Cas n° 3 : Année 1 : + 5 % Année 2 : +7 % Année 3 : + 10 % Année 4 : +8 % Année 5 : + 6 %	[0 % + 4 %] Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle (par exemple en raison de nouvelles pressions concurrentielles)	Bénéfice garanti et stable de +2 % par an

70. Dans le cas n° 1, le distributeur renonce à un potentiel de profits/de pertes qui comporte de des incertitudes significatives, pour un bénéfice relativement faible, mais stable. La question de savoir si un distributeur indépendant serait prêt à faire ce choix dépend de sa tolérance au risque et de la rémunération potentielle des opérations de réorganisation proprement dites. Dans le cas n° 2, il est permis de se demander si, dans la situation du distributeur, des parties indépendantes accepteraient, dans des conditions de pleine concurrence, de transférer, sans rémunération supplémentaire, les risques et le potentiel de

profits/de pertes qui y est associé si elles avaient un autre choix. Le cas n° 3 montre que les données historiques ne constituent pas une base d'analyse suffisante.

C - Transfert d'un élément de valeur (par exemple d'un actif ou d'une activité)

71. Les paragraphes ci-dessous concernent certains transferts fréquemment rencontrés dans le cadre de réorganisations d'entreprises : transferts d'actifs corporels, d'actifs incorporels et d'activités¹⁹.

C.1 Actifs corporels

72. Les réorganisations d'entreprises entraînent parfois le transfert d'actifs corporels (équipements, par exemple) à une partie associée étrangère. Bien que le transfert d'actifs corporels soit généralement considéré comme posant peu de difficultés en termes de prix de transfert, l'un des problèmes fréquemment rencontré concerne l'évaluation des stocks transférés au moment de la réorganisation, par le fabricant ou distributeur restructuré à une partie associée étrangère (donneur d'ordre, par exemple), lorsque cette dernière reprend les stocks dès la mise en œuvre du nouveau modèle opérationnel et de la nouvelle organisation de la chaîne d'approvisionnement.

Illustration

Note : L'exemple qui suit a exclusivement vocation à illustrer la question de l'évaluation des transferts de stocks. Il n'entend pas permettre de tirer des conclusions sur le point de savoir si une réorganisation donnée doit être acceptée par les autorités fiscales ou si elle est conforme au principe de pleine concurrence ; il n'a pas davantage vocation à montrer que telle ou telle méthode de prix de transfert est systématiquement acceptable dans le cadre d'opérations de réorganisation.

73. Supposons qu'un contribuable, membre d'un groupe multinational, ait exercé une activité de fabricant et distributeur « de plein exercice ». Dans le cadre du modèle opérationnel antérieur à la réorganisation, il achetait des matières premières, fabriquait des produits finis en utilisant des biens corporels et incorporels qu'il possédait, louait ou prenait en licence, se chargeait des fonctions de commercialisation et de distribution, et vendait les produits finis à des clients tiers. Il assumait ainsi un ensemble de risques, tels que les risques de stock, de créance irrécouvrable et de marché.

74. Supposons que cette organisation ait été restructurée, et que le contribuable fonctionne désormais en tant que « façonnier » et « distributeur limité ». Dans le cadre de la réorganisation, une entité associée étrangère est mise en place et acquiert divers biens incorporels manufacturiers et commerciaux auprès d'entités associées, y compris du contribuable. Suite à la réorganisation, les matières premières sont achetées par l'entité associée étrangère, mises en dépôt dans les locaux du contribuable en vue de la fabrication des produits, en contrepartie de la rémunération de services de façonnage. Le stock de produits finis appartient ensuite à la partie associée étrangère et est acheté par le contribuable pour vente immédiate à des clients tiers (c'est-à-dire que le contribuable n'achète les produits finis que lorsqu'il a conclu une vente avec un client). Dans le cadre de ce nouveau modèle opérationnel, la partie associée étrangère assume les risques de stock auparavant supportés par le contribuable.

75. Supposons que, dans le cadre de la transition de l'ancien modèle au modèle post-réorganisation, les matières premières et les produits finis inscrits au bilan du contribuable au moment de la réorganisation soient transférés à la partie associée étrangère. La question se pose de savoir comment déterminer le prix de transfert de pleine concurrence des stocks au moment de la réorganisation.

¹⁹ Pour une définition du transfert d'une activité dans ce contexte, voir la partie C.3.

76. Il s'agit là d'un problème de date de transition, que l'on peut rencontrer en cas de passage d'un modèle opérationnel à un autre. Le principe de pleine concurrence s'applique aux transferts de stock entre entreprises associées situées dans des juridictions fiscales différentes. Le choix de la méthode de prix de transfert dépend de l'analyse de comparabilité (notamment fonctionnelle) des parties. Il est possible que l'analyse fonctionnelle doive couvrir une période de transition, durant laquelle le transfert s'opère. Ainsi, dans l'exemple cité ci-dessus :

- on pourrait déterminer le prix de pleine concurrence des matières premières et des produits finis en se fondant sur des prix comparables sur le marché libre, dans la mesure où lesdits prix satisfont aux facteurs de comparabilité, en d'autres termes où les caractéristiques de la transaction sur le marché libre sont suffisamment comparables à celles du transfert effectué dans le cadre de la réorganisation ;
- une autre possibilité consisterait à définir le prix de transfert des produits finis comme le prix de revente aux clients, minoré de la rémunération de pleine concurrence des fonctions de commercialisation et de distribution qui restent à mettre en œuvre ;
- une troisième option serait de partir des coûts de fabrication et d'ajouter une marge de pleine concurrence pour rémunérer le fabricant pour les fonctions qu'il a exécutées, les actifs qu'il a mis en œuvre et les risques qu'il a assumés eu égard aux stocks considérés. Toutefois, dans certains cas, la valeur de marché des stocks est trop faible pour ajouter une marge aux coûts de revient dans des conditions de pleine concurrence.

77. Le choix de la méthode appropriée repose en partie sur la détermination de la partie de la transaction qui est la moins complexe et peut être évaluée avec le plus de certitude (les fonctions exécutées, les actifs utilisés et les risques assumés par le fabricant, ou les fonctions de commercialisation et de distribution restant à mettre en œuvre, compte tenu des actifs à utiliser et des risques à assumer à cette fin).

C.2 Actifs incorporels

78. Le transfert d'actifs incorporels soulève des questions complexes, qui concernent tant l'identification des actifs transférés que leur évaluation. L'identification peut se révéler difficile du fait que les actifs incorporels de valeur ne bénéficient pas tous d'une protection juridique et d'un enregistrement et ne sont pas tous inscrits au bilan. Ces actifs incorporels peuvent notamment être des droits d'utilisation d'actifs industriels tels que brevets, marques de fabrique, noms commerciaux, dessins ou modèles, les droits d'auteur sur les œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques (y compris les logiciels), ainsi que des droits de propriété intellectuelle tels que savoir-faire et secrets industriels ou commerciaux. Il peut également s'agir de listes de clients, de réseaux de distribution, de désignations, symboles ou images. Ils peuvent être inscrits au bilan ou non, selon leur nature, selon qu'ils ont été créés ou acquis et selon les normes comptables applicables. L'identification des actifs que possédait l'entité restructurée, le cas échéant, des actifs qui ont été transférés, et la détermination de leur valeur, constituent un aspect essentiel de l'analyse d'une réorganisation d'entreprise.

79. Pour déterminer le prix de pleine concurrence d'un transfert de biens incorporels, il faut se placer à la fois du point de vue du cédant et de celui du cessionnaire (voir paragraphe 6.14 des Principes directeurs). Cette détermination est influencée par divers facteurs, en particulier par le montant des bénéfices attendus de l'exploitation du bien incorporel, la période pendant laquelle ils seraient réalisés et le risque qui y est associé ; la nature du bien et les restrictions susceptibles d'y être attachées (restrictions concernant le mode d'utilisation ou d'exploitation, restrictions géographiques, limitations de durée) ; l'étendue et la durée résiduelle de la protection juridique dont bénéficie éventuellement le bien; et par

l'existence éventuelle d'une clause d'exclusivité. L'évaluation des actifs incorporels peut être complexe et entourée d'incertitudes. Les orientations générales contenues au Chapitre VI des Principes directeurs sont applicables aux transferts de biens incorporels réalisés dans le cadre de réorganisations d'entreprises.

(i) *Transfert d'actifs incorporels par une entité locale à une entité centrale (partie associée étrangère)*

80. Les réorganisations d'entreprises se caractérisent notamment par le fait que des actifs incorporels auparavant détenus ou gérés par une ou plusieurs entité(s) locale(s) sont parfois cédés à une entité centrale implantée dans une autre juridiction fiscale (par exemple à une partie associée étrangère qui agit en qualité de donneur d'ordre ou de société dite de « holding de droits incorporels»). Ces actifs peuvent avoir, ou non, de la valeur pour le cédant et/ou le groupe multinational dans son ensemble. Dans certains cas, le cédant continue d'utiliser l'actif transféré, mais sous un autre statut juridique (par exemple en tant que titulaire d'une licence concédée par le cessionnaire, ou dans le cadre d'un contrat prévoyant des droits limités sur l'actif incorporel, tel qu'un accord de sous-traitance permettant d'utiliser des brevets qui ont été transférés, ou un accord de distribution « limité » permettant d'utiliser une marque de fabrique qui a été transférée). Dans d'autres cas, le cédant n'utilise plus l'actif transféré.

81. Les groupes multinationaux peuvent avoir de bonnes raisons commerciales de centraliser la propriété et la gestion des biens incorporels. Dans le contexte des réorganisations d'entreprises, le transfert des actifs incorporels qui accompagne la spécialisation des sites de production d'un groupe multinational en est une illustration. Avant la réorganisation, il est possible que chaque entité de production détienne et gère une série de brevets – par exemple lorsque les sites ont, par le passé, été acquis auprès de parties tierces avec les actifs incorporels qui y étaient attachés. En revanche, dans le cadre d'un modèle opérationnel global, il est possible que chaque site soit spécialisé par type de processus de fabrication ou par zone géographique, plutôt que par brevet. On peut imaginer, que, suite à la réorganisation, le groupe multinational transfère tous les brevets détenus et gérés par les entités locales à une entité centrale, qui, elle-même, accorde des droits contractuels (licences ou accords de fabrication) à tous les sites de production du groupe pour les autoriser à fabriquer les produits relevant de leur nouvelle sphère de compétence en utilisant les brevets qui, à l'origine, leur appartenaient ou appartenaient à une autre entité du groupe.

82. L'application du principe de pleine concurrence exige une évaluation des conditions accordées ou imposées aux parties, au niveau de chacune d'elles. Le fait que la centralisation des actifs incorporels soit motivée par de bonnes raisons commerciales pour le groupe multinational ne permet pas de se prononcer sur le point de savoir si leur transfert est conforme au principe de pleine concurrence, tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire.

83. Par ailleurs, lorsqu'une entité locale transfère ses actifs incorporels à une partie associée étrangère et continue de les utiliser par la suite sous un autre statut juridique (par exemple en qualité de licencié), il convient d'évaluer les conditions du transfert tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire, notamment en examinant le prix auquel des entreprises indépendantes comparables seraient disposées à transférer et à acquérir le bien. Voir le paragraphe 79 ci-dessus. Pour déterminer une rémunération de pleine concurrence pour la détention, l'utilisation et l'exploitation de l'actif après son transfert, il convient de tenir compte de l'importance des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés eu égard audit actif. Cette observation est particulièrement pertinente dans le cadre des réorganisations d'entreprises, plusieurs pays ayant exprimé leurs préoccupations quant au fait que bien souvent, ils n'ont pas accès aux informations relatives aux fonctions exercées, actifs utilisés et risques assumés par les parties associées étrangères.

84. Si l'on se place du point de vue du cédant, la question se pose de savoir, si, dans des conditions de pleine concurrence, il aurait eu d'autres options réalistes, nettement plus avantageuses, y compris celle

de refuser le transfert²⁰ et, dans l'affirmative, si une partie indépendante agissant dans des conditions de pleine concurrence aurait été disposée à transférer le bien incorporel dans des conditions comparables, compte tenu de l'intégralité de l'accord, y compris de l'éventuelle rémunération du transfert lui-même et des transactions post-réorganisation. Du point de vue du cessionnaire également, des questions essentielles se posent concernant la détermination de la rémunération de pleine concurrence du transfert lui-même et de la détention, de l'utilisation et de l'exploitation de l'actif après son transfert.

85. Lorsque la réorganisation prévoit le transfert d'un actif incorporel puis la conclusion d'un nouvel accord aux termes duquel le cédant continue d'utiliser l'actif transféré, il convient d'examiner l'intégralité de l'accord commercial entre les parties afin d'évaluer si les transactions sont conformes au principe de pleine concurrence. Si une partie indépendante devait transférer un actif avec l'intention de continuer à l'exploiter, il serait prudent qu'elle négocie les conditions de cette future utilisation (par exemple dans le cadre d'un accord de licence) en même temps que les conditions du transfert. En effet, il existe généralement un lien entre la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour le transfert, la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour les futures transactions portant sur les actifs incorporels transférés (par exemple de futures redevances de licence dues par le cédant pour continuer à utiliser l'actif, le cas échéant), et les bénéfices que le cédant peut, à l'avenir, espérer retirer de l'exploitation de l'actif. Par exemple, il conviendrait de s'interroger sérieusement sur la conformité au principe de pleine concurrence d'un accord aux termes duquel un brevet est transféré au cours de l'année N au prix de 100 si un accord de licence est conclu simultanément, en vertu duquel le cédant peut continuer d'utiliser le brevet transféré en contrepartie d'une redevance de 100 par an pendant 10 ans.

86. Lors de l'examen de l'intégralité des accords commerciaux entre un cédant qui va continuer d'utiliser l'actif sous un statut juridique différent et le cessionnaire, il convient de tenir compte du fait que, dans des conditions de pleine concurrence, il est probable que la capacité du cessionnaire de préserver ou de continuer à développer l'actif transféré (dans l'hypothèse où la poursuite du développement est nécessaire à la préservation de la valeur de l'actif) joue un rôle. Voir la partie B.1. de la note thématique n° 1 concernant le lien entre l'allocation du risque et l'exercice d'un contrôle sur ledit risque.

(ii) *Transfert d'actifs incorporels dont la valeur n'a pas encore été établie*

87. Dans le cadre des réorganisations d'entreprises, des difficultés peuvent se poser si un actif incorporel est transféré alors que sa valeur n'a pas encore été établie (par exemple en cas de transfert à une date antérieure à sa mise en exploitation), en particulier s'il y a un écart important entre les bénéfices futurs escomptés pris en compte dans l'évaluation effectuée au moment de la cession de l'incorporel et ceux que le cessionnaire retire effectivement de l'exploitation de l'actif incorporel acquis. La question se pose alors de savoir si l'évaluation effectuée au moment du transfert était une évaluation conforme au principe de pleine concurrence, réalisée de bonne foi sur la base des informations raisonnablement disponibles à cette date. Lorsque tel n'est pas le cas, il peut être nécessaire d'ajuster le prix de transfert.

88. En outre, si l'évaluation a été faite de bonne foi sur la base des informations raisonnablement disponibles au moment de la vente, la question se pose de savoir si elle peut néanmoins être ajustée *a posteriori* pour tenir compte du fait que les bénéfices ou pertes retirés de l'actif par le cessionnaire sont plus élevés que prévu. La position de consensus de l'OCDE sur ce point est énoncée aux paragraphes 6.28 à 6.35 des Principes directeurs. En outre, en annexe aux Principes directeurs (AN-17) figurent des exemples sur les actifs incorporels dont l'évaluation est incertaine. Selon ce consensus, l'essentiel est de déterminer si l'évaluation était suffisamment incertaine au départ pour justifier le fait que des parties opérant dans des conditions de pleine concurrence auraient exigé un mécanisme d'ajustement de prix, ou si

²⁰ Concernant les options réalistes envisageables dans des conditions de pleine concurrence, voir la partie A.3.

le changement de valeur constituait un fait si fondamental qu'il aurait entraîné une renégociation de la transaction. En pareil cas, les autorités fiscales seraient fondées à déterminer le prix de pleine concurrence du transfert de l'actif incorporel sur la base d'une clause d'ajustement de prix ou de renégociation qui serait prévue pour une transaction comparable dans des conditions de pleine concurrence. Dans les autres cas, lorsqu'il n'existe pas de raison de considérer que l'évaluation était suffisamment incertaine au départ pour justifier le fait que les parties auraient exigé une clause d'ajustement de prix ou auraient renégocié les termes de l'accord, il n'y a pas lieu que les autorités fiscales procèdent à un ajustement, qui constituerait un recours injustifié à l'analyse rétrospective. La simple existence d'une incertitude ne justifie par un ajustement ex-post sans examen de ce que des parties tierces auraient fait ou auraient convenu.

