



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES



RAPPORT SUR LES ASPECTS PRIX DE TRANSFERT DES RÉORGANISATIONS D'ENTREPRISES

CHAPITRE IX DES PRINCIPES APPLICABLES EN MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT

22 juillet 2010



CENTRE DE POLITIQUE ET D'ADMINISTRATION FISCALES

PRÉFACE

Ce rapport a été approuvé par le Comité des affaires fiscales le 22 juin 2010 et par le Conseil de l'OCDE le 22 juillet 2010. La Recommandation du Conseil sur la détermination des prix de transfert entre entreprises associées [C(95)126/FINAL] a été amendée le 22 juillet 2010 pour prendre en compte l'ajout du chapitre IX ci-joint et la révision concomitante des chapitres I-III des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales.

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre IX Réorganisations d'entreprises et prix de transfert	4
<i>Introduction</i>	4
A. Champ du chapitre	4
A.1 Réorganisations d'entreprises entrant dans le champ de ce chapitre.....	4
A.2 Problématiques entrant dans le champ de ce chapitre	5
B. Application de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et des présents Principes aux réorganisations d'entreprises: cadre théorique	6
<i>Partie I: Considérations particulières en matière de risques</i>	7
A. Introduction.....	7
B. Clauses contractuelles	7
B.1 Déterminer si le comportement des entreprises associées respecte l'allocation contractuelle des risques.....	8
B.2 Déterminer si l'allocation des risques dans la transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence.....	8
B.3 Identification des conséquences de l'allocation des risques.....	14
C. Respect des obligations fiscales par les contribuables	15
<i>Partie II : Rémunération de pleine concurrence de la réorganisation proprement dite</i>	16
A. Introduction.....	16
B. Comprendre la réorganisation proprement dite.....	16
B.1 Identifier les transactions de réorganisation ; fonctions, actifs et risques avant et après la réorganisation	17
B.2 Comprendre les motivations commerciales de la réorganisation et apprécier les avantages qui en sont attendus, y compris le rôle des synergies.....	17
B.3 Autres options réalistes à la disposition des parties.....	18
C. Modification de l'allocation du potentiel de profits suite à une réorganisation d'entreprise	19
C.1 Potentiel de profits.....	19
C.2 Réallocation des risques et du potentiel de profits	20
D. Transfert d'un élément de valeur (par exemple d'un actif ou d'une activité)	21
D.1 Actifs corporels	22
D.2 Actifs incorporels	23
D.3 Transfert d'une activité.....	26
D.4 Externalisation	27
E. Indemnisation de l'entité restructurée au titre de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants	28
E.1 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 ?.....	29
E.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	29

E.3	Examiner si la législation et la jurisprudence commerciales prévoient un droit à dédommagement	31
E.4	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 ?	31
<i>Partie III : Rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation</i>		33
A.	Réorganisation et « structuration ».....	33
A.1	Principe général : une même application du principe de pleine concurrence.....	33
A.2	Différences factuelles éventuelles entre les situations résultant d'une réorganisation et celles qui ont été structurées comme telles depuis le départ.....	33
B.	Application aux réorganisations d'entreprises : choix et application d'une méthode de prix de transfert pour les transactions contrôlées post-réorganisation.....	35
C.	Lien entre la rémunération de la réorganisation et celle des transactions conclues ultérieurement.....	36
D.	Comparaison des situations avant et après la réorganisation	37
E.	Économies de localisation	38
F.	Exemple : mise en œuvre d'une fonction de centrale d'achat.....	39
<i>Partie IV : Prise en compte des transactions réellement effectuées</i>		42
A.	Introduction.....	42
B.	Transactions réellement effectuées. Rôle des dispositions contractuelles. Lien entre les paragraphes 1.64 - 1.69 et les autres parties des Principes.....	42
C.	Application aux situations de réorganisation des paragraphes 1.64-1.69 de ces Principes.....	43
C.1	Non-reconnaissance uniquement dans les cas exceptionnels	43
C.2	Détermination de la nature économique d'une transaction ou d'un accord.....	44
C.3	Déterminer si les accords auraient été conclus par des entreprises indépendantes.....	44
C.4	Déterminer si un prix de pleine concurrence peut être fixé pour une transaction ou un accord	46
C.5	Pertinence des objectifs fiscaux.....	46
C.6	Conséquences de la non-reconnaissance au regard des paragraphes 1.64 à 1.69	46
D.	Exemples	47
D.1	Exemple (A) : transformation d'un distributeur de plein exercice en distributeur « limité »....	47
D.2	Exemple (B) : transfert d'actifs incorporels de valeur à une société coquille	48
D.3	Exemple (C) : Transfert d'un actif incorporel qui est reconnu.....	49

