



RÉPONSE DU COMITÉ DES AFFAIRES FISCALES  
AUX COMMENTAIRES REÇUS CONCERNANT  
LE DOCUMENT DE DISCUSSION DE SEPTEMBRE 2008  
SUR LES ASPECTS DE PRIX DE TRANSFERT  
DES RÉORGANISATIONS D'ENTREPRISES

22 juillet 2010



**RÉPONSE DU COMITÉ DES AFFAIRES FISCALES AUX COMMENTAIRES REÇUS  
CONCERNANT LE DOCUMENT DE DISCUSSION DE SEPTEMBRE 2008 SUR LES ASPECTS  
PRIX DE TRANSFERT DES RÉORGANISATIONS D'ENTREPRISES**

**A. Contexte et processus suivi**

**A.1 Genèse du projet**

1. En janvier 2005, reconnaissant l'importance du phénomène des réorganisations d'entreprises par les multinationales et des questions fiscales qu'elles soulèvent, le Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE a organisé une table ronde sur les réorganisations d'entreprises (« la table ronde du CPAF de janvier 2005 »), à laquelle ont participé des représentants des pays membres de l'OCDE, ainsi que de Chine, d'Afrique du Sud et de Singapour, et un large panel de représentants du secteur privé<sup>1</sup>. Les participants des secteurs public et privé ont traité un large éventail de thèmes, notamment les approches administratives suivies lors des contrôles et des questions touchant aux conventions fiscales, aux prix de transfert et à la TVA. Les débats lors de la table ronde ont démontré que les réorganisations d'entreprises soulevaient des problèmes de prix de transfert difficiles, pour lesquels il n'y avait pas suffisamment d'indications de la part de l'OCDE concernant leur traitement au regard des Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (ci-après les « Principes ») et du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune (le « Modèle de Convention fiscale »). Ces difficultés, qui portent essentiellement sur l'application des règles relatives aux prix de transfert au moment de la réorganisation et/ou après celle-ci, la détermination de l'existence d'établissements stables (« ES ») et la reconnaissance ou la requalification de transactions, peuvent aboutir à une incertitude significative pour les entreprises et les gouvernements et à des risques de double imposition ou de double non-imposition, en l'absence d'une compréhension commune des problèmes. Reconnaisant la nécessité de progresser dans ce domaine, le Comité des affaires fiscales (« CAF ») a décidé de lancer un projet visant à élaborer des orientations sur ces problématiques touchant aux prix de transfert et aux conventions.

**A.2 Implication du Comité des affaires fiscales et de ses organes subsidiaires**

2. En 2005, le CAF a créé un Groupe de travail conjoint GT1-GT6 sur les réorganisations d'entreprises (« le GTC »). Ce groupe, qui réunissait des experts des conventions et des prix de transfert, a été constitué en tant qu'organe subsidiaire du Groupe de travail n° 1<sup>2</sup> et du Groupe de travail n° 6<sup>3</sup> afin de mener le projet de l'OCDE concernant les réorganisations d'entreprises<sup>4</sup>. Le GTC a procédé à un examen

---

<sup>1</sup> Voir [http://www.oecd.org/document/6/0,3343,en\\_2649\\_37989760\\_34535302\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/6/0,3343,en_2649_37989760_34535302_1_1_1_1,00.html).

<sup>2</sup> Le Groupe de travail n° 1 est l'organe subsidiaire du CAF chargé du Modèle de Convention fiscale.

<sup>3</sup> Le Groupe de travail n° 6 est l'organe subsidiaire du CAF chargé des Principes applicables en matière de prix de transfert.

<sup>4</sup> Voir des informations générales sur l'approbation du mandat du GTC à l'adresse : [http://www.oecd.org/document/11/0,3343,en\\_2649\\_37989760\\_38087051\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/11/0,3343,en_2649_37989760_38087051_1_1_1_1,00.html).

détaillé des questions afférentes aux conventions et aux prix de transfert soulevées par les réorganisations d'entreprises, analysé les vues parfois divergentes des pays sur ces questions, et accompli des progrès substantiels vers un rapprochement des positions.