(iii) *Actifs incorporels locaux*

89. Lorsqu'une entité locale de plein exercice est transformée en une entité à « risques limités, actifs incorporels limités et faible rémunération », la question se pose de savoir si cette transformation entraîne le transfert, par l'entité locale restructurée à une partie associée étrangère, d'actifs incorporels de valeur, tels que des listes de clients, et s'il existe des actifs incorporels locaux non transférables parce qu'inhérents aux opérations locales.

90. En particulier, dans le cas où un distributeur de plein exercice est transformé en distributeur limité ou en commissionnaire, il importe d'examiner si le distributeur a créé des biens incorporels de commercialisation locaux au cours des années précédant la réorganisation et, dans l'affirmative, de déterminer la nature et la valeur de ces actifs. Lorsque de tels actifs existent et ont été transférés à la partie associée étrangère au moment de la réorganisation, leur transfert devrait donner lieu à une rémunération de pleine concurrence. Lorsqu'ils existent et sont conservés par l'entité restructurée, ils devraient être pris en compte dans la rémunération des activités post-réorganisation. Cette prise en compte peut se faire, par exemple, à travers le paiement de redevances à l'entité restructurée par la partie associée étrangère qui exploitera les actifs à compter de la réorganisation, et ce pendant la durée de vie de l'actif ; ou en tenant compte de l'existence d'actifs incorporels dans le choix de la méthode de prix de transfert et dans l'analyse de comparabilité de l'activité restructurée.²¹

(iv) *Droits contractuels*

91. Les droits contractuels peuvent représenter des actifs incorporels de valeur. Lorsque des droits contractuels de valeurs sont transférés entre des parties associées (ou en case de renonciation à ces droits), ils devraient donner lieu à une rémunération de pleine concurrence qui tienne compte de la valeur des droits transférés, tant du point de vue du cédant que de celui du cessionnaire.

92. Les autorités fiscales ont fait part de leurs préoccupations concernant des situations, rencontrées dans la pratique, dans lesquelles une entité met volontairement un terme à un contrat qui lui conférait des avantages, pour permettre à une partie associée étrangère de conclure un contrat similaire et de tirer parti du potentiel de profits qui y est attaché. Supposons par exemple qu'une société A ait conclu avec des clients indépendants des contrats de longue durée porteurs d'un potentiel de profits élevé pour elle. Supposons qu'à un moment quelconque, A mette volontairement un terme au contrat selon des modalités telles que lesdits clients sont, pour des raisons juridiques ou commerciales, contraints de conclure des accords similaires avec la société B, entité étrangère qui appartient au même groupe multinational que la société A. Il s'ensuit que les droits contractuels et le potentiel de profits qui y est attaché et qui revenaient à A reviennent maintenant à B. Si, dans les faits, B ne pouvait conclure des contrats avec les clients qu'à condition que A renonce à ses propres droits contractuels à son profit, et si A a mis fin aux contrats qui la liaient à ses clients en sachant que ces derniers seraient, pour des raisons juridiques ou commerciales,

²¹ Concernant la rémunération des transactions réalisées après la réorganisation, voir la note thématique n° 3.

contraints de conclure des accords avec B, on est en réalité en présence d'une transaction tripartite qui pourrait constituer un transfert de droits contractuels de valeur de A à B et devoir donner lieu à une rémunération de pleine concurrence, en fonction de la valeur des droits auxquels A a renoncé, à la fois du point de vue de A et de celui de B.

C.3 *Transfert d'une activité*

(i) Prise en compte de la survaleur

93. Il arrive qu'une réorganisation d'entreprise entraîne le transfert d'un fonds de commerce ou d'une activité. Dans ce contexte, on entend par transfert d'activité le transfert de l'ensemble des éléments d'actif (y compris, le cas échéant, des droits contractuels, de la main-d'œuvre, du fonds de commerce, etc.) et de passif associés à l'exécution de certaines fonctions, y compris les risques y afférents. La valeur de pleine concurrence du transfert d'une activité n'est pas nécessairement égale à la somme de la valeur de chacun des éléments concernés par le transfert. En effet, lors d'un transfert d'activité entre parties indépendantes, on tient souvent compte de la « survaleur » éventuelle, en d'autres termes du potentiel de profits/de pertes²² éventuel de l'activité transférée du point de vue du cédant et de celui du cessionnaire. Les méthodes d'évaluation qui sont utilisées pour les opérations d'acquisitions entre parties indépendantes peuvent se révéler utiles pour évaluer un transfert d'activité, y compris du fonds de commerce, entre entreprises associées.

94. On peut citer comme exemple un cas dans lequel une activité de fabrication auparavant exécutée par M1, entité d'un groupe multinational, est transférée à une autre entité, M2 (par exemple pour réaliser des économies de localisation). Supposons que M1 transfère à M2 ses machines et équipements, ses stocks, ses brevets, ses processus de fabrication et son savoir-faire, ainsi que les principaux contrats qu'elle a conclus avec ses fournisseurs et ses clients. Supposons en outre que plusieurs salariés de M1 soient affectés à M2 pour l'aider à démarrer l'activité de fabrication transférée. Supposons par ailleurs que s'il avait lieu entre des parties indépendantes, ce transfert serait considéré comme le transfert d'une activité. Pour déterminer la rémunération de pleine concurrence d'un tel transfert entre des parties associées, il conviendrait de le comparer à un transfert d'activité entre parties indépendantes, et non avec le transfert d'éléments d'actifs isolés.

(ii) Activités déficitaires

95. Les réorganisations qui impliquent une perte de fonctions, d'actifs et/ou de risques pour l'entité restructurée n'entraînent pas forcément une diminution effective des bénéfices futurs escomptés. Dans certains cas, les circonstances sont telles qu'au lieu de faire perdre à l'entité restructurée un potentiel de profits, l'opération la protège en réalité d'un potentiel de pertes. Une entité peut accepter de perdre des fonctions, des actifs et/ou des risques parce que cette option lui semble plus favorable que de cesser purement et simplement ses activités. Si l'entité restructurée prévoit qu'à défaut de réorganisation, elle subira des pertes (par exemple parce qu'elle exploite une usine qui n'est plus rentable du fait de l'accroissement de la concurrence des importations bon marché), il se peut qu'en fait la réorganisation ne lui fasse pas perdre de potentiel de profits, en comparaison avec la poursuite de son activité existante. Dans une telle situation, l'opération peut avoir des effets bénéfiques sur l'entité restructurée, dans la mesure où elle réduit ou élimine les pertes futures, si ces pertes sont supérieures aux coûts induits par la réorganisation.

²² Concernant le potentiel de profits/de pertes, voir la partie B.

96. La question a été posée de savoir s'il y a lieu en fait pour le cédant de rémunérer le cessionnaire en contrepartie de la reprise d'une activité déficitaire. La réponse dépend du point de savoir si une partie indépendante agissant dans des conditions de pleine concurrence aurait été disposée à payer pour se séparer d'une activité déficitaire, ou si elle aurait envisagé d'autres options, comme celle de cesser son activité ; et du point de savoir si une partie tierce aurait été prête à acquérir l'activité déficitaire (par exemple du fait de synergies éventuelles avec ses propres activités) et, dans ce cas, à quelles conditions (par exemple, moyennant rémunération). Dans certains cas, les circonstances peuvent être telles qu'une partie indépendante serait disposée à payer, par exemple si les coûts financiers et les risques sociaux d'une cessation d'activité sont tels que le cédant juge plus avantageux de payer un cessionnaire qui va tenter de reconverter l'activité et assumera la responsabilité d'un éventuel plan de licenciement.

97. Il peut toutefois en aller autrement si l'exercice de l'activité déficitaire procurait d'autres avantages, par exemple si elle permettait des synergies avec d'autres activités du même contribuable. Il peut également arriver qu'une activité déficitaire soit conservée parce qu'elle présente un intérêt pour le groupe dans son ensemble. En pareil cas, il convient de déterminer si, dans des conditions de pleine concurrence, il y aurait lieu que l'entité qui poursuit l'activité déficitaire soit rémunérée par ceux qui en tirent profit.

C.4 Externalisation

98. En cas d'externalisation, il arrive qu'une partie décide volontairement de subir une réorganisation et d'en supporter les coûts parce qu'elle espère réaliser des économies. Ainsi, supposons qu'un contribuable qui fabrique et vend des produits dans une juridiction où les coûts sont élevés décide d'externaliser son activité de fabrication en la confiant à une partie associée située dans une juridiction où les coûts sont faibles. Après la réorganisation, le contribuable achètera les produits finis à la partie associée et continuera de les vendre à des clients tiers. La réorganisation aura peut-être un coût pour le contribuable, mais, parallèlement, elle lui permettra de satisfaire ses commandes moyennant des coûts inférieurs à ses propres coûts de fabrication. Dans la pratique, il arrive que des parties indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence mettent en œuvre ce type d'accord d'externalisation sans pour autant exiger du cessionnaire une explicite rémunération dès lors que les économies de coûts que le cédant peut espérer réaliser sont supérieures aux coûts induits par la réorganisation.²³

D - Dédommagement de l'entité restructurée au titre des préjudices causés par la réorganisation

99. En cas de rupture ou de renégociation substantielle, dans le cadre d'une réorganisation, d'un accord contractuel existant, l'entité restructurée est susceptible de subir des préjudices, tels que des coûts de réorganisation (dépréciation d'actifs, licenciements), des coûts de reconversion (par exemple pour adapter ses activités afin de répondre à d'autres besoins clients) et une diminution de son potentiel de profits. Il convient alors d'examiner si des parties indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence auraient convenu d'un dédommagement en faveur de l'entité restructurée (et, dans l'affirmative, d'examiner les modalités de fixation dudit dédommagement). Comme toujours, la réponse dépend des circonstances, en particulier des droits des parties au moment de la réorganisation.

100. Dans la présente note, la notion de dédommagement recouvre tout type de contrepartie susceptible d'être payée au titre des préjudices subis par l'entité restructurée, que ce soit sous forme d'un

²³ L'autre question, examinée dans la partie F de la note thématique n° 3, intitulée « Rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation », concerne la répartition éventuelle des économies de localisation entre les parties dans des conditions de pleine concurrence.

paiement forfaitaire, d'un partage des coûts induits par la réorganisation, de prix d'achat (de vente) préférentiels pour les transactions post-réorganisation, ou sous toute autre forme.

101. Il ne faudrait pas présumer que toutes les ruptures ou renégociations substantielles de contrats doivent donner lieu à un dédommagement dans des conditions de pleine concurrence.

102. Pour déterminer si un dédommagement serait prévu entre des parties indépendantes, il importe d'examiner les circonstances qui prévalaient au moment de la réorganisation, en particulier les droits et autres actifs des parties et les options réalistes qu'elles auraient pu envisager en situation de pleine concurrence. À cette fin, il convient d'examiner les quatre points suivants :

- L'accord concerné par la rupture, la non-reconduction ou la renégociation substantielle est-il formalisé par écrit et prévoit-il une clause de dédommagement ? (voir partie D.1 ci-après) ;
- Les termes de l'accord et l'existence ou l'absence d'une clause de dédommagement ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont-ils conformes au principe de pleine concurrence ? (voir la partie D.2 ci-après) ;
- La législation et la jurisprudence commerciales prévoient-elle un droit à dédommagement ? (voir la partie D.3 ci-après) ; et
- En situation de pleine concurrence, une autre partie aurait-elle été disposée à dédommager celle qui a pâti de la rupture ou de la renégociation de l'accord ? (voir la partie D.4 ci-après).

Chacun de ces quatre points est examiné ci-après.

D.1 Examiner si l'accord concerné par une rupture, une non-reconduction ou une renégociation substantielle est formalisé par écrit et prévoit une clause de dédommagement

103. Lorsque l'accord rompu, non reconduit ou renégocié est formalisé par écrit,²⁴ il faut commencer l'analyse en examinant si les conditions de la rupture, de la non-reconduction ou de la renégociation ont été respectées (par exemple, eu égard à un éventuel délai de préavis), et si une clause de dédommagement ou autre garantie en cas de rupture, non-reconduction ou renégociation, est prévue au contrat. Comme souligné au paragraphe 1.29 des Principes directeurs, « [d]ans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, les parties – du fait de leurs intérêts divergents – s'efforceront habituellement de faire respecter le contrat et les clauses contractuelles ne seront transgressées ou modifiées après coup que si les deux parties y ont intérêt. »

104. Toutefois, l'examen des termes du contrat entre les entreprises associées n'est pas suffisant du point de vue des prix de transfert et, comme expliqué ci-après, le simple fait qu'un contrat rompu, non reconduit ou renégocié ne prévoyait pas de clause de dédommagement ou autre garantie ne signifie pas systématiquement que le principe de pleine concurrence soit respecté.

²⁴ Comme souligné au paragraphe 1.28 des Principes directeurs, en l'absence de contrat écrit, on peut déduire les conditions d'une transaction de la correspondance et autres communications entre les parties. À défaut de dispositions écrites, les relations contractuelles entre les parties doivent être déduites de leur comportement ainsi que des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre entreprises indépendantes.

D.2 Examen si les termes de l'accord et l'existence ou l'absence d'une clause de dédommagement ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont conformes au principe de pleine concurrence

105. Entre des parties indépendantes opérant dans des conditions de pleine concurrence, il arrive que la rupture, la non-reconduction ou une renégociation substantielle d'un contrat ne donne pas lieu à dédommagement. Toutefois, du fait que la divergence d'intérêts qui existe entre parties indépendantes n'existe pas entre entreprises associées, la question se pose de savoir si les termes d'un contrat entre entreprises associées sont conformes au principe de pleine concurrence, en d'autres termes si des parties indépendantes se trouvant dans une situation comparable auraient pu conclure un tel contrat (par exemple un contrat ne contenant pas de clause de dédommagement ou autre garantie en cas de rupture, non-reconduction ou renégociation). Pour répondre à cette question, il peut être utile d'examiner les options réalistes qui se seraient offertes aux parties dans des conditions de pleine concurrence.²⁵

106. Dans certaines situations, une partie indépendante opérant dans des conditions de pleine concurrence n'aurait peut-être pas eu d'autre option réaliste que d'accepter les conditions de la rupture ou de la renégociation substantielle du contrat.

107. Dans d'autres cas, il est possible que l'examen de la nature de l'accord et du comportement effectif des parties associées conduise à conclure à l'existence d'un contrat tacite de plus longue durée, dans le cadre duquel la partie visée par la rupture aurait pu prétendre à un dédommagement en cas de rupture anticipée du contrat.

108. Une situation qui mérite une attention particulière, du fait des effets qu'elle aurait pu avoir sur les dispositions du contrat s'il était conclu entre parties indépendantes, est celle dans laquelle le contrat rompu faisait obligation à l'une des parties de réaliser un investissement important dont elle ne pouvait raisonnablement espérer un rendement de pleine concurrence que si le contrat restait en vigueur pendant une certaine durée. Une telle obligation expose la partie tenue de réaliser l'investissement à un risque important en cas de rupture du contrat avant l'expiration de cette période. L'ampleur de ce risque n'est pas la même selon que l'investissement est très spécialisé ou qu'il peut être réutilisé pour d'autres clients (éventuellement moyennant quelques adaptations). Si le risque est substantiel, il aurait été raisonnable pour des parties indépendantes se trouvant dans des circonstances comparables, d'en tenir compte lors de la négociation du contrat, par exemple en prévoyant une durée de contrat correspondant à la durée nécessaire pour récupérer le coût de l'investissement, et un droit à dédommagement en cas de rupture anticipée à l'initiative de la partie qui n'a pas réalisé l'investissement ; ou l'option pour la partie réalisant l'investissement de le céder à l'autre partie si cette dernière rompt le contrat de manière anticipée.