Chapitre IX

Réorganisations d'entreprises et prix de transfert

Introduction

A. Champ du chapitre

A.1 Réorganisations d'entreprises entrant dans le champ de ce chapitre

9.1 Il n'existe pas de définition juridique ou universellement admise de la notion de réorganisation d'entreprise. Dans le contexte du présent chapitre, une réorganisation d'entreprise est définie comme le redéploiement transnational par une entreprise multinationale de ses fonctions, actifs et/ou risques. Une réorganisation d'entreprise peut impliquer le transfert à l'étranger d'actifs incorporels de valeur, bien que ça ne soit pas systématique. Elle peut également entraîner la rupture ou la renégociation substantielle d'accords existants. Les réorganisations qui entrent dans le champ de ce chapitre 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 (par exemple, fournisseurs, sous-traitants, clients par exemple).

9.2 Depuis le milieu des années 90, les réorganisations les plus fréquentes ont consisté en la centralisation des actifs incorporels et des risques ainsi que du potentiel de profits qui s'y rattache. Elles ont principalement consisté en :

- la transformation de distributeurs de plein exercice en distributeurs limités ou en commissionnaires agissant pour une entreprise associée étrangère qui peut jouer le rôle de donneur d'ordre,
- la transformation de fabricants de plein exercice en sous-traitants ou façonniers pour une entreprise associée étrangère qui peut jouer le rôle de donneur d'ordre,
- la centralisation des actifs incorporels au sein d'une entité du groupe (par exemple d'une société dite « holding de droits incorporels »).

9.3 Il existe également des réorganisations d'entreprises qui impliquent le transfert d'actifs incorporels et/ou de risques plus importants à des entités opérationnelles (par exemple à des fabricants ou des distributeurs). Les réorganisations d'entreprises peuvent également consister en la rationalisation, la spécialisation ou la déspecialisation d'activités (sites industriels et/ou procédés de fabrication, activités de recherche et développement, ventes, services), y compris une réduction de la taille ou une cessation d'activités. Le principe de pleine concurrence et les orientations données dans le cadre de ce chapitre s'appliquent de la même façon à tous les types de réorganisations d'entreprises qui relèvent de la définition figurant au paragraphe 9.1, qu'elles conduisent à un modèle opérationnel plus ou moins centralisé.

9.4 Les représentants des milieux d'affaires qui ont participé au processus de consultation mené par l'OCDE en 2005-2009 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. Ils ont également indiqué que les réorganisations d'entreprises peuvent être nécessaires pour préserver la rentabilité ou limiter les pertes en période de récession, par exemple en situation d'excédent de capacités.

A.2 Problématiques entrant dans le champ de ce chapitre

9.5 Ce chapitre examine les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises, c'est-à-dire l'application de l'article 9 (Entreprises associées) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et des présents Principes aux réorganisations d'entreprises.

9.6 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 de ce chapitre eu égard à l'article 9 est d'examiner dans quelle mesure une telle réallocation des bénéfices est conforme avec le principe de pleine concurrence, et, plus généralement, d'étudier la façon dont le principe de pleine concurrence 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 membres d'un groupe multinational sont traités comme des parties indépendantes. Cette difficulté conceptuelle dans l'application du principe de pleine concurrence en pratique est reconnue par les présents Principes (voir paragraphes 1.10 et 1.11). En dépit de ce problème, ces 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 paragraphes 1.14-1.15). 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.

9.7 Le présent chapitre ne porte que sur les transactions entre entreprises associées dans des situations relevant de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE 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 de l'OCDE, cet aspect faisant l'objet du rapport du Groupe de Travail n° 6 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables¹. Les indications données dans le cadre de l'article 9 ont été élaborées indépendamment de l'approche autorisée de l'OCDE développée pour l'application de l'article 7.

9.8 Les dispositifs anti-abus de droit interne et les législations relatives aux sociétés étrangères contrôlées n'entrent pas dans le champ du présent chapitre, 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.

¹ Voir le Rapport sur l'Attribution de bénéfices aux établissements stables, approuvé par le Comité des affaires fiscales le 24 juin 2008 et par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2008 pour publication et la version 2010 du Rapport sur l'Attribution de bénéfices aux établissements stables, approuvée par le Comité des affaires fiscales le 22 juin 2010 et par le Conseil de l'OCDE le 22 juillet 2010 pour publication.

B. Application de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et des présents Principes aux réorganisations d'entreprises: cadre théorique

9.9 Ce chapitre part de l'hypothèse que le principe de pleine concurrence et les Principes 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. La question pertinente au regard de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et du principe de pleine concurrence est de savoir si les conditions convenues ou imposées dans une réorganisation d'entreprise diffèrent de celles qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes. Toutes les orientations données dans le présent chapitre doivent être comprises à l'aune de ce cadre théorique. Ce chapitre se compose de quatre parties qui doivent être lues ensemble.