3. Fin 2007, prenant acte des progrès réalisés à ce stade, le CAF a décidé de confier les travaux relatifs aux aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises (les questions visées à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale) à une Session spéciale<sup>5</sup> du Groupe de travail n° 6 nouvellement créée sur les réorganisations d'entreprises (« RE GT6 »), et les travaux relatifs au seuil déclenchant l'existence d'un ES (article 5 du Modèle de Convention fiscale) au Groupe de travail n°1. Le nouveau chapitre IX des Principes est l'aboutissement des travaux effectués sur les aspects prix de transfert par le GTC et la RE GT6.

4. Dans le cadre des travaux sur le nouveau chapitre IX, le CAF a demandé au GTC et à la RE GT6 de fonder leur analyse sur les règles existantes en matière de prix de transfert.

### **A.3 Participation des milieux d'affaires**

5. Un large éventail de représentants du secteur privé a participé à la table ronde du CAF de janvier 2005 et l'OCDE a pris en compte leurs observations.

6. En outre, peu de temps après avoir entamé ses travaux sur les aspects des réorganisations d'entreprises touchant aux conventions et aux prix de transfert, l'OCDE a décidé de constituer un groupe informel d'universitaires, de représentants d'entreprises et de consultants (le « Groupe Consultatif des Entreprises »)<sup>6</sup> afin d'obtenir des informations techniques et factuelles des milieux d'affaires sur les questions traitées, et ce dès la phase initiale des travaux. En effet, il a été estimé que le projet pourrait grandement bénéficier de discussions avec un petit groupe de spécialistes des conventions fiscales et des prix de transfert possédant une grande expérience des réorganisations d'entreprises dans divers secteurs d'activité, acquise soit en qualité de responsables fiscaux de grandes entreprises, soit en tant que conseils fiscaux. En dressant la liste des membres du Groupe Consultatif des Entreprises, l'OCDE a tenté d'assurer le meilleur équilibre géographique possible, tout en conservant une structure relativement petite dans un souci d'efficacité. Le Groupe Consultatif des Entreprises s'est réuni trois fois en 2006 et 2007 avec le Secrétariat de l'OCDE et avec les délégués du GTC. Les résultats de ces réunions ont été positifs, car tous les participants, issus des entreprises comme des administrations, ont pu exprimer leurs vues de manière très constructive. Il faut souligner que la création du Groupe Consultatif des Entreprises ne visait absolument pas à occulter un processus de consultation plus large, et un appel à commentaire a été publié sur le site Internet de l'OCDE ([www.oecd.org/ctp/br](http://www.oecd.org/ctp/br)), invitant les parties intéressées à communiquer au Secrétariat leurs observations sur les questions qui relevaient du mandat du GTC.

7. Le 19 septembre 2008, l'OCDE a publié pour commentaires publics sur son site Internet ([www.oecd.org/ctp/br](http://www.oecd.org/ctp/br)) une version provisoire du présent chapitre (ci-après le « document de discussion »). Des contributions détaillées ont été reçues de 37 organisations, ce qui reflète l'importance de ce travail pour les milieux d'affaires. Ces contributions ont également été publiées sur le site Internet de l'OCDE. Une réunion de consultation s'est tenue pendant deux jours avec les commentateurs en juin 2009. Les résultats de ce processus de consultation ont été examinés attentivement par la RE GT6 dans la phase de finalisation de ce chapitre.

---

<sup>5</sup> Les sessions spéciales sont créées par le Groupe de travail n° 6 afin de mener des discussions techniques sur un projet particulier. Elles sont ouvertes à tous les délégués du Groupe de travail n° 6.

<sup>6</sup> Voir [http://www.oecd.org/newsEvents/0,3382,en\\_2649\\_37989760\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/newsEvents/0,3382,en_2649_37989760_1_1_1_1_1,00.html).