109. Cette situation peut être illustrée par l'exemple d'un contrat de fabrication entre entreprises associées qui ferait obligation au fabricant d'investir dans une nouvelle unité de fabrication. Supposons qu'au moment de la conclusion du contrat, le fabricant puisse raisonnablement escompter un rendement de pleine concurrence de l'investissement, à condition que le contrat dure au moins cinq ans, qu'au minimum x unités par an puissent être produites et que la rémunération de l'activité de fabrication soit calculée sur une base (par exemple y dollars/unité), permettant d'espérer un rendement de pleine concurrence de l'investissement total dans la nouvelle unité de fabrication. Supposons qu'au bout de trois ans, l'entreprise associée mette fin au contrat, conformément aux dispositions contractuelles, dans le cadre d'une réorganisation des activités de fabrication conduite à l'échelle du groupe. Supposons que l'unité de fabrication soit très spécialisée et qu'après la rupture du contrat, le fabricant n'ait pas d'autre possibilité que de totalement déprécier les actifs. Il convient alors de déterminer si, dans des conditions de pleine

²⁵ Concernant les options réalistes envisageables dans des conditions de pleine concurrence, voir la partie A.3 ci-dessus.

concurrence, le fabricant aurait en premier lieu tenté d'atténuer le risque d'investissement lié à la rupture éventuelle de l'accord de fabrication avant le délai de cinq ans nécessaire pour obtenir un rendement de pleine concurrence de son investissement.

110. En situation de pleine concurrence, la partie qui réalise l'investissement pourrait ne pas être disposée à assumer, sans garantie, un risque (risque de rupture) qui est contrôlé par l'autre partie (voir le paragraphe 1.27 des Principes directeurs). Diverses solutions peuvent être adoptées pour prendre en compte un tel risque lors de la négociation du contrat, comme de prévoir une clause de dédommagement en cas de rupture anticipée ; ou alors une option, au profit de la partie qui réalise l'investissement, de céder ce dernier à l'autre partie à un prix prédéterminé, s'il s'avère qu'elle ne peut plus exploiter ledit investissement du fait de la rupture anticipée du contrat par l'autre partie.

111. Une autre approche envisageable serait de tenir compte du risque de rupture du contrat dans la détermination de la rémunération des activités qu'il vise (par exemple en tenant compte de ce risque dans la détermination de la rémunération des activités de fabrication, et en utilisant des comparables tiers assumant des risques similaires). Dans ce scénario, la partie qui réalise l'investissement accepte consciemment le risque et est rémunérée en contrepartie ; il ne semble pas nécessaire de verser un dédommagement au titre de la rupture du contrat. Toutefois, dans la pratique, cette situation pose la question de savoir si la rémunération desdites activités, une fois incluse la rémunération des risques, serait toujours de pleine concurrence, ou si elle deviendrait si élevée que, dans des conditions de pleine concurrence, l'autre partie ne serait pas disposée à la payer.

112. Enfin, dans certains cas, les risques pourraient être partagés entre les parties ; la partie mettant fin au contrat pourrait, par exemple, prendre en charge une partie des coûts induits par la rupture du contrat.

113. Un problème similaire peut se poser lorsqu'une partie a réalisé des dépenses de développement qui entraînent des pertes ou rendements faibles au démarrage, mais permettent d'escompter des rendements supérieurs à la moyenne après la cessation du contrat.

114. Dans le cas où les conditions convenues ou imposées entre des entreprises associées eu égard à la rupture, à la non-reconduction ou à la renégociation substantielle des dispositions existantes ne sont pas les mêmes que celles qui seraient convenues entre entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être dans la pratique à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.

D.3 Examiner si la législation et la jurisprudence commerciales prévoient un droit à dédommagement

115. Lors de l'examen de la conformité au principe de pleine concurrence des conditions de la rupture ou de la non-reconduction d'un accord existant, les recours éventuels offerts par le droit commercial applicable peuvent apporter un éclairage utile. La législation et la jurisprudence commerciales peuvent fournir des données utiles sur les droits à dédommagement et les clauses que l'on pourrait escompter trouver concernant la rupture de certains types d'accords, comme par exemple d'un accord de distribution. Il est par exemple possible qu'en vertu de ces règles, la partie qui subit la rupture puisse saisir les tribunaux pour obtenir un dédommagement, qu'un tel dédommagement ait, ou non, été prévu dans le contrat. Toutefois, lorsque les parties appartiennent au même groupe multinational, il est dans la pratique peu vraisemblable que la partie qui subit la rupture engage une action contre une entreprise associée pour obtenir un dédommagement ; par conséquent, les conditions de la rupture peuvent différer de celles qui prévaudraient entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires.

D.4 Examiner si, en situation de pleine concurrence, une autre partie aurait été disposée à dédommager celle qui pâtit de la rupture ou de la renégociation de l'accord

116. L'analyser prix de transfert des conditions de la rupture ou de la renégociation substantielle d'un accord doit tenir compte à la fois du point de vue du cédant et de celui du cessionnaire. Le point de vue du cessionnaire est important, d'une part pour évaluer le montant du dédommagement de pleine concurrence, le cas échéant, d'autre part pour identifier la partie qui doit le prendre en charge.

117. Comme il n'est pas possible d'apporter une réponse unique, susceptible de convenir pour toutes les situations, l'approche retenue doit reposer sur un examen des spécificités de la situation, en particulier sur l'analyse de la logique économique de la rupture, sur l'identification de la ou des partie(s) censée(s) tirer profit de l'accord et des options réalistes envisageables par les parties dans des conditions de pleine concurrence. Les exemples qui suivent illustrent cette approche.

118. Supposons qu'un contrat de fabrication ait été conclu entre l'entité A et l'entité B et que l'entité A y mette fin (B étant le fabricant). Supposons que A décide d'utiliser un autre fabricant associé, l'entité C, pour la poursuite des opérations de fabrication qui étaient auparavant réalisées par B. Supposons que l'on constate qu'en l'espèce, si la transaction avait lieu entre des parties indépendantes dans des conditions de pleine concurrence, B serait en position de demander un dédommagement au titre des préjudices causés par la rupture du contrat. Il convient alors de se demander si ce dédommagement doit être supporté par A (la partie qui a rompu le contrat), C (la partie qui reprend l'activité de fabrication auparavant réalisée par B), par P, leur société mère, ou par une autre partie, quelle qu'elle soit. Pour répondre à cette question, il faut déterminer si, en situation de pleine concurrence, ces entités seraient disposées à payer un tel dédommagement.

119. Il se peut que, dans certaines situations, A serait disposée à assumer le coût du dédommagement dans des conditions de pleine concurrence, par exemple parce qu'elle espère que la rupture du contrat qui la lie à B va lui permettre de réaliser des économies via son nouvel accord de fabrication avec C, et que la valeur actualisée de ces économies attendues est supérieure au montant du dédommagement.

120. Dans d'autres cas, C pourrait être disposée à payer un dédommagement comme prix d'entrée pour obtenir le contrat de fabrication avec A, par exemple si la valeur actualisée des bénéfices que C espère retirer de ce nouveau contrat de fabrication est suffisante pour justifier un tel investissement. En pareil cas, le paiement effectué par C peut se faire selon diverses modalités, par exemple sous forme d'un paiement de C à B, de C à A, ou d'un mécanisme au travers duquel C paierait indirectement A en honorant l'obligation de dédommagement de cette dernière vis-à-vis de B.

121. Il se peut également que, dans des conditions de pleine concurrence, A et C seraient disposées à partager le coût du dédommagement.

122. Enfin, il se peut que ni A, ni C, ne seraient prêtes à assumer le coût du dédommagement dans des conditions de pleine concurrence, parce que ni l'une, ni l'autre n'espère retirer de bénéfices suffisants du changement. Il peut arriver que la rupture de l'accord s'inscrive dans le cadre d'une réorganisation menée à l'échelle du groupe à l'initiative de P, la société mère, pour créer des synergies de groupe, et que le dédommagement de B doive être assumé par P dans des conditions de pleine concurrence (sauf si, par exemple, malgré la rupture ou la renégociation du contrat, les synergies de groupe ont pour B des avantages supérieurs aux coûts qu'elle doit assumer suite à la rupture ou à la renégociation).

NOTE THÉMATIQUE N° 3 : RÉMUNÉRATION DES TRANSACTIONS CONTRÔLÉES POST-RÉORGANISATION

Introduction

123. Cette note porte sur l'application du principe de pleine concurrence et des Principes directeurs aux transactions réalisées après une réorganisation et repose sur les orientations sur le choix et l'application de méthodes de fixation des prix de transfert contenues dans les Principes directeurs (en particulier aux Chapitres I à III). Elle tient également compte de l'examen des questions de comparabilité et des méthodes transactionnelles de bénéfices actuellement conduit par l'OCDE. À ce stade, cet examen est encore en cours, si bien que les conclusions qui sont reproduites ci-après sont encore provisoires et devront être actualisées en temps utile.²⁶

124. Cette note n'a pas vocation à définir des critères pour le choix et l'application des méthodes de prix de transfert dans les situations post-réorganisation qui seraient différents de ceux utilisés dans d'autres situations. Le principe de pleine concurrence et les Principes directeurs ne s'appliquent pas différemment et ne doivent pas s'appliquer différemment aux transactions réalisées après une réorganisation et à celles qui ont été structurées comme ces dernières depuis le départ (voir la partie B ci-après). Les orientations générales sur le choix d'une méthode de prix de transfert s'appliquent aux situations de réorganisation d'entreprise (ces orientations générales sont présentées dans la partie A ci-après). Toutefois, les réorganisations d'entreprises posent des problèmes particuliers et méritent un examen spécifique (voir les parties C à F ci-après).

A - Choisir une méthode de prix de transfert : orientations générales

A.1 *Orientations existantes*

125. Les Principes directeurs établissent une hiérarchie entre les trois méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (méthode du prix comparable sur le marché libre, méthode du prix de revient majoré et méthode du prix de revente) et les méthodes transactionnelles de bénéfices (méthode transactionnelle de la marge nette et méthode du partage des bénéfices). Dans les Principes directeurs, les méthodes transactionnelles de bénéfices sont considérées comme des méthodes de dernier ressort, à réserver à des situations exceptionnelles, en l'absence de données disponibles ou lorsque les données disponibles ne sont pas d'une qualité suffisante pour qu'on puisse se fier uniquement ou de façon générale aux méthodes traditionnelles fondées sur les transactions (voir le paragraphe 2.49 des Principes directeurs). La méthode du prix comparable sur le marché libre est toujours préférable lorsqu'elle peut être appliquée avec une fiabilité suffisante. À défaut, il convient de se tourner vers la méthode du prix de revient majoré et celle du prix de revente. Les Principes directeurs soulignent que la méthode du prix de revient majoré est sans doute particulièrement adaptée lorsque des produits semi-finis sont vendus entre des entreprises associées, lorsque des entreprises associées ont conclu des accords de mise en commun d'équipements ou

²⁶ Voir le document de discussion sur les méthodes transactionnelles de bénéfices publié le 25 janvier 2008, <http://www.oecd.org/dataoecd/18/48/39915180.pdf>.

d'approvisionnement à long terme, ou lorsque la transaction contrôlée consiste en prestations de services (voir le paragraphe 2.32 des Principes directeurs). La méthode du prix de revente est jugée particulièrement utile lorsqu'elle est appliquée à des opérations de commercialisation (voir le paragraphe 2.14 des Principes directeurs).

126. Quant à la méthode du partage des bénéfices (résiduels), les Principes directeurs précisent qu'elle peut être adaptée dans les cas suivants :

- lorsque des transactions sont intimement liées, parce qu'il est possible qu'elles ne puissent pas être évaluées séparément (voir le paragraphe 3.5 des Principes directeurs) ;
- lorsque, dans des circonstances similaires, des entreprises indépendantes auraient pu décider de constituer un partenariat ou « joint-venture » et convenir d'une forme du partage des bénéfices (voir le paragraphe 3.5 des Principes directeurs) ;
- lorsqu'il n'existe pas de transactions entre entreprises indépendantes suffisamment comparables sur lesquelles se fonder : la méthode du partage des bénéfices offre de la souplesse parce qu'elle tient compte de conditions particulières dans la situation des entreprises associées, qui peuvent être exceptionnelles et ne pas se retrouver dans le cas d'entreprises indépendantes, tout en restant une approche de pleine concurrence dans la mesure où elle reflète ce qu'auraient fait des entreprises indépendantes raisonnables dans les mêmes circonstances (voir le paragraphe 3.6 des Principes directeurs) ;
- pour procéder à une répartition des bénéfices résultant d'économies d'échelle ou d'autres synergies de groupe qui soit satisfaisante aussi bien pour le contribuable que pour les autorités fiscales (voir le paragraphe 3.7 des Principes directeurs).

A.2 *Examen en cours des méthodes de bénéfices*

127. Dans le cadre de l'examen des méthodes de bénéfices qu'elle conduit actuellement²⁷, l'OCDE est parvenue à la conclusion provisoirement que le choix d'une méthode de prix de transfert dans une situation donnée doit toujours viser à trouver la méthode la plus appropriée, compte tenu :

- des forces et faiblesses respectives de chacune des méthodes reconnues par l'OCDE ;
- de la cohérence de la méthode envisagée par rapport à l'analyse de comparabilité (y compris fonctionnelle) des transactions contrôlées examinées ;
- de la disponibilité de données suffisamment fiables (en particulier sur des comparables indépendants) pour appliquer la méthode choisie et/ou d'autres méthodes ; et
- du degré de comparabilité des transactions contrôlées et des transactions sur le marché libre, notamment de la fiabilité des ajustements de comparabilité qui pourraient se révéler nécessaires pour éliminer les différences entre ces transactions.

128. L'OCDE propose par conséquent de supprimer la notion de caractère exceptionnel et de mettre davantage l'accent sur les forces et les faiblesses relatives de chaque méthode et sur l'importance de l'analyse de comparabilité, en d'autres termes sur la pertinence de la méthode compte tenu des spécificités

²⁷ Voir le document de discussion sur les méthodes transactionnelles de bénéfices publié le 25 janvier 2008, <http://www.oecd.org/dataoecd/18/48/39915180.pdf>.

de la situation. Cette position n'implique pas, dans la pratique, un abandon pur et simple de la préférence générale accordée aux méthodes traditionnelles fondées sur les transactions par rapport aux méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfiques, car l'OCDE considère que les méthodes traditionnelles comportent des avantages intrinsèques. Lorsqu'il apparaît, après prise en compte de l'analyse de comparabilité de la transaction contrôlée examinée et de la disponibilité ou non d'informations, qu'une méthode traditionnelle et une méthode transactionnelle peuvent être appliquées avec la même fiabilité, c'est en général la méthode traditionnelle qui doit être privilégiée.

129. L'autre conclusion provisoire à laquelle est parvenue l'OCDE est que la méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut s'avérer être la méthode la plus fiable dans les cas où une part importante des contributions de chacune des parties à la transaction contrôlée consiste en des contributions « non-référencables » pour lesquelles il n'y a pas de comparables²⁸ (actifs incorporels uniques, par exemple). Dans de tels cas en effet, il peut de pas y avoir de données ou de données suffisamment fiables pour appliquer une méthode traditionnelle ou la méthode transactionnelle de la marge nette, et, de surcroît, l'emploi d'une méthode unilatérale peut ne pas être approprié. L'OCDE est également parvenue à la conclusion provisoire que la méthode transactionnelle du partage des bénéfices pourrait se révéler la méthode la plus appropriée en cas de transactions fortement intégrées, comme les échanges mondiaux sur instruments financiers, puisque dans ce type de situations, il est parfois impossible d'évaluer les transactions séparément.