Partie I: Considérations particulières en matière de risques

A. Introduction

9.10 La question des risques revêt une importance capitale dans le cadre des réorganisations d'entreprises. L'examen de l'allocation des risques entre entreprises associées constitue un volet essentiel de l'analyse fonctionnelle. Généralement, sur le marché libre, l'acceptation d'un risque accru serait également compensée par une hausse du rendement escompté, même si, en réalité, le rendement augmentera ou non suivant le degré de réalisation effective des risques (voir paragraphe 1.45). Il est fréquent que des activités locales soient transformées en activités à risques réduits (par exemple en « distributeurs limités » ou en « sous-traitants ») 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 bénéficiaire résiduel est attribué. Il est donc important pour les administrations fiscales d'évaluer la réallocation des risques significatifs de l'entreprise qui est restructurée, ainsi que les conséquences de cette réallocation pour l'application du principe de pleine concurrence à la réorganisation proprement dite et aux transactions réalisées ultérieurement. Cette partie porte sur l'allocation des risques entre entreprises associées dans le contexte de l'article 9, en particulier sur l'interprétation et l'application des paragraphes 1.47 à 1.53. Elle a vocation à fournir des orientations générales sur les risques, utiles pour certaines questions abordées dans d'autres parties de ce chapitre, notamment pour celle de la rémunération de pleine concurrence de la réorganisation elle-même, traitée dans la partie II, pour celle de la rémunération des transactions contrôlées postérieures à la réorganisation, présentée dans la partie III, et pour celle de la reconnaissance ou non-reconnaissance des transactions présentées par un contribuable, qui fait l'objet de la partie IV.

B. Clauses contractuelles

9.11 À la différence de l'approche autorisée pour l'attribution de profits aux établissements stables élaborée pour les situations relevant de l'article 7, 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. 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, la bonne pratique voudrait que les entreprises associées conservent une trace écrite des décisions qu'elles prennent concernant l'allocation ou le transfert des risques significatifs, avant de réaliser les transactions au titre desquelles les risques seront supportés ou transférés, et de documenter l'évaluation des conséquences de réallocations de risques significatifs sur le potentiel de profits. Comme l'indique le paragraphe 1.52, les conditions d'une transaction peuvent être déduites des contrats écrits, de la correspondance et/ou d'autres communications entre les parties. À défaut 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.

9.12 Toutefois, comme l'indiquent les paragraphes 1.47 à 1.53, une administration fiscale est fondée à contester l'allocation du risque qui est indiquée entre entreprises associées si elle n'est pas conforme à la nature économique de la transaction. Par conséquent, pour l'examen de la répartition du risque entre entreprises associées et ses conséquences sur les prix de transfert, il importe non seulement d'analyser les dispositions contractuelles, mais aussi les questions supplémentaires suivantes :

- Si le comportement des entreprises associées respecte l'allocation contractuelle des risques (voir la section B.1 ci-dessous),
- Si l'allocation des risques dans la transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence (voir la section B.2 ci-dessous), et

- Quelles sont les conséquences de l'allocation des risques (voir la section B.3 ci-dessous).

B.1 Déterminer si le comportement des entreprises associées respecte l'allocation contractuelle des risques

9.13 Dans 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 ignorées ou modifiées après coup que si les deux parties y ont intérêt. On ne rencontre pas toujours cette divergence d'intérêt lorsqu'on a affaire à des 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'une fiction. En pareils cas, une analyse s'impose pour déterminer les véritables modalités de la transaction.

9.14 C'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus probant pour déterminer la répartition effective des risques. Le paragraphe 1.48 donne 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, l'administration fiscale peut être amenée à contester l'allocation du risque de change invoquée par le contribuable.

9.15 Un autre exemple de situation susceptible de se produire dans le cadre de réorganisations d'entreprises est une situation dans laquelle une entreprise associée étrangère assume, aux termes d'un contrat, l'intégralité des risques de stock. En pareil cas, il peut être pertinent, 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.

9.16 Un troisième exemple a trait à la détermination de la partie qui assume le risque d'impayés dans un accord de distribution. Dans les accords de distribution de plein exercice, le risque d'impayés 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 une indemnisation 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) au chiffre d'affaires encaissé (plutôt que facturé). 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'impayés est assumé par le fournisseur ou par le distributeur (ou par les deux).

B.2 Déterminer si l'allocation des risques dans la transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence

9.17 Les indications sur l'examen des risques dans le cadre de l'analyse fonctionnelle se trouvent aux paragraphes 1.47-1.51.