#### **A.4 Statut du présent chapitre**

8. Ce chapitre a été approuvé par le CAF le 22 juin 2010 et incorporé dans les Principes comme un nouveau chapitre IX. La Recommandation du Conseil de l'OCDE [C(95)126/Final] a été amendée le 22 juillet 2010 afin d'en tenir compte et de refléter d'autres modifications apportées aux Principes.

#### **B. Commentaires reçus du public concernant le document de discussion de septembre 2008**

9. Les commentaires écrits reçus, très aboutis, ainsi que les discussions qui ont eu lieu lors de la consultation publique, ont beaucoup aidé l'OCDE à finaliser la rédaction d'un nouveau chapitre des Principes à partir du document de discussion. L'OCDE exprime sa gratitude aux commentateurs pour leur aide lors de ce projet. La participation des milieux d'affaires a contribué à améliorer et clarifier le texte final.

10. Les commentaires reçus relevaient en général de deux catégories. La première regroupe des suggestions éditoriales et rédactionnelles. Nombre de ces suggestions ont été incorporées dans le chapitre IX, dans un souci de clarté et de précision. D'autres commentaires portaient sur des questions de fond du document de discussion. L'OCDE s'est efforcée de trouver un équilibre entre les commentaires demandant des indications plus détaillées et ceux jugeant les orientations trop directives. Certaines questions soulevées avaient des répercussions qui dépassaient le cadre de ce projet et n'ont pas été traitées, ou l'ont été dans la révision des chapitres I à III des Principes (« les Principes révisés »). Certaines questions directement liées aux aspects prix de transfert des biens incorporels ont été référées à un futur projet de révision des chapitres VI et VIII des Principes dont la réalisation est actuellement envisagée. La section suivante résume quelques-uns des principaux commentaires formulés sur le fond par les milieux d'affaires et les mesures prises par l'OCDE pour y répondre.

##### **B.1 Commentaires généraux**

11. De nombreux commentateurs ont estimé que le document de discussion donnait une vision équilibrée des principaux problèmes liés aux prix de transfert qui se posent dans le contexte des réorganisations d'entreprises. Ils ont jugé que le document de discussion était un « travail excellent », reflétant « bon sens, recherche d'équilibre et pragmatisme ». Nonobstant ces compliments, certains commentateurs ont exprimé des préoccupations générales de plus large portée.

12. Plusieurs commentateurs ont souligné que divers exemples et indications contenus dans le document de discussion ne bénéficiaient pas du soutien unanime de tous les membres de l'OCDE. Certains commentateurs ont demandé de poursuivre les efforts afin de parvenir à un consensus. D'autres ont suggéré d'adopter un processus dans lequel un rapport final refléterait l'opinion majoritaire et les pays qui ne partageraient pas le point de vue majoritaire auraient la possibilité de formuler des réserves ou des observations publiques.

13. Le chapitre IX des Principes, qui est une révision du document de discussion, est un document de consensus approuvé par l'ensemble des membres de l'OCDE. Le plus souvent, les divergences d'opinion antérieures ont été résolues par le biais de discussions supplémentaires. Dans quelques cas, il a été convenu de reporter la discussion approfondie et la décision à des projets ultérieurs, notamment le projet du Groupe de travail n° 6 sur les aspects prix de transfert des incorporels qui pourrait débiter en 2011.

14. Certains commentateurs ont demandé d'apporter des modifications et des compléments au document de discussion qui, de l'avis du GT6, allaient au-delà de ses attributions, y compris la révision de certains aspects des Principes existants. Il importe de souligner que la portée de ce projet est limitée à l'application, aux réorganisations d'entreprises, des orientations figurant dans les Principes existants. Pour élaborer les orientations sur les réorganisations d'entreprises, le Groupe de travail s'est fondé sur les

concepts définis dans les Principes de 1995, et en particulier dans les paragraphes 1.15, 1.23, 1.26, 1.27, 1.29, 1.41 (paragraphes 1.34, 1.45, 1.48, 1.49, 1.53, 1.69 des Principes révisés). Les commentaires demandant une modification ou une extension des Principes ou d'autres actions qui iraient au-delà de ce mandat n'ont pas été pris en compte.