B - Réorganisations et « structuration »

B.1 Principe général : une même application du principe de pleine concurrence

130. Il y a consensus au sein de l'OCDE sur l'idée que le principe de pleine concurrence et les Principes directeurs ne s'appliquent pas différemment et ne doivent pas s'appliquer différemment aux transactions réalisées après une réorganisation et à celles qui ont été structurées comme ces dernières depuis le départ. S'il en était autrement, la concurrence entre les acteurs du marché existants qui restructurent leurs activités et les nouveaux entrants qui utilisent le même modèle opérationnel sans avoir à restructurer leurs activités serait faussée.

131. Il convient de traiter les situations comparables de la même manière. Le choix et l'application concrète d'une méthode de prix de transfert doivent être déterminés par l'analyse de comparabilité, notamment par l'analyse fonctionnelle des parties, et par un examen des accords contractuels. Les mêmes critères de comparabilité et les mêmes orientations sur le choix et l'application des méthodes de prix de transfert s'appliquent, qu'un accord résulte ou non d'une réorganisation.

132. Toutefois, les réorganisations d'entreprises entraînant des changements, le principe de pleine concurrence doit être appliqué, non seulement aux transactions post-réorganisation, mais aussi à celles qui ont lieu au moment de la réorganisation elle-même et consistent en général en un transfert de fonctions, d'actifs et/ou de risques. Cet aspect est traité dans la note thématique n° 2, intitulée « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites ».

133. De surcroît, comme expliqué ci-après, il est possible que l'analyse de comparabilité d'un accord résultant d'une réorganisation présente certaines différences factuelles par rapport à l'analyse d'un accord similaire structuré comme tel dès le départ. Ces différences factuelles sont sans incidence sur le principe de pleine concurrence et sur la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer les Principes directeurs, mais elles peuvent influencer sur l'analyse de comparabilité et, partant, sur le résultat de l'application des

²⁸ Les fonctions, actifs et risques « référencables » sont provisoirement définis comme les fonctions, actifs et risques pour lesquels il existe des comparables raisonnablement fiables.

Principes. C'est pourquoi il est essentiel dans les situations de réorganisation d'entreprise qu'une analyse de comparabilité (notamment une analyse fonctionnelle) soient effectuée pour les accords pré- et post-réorganisation, et que l'on dispose d'une trace écrite des modifications effectivement intervenues au moment de la réorganisation.

B.2 Différences factuelles éventuelles entre les situations résultant d'une réorganisation et celles qui ont été structurées comme telles depuis le départ

134. Lorsqu'un accord entre entreprises associées remplace un accord existant (réorganisation), il peut y avoir des différences factuelles entre la situation de départ de l'entité restructurée et celle d'une entité qui vient d'être créée.

135. Ces différences peuvent, par exemple, être liées au fait que l'accord conclu après la réorganisation a été négocié entre des parties qui entretenaient déjà des relations contractuelles et commerciales. Selon les circonstances du cas d'espèce, en particulier selon les droits et obligations acquis par les parties au titre des accords antérieurs, cela peut influencer sur les options réalistes qui s'offrent à elles pour la négociation des termes du nouvel accord et, de ce fait, sur les conditions de la réorganisation et/ou des accords conclus par la suite.²⁹ Ainsi, supposons qu'une partie ait, par le passé, apporté la preuve de sa capacité à obtenir de bons résultats en tant que « distributeur de plein exercice » exerçant diverses fonctions de commercialisation et de vente, utilisant et créant des actifs incorporels de commercialisation de valeur et assumant, dans le cadre de son activité, une série de risques comme le risque de stock, de créance irrécouvrable et de marché. Supposons que son accord de distribution soit renégocié et transformé en accord de « distribution limitée », dans le cadre duquel elle n'exécute que des fonctions de commercialisation limitées sous la supervision d'une entité associée étrangère, utilise des actifs incorporels de commercialisation limités et n'assume que des risques restreints dans le cadre de sa relation avec la partie associée étrangère et les clients. Le distributeur restructuré sera peut-être en mesure de négocier un accord ne contenant pas de période d'essai ou de disposition défavorable similaire, alors que les nouveaux entrants sur le marché de la distribution se verront peut-être imposer une période d'essai ou autres dispositions défavorables.

136. Si une relation commerciale liait les parties avant la réorganisation et perdure, il peut y avoir une interaction entre, d'une part, les conditions des activités exercées avant la réorganisation et/ou de la réorganisation elle-même, et d'autre part celles des accords post-réorganisation; cet aspect est développé dans la partie D de la présente note thématique.

137. Certaines des différences entre la situation de l'entité restructurée et celle d'une entité qui viendrait d'être créée peuvent être liées au fait que l'entité restructurée a une présence bien établie. Par exemple, si l'on compare une situation dans laquelle un « distributeur de plein exercice » solidement établi est transformé en « distributeur limité », à une situation dans laquelle un « distributeur limité » est implanté sur un marché sur lequel le groupe n'était auparavant pas présent sur le plan commercial, le nouvel entrant devra peut-être prendre des mesures destinées à faciliter sa pénétration du marché, ce dont l'entité restructurée n'aura pas besoin. L'analyse de comparabilité et la détermination de la rémunération de pleine concurrence peuvent en être affectées, dans un cas comme dans l'autre.

138. Même si l'on compare une situation dans laquelle un « distributeur de plein exercice » établi de longue date est transformé en « distributeur limité » à une situation dans laquelle un « distributeur limité » a la même durée de présence sur le marché, des différences peuvent exister, parce que le « distributeur de

²⁹ En ce qui concerne les options réalistes envisageables dans le cadre de la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites, voir la partie A.3 de la note thématique n° 2.

plein exercice » a pu, avant sa transformation, avoir exercé certaines fonctions, supporté certaines dépenses (par exemple de commercialisation), assumé certains risques et contribué à la création de certains actifs incorporels, ce que n'aura peut-être pas fait le « distributeur limité », bien qu'il soit établi de longue date. Il convient alors de se demander si, en situation de pleine concurrence, ces fonctions, actifs et risques supplémentaires ne doivent être pris en compte que pour le calcul de la rémunération du distributeur avant la réorganisation, s'ils doivent être pris en compte pour calculer la rémunération des transferts au moment de la réorganisation (et, dans ce cas, selon quelles modalités), s'ils doivent avoir une incidence sur la rémunération du « distributeur limité » post-réorganisation (et, dans ce cas, selon quelles modalités), ou encore s'il faut retenir une solution qui associe ces trois possibilités.

139. Par exemple, si l'on constate que les activités menées par le « distributeur de plein exercice » l'ont conduit à détenir des actifs incorporels, et que ce n'est pas le cas du « distributeur limité » établi de longue date sur le marché, il peut être nécessaire, en vertu du principe de pleine concurrence, soit de rémunérer ces actifs incorporels au moment de la réorganisation s'ils sont transférés par le « distributeur de plein exercice » à une partie associée étrangère, soit, s'ils ne sont pas transférés, de les prendre en compte pour calculer la rémunération de pleine concurrence des activités post-réorganisation.³⁰

140. Lorsqu'une réorganisation implique qu'un contribuable transfère le risque qu'il assumait auparavant à une entité associée étrangère, il importe d'examiner si ce transfert ne porte que sur les risques futurs qui découleront des activités menées après la réorganisation ou concerne également ceux qui existaient au moment de la réorganisation du fait des activités antérieures ; en d'autres termes, le problème qui se pose est celui de savoir où situer le point de transition. Prenons comme exemple celui d'un distributeur qui assumait des risques d'impayés qu'il ne va plus supporter une fois transformé en « distributeur limité », et dont la situation est comparée à celle d'un « distributeur limité » établi de longue date qui n'a jamais eu à assumer ce type de risque. Il est essentiel, pour comparer ces deux situations, d'examiner si le « distributeur limité » créé par la réorganisation assume encore les risques de créances irrécouvrables nés avant la réorganisation, lorsqu'il était distributeur de plein exercice, ou si tous les risques de créances irrécouvrables, y compris ceux qui existaient déjà au moment de la transformation, ont été transférés.

141. Ces observations et interrogations valent pour d'autres types de réorganisations, qu'il s'agisse d'autres formes de réorganisation d'activités de vente ou de la réorganisation d'activités de fabrication, de recherche et développement, ou d'autres activités de service.

C - Application aux réorganisations d'entreprises : choix et application d'une méthode de prix de transfert pour les transactions contrôlées post-réorganisation

142. Le choix d'une méthode de prix de transfert pour les transactions contrôlées post-réorganisation et l'application de cette méthode doivent résulter de l'analyse de comparabilité desdites transactions. Il est essentiel de comprendre la nature des fonctions, actifs et risques impliqués dans ces transactions et d'identifier la partie qui les exerce, les utilise ou les assume. Cela suppose de disposer d'informations sur les fonctions, actifs et risques exercés, utilisés ou assumés par les deux parties à la transaction, par exemple l'entité restructurée et la partie associée étrangère avec laquelle elle traite. En ce qui concerne les transactions post-réorganisation, il convient d'accorder une attention particulière à l'identification des actifs incorporels et des risques que l'entité restructurée continue d'assumer dans les faits (y compris, le cas échéant, des actifs incorporels locaux non protégés) et de vérifier si cette allocation des risques et actifs incorporels est conforme au principe de pleine concurrence. Les aspects liés aux actifs incorporels et aux

³⁰ Concernant l'application du principe de pleine concurrence aux actifs incorporels, voir la partie C.2 de la note thématique n° 2, intitulée « Rémunération de pleine concurrence des opérations de réorganisation proprement dites ».

risques sont traités dans les notes thématiques n° 1 et n° 2, respectivement intitulées « Considérations particulières en matière de risques » et « Rémunération de pleine concurrence des opérations de réorganisation proprement dites ».

143. Comme souligné dans la partie D.2 de la note n° 1, il est commun d'entendre argumenter que, du fait qu'une transaction est rémunérée selon une méthode qui garantit un certain niveau de marge brute ou nette à l'une des parties, comme la méthode du prix de revient majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette, la partie en question opère dans un environnement à faibles risques. Bien que les modalités de rémunération ne puissent pas être ignorées dans l'évaluation du risque assumé par une partie à une transaction, il convient de rappeler qu'en principe, c'est le caractère peu risqué d'une activité qui doit dicter le choix d'une méthode donnée de fixation des prix de transfert, et non l'inverse. Dans tous les cas, il est important de veiller à ce que le profil de risque et le choix de la méthode de prix de transfert soient cohérents par rapport à l'analyse fonctionnelle des parties.

144. Dans le cadre de son examen de la comparabilité, l'OCDE propose un processus en 10 étapes pour identifier les transactions comparables et utiliser les données ainsi obtenues.³¹ L'étape 6 concerne le « choix de la ou des méthode(s) pertinente(s) de détermination des prix de transfert et, selon la méthode utilisée, la définition de l'indicateur approprié (par exemple de l'indicateur de marge nette, si la méthode choisie est la méthode transactionnelle de la marge nette). » L'étape 7 concerne l'identification de comparables potentiels. Comme rappelé plus loin, ces orientations s'appliquent à la détermination de la rémunération de pleine concurrence des transactions contrôlées post-réorganisation.

C.1 Déterminer s'il est possible d'employer la méthode du prix comparable sur le marché libre

145. Dans le contexte des réorganisations d'entreprises comme dans celui d'autres situations, la méthode du prix comparable sur le marché libre doit être privilégiée lorsqu'elle peut être appliquée avec un degré de fiabilité suffisant, puisque c'est celle qui permet d'obtenir les données les plus directes sur les conditions de pleine concurrence.

146. Un exemple d'application possible de la méthode du prix comparable serait le cas où une partie indépendante, qui réalisait auparavant des transactions avec le groupe multinational, fait l'objet d'une acquisition, et que cette acquisition est suivie d'une réorganisation des transactions qui sont désormais des transactions contrôlées. Sous réserve d'un examen des cinq facteurs de comparabilité, il est possible que les conditions dans lesquelles se déroulaient les transactions non contrôlées avant l'acquisition puissent fournir un prix comparable pour les transactions contrôlées postérieures à l'acquisition. Même après la réorganisation des transactions, il peut être possible, selon les circonstances du cas d'espèce, de faire des ajustements de comparabilité pour tenir compte des transferts de fonctions, d'actifs et de risques qui ont eu lieu lors de la réorganisation. Par exemple, il pourrait être procédé à un ajustement de comparabilité si la partie qui assume le risque de créance irrécouvrable n'est plus la même.

147. Un autre exemple d'application possible de la méthode du prix comparable sur le marché libre serait le cas où des parties indépendantes fournissent des activités de fabrication, de vente ou de service comparables à celles fournies par l'entité associée restructurée. Par exemple, compte tenu de la récente montée en puissance des activités d'externalisation, il est dans certains cas possible de trouver des accords d'externalisation entre parties indépendantes sur la base desquels appliquer la méthode du prix comparable afin de déterminer la rémunération de pleine concurrence de transactions post-réorganisation entre des parties associées. Cela suppose évidemment que les accords d'externalisation remplissent les critères requis pour être considérés comme des transactions de pleine concurrence, et que l'examen des cinq

³¹ Voir le document de discussion sur les questions de comparabilité publié en mai 2006, pp. 45-46 (<http://www.oecd.org/dataoecd/59/38/36651642.pdf>).

facteurs de comparabilité indique de façon suffisamment probante qu'il n'existe pas de différence importante entre les conditions des accords d'externalisation conclus entre indépendants et celles des transactions contrôlées post-réorganisation, ou alors que des ajustements de comparabilité suffisamment fiables peuvent être effectués pour éliminer ces différences.

C.2 Application d'une méthode unilatérale : identification de la partie testée et choix de l'indicateur financier pertinent

(i) Différence entre méthode unilatérale et analyse unilatérale

148. L'application d'une méthode unilatérale n'exige pas l'examen d'un indicateur financier concernant la partie non testée. Toutefois, comme le fait observer l'OCDE dans le cadre de son examen des méthodes de bénéfices,³² une analyse fonctionnelle est toujours nécessaire pour qualifier convenablement la transaction entre les parties et choisir la méthode de prix de transfert la plus appropriée ; or, cette analyse fonctionnelle suppose généralement le recueil de données qualitatives, non financières, à la fois sur la partie testée et sur la partie non testée. En d'autres termes, le choix d'une méthode unilatérale ne signifie pas qu'une analyse unilatérale suffise.

149. Dans les situations de réorganisations d'entreprise, il s'ensuit que même lorsqu'une méthode unilatérale est appliquée aux transactions entre une entité restructurée et une partie associée étrangère (par exemple un donneur d'ordre étranger), des informations sur les activités de ce dernier (en d'autres termes sur la partie non testée) sont nécessaires pour effectuer l'analyse fonctionnelle des transactions contrôlées et choisir la méthode de prix de transfert la plus appropriée. Il s'agit là d'un aspect important, car il est fréquent que des questions se posent quant à la nature et à l'ampleur des activités d'une partie associée étrangère qui bénéficie du transfert, par la partie testée, de fonctions, actifs et risques et des bénéfices qui y sont associés.

(ii) Déterminer la partie testée et choisir un indicateur basé sur les coûts, sur les ventes, sur les actifs, ou un autre indicateur financier

150. En général, les méthodes de fixation des prix de transfert définies par l'OCDE font appel à des indicateurs financiers qui reposent soit sur les coûts (prix de revient majoré, méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts), soit sur les ventes (prix de revente, méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les ventes), soit sur les actifs (méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les actifs).

151. En règle générale, quand on utilise une méthode unilatérale, la partie testée est celle à laquelle on peut appliquer une méthode de prix de transfert avec le plus de fiabilité et pour laquelle il est possible de trouver les comparables les plus fiables, c'est-à-dire, dans la pratique, celle dont l'analyse fonctionnelle est la moins complexe. Habituellement, les indicateurs basés sur les coûts sont utilisés pour les activités de fabrication et de services (voir le paragraphe 2.32 des Principes directeurs), tandis que ceux basés sur les ventes sont employés pour les activités de vente (voir le paragraphe 2.14 des Principes) et ceux basés sur les actifs pour les activités à forte intensité d'actifs. Selon l'OCDE, il convient de choisir un indicateur qui (i) n'est pas affecté par la transaction contrôlée elle-même ; (ii) est lié au principal déterminant de valeur de la transaction et (iii) peut être mesuré et faire l'objet d'une comparaison dans des conditions raisonnables.