B.2.1 Rôle des données comparables

9.18 Lorsque des données mettent en évidence une allocation des risques similaire dans des transactions comparables sur le marché libre, l'allocation contractuelle des risques entre les entreprises associées est considérée comme conforme au principe de pleine concurrence. À cet égard, ces données comparables peuvent consister en une transaction entre une partie à la transaction contrôlée et une partie

indépendante (« comparable interne ») ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est impliquée dans la transaction contrôlée (« comparable externe »). En général, la recherche de comparables visant à évaluer le respect du principe de pleine concurrence d'une allocation des risques n'est pas isolée de l'analyse générale de comparabilité des transactions auxquelles le risque est associé. Les données comparables permettront de déterminer si la transaction contrôlée respecte le principe de pleine concurrence, y compris pour l'attribution des risques significatifs dans cette transaction.

B.2.2 Cas où il n'existe pas de comparables

9.19 Les cas dans lesquels il n'existe pas de comparable permettant de démontrer que l'attribution des risques dans une transaction contrôlée respecte le principe de pleine concurrence posent des difficultés plus sérieuses. Le simple fait qu'un accord entre entreprises associées ne soit pas observé entre parties indépendantes n'est pas suffisant pour conclure que cet accord n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. Toutefois, lorsqu'il n'existe pas de comparables à pour étayer l'allocation des risques des entreprises associées, il devient nécessaire de déterminer si l'allocation des risques est conforme à celle dont auraient pu convenir des parties indépendantes dans des circonstances similaires.

9.20 Cette détermination est par nature subjective, et il est souhaitable de fournir des indications correspondantes afin de limiter les incertitudes et les risques de double imposition qu'elle génère. À cette fin, un facteur pertinent, bien que non déterminant, est l'examen de quelle(s) partie(s) exerce(nt) relativement plus de contrôle sur le risque, comme l'expliquent les paragraphes 9.22-9.28 ci-dessous. Dans des transactions de pleine concurrence, un facteur supplémentaire susceptible d'influer sur la volonté d'une partie indépendante de prendre un risque est sa capacité financière à l'assumer, comme l'indiquent les paragraphes 9.29-9.32. Au-delà de l'identification de ces deux facteurs, il n'est pas possible de fournir des critères impératifs qui garantiraient systématiquement un résultat fiable. Par conséquent, pour déterminer que l'allocation des risques dans une transaction contrôlée n'est pas conforme à celle dont seraient convenues des parties indépendantes, il convient d'être vigilant et de tenir compte des faits et circonstances du cas d'espèce.

9.21 La référence aux notions de « contrôle sur le risque » et de « capacité financière à assumer le risque » ne vise pas à établir une norme au titre de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE selon laquelle l'allocation des risques suivrait systématiquement le capital ou les fonctions humaines importantes. Le cadre analytique de l'article 9 est différent de l'approche autorisée de l'OCDE élaborée pour les situations relevant de l'article 7 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

B.2.2.1 Allocation des risques et contrôle

Pertinence de la notion de « contrôle »

9.22 La question de la relation entre l'allocation des risques et le contrôle en tant que facteur pertinent pour la nature économique de la transaction est traitée au paragraphe 1.49. L'affirmation énoncée dans ce paragraphe repose sur l'expérience. En l'absence de comparables permettant de démontrer que l'allocation des risques dans une transaction contrôlée respecte le principe de pleine concurrence, la détermination de la partie qui a le plus de contrôle sur le risque peut être utile pour déterminer si une allocation de risque similaire aurait été convenue entre parties indépendantes dans des circonstances comparables. En pareil cas, si les risques sont alloués à la partie à la transaction contrôlée qui exerce le moins de contrôle sur eux, l'administration fiscale peut décider de contester la nature de pleine concurrence de cette attribution.

Signification du terme « contrôle » dans ce contexte

9.23 Dans le contexte du paragraphe 1.49, la notion de « contrôle » s'entend de la capacité à prendre la décision d'assumer le risque (décision de risquer des capitaux) et à décider de le gérer ou non, et si oui 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.

9.24 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). Les exemples qui suivent illustrent cette approche.

9.25 Supposons, par exemple, qu'un investisseur engage 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 décisions pertinentes : celle d'engager 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, y compris le risque de perdre un client, est distinct du risque d'investissement de 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.

9.26 Imaginons un autre exemple, dans lequel un donneur d'ordre engage un prestataire de services de recherche pour 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 qui sera propriétaire des résultats de la recherche en cas de succès, tandis que le prestataire bénéficie d'une rémunération garantie quelle que soit l'issue de ses travaux, mais n'a aucun droit de propriété sur les 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 pertinentes pour contrôler son risque, par exemple la décision d'engager 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 le risque de perdre un client ou d'être pénalisé en cas de négligence) est distinct du risque d'échec assumé par le donneur d'ordre.