15. Certains commentateurs étaient d'avis que, tel qu'il était rédigé, le document de discussion mettait trop l'accent sur des déterminations subjectives. Ils ont souligné que des concepts tels que « allocation des risques de pleine concurrence », « options réalistes envisageables » et « comportement commercialement rationnel » étaient subjectifs. Certains commentateurs ont estimé que la subjectivité inhérente aux déterminations requises par le document de discussion occasionnerait inévitablement des controverses et des cas de double imposition, et ont demandé que les révisions du document comportent des mesures spéciales destinées à éviter la double imposition.

16. Le processus suivi par le GT6 a consisté à traiter, dans le document de discussion, certaines questions pertinentes pour les réorganisations d'entreprises en faisant référence à des concepts déjà définis dans les Principes. L'OCDE reconnaît qu'un certain degré de subjectivité est inévitable dans les déterminations de prix de transfert. Ceci dit, des modifications rédactionnelles et des clarifications ont été apportées au chapitre IX afin de limiter, dans la mesure du possible, les éléments subjectifs du document.

17. L'OCDE estime que grâce aux efforts des pays membres et aux commentaires reçus du public tout au long du projet, on est parvenu à une meilleure compréhension commune de la manière d'appliquer le principe de pleine concurrence aux réorganisations d'entreprises et qu'une plus grande sécurité fiscale entourera les questions soulevées par le phénomène largement répandu des réorganisations d'entreprises. L'OCDE pense également que les préoccupations relatives à la double imposition en lien avec le chapitre IX des Principes doivent être appréhendées dans le contexte plus large des travaux menés par l'Organisation. Le chapitre IX des Principes, à l'instar d'autres sections des Principes, reflète un effort pour clarifier le fonctionnement et l'application de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Ce Modèle contient des dispositions relatives à l'allègement de la double imposition et prévoit des mécanismes de règlement des différends par le biais de la procédure amiable, y compris un mécanisme d'arbitrage ayant force obligatoire. Ces processus sont pleinement applicables dans le contexte des réorganisations d'entreprises et l'OCDE poursuit ses efforts pour améliorer le fonctionnement des processus de règlement des différends relatifs aux conventions.

## ***B.2 Problèmes de documentation***

18. Plusieurs commentateurs ont suggéré que diverses dispositions du document de discussion entraînaient une charge de documentation excessive pour les contribuables. Ils ont cité plusieurs passages qui semblaient imposer des obligations de documentation supplémentaires. Certains commentateurs ont proposé d'adopter le critère de la « gestion commerciale prudente » pour limiter les exigences de documentation.

19. Concernant les exigences documentaires en particulier, un certain nombre de modifications rédactionnelles ont été effectuées afin d'éviter de donner l'impression que l'article 9 du Modèle de Convention fiscale génère de nouvelles obligations documentaires. L'OCDE estime que la préparation, par les contribuables, d'une documentation suffisamment complète sur les prix de transfert est une bonne pratique qui peut améliorer leur respect des obligations fiscales et aider les services fiscaux à appliquer la législation en matière de prix de transfert. En outre, l'établissement d'une documentation donne aux contribuables l'opportunité de présenter à l'administration fiscale leur point de vue concernant la conformité de leurs transactions contrôlées avec le principe de pleine concurrence. Ces présentations permettent aux agents des impôts d'axer leur vérification sur des aspects plus ciblés et limitent le potentiel de différend. Un contribuable qui prépare une documentation en même temps qu'une transaction ne peut

qu'améliorer la compréhension de ses positions en matière de prix de transfert. Si un contribuable prépare une documentation uniquement pour répondre à une demande formulée par l'administration fiscale à l'occasion d'un contrôle, il n'est pas toujours évident qu'une analyse des prix de transfert a été effectuée au moment de la transaction. Enfin, il importe de se rappeler que le contenu spécifique et la date d'établissement de la documentation des prix de transfert sont des questions qui relèvent du droit interne. Les indications relatives à la documentation contenues dans les Principes visent uniquement à fournir des orientations générales pour l'élaboration par les administrations fiscales de leur droit national et à aider les contribuables à déterminer les documents qui leur seraient utiles pour démontrer que leurs transactions avec des entreprises associées sont conformes au principe de pleine concurrence (voir le paragraphe 5.1 des Principes).