152. Plusieurs pays déclarent avoir observé des accords post-réorganisation dans le cadre desquels les activités de vente exercées par l'intermédiaire d'un commissionnaire ou d'un agent commercial étaient

³² Voir le document de discussion sur les méthodes transactionnelles de bénéfices publié le 25 janvier 2008, paragraphe 52 (<http://www.oecd.org/dataoecd/18/48/39915180.pdf>).

rémunérées sur la base de la méthode du prix de revient majoré ou de la méthode transactionnelle de la marge nette. La question a été posée de savoir si une telle pratique est conforme au principe de pleine concurrence. En pareil cas, les contribuables avancent souvent que le commissionnaire ou l'agent commercial n'est pas propriétaire des biens vendus et se borne à fournir un service au donneur d'ordre, service pour lequel une rémunération fixée sur la base de la méthode du prix de revient majoré ou de la méthode transactionnelle de la marge nette pourrait être appropriée. Pour déterminer si le principe de pleine concurrence est respecté, il convient d'examiner si des parties indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence conviendraient d'une rémunération basée sur les coûts au titre d'activités de commissionnaire ou d'agent commercial. L'OCDE estime que la rémunération de pleine concurrence d'activités de vente (qu'il s'agisse d'activités d'achat et de revente, ou d'activités de commissionnaire ou d'agent commercial) doit généralement être basée sur un indicateur de chiffre d'affaires, sauf s'il est établi que, dans des circonstances comparables, des parties indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence en décideraient autrement. L'association d'un indicateur basé sur les coûts (par exemple le ratio de Berry) et d'un indicateur basé sur le chiffre d'affaires peut aussi être acceptable si les circonstances s'y prêtent, par exemple si l'entité qui effectue la vente (le commissionnaire ou l'agent commercial) engage des dépenses promotionnelles élevées au titre d'un service rendu au donneur d'ordre, en plus de ses activités de vente (voir le paragraphe 2.24 des Principes directeurs eu égard à la méthode du prix de revente).³³

(iii) *Considérations particulières relatives à la méthode du prix de revient majoré et à la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts*

153. Outre la question de savoir si la méthode du prix de revient majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts sont adaptées à tel ou tel accord post-réorganisation, l'application de ces méthodes soulève d'autres interrogations, qui concernent la détermination de la base de coûts et du taux de marge (méthode du prix de revient majoré) ou du ratio de marge nette sur coûts (méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts).

154. Concernant la détermination d'une base de coûts de pleine concurrence, l'un des problèmes fréquemment rencontrés dans le cadre des accords post-réorganisation a trait à la pratique consistant à répercuter sans marge une part importante des coûts du contribuable. Il convient de se demander si une telle pratique est conforme au principe de pleine concurrence, en d'autres termes de déterminer dans quelle mesure, dans des circonstances comparables, des parties indépendantes accepteraient de répercuter ces coûts sans marge au lieu de les traiter comme des coûts à valeur ajoutée. Lorsqu'une telle pratique est conforme au principe de pleine concurrence, elle a des conséquences sur la détermination de l'intervalle de pleine concurrence, puisque pour comparer ce qui est comparable, il faudra comparer le taux de marge (méthode du prix de revient majoré) ou le ratio de marge nette sur coûts (méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts) au taux de marge ou au ratio de marge nette sur coûts réalisés dans des transactions comparables indépendantes, calculés en excluant de la base les mêmes catégories de coûts que celles qui ont été exclues pour le contribuable. Dans la pratique, cet exercice peut se révéler difficile du fait que bien souvent, les données financières publiques sur les transactions réalisées par des indépendants ne permettent pas de procéder à ce retraitement.

155. La question se pose également de savoir s'il convient d'utiliser, pour l'application de la méthode de prix de transfert, les coûts réels, les coûts standards ou les coûts prévisionnels. L'utilisation des coûts réels peut poser un problème parce qu'elle peut ne pas inciter la partie testée à maîtriser soigneusement ses

³³ Voir le document de discussion de janvier 2008 sur l'application des méthodes transactionnelles de bénéfiques (<http://www.oecd.org/dataoecd/18/48/39915180.pdf>), partie C de la note thématique n° 6, pour une réflexion similaire sur le choix de l'indicateur de marge nette dans le contexte de la méthode transactionnelle de la marge nette.

coûts. Dans les accords entre parties indépendantes, il n'est pas rare que le calcul de la rémunération intègre un objectif de réduction des coûts. Reste à savoir si des mécanismes similaires pourraient être pris en compte pour l'application de la méthode du prix de revient majoré et de la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts.

156. Ces questions ne sont pas propres aux réorganisations d'entreprises et seront par conséquent analysées par l'OCDE dans le contexte plus large de son examen de la comparabilité et des méthodes de bénéfices.³⁴

(iv) *Une fois la partie testée et l'indicateur financier pertinent sélectionnés: déterminer s'il convient d'employer une méthode traditionnelle basée sur les transactions (prix de revient majoré ou prix de revente) ou une méthode transactionnelle basée sur les bénéfices (méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts, sur les ventes ou sur les actifs)*

157. Selon les Principes directeurs, les méthodes traditionnelles basées sur les transactions doivent être préférées aux méthodes transactionnelles de bénéfices, sauf lorsqu'il n'est pas possible de les appliquer de manière suffisamment fiable en raison du manque de données comparables d'assez bonne qualité. En effet, les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions sont considérées comme le moyen le plus direct de déterminer si les conditions des relations commerciales et financières entre les entreprises associées sont des conditions de pleine concurrence. Par conséquent, lorsqu'elles peuvent être appliquées avec une fiabilité suffisante, il convient de privilégier la méthode du prix de revient majoré par rapport à la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les coûts, et la méthode du prix de revente par rapport à la méthode transactionnelle de la marge nette basée sur les ventes.

158. Comme indiqué dans la partie A.2 ci-dessus, l'OCDE procède actuellement à un examen des méthodes de bénéfices, y compris de leur statut de méthodes de dernier ressort, et de l'identification des situations auxquelles elles doivent être appliquées. Les conclusions de ces travaux devront être prises en compte lors de la finalisation des orientations sur le choix et l'application des méthodes de prix de transfert pour les accords post-réorganisation.³⁵

C.3 Déterminer si la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est adaptée

159. Les réorganisations d'entreprises étant susceptibles d'entraîner le transfert de risques et/ou d'actifs incorporels significatifs à une partie associée étrangère, l'un des aspects essentiels de la fixation des prix de transfert consiste à déterminer la nature et l'étendue des risques et actifs incorporels conservés par l'entité restructurée ou entité « limitée ». Cette analyse apportera notamment un éclairage pour décider s'il y a lieu d'appliquer la méthode transactionnelle du partage des bénéfices aux transactions contrôlées post-réorganisation, conformément aux orientations générales sur les circonstances dans lesquelles appliquer cette méthode, qui figurent dans les Principes directeurs et qui sont actuellement en cours de révision. Voir la partie A ci-dessus.

160. Dans les réorganisations d'entreprises, comme dans tous les cas de prix de transfert, il faut notamment que la méthode de prix de transfert choisie soit cohérente par rapport à l'analyse de comparabilité, en particulier par rapport à l'analyse fonctionnelle de la transaction contrôlée examinée.

³⁴ Pour un examen de ces questions, voir le document de discussion de janvier 2008 sur les méthodes transactionnelles de bénéfices, (<http://www.oecd.org/dataoecd/18/48/39915180.pdf>), note thématique n° 6 paragraphes 156 à 160.

³⁵ Voir le rapport de discussion de janvier 2008 sur l'application des méthodes transactionnelles de bénéfices (<http://www.oecd.org/dataoecd/18/48/39915180.pdf>), note thématique n° 1.

161. Dans certains cas, il peut y avoir désaccord entre les autorités fiscales et le contribuable sur les conclusions de l'analyse de comparabilité, y compris de l'analyse fonctionnelle, et/ou sur le choix de la méthode de prix de transfert. Ce problème n'est pas spécifique aux réorganisations d'entreprises. Toutefois, il peut avoir une acuité particulière dans ce contexte si les désaccords portent sur la réalité et la conformité au principe de pleine concurrence des transferts de fonctions, actifs et risques présentés par le contribuable. Par exemple, il peut arriver qu'un contribuable présente une activité de distribution restructurée comme une activité dans le cadre de laquelle des fonctions limitées « référençables » sont exercées, l'utilisation d'actifs incorporels est négligeable ou nulle, et les risques assumés sont négligeables ou nuls, tandis que les autorités fiscales constatent, en vérifiant l'analyse fonctionnelle, que le distributeur restructuré continue en fait d'exécuter certaines fonctions (par exemple des fonctions stratégiques) qui ne sont pas « référençables » qu'on ne trouve pas dans les comparables, et/ou qu'il possède et utilise des actifs incorporels locaux uniques, et/ou qu'il continue d'assumer des risques de marché importants. Ces désaccords sur la situation factuelle conduisent parfois les autorités fiscales à contester le choix de la méthode de prix de transfert proposée par le contribuable. Il peut arriver que, compte tenu de l'analyse de comparabilité qu'il a effectuée, le contribuable parvienne à la conclusion que la méthode appropriée est celle du prix de revient majoré, du prix de revente ou la méthode transactionnelle de la marge nette, tandis que les autorités fiscales estiment, d'après leur vérification de l'analyse et leur appréciation des faits, que la méthode transactionnelle du partage des bénéfices serait plus appropriée ou que les comparables utilisés pour mettre en œuvre l'une des méthodes unilatérales choisies par le contribuable doivent être remplacés et/ou ajustés.

162. Il est nécessaire de conduire une analyse de comparabilité suffisamment fiable, notamment une analyse fonctionnelle comportant une identification des fonctions exercées, actifs utilisés et risques assumés par l'entité restructurée et par la partie associée étrangère, ainsi qu'un examen détaillé des dispositions contractuelles et de leur cohérence par rapport au comportement effectif des parties. L'analyse ne devrait pas s'arrêter au label assigné à l'entité restructurée, puisque qu'il se peut qu'en réalité une entité qualifiée de « commissionnaire » ou de « distributeur limité » possède des actifs incorporels locaux de valeur et continue d'assumer des risques de marché significatifs, et qu'un « sous-traitant » conduise des activités de recherche et développement significatives ou possède et utilise des actifs incorporels uniques. Si des contributions « non référençables » significatives (*par exemple* l'utilisation d'actifs incorporels significatifs ou la prise de risques significatifs ne pouvant pas faire l'objet d'une comparaison) sont effectuées à la fois par la partie associée étrangère et par l'entité restructurée, une méthode de partage des bénéfices pourrait vraisemblablement être appropriée, comme indiqué aux paragraphes 126 et 129 ci-dessus, et ce quel que soit le label formellement assigné à la transaction. Par ailleurs, dans certains cas, la méthode du partage des bénéfices peut être utilisée comme test de cohérence, pour vérifier les résultats obtenus par l'utilisation d'une autre méthode qui est la méthode principale.³⁶

163. Toutefois, l'exercice de fonctions de valeur, l'utilisation d'actifs incorporels et la prise de risques dans le cadre d'une transaction contrôlée ne justifient pas toujours le recours à la méthode transactionnelle du partage des bénéfices. Toutes les entreprises utilisent des actifs incorporels (*par exemple* des processus opérationnels, des logiciels) et assument des risques. Lorsque les actifs incorporels utilisés ne sont pas uniques et que les risques ne sont pas particulièrement significatifs, il peut être possible d'employer soit une méthode traditionnelle, soit une méthode transactionnelle de la marge nette, parce que l'on peut présumer que les comparables utilisent aussi des actifs incorporels comparables et assument des risques comparables, ou parce que ces actifs incorporels et ces risques ne créent pas de différence significative entre les transactions contrôlées et les transactions indépendantes auxquelles elles sont comparées, ou

³⁶ Sur la différence entre l'emploi d'une méthode principale et un test de cohérence, voir le document de discussion de janvier 2008 sur les méthodes transactionnelles de bénéfices (<http://www.oecd.org/dataoecd/18/48/39915180.pdf>), note thématique n° 2.

encore parce que des ajustements de comparabilité suffisamment fiables peuvent être effectués pour éliminer les effets de ces différences.

164. Par exemple, en ce qui concerne la méthode du prix de revente, le paragraphe 2.24 des Principes directeurs reconnaît que les activités d'un revendeur peuvent varier fortement, allant du cas où il exécute uniquement un service minimal en tant que transitaire, au cas où il assume la totalité des risques attachés à la propriété ainsi que la responsabilité totale et les risques liés à la publicité, la commercialisation, la distribution et l'octroi de garanties sur les marchandises, au financement des stocks et à la fourniture de services connexes. En pareil cas, il peut être possible d'appliquer la méthode du prix de revente mais le montant de la marge sur prix de revente dépendra de l'étendue des activités exercées par le revendeur. Le paragraphe 2.24 des Principes ajoute que « la marge sur le prix de revente peut être plus importante lorsque l'on peut établir que le revendeur détient un certain savoir-faire dans la commercialisation de ces biens, c'est-à-dire qu'il assume de fait certains risques, ou qu'il contribue de façon sensible à la création ou l'entretien d'actifs incorporels liés au produit » et dispose en outre que, lorsqu'une partie - voire l'essentiel - des dépenses promotionnelles ont clairement été encourues dans le cadre d'une prestation de services rendue au propriétaire juridique de la marque, la méthode du prix de revient majoré peut fort bien être utilisée en complément de celle du prix de revente. C'est pourquoi les Principes directeurs ne prescrivent pas l'emploi systématique de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices à chaque fois que des risques et actifs incorporels spécifiques sont impliqués. Ceci dépend bien sûr de l'existence de données suffisamment fiables, éventuellement ajustées, sur des comparables (voir le paragraphe 2.25 des Principes directeurs).

165. En l'absence de données comparables de qualité suffisante pour employer une autre méthode, il peut être envisagé, si les circonstances s'y prêtent (*par exemple* si l'absence de telles données est due au fait que chacune des parties à la transaction effectue des contributions significatives pour lesquelles il n'y a pas de comparables), d'utiliser la méthode transactionnelle du partage des bénéfices sans données comparables (voir le paragraphe 3.6 des Principes directeurs). Toutefois, même lorsque les données comparables sont peu nombreuses et imparfaites, le choix de la méthode de prix de transfert doit être cohérent par rapport à l'analyse fonctionnelle des parties. Par exemple, il est peu probable que la méthode transactionnelle du partage des bénéfices soit la méthode la plus appropriée pour des activités de sous-traitance ou des prestations de services pour lesquelles le sous-traitant ou prestataire de services n'effectue pas de contributions « non référençables » significatives, telles que des actifs incorporels ou des risques, et ce même s'il peut parfois être difficile de trouver des comparables.

C.4 Application de la méthode de prix de transfert choisie : identifier des comparables potentiels

166. Les accords post-réorganisation peuvent soulever quelques difficultés quant à l'identification de comparables potentiels si la réorganisation met en œuvre un modèle opérationnel rarement rencontré entre entreprises indépendantes.

167. Comme souligné dans la partie C.1 ci-dessus au sujet de la méthode du prix comparable sur le marché libre, il est toutefois possible que des comparables, y compris des comparables internes, existent, éventuellement sous réserve que des ajustements de comparabilité soient effectués.

168. Lorsqu'un comparable est proposé, il est important de réaliser une analyse de comparabilité suffisamment fiable pour identifier d'éventuelles différences significatives entre les transactions contrôlées et les transactions indépendantes et, si nécessaire et si possible, procéder à des ajustements pour éliminer les effets de ces différences. En particulier, il est possible que l'analyse de comparabilité révèle que l'entité restructurée continue d'exercer des fonctions de valeur significatives, et/ou la présence d'actifs incorporels locaux et/ou de risques significatifs qui demeurent dans l'entité « limitée » après la réorganisation, mais ne

se trouvent pas dans les comparables proposés. Voir la partie B sur les différences possibles entre activités restructurées et activités nouvellement créées.