9.27 Imaginons un troisième exemple, dans lequel un donneur d'ordre engage un sous-traitant qu'il charge de fabriquer des produits pour son compte en utilisant la technologie qui appartient au donneur d'ordre. Supposons qu'aux termes de l'accord conclu entre les parties, le donneur d'ordre s'engage envers le sous-traitant à acheter la totalité des produits fabriqués par ce dernier en suivant les modèles et spécifications techniques définis par le donneur d'ordre et en se conformant à un plan de production qui définit les volumes et les dates de livraison des produits, tandis que le sous-traitant bénéficie d'une rémunération garantie indépendamment de la capacité du donneur d'ordre de revendre les produits sur les marchés et de leur prix de revente. Alors que la fabrication est, au quotidien, conduite par le personnel du sous-traitant, il y a tout lieu de penser que le donneur d'ordre prend un certain nombre de décisions pertinentes pour contrôler son risque de marché et de stock, par exemple la décision d'engager ce sous-traitant en particulier (ou de rompre le contrat qui les lie), la décision sur le type de produits à fabriquer et

leurs spécifications techniques, et la décision sur les volumes que le sous-traitant doit fabriquer et sur le calendrier de livraison. Le donneur d'ordre devrait pouvoir évaluer les résultats des activités de fabrication du sous-traitant, y compris le contrôle qualité du processus de fabrication et des produits finis. Le risque opérationnel du sous-traitant (par exemple le risque de perdre un client ou d'être pénalisé en cas de négligence ou d'incapacité à satisfaire aux exigences qualitatives et autres fixées par le donneur d'ordre) est distinct des risques de marché et de stock assumés par le donneur d'ordre.

9.28 Il convient de garder à l'esprit que, comme noté au paragraphe 1.49, 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. En ce qui concerne les risques sur lesquels aucune des parties n'exerce un véritable contrôle, le contrôle ne serait pas un facteur utile pour déterminer si leur répartition entre les parties est conforme au principe de pleine concurrence.

B.2.2.2 Capacité financière d'assumer le risque

9.29 Un autre facteur pertinent, bien que non déterminant, pour déterminer si l'allocation des risques dans une transaction contrôlée est conforme à celle dont seraient convenues des parties indépendantes dans des circonstances comparables, consiste à déterminer si la partie qui supporte le risque a, au moment où le risque lui est alloué, la capacité financière de l'assumer.

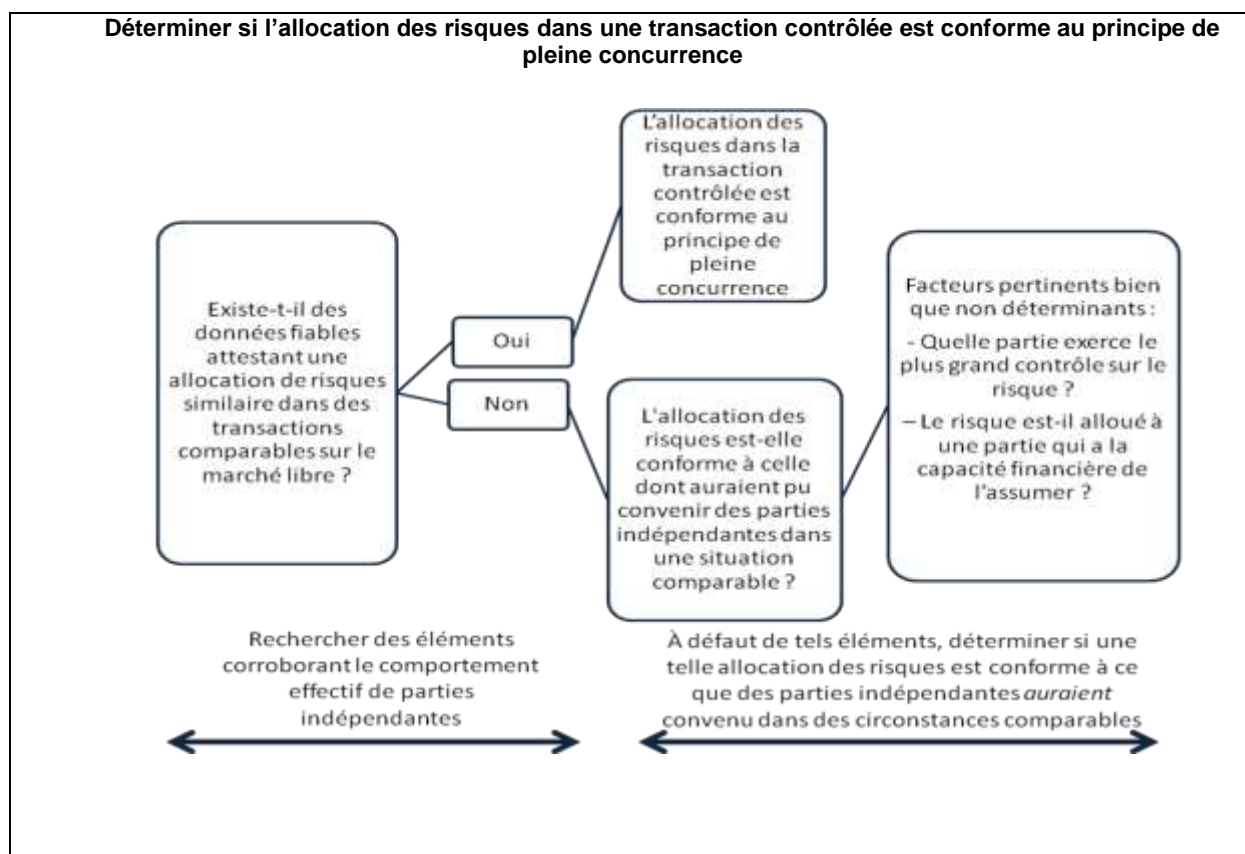
9.30 Lorsqu'un risque est alloué par contrat à une partie (ci-après le « preneur ») qui n'a pas, au moment où le contrat est conclu, la capacité financière de l'assumer, par exemple parce qu'elle n'aura vraisemblablement pas la capacité de supporter les conséquences si ce risque se concrétise et qu'elle n'a pas mis en place de mécanisme pour s'en prémunir, on peut douter que l'attribution du risque à cette partie s'effectue dans des conditions de pleine concurrence. En effet, dans une telle situation, le risque peut devoir être effectivement supporté par le cédant, la société-mère, les créanciers ou une autre partie, en fonction des faits et circonstances du cas d'espèce, indépendamment des clauses contractuelles selon lesquelles il est supposé être attribué au preneur.