### ***B.3 Raisonner dans un environnement théorique de pleine concurrence***

20. Des commentateurs ont fait observer qu'il existait parfois des tensions entre les processus normaux de gestion et de décision d'une multinationale et la nécessité de raisonner dans le cadre contraignant d'un environnement théorique de pleine concurrence. Ils estimaient que certaines notions figurant dans le document de discussion, comme le « contrôle sur les risques » et la prise en compte des « options réalistes envisageables » ne peuvent pas être correctement évaluées dans le contexte d'une multinationale en se référant aux transactions entre entreprises indépendantes. Ils ont suggéré que l'OCDE élabore des principes relatifs aux prix de transfert pour les réorganisations d'entreprises qui tiennent dûment compte des processus décisionnels et des structures de contrôle de gestion qui existent généralement au sein des multinationales. De même, des commentateurs ont souligné que les synergies qui résultent du mode opérationnel propre à une entreprise multinationale intégrée sont difficiles à analyser par référence aux transactions entre entreprises indépendantes agissant dans des conditions de pleine concurrence.

21. L'OCDE reconnaît les tensions qui existent inévitablement entre les modèles de gestion et d'exploitation d'un groupe multinational et les exigences de règles fondées sur le principe de pleine concurrence. L'OCDE n'a pas l'intention d'exiger que des entreprises associées aient le même comportement que des entreprises indépendantes lors de la négociation et de l'adoption des conditions de l'accord en question. L'objectif est plutôt que le résultat des transactions entre entreprises associées soit conforme à ce qui aurait résulté d'un comportement commercial normal d'entreprises indépendantes comparables (voir le paragraphe 9.174 des Principes). Les travaux de l'OCDE dans le domaine des réorganisations d'entreprises cherchent à appliquer de façon raisonnable, au contexte particulier des réorganisations d'entreprises, des concepts déjà présents dans les Principes et, ce faisant, à trouver un juste équilibre entre deux exigences : veiller à ce que les spécificités des entreprises multinationales soient prises en compte, et satisfaire à la nécessité d'identifier des résultats qui soient compatibles avec des transactions entre entreprises indépendantes.

### ***B.4 Allocation des risques***

22. Les commentateurs ont soulevé un certain nombre de questions relatives aux dispositions du document de discussion portant sur l'allocation des risques. Certains d'entre eux ont avancé que le paragraphe 1.27 des Principes (paragraphe 1.49 des Principes révisés) ne fournissait pas à une administration fiscale une base indépendante lui permettant de contester l'allocation des risques effectuée par un contribuable ou de réécrire les clauses de contrats entre entreprises associées. Selon certains d'entre eux, le contrôle sur le risque ne devrait pas être un critère pour déterminer si les risques sont correctement alloués et, d'une manière générale, les accords conclus par les contribuables concernant la répartition des risques devraient être respectés. Des commentateurs ont estimé que dans certains types de transactions entre entreprises indépendantes, une allocation des risques en l'absence de contrôle sur ces risques au quotidien était fréquente. Ils ont suggéré que le document de discussion reconnaisse plus explicitement que

la gestion quotidienne des risques peut être externalisée par la partie qui assume le risque, sans impliquer le transfert du risque à l'entité qui en a la gestion.

23. Le chapitre IX dispose clairement que le cadre analytique utilisé pour allouer les risques entre entreprises associées en vertu de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale est différent de l'approche autorisée de l'OCDE élaborée pour l'attribution de bénéfices à un établissement stable selon l'article 7. Certaines notions pouvant être source d'ambiguïté ont été supprimées (par exemple, la référence aux éléments essentiels et non essentiels de la transaction). En outre, plusieurs éclaircissements ont été apportés à la section traitant de l'allocation des risques. Le chapitre IX des Principes précise que, d'une manière générale, l'administration fiscale devrait s'efforcer de régler les problèmes d'allocation des risques en procédant à un ajustement des prix de transfert, et qu'elle ne devrait contester ou modifier l'allocation des risques effectuée par le contribuable que dans des circonstances exceptionnelles (voir le paragraphe 9.38). Cette approche est cohérente avec celle décrite aux paragraphes 1.64 à 1.69 des Principes révisés.