169. L'identification de comparables potentiels doit avoir pour but de trouver les meilleures données disponibles, même s'il est reconnu que, dans certaines situations, les données ne seront pas parfaites. Il existe également des cas où, faute de données comparables satisfaisantes, il peut être nécessaire de déterminer les conditions dont auraient convenu les parties en situation de pleine concurrence. Malgré les difficultés auxquelles se heurte parfois la recherche de comparables, il est nécessaire de trouver une solution raisonnable pour tous les cas de prix de transfert. Comme le relèvent les paragraphes 142 et 160, même lorsque les données comparables sont peu nombreuses et imparfaites, le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée doit être cohérent avec l'analyse fonctionnelle des parties.

C.5 Exemple : mise en œuvre d'une fonction de centrale d'achat

170. Cette partie illustre l'application du principe de pleine concurrence dans le cas de la mise en place d'une fonction de centrale d'achat. Elle témoigne de l'importance capitale des analyses de comparabilité, en particulier de l'analyse fonctionnelle, pour la compréhension du rôle joué par chacune des parties dans la création de synergies, la réduction de coûts et autres effets d'intégration. La liste ci-après n'est pas exhaustive et ne couvre que les situations les plus fréquentes. La réponse à la question de savoir quelle(s) méthode(s) de fixation des prix de transfert est (sont) conforme(s) au principe de pleine concurrence dépend des caractéristiques du cas d'espèce.

171. Supposons qu'un groupe multinational mette en place une centrale d'achat, chargée de négocier, avec des fournisseurs tiers, les achats de matières premières utilisées par toutes les usines du groupe dans leurs processus de fabrication. En fonction notamment de l'analyse fonctionnelle de chacune des usines et de la centrale d'achat, ainsi que des dispositions contractuelles convenues entre elles, divers mécanismes de rémunération et méthodes de prix de transfert peuvent être envisagés.

172. Tout d'abord, dans certains cas, la méthode du prix comparable pourra être employée. Supposons que la centrale d'achat achète les matières premières à des fournisseurs tiers et les revende aux usines. La méthode du prix comparable sera peut-être applicable si les matières premières sont négociées sur un marché de produits courants (voir le paragraphe 2.11 des Principes directeurs). Il est également possible que le prix payé par les usines avant la mise en place de la centrale d'achat ou celui payé par des parties indépendantes pour des matières premières comparables puisse, sous réserve d'un examen des faits et circonstances, être utilisé comme prix comparable sur le marché libre pour déterminer le prix auquel les usines devraient acheter les matières premières à l'entité centrale. Toutefois, à défaut d'ajustement, l'utilisation de ce prix comparable pourrait conduire à attribuer toutes les réductions de coûts à la centrale d'achat. Il faut donc se demander si le principe de pleine concurrence exige un ajustement du prix comparable, afin d'attribuer aux usines une fraction des économies réalisées. En effet, lorsque des parties indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence mettent en place des structures communes d'achat (par exemple des coopératives), leur objectif est généralement de partager les économies entre les membres de la structure.

173. Dans les cas où il n'est pas possible d'utiliser la méthode du prix comparable sur le marché libre, par exemple parce que le prix des matières premières fluctue et que le prix payé par les usines avant la mise en place de la centrale d'achat ne peut pas servir de référence, l'emploi de la méthode du prix de revient majoré peut être envisagé. On peut par exemple imaginer que la centrale d'achat achète les matières premières à des fournisseurs tiers et les revende à leur prix de revient majoré, c'est-à-dire à un prix égal au nouveau prix d'achat des matières premières par la centrale d'achat majoré d'une marge de pleine concurrence. En pareil cas, le taux de marge attribué à la centrale d'achat doit être comparable à celui réalisé dans le cadre d'activités de négoce comparables sur le marché libre.

174. Dans certains cas, la centrale d'achat agit en qualité d'agent des fournisseurs ou des acheteurs (ou des deux) et est rémunérée par une commission payée soit par les fournisseurs, soit par les acheteurs (soit par les deux). Cette situation peut se présenter lorsque la centrale d'achat négocie avec les fournisseurs tiers mais n'acquiert pas les stocks, c'est-à-dire que les usines continuent d'acquérir les matières premières directement auprès des fournisseurs, mais à un prix réduit obtenu grâce à l'intervention de la centrale d'achat et à la participation du groupe d'usines à l'accord. La commission peut être proportionnelle aux achats (surtout lorsqu'elle est payée par les fournisseurs) ou aux remises obtenues (surtout si elle est payée par les usines). Elle doit être comparable à celle qui serait appliquée entre parties indépendantes pour une fonction d'agent comparable exécutée dans des circonstances similaires.

175. Il est possible que ce qui serait à première vue considéré, du point de vue de la centrale d'achat, comme une marge sur coûts ou une commission de pleine concurrence, conduite en fait à fixer, pour les usines, des prix d'achat supérieurs à ceux qu'elles pourraient elles-mêmes négocier. Si les surcoûts pour les usines sont significatifs (*par exemple*, s'ils ont, de manière récurrente, une incidence significative sur le portefeuille de produits qui transite par la centrale d'achat), on peut se demander si, et au nom de quelle logique économique, des fabricants indépendants agissant dans des conditions de pleine concurrence auraient accepté de payer ces prix plus élevés ; ou si, dans des conditions de pleine concurrence, la centrale d'achat devrait supporter tout ou partie des inefficiences sous forme d'une réduction de ses prix de vente aux usines. La réponse dépendra des spécificités du cas d'espèce. L'analyse tiendra compte des avantages que les parties (usines et centrale d'achat) pouvaient raisonnablement escompter retirer de la mise en place de cette fonction de centrale d'achat ; et de l'examen des autres options réalistes qui auraient été envisageables en situation de pleine concurrence - y compris, éventuellement, la solution consistant à ne pas participer à la centrale d'achat si les avantages escomptés sont inférieurs à ceux offerts par d'autres options. Lorsqu'il apparaît que les parties pouvaient raisonnablement escompter des avantages, il est convenu d'examiner les raisons de l'inefficience apparente de la centrale d'achat, les conditions contractuelles qui régissent son fonctionnement et l'analyse fonctionnelle des fabricants et de la centrale, en particulier les rôles et responsabilités de chacun dans les décisions qui sont à l'origine de cette inefficience. Cet examen devrait permettre de déterminer à quelle(s) partie(s) et dans quelle(s) proportion(s) les coûts des inefficiences doivent être attribués. S'il en ressort que les inefficiences sont attribuables à la centrale d'achat, il peut notamment être envisagé de fixer le prix des ventes aux usines en se fondant sur un prix comparable sur le marché libre, c'est-à-dire sur les prix que les usines pourraient négocier sur le marché libre pour des produits et dans des circonstances comparables. Toutefois, il ne faut pas en déduire que toute inefficience doit, par défaut, être attribuée à la centrale d'achat ou que les effets positifs des synergies doivent systématiquement être répartis entre les membres du groupe.

176. Enfin, dans certains cas, les économies (ou les coûts) induit(e)s par la centralisation de la fonction d'achat peuvent être réparti(e)s entre la centrale d'achat et les usines, via un mécanisme de partage des bénéfices.

D - Lien entre la rémunération de la réorganisation et celle des transactions conclues ultérieurement

177. Dans certaines circonstances, il peut exister un lien étroit entre la rémunération des opérations de réorganisation et la rémunération de pleine concurrence des activités post-réorganisation. Cela peut être le cas lorsqu'un contribuable cède des activités à une partie associée avec laquelle il doit ensuite avoir des relations commerciales dans le cadre desdites activités. La note thématique intitulée « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites » donne un exemple de ce lien dans la partie C.4 consacrée à l'externalisation.³⁷

³⁷ Voir également la partie C.2(i) de cette note.

178. Un autre exemple serait le cas où un contribuable exerçant des activités de fabrication et de commercialisation se restructure en cédant son activité de commercialisation à une partie associée étrangère à laquelle il vendra par la suite les produits qu'il fabrique. La partie associée étrangère escomptera pouvoir obtenir une rémunération de pleine concurrence en contrepartie de l'investissement que représentent l'acquisition et l'exploitation de l'activité. Dans une telle situation, le contribuable conviendra peut-être avec la partie étrangère de renoncer à tout ou partie de la rémunération initiale qui pourrait, dans des conditions de pleine concurrence, lui être dû en contrepartie de l'activité, au profit d'avantages financiers similaires découlant, sur le long terme, de la vente de ses produits à la partie étrangère à des prix supérieurs à ceux que cette dernière accepterait de payer si elle effectuait un paiement initial. L'autre possibilité consisterait, pour les parties, à convenir de fixer un paiement initial qui soit en partie compensé par la fixation, pour les produits fabriqués, de prix de transfert plus faibles que ceux qui auraient été pratiqués dans d'autres circonstances. Concernant les situations dans lesquelles la rémunération serait due dans des conditions de pleine concurrence pour la réorganisation proprement dite, voir la note thématique n° 2.

179. En d'autres termes, dans cette situation où le contribuable continue d'avoir, en qualité de fournisseur, une relation commerciale avec la partie étrangère qui reprend l'activité qu'il exerçait auparavant, le contribuable et la partie étrangère ont la possibilité de retirer des avantages économiques et commerciaux de cette relation (par exemple, eu égard au prix de vente des produits) qui peuvent expliquer par exemple l'absence de rémunération initiale pour l'activité, ou des prix de transfert ultérieurs pour les produits qui soient différents de ceux qui auraient été négociés en l'absence de réorganisation.

180. Une telle situation est un cas bien particulier. Dans la pratique, elle peut être difficile à structurer et à suivre. Bien que les contribuables soient libres de choisir d'être rémunérés sous forme d'un paiement initial ou d'un paiement étalé dans le temps, les autorités fiscales, lorsqu'elles examinent de tels accords, voudront savoir quelle incidence le fait d'avoir par exemple renoncé à une rémunération pour la réorganisation a eu sur la rémunération de l'activité post-réorganisation. Plus précisément, en pareil cas, les autorités fiscales voudront examiner l'intégralité des accords et une évaluation séparée de la rémunération de la réorganisation et de celle des transactions post-réorganisation.

E - Comparaison des bénéfices réalisés avant et après la réorganisation

181. La question du rôle éventuel des comparaisons qui peuvent être faites entre les bénéfices réalisés par une partie à une transaction contrôlée avant et après la réorganisation a été soulevée. Il a en particulier été demandé s'il serait pertinent de déterminer les bénéfices réalisés par une entité après sa réorganisation sur la base de ceux qu'elle réalisait avant d'être restructurée, en procédant à des ajustements pour tenir compte du transfert ou de l'abandon de certaines fonctions ou de certains actifs et risques.

182. Un problème important soulevé par de telles comparaisons « avant / après » est qu'une comparaison avec les bénéfices réalisés avant la réorganisation dans le cadre de transactions contrôlées ne suffirait pas à satisfaire l'obligation d'une comparaison avec des transactions indépendantes, énoncée à l'Article 9 du Modèle de convention fiscale. Dans le cadre de son examen des questions de comparabilité, l'OCDE a examiné la question des comparaisons avec des transactions contrôlées. L'OCDE est parvenue à la conclusion provisoire que les transactions contrôlées ne devaient en aucun cas servir de base à un ajustement des prix de transfert, mais que les informations sur ces transactions pouvaient être précieuses et se révéler utiles, en particulier dans le cadre d'un processus d'évaluation des risques.

183. L'autre problème posé par les comparaisons « avant / après » concerne la difficulté à laquelle est susceptible de se heurter l'évaluation des fonctions, actifs et risques auxquels a renoncé l'entité

restructurée, compte tenu que ces fonctions, actifs et risques ne sont pas toujours transférés à une autre partie.³⁸

184. Reste que dans le cadre des réorganisations d'entreprises, les comparaisons « avant / après » pourraient permettre de mieux comprendre la réorganisation et pourraient constituer contribuer à une analyse de comparabilité « avant / après » (notamment une analyse fonctionnelle), permettant de comprendre quels sont les déterminants de valeur et les changements à l'origine de la modification de l'allocation des profits entre les parties. En effet, les informations sur les accords qui existaient avant la réorganisation et sur les conditions de celle-ci peuvent se révéler essentielles pour comprendre le contexte dans lequel les accords post-réorganisation ont été mis en place et pour évaluer s'ils sont conformes au principe de pleine concurrence. Elles peuvent aussi apporter un éclairage sur les options réalistes qui se seraient offertes à l'entité restructurée dans des conditions de pleine concurrence.³⁹

185. Toute analyse prix de transfert d'une réorganisation d'entreprise doit tenir compte des changements effectivement intervenu concernant les cinq facteurs de comparabilité. L'analyse de comparabilité (notamment fonctionnelle) de l'activité avant et après la réorganisation peut démontrer que si certaines fonctions, certains actifs et certains risques ont été transférés, d'autres relèvent peut-être toujours de l'entité « limitée » qui exerce désormais son activité comme prestataire ou sous-traitant de la partie associée étrangère. Comme indiqué dans la partie C de la présente note, un examen attentif des rôles respectifs de la partie associée étrangère et de l'entité « limitée » permettra de déterminer la méthode de prix de transfert à retenir, et d'apprécier par exemple s'il y a lieu, ou non, d'attribuer l'intégralité du bénéfice résiduel à la partie associée étrangère, compte tenu des risques et actifs incorporels respectifs des deux parties.

186. Les comparaisons « avant / après » peuvent également servir de test de cohérence. Ainsi, il est souvent utile de confronter la baisse des bénéfices réalisés par l'entité « limitée » dans le cadre de transactions contrôlées suite à une réorganisation, à la nature et à l'ampleur des fonctions, actifs et risques liés auxdites transactions qui ont été transférés ou perdus lors de la réorganisation. S'il apparaît que la valeur de ces fonctions, actifs et risques transférés ou perdus n'est pas suffisante pour expliquer la baisse des bénéfices, cela peut signifier que les bénéfices sont inférieurs à des bénéfices de pleine concurrence, ou que les bénéfices antérieurs à la réorganisation étaient supérieurs à des bénéfices de pleine concurrence ; selon les circonstances propres à la situation, cela peut aussi être dû à la conjugaison de ces deux explications.

187. Il y a aussi des situations où il est possible d'effectuer des comparaisons « avant / après » parce que les transactions pré-réorganisation n'étaient pas des transactions contrôlées, par exemple si la réorganisation fait suite à une acquisition et si des ajustements de comparabilité fiables peuvent être effectués pour éliminer les effets des différences entre les transactions non-contrôlées réalisées avant la réorganisation et les transactions contrôlées post-réorganisation. Un exemple est donné au paragraphe 146 ci-dessus. Comme toujours, la possibilité d'utiliser de telles transactions non-contrôlées comme comparables doit être évaluée en fonction de la possibilité de réaliser des ajustements fiables pour tenir

³⁸ Sur le transfert de fonctions, d'actifs et de risques, voir la note thématique n° 2 intitulée « Rémunération de pleine concurrence des opérations de réorganisation proprement dites ».

³⁹ En ce qui concerne les options réalistes envisageables, voir la partie A.3 de la note thématique n° 2, intitulée « Rémunération de pleine concurrence des opérations de réorganisation proprement dites » ; voir également la partie B.2 de la note thématique n° 3 concernant les différences factuelles qui peuvent exister entre les situations qui résultent d'une réorganisation et celles qui ont été structurées de la même manière depuis le départ, et l'incidence de ces différences sur les options réalistes qui s'offrent aux parties lorsqu'elles négocient les conditions du nouvel accord et par conséquent sur les conditions de la réorganisation et/ou des transactions post-réorganisation.

compte des différences, par rapport à d'autres comparables qui nécessiteront peut-être moins d'ajustements.