9.31 Ceci peut être illustré comme suit. Supposons que l'entreprise A assume la responsabilité du fait des produits envers ses clients et conclue un contrat avec l'entreprise B qui engage cette dernière à rembourser l'entreprise A en cas de réclamation fondée sur cette responsabilité. Contractuellement, le risque est transféré de A à B. Supposons maintenant qu'au moment où le contrat est conclu, l'entreprise B n'a pas la capacité financière d'assumer le risque, c'est-à-dire que B n'aura certainement pas la capacité d'indemniser A en cas de réclamation et n'a pas mis en place de mécanisme pour couvrir le risque s'il se concrétise. En fonction des cas et circonstances spécifiques, A peut en fait devoir supporter les coûts qui découleraient de la matérialisation du risque produit, auquel cas le risque n'est pas effectivement transféré de A à B. Il se peut également que la société-mère de B ou une autre partie honore la créance de A à l'égard de B, auquel cas A est effectivement libérée du risque (bien que ce ne soit pas B qui indemnise A).

9.32 La capacité financière d'assumer le risque n'est pas forcément la capacité financière à supporter toutes les conséquences de la matérialisation du risque ; ce peut être la capacité de l'entité qui assume le risque à se prémunir contre ces conséquences. En outre, un niveau élevé de capitalisation n'implique pas automatiquement que la partie fortement capitalisée assume le risque.

B.2.2.3 Illustration

9.33 Le diagramme ci-dessous illustre le processus global suivi pour déterminer si l'allocation des risques dans une transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence.



B.2.3 Différence entre un ajustement de comparabilité et la non prise en compte de l'allocation des risques retenue dans le cadre d'une transaction contrôlée²

9.34 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 1.69. Supposons qu'un fabricant situé dans un pays A ait des distributeurs associés 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 lié au stock excédentaire. L'hypothèse dans ce cas spécifique est que le risque de stock excédentaire est significatif et mérite une analyse détaillée des prix de transfert. Les autorités fiscales 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 effectif des parties est conforme aux dispositions contractuelles, c'est-à-

² Cette section porte sur le lien entre les orientations du paragraphe 1.49 et celles des paragraphes 1.64-1.69.

dire que le fabricant assume effectivement le risque lié au stock excédentaire dans le cadre de ses transactions contrôlées avec ses distributeurs associés.

9.35 Pour déterminer si l'allocation contractuelle des risques est conforme au principe de pleine concurrence, les autorités fiscales examineraient si des données concernant des transactions comparables sur le marché libre corroborent l'allocation des risques retenue dans le cadre des transactions contrôlées du fabricant. 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.