24. Un commentateur au moins a estimé que, dans le secteur de l'assurance (ou de la réassurance), il est très important de faire la distinction entre l'expression « transférer des risques » dans le contexte des réorganisations d'entreprises et le terme « transfert de risque » qui est l'activité principale de couverture des risques pour le compte d'une tierce partie.

25. L'OCDE n'a pas l'intention d'appliquer les orientations relatives aux réorganisations d'entreprises à toutes les situations dans lesquelles un risque est transféré sous l'effet de la souscription d'une police d'assurance avec une entité dont la principale activité consiste à vendre des contrats d'assurance.

26. Certains commentateurs ont proposé de donner plus d'importance, lors de la révision du document de discussion, à la capacité financière d'assumer ou de supporter les risques. Certains commentateurs estimaient qu'une entité ne devrait pas être tenue de disposer de capitaux suffisants pour couvrir tous les risques susceptibles de se matérialiser. Au contraire, ils pensaient qu'une entité pouvait se s'assurer ou se couvrir contre le risque tout en étant à juste titre considérée comme celle qui, parmi les membres du groupe multinational, supporte le risque.

27. L'analyse de la capacité financière d'assumer le risque a été étoffée et clarifiée. La notion de « capacité financière présumée à supporter le risque » mentionnée dans le document de discussion a été remplacée par la « capacité financière à assumer le risque » au moment où le risque est alloué à une entreprise associée, qui est une notion moins incertaine.

28. Enfin, certains commentateurs se sont inquiétés du rôle des comparables pour déterminer si une allocation de risques donnée s'effectue dans des conditions de pleine concurrence.

29. La rédaction de la section consacrée au rôle des comparables en matière de risques a été clarifiée. Il a été précisé qu'il n'est pas obligatoire de rechercher des comparables pour chaque allocation de risque, mais que le plus souvent, des données comparables seront recherchées pour une transaction qui implique, entre autres conditions, la prise en charge de risque (une transaction de fabrication ou de distribution, par exemple). Il a également été précisé que l'absence de comparables pour une allocation de risque donnée ne signifie pas forcément qu'elle n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. La notion de contrôle sur le risque a été placée dans un contexte plus restreint, bien que l'OCDE continue de penser que la capacité d'apprécier le résultat des fonctions de suivi et de gestion des risques est un élément nécessaire du contrôle de ces risques.



## **B.5** *Clauses contractuelles et allocation des risques*

30. Divers commentateurs ont demandé de clarifier l'indication selon laquelle « 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 ». Ils ont fait valoir que les clauses contractuelles peuvent avoir pour effet de limiter ou d'allouer le risque et qu'elles doivent être prises en compte pour évaluer les risques assumés par les divers membres d'un groupe multinational. La phrase en question a été clarifiée dans la version finale du chapitre IX.

## **B.6** *Options réalistes envisageables*

31. Des commentateurs ont formulé des réserves concernant la partie du document de discussion qui traitait des « options réalistes qui auraient été envisageables en situation de pleine concurrence ». Certains estimaient qu'une telle demande n'est pas pertinente au niveau de l'entité individuelle car, dans un groupe multinational, les décisions sont prises au niveau du groupe et pour atteindre des objectifs propres au groupe. D'autres ont suggéré que l'obligation d'établir et de fournir une documentation à l'appui de nombreuses options alternatives constituerait une lourde charge administrative. Enfin, certains pensaient que l'examen d'options purement hypothétiques ne ferait guère avancer l'analyse.