F - Économies de localisation

188. Les économies de localisation sont les économies qui peuvent être réalisées par un groupe multinational qui transfère certaines de ses activités vers un lieu où les coûts (coûts de main-d'œuvre, coûts immobiliers, etc.) sont moins élevés que dans le lieu où il exerçait initialement ses activités, compte tenu des éventuels coûts de délocalisation (tels que les éventuels coûts de fermeture de l'activité existante, les coûts d'infrastructure éventuellement plus élevés dans le pays où l'activité est délocalisée, des coûts de transport plus élevés si la nouvelle entité est plus éloignée du marché, les coûts de formation du personnel local, etc.). Lorsqu'une stratégie visant à réaliser des économies de localisation est citée comme motivation commerciale d'une réorganisation, les orientations figurant au Chapitre I, section C (i) (b) (5) des Principes directeurs s'appliquent. Il peut notamment être utile, comme le souligne le paragraphe 1.31 des Principes, d'examiner si la stratégie en question est le fait du groupe multinational ou d'un membre du groupe agissant isolément, et de définir la nature et le degré de la participation des autres membres du groupe nécessaire à la mise en œuvre de cette stratégie.

189. Lorsqu'une réorganisation entraîne des économies de localisation significatives, il convient de se demander si et, le cas échéant, comment, ces économies doivent être réparties entre les parties. La réponse devrait à l'évidence dépendre de ce dont des parties indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence auraient convenu dans des circonstances similaires. En principe, elle dépend des fonctions, actifs et risques de chacune des parties et de leur pouvoir de négociation.

190. Prenons l'exemple d'une entreprise qui dessine, fabrique et vend des vêtements de marque. Supposons que le processus de fabrication soit simple, et que la marque soit célèbre et constitue un actif incorporel de grande valeur. Supposons en outre que l'entreprise soit établie dans le pays A, dans lequel les coûts de main-d'œuvre sont élevés, et décide de cesser ses activités de fabrication dans ce pays pour les transférer à une entité associée, implantée dans le pays B, où les coûts de main-d'œuvre sont nettement plus faibles. L'entreprise implantée dans le pays A conserve les droits sur la marque et continue de dessiner les vêtements. Après cette réorganisation, les vêtements seront fabriqués par la société associée dans le pays B, dans le cadre d'un accord de sous-traitance. Cet accord n'implique ni l'utilisation d'actifs incorporels de valeur détenus par ou concédés à l'entreprise associée, ni que l'entreprise associée dans le pays B assume des risques significatifs. Les vêtements fabriqués par l'entreprise associée dans le pays B seront ensuite vendus à l'entreprise du pays A, qui les revendra à des clients tiers. Supposons que cette réorganisation permette au groupe formé par l'entreprise du pays A et l'entreprise associée implantée dans le pays B de réaliser des économies de localisation significatives. Il convient de se demander si ces économies doivent être attribuées à l'entreprise du pays A, à l'entreprise associée du pays B, ou aux deux (et, dans ce cas, dans quelle proportion).

191. Dans cet exemple, étant donné que l'activité délocalisée est soumise à une forte concurrence, l'entreprise du pays A aurait vraisemblablement, comme options réalistes envisageables, la possibilité de faire appel soit à l'entreprise associée implantée dans le pays B, soit à un fabricant tiers. Par conséquent, il doit être possible de trouver des données sur des comparables suffisamment fiables pour déterminer les conditions dans lesquelles une partie tierce agissant dans des conditions de pleine concurrence serait prête à fabriquer les vêtements pour l'entreprise A. Dans une situation de ce type, un sous-traitant agissant dans des conditions de pleine concurrence se verrait en général attribuer une fraction très faible, voire nulle des économies de localisation. S'il en était autrement, sa situation ne serait pas la même que celle de fabricants indépendants, ce qui serait contraire au principe de pleine concurrence.

192. Prenons maintenant l'exemple d'une entreprise située dans le pays X et fournissant des services d'ingénierie très spécialisés à des clients indépendants. L'entreprise est très réputée pour la qualité de ses services. Le prix qu'elle facture à ses clients indépendants est basé sur un tarif horaire fixe du même ordre que celui appliqué par ses concurrents pour des services similaires sur le même marché. Supposons que les salaires versés aux ingénieurs qualifiés dans le pays X soient très élevés. Quelque temps plus tard, l'entreprise ouvre une filiale dans le pays Y, où elle recrute des ingénieurs possédant la même qualification mais percevant un salaire nettement plus faible, et sous-traite une forte proportion de son activité d'ingénierie à cette filiale, ce qui lui permet de réaliser des économies de localisation substantielles pour le groupe qu'elle constitue avec sa filiale. Les clients continuent de traiter directement avec l'entreprise implantée dans le pays X et n'ont pas nécessairement connaissance du fait qu'elle sous-traite ses activités. Pendant quelque temps, cette entreprise réputée continue de pratiquer les mêmes tarifs horaires, malgré la baisse substantielle de ses coûts. Toutefois, après un certain temps, la concurrence l'oblige à baisser ses tarifs et à répercuter une partie de ses économies de localisation sur ses clients. En pareil cas, il y a lieu de se demander à quel(s) membre(s) du groupe multinational il convient d'attribuer les économies de localisation pour que le principe de pleine concurrence soit respecté : à la filiale dans le pays Y, à l'entreprise dans le pays X ou aux deux (et, dans ce cas, dans quelle proportion).

193. Dans cet exemple, il est possible que les services d'ingénierie de ce type fassent l'objet d'une forte demande et que la filiale implantée dans le pays Y soit la seule entreprise capable de les fournir avec le niveau de qualité requis, de sorte que l'entreprise implantée dans le pays X n'a guère d'autres options que de faire appel à elle. Il est possible que la filiale située dans le pays Y ait créé un actif incorporel de valeur correspondant à son savoir-faire technique. Il convient de prendre en compte cet actif pour fixer la rémunération de pleine concurrence des services sous-traités. Si les circonstances le permettent (par exemple en présence de contributions « non-référencables » significatives, telles que des actifs incorporels utilisés à la fois par l'entreprise située dans le pays X et sa filiale située dans le pays Y), l'emploi de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices peut être envisagé.

NOTE THÉMATIQUE N° 4 : PRISE EN COMPTE DES TRANSACTIONS RÉELLEMENT EFFECTUÉES

A - Introduction et portée de la présente note

194. Toute analyse prix de transfert doit avoir pour point de départ l'identification et la qualification de la transaction contrôlée examinée. Les orientations figurant au Chapitre I, section C ii) des Principes directeurs concernent le rôle des transactions réellement effectuées par des entreprises associées et les circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut être légitime et justifié qu'une autorité fiscale ne reconnaisse pas, à des fins de fixation des prix de transfert, la structure adoptée par un contribuable. La présente note traite de plusieurs aspects importants liés à l'application de ces orientations dans le contexte des réorganisations d'entreprises. Elle n'aborde pas la question de savoir si ces orientations permettent d'obtenir des résultats satisfaisants et ne propose pas d'amendements allant au-delà d'une simple clarification de ces orientations.

195. Les paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs sont limités à la non-reconnaissance des transactions aux fins d'ajustements des prix de transfert visés par l'Article 9 du Modèle de convention fiscale (en d'autres termes, effectués conformément au principe de pleine concurrence). Ils ne donnent pas d'orientations sur la capacité d'un pays à qualifier des transactions différemment aux termes d'autres dispositions de son droit interne. La question des relations entre les dispositifs anti-abus de droit interne et les conventions fiscales est examinée dans les Commentaires sur l'Article 1 du Modèle de convention fiscale (voir en particulier les paragraphes 9.5, 22 et 22.1 des Commentaires).

196. Les entreprises multinationales sont libres d'organiser leurs activités comme bon leur semble. Les autorités fiscales n'ont pas le pouvoir de leur donner d'instructions sur la manière de concevoir leur structure ou sur le lieu d'implantation de leurs activités. Un groupe multinational ne peut pas être contraint à avoir ou à conserver une certaine présence dans un pays. À cet égard, les groupes sont libres d'agir selon leurs intérêts économiques et commerciaux et il est possible que des considérations fiscales interviennent dans leurs décisions. Toutefois, les autorités fiscales ont le droit d'apprécier les conséquences fiscales de la structure mise en place par une entreprise multinationale, à condition de respecter les conventions fiscales, en particulier l'Article 9 du Modèle de convention fiscale. Elles peuvent donc procéder, lorsque cela se justifie, à des ajustements des prix de transfert en application de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale et/ou à d'autres types d'ajustements prévus par leur droit interne (par exemple en vertu de dispositifs anti-abus généraux ou spéciaux), dans la mesure où ces ajustements sont compatibles avec leurs obligations conventionnelles.

B - Transactions réellement effectuées. Rôle des dispositions contractuelles. Relations entre les paragraphes 1.36 à 1.41 et les autres parties des Principes directeurs.

197. Dans le contexte de l'Article 9 et selon les Principes directeurs, tout examen de la conformité de transactions contrôlées au principe de pleine concurrence doit commencer par une analyse des transactions réellement effectuées par les entreprises associées et tenir compte des dispositions contractuelles, qui jouent un rôle important (voir le paragraphe 1.36 des Principes directeurs). Toutefois, comme souligné aux paragraphes 1.25 à 1.29 et 1.36 à 1.41 des Principes, l'examen des dispositions contractuelles n'est pas suffisant.

198. Selon l'Article 9 du Modèle de convention fiscale, une autorité fiscale peut ajuster les bénéficiaires d'un contribuable lorsque les conditions d'une transaction contrôlée diffèrent de celles qui seraient

convenues entre des entreprises indépendantes. Dans la pratique, un ajustement des prix de transfert consiste en un ajustement des bénéfices d'une entreprise consécutif à l'ajustement des prix et/ou d'autres conditions d'une transaction contrôlée (conditions de paiement ou allocation des risques par exemple). Cela ne signifie pas que tous les ajustements de prix de transfert - qu'ils portent uniquement sur le prix ou aussi (ou seulement) sur d'autres conditions d'une transaction contrôlée, ou qu'ils résultent, conformément aux paragraphes 1.43 et 6.18 des Principes directeurs, de l'évaluation individuelle de transactions présentées sous forme d'un contrat global - doivent être analysés comme équivalant à la non-reconnaissance d'une transaction contrôlée aux termes des paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes. Ils peuvent en effet découler de l'examen de comparabilité (voir, en particulier, les paragraphes 1.15 et 1.26 à 1.29 des Principes directeurs et le paragraphe 38 ci-dessus).

199. Les paragraphes 1.26 à 1.29 des Principes directeurs contiennent des orientations sur la possibilité, pour une autorité fiscale, de contester des dispositions contractuelles non conformes au principe de pleine concurrence. La question de la détermination de la conformité de l'allocation des risques au principe de pleine concurrence dans le cadre d'une transaction entre parties associées est examinée dans la note thématique n° 1, intitulée « Considérations particulières en matière de risques ». Comme le souligne le paragraphe 20 de cette note, l'examen des risques dans une situation relevant de l'Article 9 commence par une analyse des dispositions contractuelles liant les parties, ces dispositions définissant généralement la manière dont les risques sont répartis entre elles. Toutefois, les paragraphes 1.26 à 1.29 des Principes directeurs signalent que l'allocation des risques entre les entreprises associées n'est respectée que si elle est conforme à la nature économique de la transaction. Par conséquent, pour examiner l'allocation des risques entre des parties associées et ses conséquences sur les prix de transfert, il ne faut pas se limiter à une analyse des dispositions contractuelles, mais rechercher si les parties associées respectent dans les faits l'allocation des risques prévue au contrat et si cette dernière est conforme au principe de pleine concurrence. Deux facteurs jouent un rôle important dans cette évaluation de la conformité au principe de pleine concurrence : tout d'abord, l'existence ou non de données révélant une allocation similaire des risques dans des transactions comparables entre indépendants ; ensuite, en l'absence de telles données, la rationalité commerciale de l'allocation des risques, et en particulier la question de savoir si le risque est alloué à la partie qui exerce le plus de contrôle sur ce risque. La partie B.2 de la note thématique n° 1 contient un développement sur la différence entre un ajustement de comparabilité et la non prise en compte de l'allocation des risques dans le cadre d'une transaction contrôlée, et examine les relations entre les orientations contenues au paragraphe 1.27 des Principes et celles figurant aux paragraphes 1.36 à 1.41.

200. Un raisonnement similaire est suivi dans la note thématique n° 2, intitulée « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites », sur la question des droits à dédommagement pour rupture ou renégociation substantielle d'un accord existant. Le paragraphe 102 de cette note précise qu'il est nécessaire non seulement d'examiner si l'accord rompu, non reconduit ou substantiellement renégocié est formalisé par écrit et prévoit une clause de dédommagement, mais aussi d'apprécier si les termes de l'accord et l'existence ou l'absence d'une clause de dédommagement ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont conformes au principe de pleine concurrence.

201. Les paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes s'appliquent en cas de différend sur la nature fondamentale de la transaction. Selon l'OCDE, ces paragraphes ne limitent pas la capacité d'une autorité fiscale à ajuster le prix ou d'autres conditions d'une transaction dans les situations dans lesquelles il n'existe aucun différend sur la nature de la transaction – et partant, pas d'interrogations sur la prise en compte de cette transaction, mais où ces prix ou conditions ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence aux termes des orientations contenues dans les autres parties des Principes directeurs.

202. Lorsque les paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes s'appliquent, l'Article 9 permettrait que les conditions de la transaction soient modifiées de manière à refléter celles que les parties auraient adoptées si

la transaction avait été structurée en conformité avec la situation économique et commerciale réelle de parties traitant en pleine concurrence (voir le paragraphe 1.38 des Principes directeurs). À cet égard, l'objectif doit être de parvenir à une qualification ou à une structure qui soit aussi proche que possible des faits du cas d'espèce.

Les commentaires des milieux d'affaires sur les vues exprimées aux paragraphes 201 et 202 sont particulièrement attendus.

C - Application aux situations de réorganisation des orientations figurant aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs

203. Les Principes directeurs contiennent une partie spécifiquement consacrée à la reconnaissance des transactions réellement effectuées (paragraphes 1.36 à 1.41). En particulier :

1.36 L'examen par l'administration fiscale d'une transaction entre entreprises associées doit se fonder sur la transaction effectivement intervenue entre les parties et les modalités de cette transaction, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux Chapitres II et III [des Principes directeurs]. Sauf dans des cas exceptionnels, l'administration fiscale ne devra pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions. La réorganisation de transactions commerciales légitimes relèverait d'une démarche totalement arbitraire rendue plus injuste encore par une double imposition au cas où l'autre administration fiscale concernée aurait une opinion différente sur la façon dont la transaction devrait être structurée.

1.37 Il existe toutefois deux cas particuliers où, exceptionnellement, les autorités fiscales peuvent être fondées à ne pas tenir compte de la structure adoptée par un contribuable pour réaliser la transaction entre entreprises associées. Le premier cas se caractérise par une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond. Les autorités fiscales peuvent alors ignorer la qualification donnée par les parties et requalifier la transaction en fonction de sa nature quant au fond. [...] Le deuxième cas se présente lorsque, en l'absence de divergences entre la forme et la véritable nature de la transaction, les modalités de la transaction, envisagées dans leur totalité, sont différentes de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle, et que, en pratique, la structure effective empêche l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié. [...]

1.38 Dans les deux cas décrits ci-dessus, la nature de la transaction peut découler des relations entre les parties et non des conditions commerciales normales et la transaction aura pu être structurée par le contribuable de manière à éviter ou à minimiser l'impôt. Aussi les modalités de la transaction considérées dans leur ensemble résulteront-elles d'une condition qui aurait fait défaut si les parties avaient conclu une transaction de pleine concurrence. L'article 9 permettrait donc que les modalités soient modifiées de manière à refléter celles que les parties auraient adoptées si la transaction avait été structurée en conformité avec la situation économique et commerciale réelle de parties traitant dans un contexte de pleine concurrence. [...]

204. Les paragraphes qui suivent portent sur trois notions importantes liées à l'application des orientations figurant aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes directeurs.

C.1 Signification du terme « exceptionnel »

205. L'utilisation des termes « exceptionnels » et « exceptionnellement » aux paragraphes 1.36 et 1.37 des Principes directeurs montre que la non-reconnaissance d'une transaction est, non pas la norme, mais une exception au principe général selon lequel, pour examiner une transaction entre entreprises associées, l'administration fiscale doit se fonder sur la transaction effectivement intervenue entre les parties telle que structurée par elles, en employant les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles exposées aux Chapitres II et III des Principes directeurs.⁴⁰ L'OCDE considère qu'un comportement en apparence non conforme au principe de pleine concurrence doit, dans la mesure du possible, donner lieu à un ajustement de prix, plutôt qu'à la non-reconnaissance des transactions. Toutefois, dans certains cas, il peut ne pas être possible de parvenir à un prix de transfert approprié compte tenu des spécificités de la situation.