9.36 Supposons maintenant qu'il n'existe aucune donnée issue de transactions comparables sur le marché libre, internes ou externes, corroborant l'allocation des risques retenue dans le cadre des transactions contrôlées du fabricant. Comme souligné au paragraphe 1.69, 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. 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 l'examen de la (les) partie(s) qui ont le plus de contrôle sur le risque (voir paragraphes 1.49 et 9.22-9.28 ci-dessus). Comme l'indique le paragraphe 9.20, dans des transactions de pleine concurrence, un facteur supplémentaire susceptible d'influer sur l'allocation du risque à une partie indépendante est sa capacité financière d'assumer ce risque au moment où il est attribué.

9.37 Il se peut qu'en dépit de l'absence de transactions comparables sur le marché libre corroborant la même allocation des risques que celle effectuée dans le cadre des transactions contrôlées du contribuable, cette allocation a une substance économique et s'avère économiquement rationnelle, par exemple parce 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.

9.38 Supposons maintenant que les autorités fiscales constatent que les dispositions prises par le contribuable dans le cadre de ses transactions contrôlées, et notamment l'allocation au fabricant du risque de stock excédentaire, diffèrent de celles qui auraient été convenues par des entreprises indépendantes ayant un comportement économiquement rationnel, et que dans des circonstances comparables et en situation de pleine concurrence, un fabricant n'accepterait pas d'assumer un risque substantiel de stock excédentaire, en acceptant, par exemple, de racheter au distributeur le stock invendu au prix fort. En pareil cas, l'administration fiscale tenterait de parvenir à une solution raisonnable en procédant à un ajustement des prix de transfert. Toutefois, lorsque des circonstances exceptionnelles excluent toute possibilité de solution raisonnable par le biais d'un ajustement des prix de transfert, les autorités fiscales pourraient réattribuer les conséquences de l'allocation des risques aux distributeurs associés, suivant les orientations contenues aux paragraphes 1.47-1.50 (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.

B.3 Identification des conséquences de l'allocation des risques

B.3.1 Effets d'une allocation des risques reconnue à des fins fiscales

9.39 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 devrait :

- a) 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) ;
- b) 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
- c) Généralement, voir le risque compensé par un accroissement du rendement escompté (voir le paragraphe 1.45).

9.40 La modification de l'allocation des risques entre entreprises 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 associés au risque transféré sont susceptibles de revenir au cessionnaire plutôt qu'au cédant.

9.41 Une question importante est celle de savoir si un risque est significatif sur le plan économique, c'est-à-dire s'il est assorti d'un potentiel de profits important et, par conséquent, si la modification de l'allocation de ce risque peut expliquer une réallocation importante du potentiel de profits. L'importance d'un risque dépendra de son ampleur, de la probabilité de sa réalisation et de sa prévisibilité, ainsi que des possibilités de l'atténuer. S'il ressort de cette appréciation qu'un risque n'est pas significatif sur le plan économique, sa prise en charge ou son transfert n'expliquera en principe pas la réalisation d'un bénéfice substantiel par l'entité ou une baisse significative de son potentiel de profits. Dans des conditions de pleine concurrence, une partie ne transférerait pas un risque perçu comme négligeable sur le plan économique en contrepartie d'une diminution substantielle de son potentiel de profits.

9.42 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 pourraient 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).

9.43 Les registres comptables peuvent fournir des renseignements utiles sur la probabilité et l'ampleur de certains risques (par exemple, les risques d'impayés ou de stock), mais il existe aussi des risques significatifs sur le plan économique qui ne ressortent pas forcément des états financiers (par exemple les risques de marché).

B.3.2 Le choix d'une méthode de prix de transfert peut-il créer un environnement à risques réduits ?

9.44 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 bénéfice brut ou net à l'une des parties, comme la méthode du coût majoré ou la méthode transactionnelle de la marge nette, la partie en question opère à risques réduits. À cet égard, il convient de distinguer, d'une part, la détermination contractuelle du prix et des autres conditions financières d'une transaction et, d'autre part, la méthode de prix de transfert utilisée pour déterminer si le prix, la marge ou les bénéfices d'une transaction sont conformes aux conditions de pleine concurrence.

9.45 Concernant la détermination contractuelle du prix, les conditions de rémunération d'une partie à une transaction ne peuvent être ignorées dans l'évaluation des risques supportés par cette partie. En effet, l'accord de prix peut influencer directement sur l'allocation de certains risques entre les parties et, dans certains cas, peut créer un environnement à risques réduits. Par exemple, un fabricant rémunéré selon la méthode de coût majoré qui tient compte de ses coûts effectifs peut ainsi être protégé contre le risque de fluctuation des prix des matières premières. En revanche, il peut aussi exister certains risques dont l'allocation ne résulte pas de l'accord de prix. Par exemple, rémunérer une activité de fabrication selon la méthode de coût majoré n'a pas forcément d'incidence sur l'allocation du risque de rupture du contrat de fabrication entre les parties.