32. Des éclaircissements ont été apportés dans la rédaction de ces paragraphes. Dans sa version révisée, le chapitre IX indique que les Principes n'ont pas pour but de contraindre les contribuables à analyser et documenter toutes les options réalistes hypothétiques (voir le paragraphe 9.64). Toutefois, l'OCDE estime et le chapitre IX précise que la prise en compte des options disponibles au niveau de l'entité individuelle peut être pertinente pour l'application du principe de pleine concurrence à une réorganisation d'entreprise (voir les paragraphes 9.59-9.64).

## **B.7** *Définition des événements imposables en lien avec une réorganisation d'entreprise*

33. Certains commentateurs se sont inquiétés du fait que le document de discussion ne définissait pas avec une précision suffisante les circonstances où une transaction de réorganisation donnerait lieu à la reconnaissance d'un revenu imposable. Selon certains commentateurs, il ne devrait y avoir revenu imposable que dans les cas où il y a transfert d'actif. Il a par ailleurs été suggéré d'inclure dans les Principes une indication claire stipulant que les transferts de potentiel de profits, les transferts de fonctions et les changements dans les relations commerciales ne devraient pas donner lieu à revenu imposable.

34. Lorsque le principe de pleine concurrence est appliqué aux réorganisations d'entreprises, la question est de savoir s'il y a transfert d'un élément de valeur (droits ou autres actifs), rupture ou renégociation substantielle d'accords existants, et si ce transfert, cette rupture ou cette renégociation donnerait lieu à rémunération ou indemnisation entre parties indépendantes dans des conditions comparables. Le chapitre IX dispose clairement que le principe de pleine concurrence ne requiert pas de rémunération systématique du simple fait de la dégradation des bénéfices futurs escomptés d'une entité et qu'il ne faut pas supposer d'emblée que toutes les ruptures ou renégociations substantielles d'accords existants doivent donner lieu à une rémunération de pleine concurrence (voir le paragraphe 9.65). En revanche, l'OCDE n'est pas d'accord avec les commentaires qui préconisent que dans les transactions entre entreprises indépendantes, seuls les transferts d'actifs définis de manière étroite sont rémunérés. En outre, dans les cas où une rémunération de pleine concurrence est due, il n'entre pas dans le champ de ce projet de déterminer si le paiement constitue ou non un événement imposable (voir le paragraphe 9.8).

## **B.8** *Actifs incorporels*

35. Certains commentateurs ont estimé que les indications relatives à la définition des actifs incorporels, notamment les références aux « incorporels mous », « synergies », « potentiel de profits » et « biens incorporels de commercialisation locaux », devaient être clarifiées. D'autres ont fait valoir que la

référence à l'évaluation d'actifs incorporels dont la valeur n'a pas encore été établie au moment du transfert, qui figurait aux paragraphes 87 et 88 du document de discussion, était biaisée en faveur du recours à l'analyse rétrospective et aux ajustements *ex post*.

36. Le Groupe de travail n° 6 reconnaît qu'il est souhaitable d'apporter des précisions concernant certains concepts relatifs aux actifs incorporels. Toutefois, fournir des éclaircissements exhaustifs prendrait beaucoup de temps et dépasserait le cadre de ce projet. Le GT6 envisage d'engager un projet sur les aspects prix de transfert des actifs incorporels en 2011. Ce projet s'intéresserait notamment à des aspects touchant à la définition des éléments incorporels. Les indications concernant l'évaluation d'actifs incorporels transférés à un moment où leur valeur n'est pas établie qui se trouvaient aux paragraphes 87 et 88 du document de discussion ont été clarifiées afin de préciser que les dispositions des paragraphes 6.28 à 6.35 des Principes régissent le traitement de transferts d'incorporels dont l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction.

### ***B.9 Potentiel de profits/de pertes***

37. Plusieurs commentateurs estimaient que la définition du « potentiel de profits/de pertes » et les références au « potentiel de profits/de pertes » et à la « survaleur » pour l'analyse de la « valeur du fonds de commerce » dans le document de discussion était obscure et porteuse de confusion. Dans la version finale du chapitre IX des Principes, les rédacteurs se sont efforcés de clarifier ces questions ainsi que la relation entre ces concepts. Il est précisé que l'expression « potentiel de profits » signifie « bénéfices futurs escomptés ». Il est clairement indiqué que, dans le contexte des réorganisations d'entreprises, le potentiel de profits ne doit pas simplement être interprété comme les bénéfices qui seraient réalisés si l'organisation prévalant avant la réorganisation devait perdurer indéfiniment (voir le paragraphe 9.67).