C.2 Déterminer un prix de transfert approprié compte tenu des caractéristiques de la situation

206. Concernant le second cas décrit au paragraphe 1.37 des Principes directeurs, le deuxième critère cumulatif est que « la structure effective empêche l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié ». Si, compte tenu des caractéristiques de la situation, il est possible de parvenir à un prix de transfert approprié (c'est-à-dire un prix de pleine concurrence tenant compte de l'analyse de comparabilité – notamment de l'analyse fonctionnelle – des deux parties à la transaction), il convient de reconnaître la transaction dans le cadre de l'Article 9 du Modèle de convention fiscale, même si cette transaction ne se rencontre pas entre parties indépendantes, et même si l'autorité fiscale a des doutes quant à la logique commerciale de la participation du contribuable à la transaction. Dans les autres cas, l'autorité fiscale peut être amenée à apprécier si elle est face à un cas justifiant la non-reconnaissance d'une transaction (voir la partie C.3 ci-après).

C.3 Déterminer si les accords obéissent à une logique commerciale rationnelle

207. L'application des orientations du paragraphe 1.37 des Principes directeurs comporte un aspect important et complexe, à savoir l'évaluation consistant à déterminer si les accords convenus entre des parties associées sont conformes à ceux qui auraient été conclus par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle. Ce test est explicite dans le premier critère cumulatif relatif au second cas décrit au paragraphe 1.37. Selon certains pays, ce test de « l'optique commerciale rationnelle » vise les situations dans lesquelles une transaction aurait exclusivement des motifs fiscaux. Une grande majorité des pays membres de l'OCDE estime toutefois qu'il a valeur de référence pour déterminer si des « entreprises indépendantes [agissant] dans une optique commerciale rationnelle » auraient conclu un accord similaire.

208. Les Principes directeurs ne donnent pas vraiment d'orientations sur la manière de déterminer ce que des « entreprises indépendantes [agissant] dans une optique commerciale rationnelle » auraient fait. Comme indiqué au paragraphe 196, les administrations fiscales doivent éviter d'intervenir dans les décisions opérationnelles d'un contribuable quant à la manière dont il structure ses transactions. La détermination qu'une transaction contrôlée donnée n'est pas commercialement rationnelle doit donc être abordée avec la plus grande prudence, et ne doit qu'exceptionnellement conduire à une non-reconnaissance des transactions entre entreprises associées. Lorsque des données fiables montrent que des transactions ou

⁴⁰

Comme souligné au paragraphe 1.29 des Principes directeurs, il importe d'examiner si les parties se sont conformées au contrat ou si leur comportement démontre que le contrat n'a pas été respecté ou n'est qu'une fiction. En pareils cas, une analyse s'impose pour déterminer les véritables modalités de la transaction et il est possible qu'un ajustement des prix de transfert ne soit pas la solution à retenir.

accords similaires existent entre des parties indépendantes, il n'est pas possible d'avancer que ces mêmes accords, conclus entre parties associées, ne sont pas rationnels d'un point de vue commercial. Toutefois, le simple fait qu'un accord entre parties associées ne se rencontre pas entre parties indépendantes ne signifie pas qu'il ne soit pas conforme au principe de pleine concurrence (voir le paragraphe 1.10 des Principes directeurs). Bien qu'il puisse exister des situations dans lesquelles il est évident depuis le départ que des transactions ne sont pas rationnelles d'un point de vue commercial, selon les circonstances du cas d'espèce, cet aspect peut, dans la pratique, être particulièrement difficile à apprécier pour une autorité fiscale. En outre, si l'autre État contractant n'a pas la même appréciation, des problèmes de double imposition peuvent se poser. Dans le contexte des réorganisations d'entreprises, on peut faire les observations suivantes.

209. L'application du principe de pleine concurrence repose sur l'idée que, pour évaluer les conditions d'une transaction potentielle, des sociétés indépendantes vont comparer cette transaction aux autres options réalistes possibles et ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autres solutions nettement plus avantageuses. Voir la note thématique n° 2, partie A, en particulier le paragraphe 58. L'OCDE estime que, dans des conditions de pleine concurrence, une entité indépendante ne participera pas à une opération de réorganisation qui lui est à l'évidence défavorable si elle a la possibilité de ne pas le faire. Pour évaluer si une partie agissant dans un contexte de pleine concurrence aurait d'autres options réalistes nettement plus intéressantes, il convient d'examiner les conditions de la réorganisation, les droits et autres actifs des parties, la rémunération ou le dédommagement éventuellement fixés en contrepartie de la réorganisation proprement dite et la rémunération des transactions post-réorganisation (voir les notes thématiques n° 2 et 3), ainsi que la situation commerciale résultant de l'appartenance des parties à un groupe multinational (voir le paragraphe 1.10 des Principes directeurs).

210. En outre, quand on évalue la rationalité commerciale d'une transaction qui s'inscrit dans le cadre d'un accord global plus large, il importe d'examiner, non pas ladite transaction de manière isolée, mais l'ensemble des accords pour déterminer s'ils présentent un intérêt commercial pour les parties. Par exemple, pour examiner la vente, par un contribuable, d'un actif incorporel à une partie associée étrangère, il y a lieu d'examiner si cette vente s'inscrit dans le cadre d'une réorganisation plus large, entraînant une modification des accords liés à la création et à l'utilisation de l'actif incorporel.

211. Les réorganisations conduisent souvent les groupes multinationaux à mettre en œuvre des modèles opérationnels mondiaux qui ne se rencontrent pas souvent, voire jamais, entre parties indépendantes, ces groupes exploitant précisément leur dimension multinationale et le fait qu'ils peuvent fonctionner de façon intégrée. Ils peuvent par exemple mettre en place des chaînes d'approvisionnement mondiales ou des fonctions centralisées qui ne peuvent pas l'être entre entreprises indépendantes. Par conséquent, il est souvent difficile d'apprécier si ces modèles opérationnels sont similaires à ceux que mettraient en œuvre des entreprises indépendantes agissant selon une logique commerciale rationnelle. Cette absence de comparables ne signifie bien évidemment pas que la mise en œuvre de ces modèles opérationnels mondiaux devrait automatiquement être considérée comme n'obéissant pas à une logique commerciale rationnelle.

212. L'OCDE estime que, dans la mesure où des fonctions, actifs et/ou risques sont effectivement transférés, il peut, du point de vue de l'Article 9⁴¹, être commercialement rationnel pour un groupe multinational de se restructurer pour réaliser des économies d'impôts.

213. L'OCDE reconnaît qu'une réorganisation peut avoir des motivations opérationnelles légitimes à l'échelon d'un groupe multinational dans son ensemble. Dans la pratique, lorsqu'une réorganisation obéit à

⁴¹ Comme le précise le paragraphe 8, les dispositifs anti-abus de droit interne ne font pas partie du champ du présent projet.

une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble, un prix de transfert approprié peut généralement être fixé de manière à ce que l'opération soit conforme au principe de pleine concurrence pour chaque membre du groupe qui y participe. À cet égard, il importe de rappeler que le principe de pleine concurrence traite les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée (paragraphe 1.6 des Principes directeurs). Par conséquent, du point de vue des prix de transfert, il ne suffit pas qu'un accord obéisse à une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble : la transaction doit être conforme au principe de pleine concurrence au niveau de chaque contribuable, compte tenu de ses droits et autres actifs, des avantages qu'il escompte retirer de la réorganisation et des options réalistes qui s'offrent à lui. La question des options réalistes envisageables par les parties est traitée dans la partie A.3 de la note thématique n° 2 intitulée « Rémunération de pleine concurrence pour les opérations de réorganisation proprement dites ».

Les milieux d'affaires sont invités à faire part de leurs commentaires sur l'interprétation du critère de « l'optique commerciale rationnelle » proposé aux paragraphes 207 à 213.

D - Exemples

D.1 Exemple (A) : transformation d'un distributeur de plein exercice en distributeur « limité »

214. La société Z est un distributeur de produits de luxe bien connu. Elle possède un nom commercial et des points de vente de valeur et a conclu avec des fournisseurs des contrats de longue durée d'une grande valeur également. Elle est acquise par un groupe multinational qui applique un modèle opérationnel mondial selon lequel tous les noms commerciaux et autres actifs incorporels appartiennent à une société V, implantée dans le pays V, tandis que les principaux contrats avec les fournisseurs sont détenus par une société W située dans le pays W qui est chargée de la gestion des contrats fournisseurs à l'échelle du groupe, et que les points de vente appartiennent à une société immobilière, implantée dans le pays X. Immédiatement après l'acquisition, le groupe décide de restructurer la société Z en transférant, en contrepartie de sommes forfaitaires, son nom commercial à la société V, ses contrats fournisseurs à la société W et ses points de vente à la société X. Suite au transfert, la société Z opère en tant que commissionnaire pour le compte de la société W. A la suite de la réorganisation, son potentiel de profits est nettement inférieur à ce qu'il était avant. Les représentants du groupe multinational expliquent que la motivation opérationnelle de la réorganisation est d'aligner le modèle opérationnel de la société Z avec celui du reste du groupe et que cette perspective constituait un aspect essentiel de l'accord d'acquisition. Compte tenu de l'acquisition, les dirigeants de la société Z n'avaient pas d'autre possibilité que d'accepter la réorganisation. Selon eux, le prix du transfert du nom commercial, des contrats et des points de vente était conforme au principe de pleine concurrence et la rémunération des activités postérieures à la réorganisation le sera également.

215. Supposons que le comportement effectif des parties soit conforme avec la forme de la réorganisation. Conformément au paragraphe 213, cette réorganisation semblant obéir à une logique commerciale rationnelle pour le groupe multinational, on peut s'attendre à ce que les rémunérations fixées pour la réorganisation proprement dite et pour les activités conduites après celle-ci soient conformes au principe de pleine concurrence pour chacune des parties, auquel cas les transactions devraient être reconnues.

216. Toutefois, certains pays estiment que la vente de « joyaux de la Couronne », par exemple d'un nom commercial de valeur, porte un tel préjudice au cédant qu'il ne serait pas possible de parvenir à un prix approprié et que par conséquent il serait peu vraisemblable qu'elle ait lieu dans des conditions de pleine concurrence, sauf s'il peut être prouvé qu'une entreprise a décidé de se désengager d'une activité donnée ou qu'aucune autre possibilité réaliste ne s'offrait au cédant. Selon ces pays, si la société poursuit son activité, la cession de l'actif, présentée comme motivée par la stratégie du groupe, n'obéit pas à une

logique commerciale. Pour ces pays, si le principe de pleine concurrence était appliqué, le point de vue du groupe n'entrerait pas en ligne de compte.

D.2 Exemple (B) : transfert d'actifs incorporels de valeur à une société coquille

217. Supposons qu'un groupe multinational fabrique et distribue des produits dont la valeur est imputable, non pas à des caractéristiques techniques, mais plutôt au nom et à l'exposition de la marque. Le groupe veut se différencier de ses concurrents en développant des marques de grande valeur et en appliquant une stratégie de commercialisation coûteuse, conçue avec soin. Les marques appartiennent à la société A, située dans le pays A. La conception, la gestion et la mise en œuvre d'une stratégie marketing mondiale constituent les principaux déterminants de valeur du groupe et sont assurées par 125 salariés au siège de la société A. La valeur des marques se traduit par un prix élevé de ces produits pour les consommateurs. Le siège de la société A assure également des services centraux pour les filiales du groupe (gestion des ressources humaines, services juridiques, affaires fiscales, par exemple). Les produits sont fabriqués par des sociétés liées en vertu d'accords de sous-traitance avec la société A. Ils sont distribués par des sociétés liées, qui les achètent à la société A. Les bénéfices dégagés par la société A après rémunération de pleine concurrence de ses sous-traitants et distributeurs sont considérés comme représentant la rémunération des incorporels, des activités de marketing et des services centraux de la société A.

218. Supposons qu'une réorganisation ait lieu. La société A transfère les marques à la société Z moyennant une somme forfaitaire, Z étant une société liée qui vient d'être créée dans le pays Z. Après la réorganisation, la société A est rémunérée selon la méthode du prix de revient majoré pour les services qu'elle fournit à la société Z et au reste du groupe. La rémunération des sous-traitants et distributeurs associés ne change pas. Les bénéfices résiduels, après rémunération des sous-traitants, distributeurs, et de la société A pour les services fournis par son siège, sont versés à la société Z. L'analyse de comparabilité amène à tirer les conclusions suivantes :

- Il n'existe pas de données fiables concernant des transactions comparables sur le marché libre dans lesquelles la propriété des marques et les risques associés sont répartis entre des parties indépendantes selon les modalités retenues dans le cadre de la transaction contrôlée entre les sociétés A et Z ;
- La société Z est gérée par une fiducie locale. Elle ne dispose de personne (qu'il s'agisse de salariés ou d'administrateurs) susceptible d'exercer ou d'avoir le pouvoir d'exercer des fonctions de contrôle en lien avec les risques associés au développement stratégique des marques. En outre, elle n'a pas la capacité économique et financière d'assumer ces risques.
- Les dirigeants du siège de la société A se rendent une fois par an dans le pays Z pour valider officiellement les décisions stratégiques indispensables au fonctionnement de la société. Ces décisions sont préparées par le siège de la société A dans le pays A avant la tenue de la réunion dans le pays Z. Le groupe multinational estime que ces activités sont des activités de service exercées par le siège de la société A pour Z. Elles sont rémunérées selon la méthode du prix de revient majoré de la même manière que les services centraux rendus à tous les membres du groupe (gestion des ressources humaines, services juridiques, affaires fiscales).
- La conception, la gestion et l'exécution de la stratégie marketing mondiale sont encore assurées par les mêmes salariés du siège de la société A et sont rémunérées selon la méthode du prix de revient majoré. Les dispositions contractuelles n'incitent pas la société A à maximiser la valeur des noms de marque ou la part de marché puisqu'elle est rémunérée sur la base du prix de revient majoré.

219. La plupart des pays membres de l'OCDE estiment qu'en pareil cas, ils envisageraient de ne pas reconnaître l'accord tel qu'il est structuré.⁴²

D.3 Exemple (C) : transfert d'un actif incorporel à une société qui exerce des fonctions

220. Le scénario est le même que dans l'exemple (B), à ceci près qu'une partie du siège de la société A est transféré dans le pays Z : 30 des 125 salariés du siège sont licenciés, 30 autres sont affectés à la société Z dans le pays Z et 15 nouveaux salariés sont directement recrutés par la société Z pour reprendre les fonctions assumées par les salariés licenciés. La société Z, qui est maintenant le propriétaire juridique des marques, assure activement la conception, la gestion et la mise en œuvre d'une stratégie de marketing mondiale. Les salariés de la société Z ont le pouvoir d'exercer des fonctions de contrôle liées aux risques associés au développement stratégique des marques et les exercent effectivement. Les services fournis par les salariés du siège de la société A restés dans le pays A sont des fonctions centrales (gestion des ressources humaines, services juridiques, affaires fiscales, par exemple) et des fonctions de support marketing, exercées sous le contrôle étroit du personnel de la société Z. La principale raison qui a incité le groupe à effectuer cette réorganisation est la volonté de tirer parti du régime fiscal du pays Z, plus favorable que celui du pays A.

221. La grande majorité des pays membres de l'OCDE estiment qu'en pareil cas, il y aurait lieu de reconnaître la transaction aux fins des prix de transfert car elle a une substance économique (voir le paragraphe 212 ci-dessus).⁴³

⁴² Cette observation s'entend nonobstant l'application éventuelle de dispositifs anti-abus généraux et la question de savoir où se situe le siège de direction effective de la société Z.

⁴³ Ceci ne donne aucune indication quant à l'application éventuelle de dispositifs anti-abus de droit interne.