### ***B.10 Dédommagement de l'entité restructurée***

38. Dans leurs observations concernant le dédommagement de l'entité restructurée en cas de rupture ou de renégociation substantielle d'accords existants ou au titre de préjudices causés par la réorganisation, certains commentateurs étaient d'avis que la législation et la jurisprudence commerciales devraient être déterminantes pour établir si un dédommagement est requis en vertu du principe de pleine concurrence. D'autres commentateurs pensaient que les circonstances dans lesquelles des parties indépendantes auraient convenu d'un dédommagement sont extrêmement rares et qu'en l'absence de dispositions contractuelles ou d'obligations visées par le droit commercial, un tel dédommagement ne devrait pas être requis dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise.

39. L'OCDE convient que la législation et la jurisprudence commerciales peuvent jouer un rôle pour déterminer si une réorganisation d'entreprise doit donner lieu à un dédommagement. Toutefois, elle ne partage pas le point de vue des commentateurs selon qui l'existence ou la non-existence de droits à dédommagement dans la législation ou la jurisprudence commerciale est déterminante, car la solution prévue par cette législation ou cette jurisprudence peut dépendre de la formulation des accords contractuels en vigueur, et les accords contractuels entre entreprises associées ne reflètent pas toujours des conditions de pleine concurrence. Le chapitre IX a été remanié pour préciser que les droits prévus par la législation et la jurisprudence commerciales devraient être un critère, mais pas le seul, pour déterminer si un dédommagement serait dû à l'occasion d'une réorganisation conformément au principe de pleine concurrence.

### ***B.11 Rémunération des transactions post-réorganisation***

40. Les indications contenues dans la note thématique n° 3 du document de discussion ont été considérablement allégées. Le principe fondamental est que les transactions entre entités contrôlées qui

surviennent après une réorganisation doivent être régies par les mêmes règles de détermination des prix de transfert que celles qui s'appliquent aux transactions contrôlées qui ne résultent pas d'une réorganisation. Sur cette base, et compte tenu de l'achèvement simultané de la révision des chapitres I à III des Principes, certaines parties du document de discussion ont été supprimées.

### ***B.12 Requalification des transactions de réorganisation***

41. Selon certains commentateurs, le contenu de la note thématique n° 4 concernant la requalification de transactions de réorganisation par les autorités fiscales n'était pas correct. Certains estimaient que le document de discussion ne tenait pas suffisamment compte de la suggestion, formulée aux paragraphes 1.36 à 1.41 des Principes (paragraphes 1.63 à 1.68 des Principes révisés), selon laquelle les autorités fiscales ne devraient requalifier des transactions que dans des circonstances exceptionnelles. D'autres ont demandé que des éclaircissements supplémentaires soient apportés sur certains termes utilisés, notamment sur le concept de transaction « commercialement rationnelle ». D'autres estimaient qu'il faudrait supprimer entièrement cette note thématique. D'autres enfin ont suggéré que des exemples supplémentaires devraient être fournis afin d'éclairer la question de la requalification des transactions.

42. Un travail considérable de réécriture a été accompli afin de préciser les éléments contenus dans la note thématique n° 4. Le Groupe de travail s'est efforcé de clarifier les notions de substance économique et de rationalité commerciale, la question de savoir si un prix de pleine concurrence peut être fixé pour une transaction ou un accord, la pertinence des motivations fiscales et les conséquences de la non-reconnaissance d'une transaction. Le Groupe de travail s'est attaché à dissiper l'idée selon laquelle il cherchait à étendre les circonstances où une administration fiscale est fondée à ne pas reconnaître une transaction. Les exemples ont également été revus et les désaccords supprimés. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen de questions spécifiques relatives aux actifs incorporels au projet qui devrait débiter en 2011.