9.46 Concernant la méthode de prix de transfert utilisée pour tester les prix, la marge ou les bénéfices de la transaction, ce devrait être la méthode la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce (voir le paragraphe 2.2). En particulier, elle doit être cohérente avec l'allocation des risques entre les parties (à condition que cette allocation soit conforme au principe de pleine concurrence), car l'allocation des risques est un volet important de l'analyse fonctionnelle de la transaction. C'est donc la nature plus ou moins risquée de l'activité qui doit dicter la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée, et pas le contraire. Voir la partie III du présent chapitre pour une analyse de la rémunération de pleine concurrence des transactions post-réorganisation.

C. Respect des obligations fiscales par les contribuables

9.47 À titre de bonne pratique, les contribuables devraient mettre en place un processus pour établir, suivre et revoir leurs prix de transfert, en tenant compte de l'importance des transactions, de leur complexité, du niveau de risque impliqué et du fait qu'elles ont été effectuées dans un environnement stable ou en mutation (voir paragraphes 3.80-3.83). Évaluer si les allocations de risque effectuées par un contribuable respectent le principe de pleine concurrence peut être un processus coûteux et pesant. Il serait raisonnable d'attendre que l'étendue et le niveau de détail de l'analyse dépendent :

- De l'importance du risque et en particulier du caractère significatif du potentiel de profits qui lui est rattaché, et
- De la survenue d'importantes variations dans l'allocation du risque, par exemple, à la suite d'un changement significatif du profil de risque sous l'effet d'une réorganisation.

Partie II : Rémunération de pleine concurrence de la réorganisation proprement dite

A. Introduction

9.48 Une réorganisation d'entreprise peut impliquer le transfert à l'étranger d'éléments de valeur, par exemple des actifs incorporels de valeur, bien que cela ne soit pas systématique. Elle peut, à la place ou également, impliquer la rupture ou une renégociation substantielle d'accords existants, par exemple d'accords de fabrication, de distribution, de licence ou de prestations de services, etc. La section D de cette partie traite des conséquences, au regard des prix de transfert, du transfert d'un élément de valeur, et la section E aborde les conséquences, au regard des prix de transfert, de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants.

9.49 Aux termes de l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, lorsque les conditions convenues 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 convenues 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.

B. Comprendre la réorganisation proprement dite

9.50 La question de savoir si les conditions convenues ou imposées pour une réorganisation d'entreprise sont de pleine concurrence sera généralement éclairée par une analyse de comparabilité, et notamment par l'examen des fonctions accomplies, des actifs utilisés et des risques assumés par les parties, ainsi que des clauses contractuelles, des situations économiques et des stratégies des entreprises.

9.51 Lorsqu'il existe des transactions sur le marché libre potentiellement comparables aux transactions de réorganisation, l'analyse de comparabilité visera à apprécier la fiabilité de la comparaison et, le cas échéant, à déterminer s'il est possible de procéder à des ajustements de comparabilité raisonnablement fiables pour éliminer les effets significatifs des différences qui peuvent exister entre les situations comparées.

9.52 Il peut ne pas exister de transactions sur le marché libre comparables à la réorganisation entre entreprises associées. Cela ne signifie pas forcément que la réorganisation ne respecte pas le principe de pleine concurrence, mais il convient de s'en assurer³. En pareils cas, pour déterminer si des parties indépendantes auraient convenu des mêmes conditions dans des circonstances comparables, il peut être utile d'examiner :

- Les transactions de réorganisation et les fonctions, actifs et risques avant et après la réorganisation (voir section B.1) ;
- Les motivations commerciales de la réorganisation et les bénéfices qui en sont attendus, y compris le rôle des synergies (voir section B.2) ;
- Les options réalistes à la disposition des parties (voir section B.3).

³ Voir paragraphe 1.11.

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

9.53 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 l'examen des risques en partie I de ce chapitre). 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.

9.54 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. Cette analyse nécessite généralement d'identifier les fonctions, actifs et risques avant et après la réorganisation. Il peut être important d'évaluer les droits et obligations de l'entité restructurée avant la réorganisation (notamment, dans les circonstances appropriées, 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.

9.55 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 1.52 et 1.53). 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 reflète un accord de plus longue durée, et donc des droits et obligations plus importants que ceux prévus par l'accord contractuel.

9.56 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. Pour procéder à cette évaluation, il faut se garder de recourir à l'analyse rétrospective (voir paragraphe 3.74).

B.2 Comprendre les motivations commerciales de la réorganisation et apprécier les avantages qui en sont attendus, y compris le rôle des synergies.

9.57 Les représentants des milieux d'affaires qui ont participé au processus de consultation de l'OCDE 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 du fait d'économies d'échelle, la nécessité de se spécialiser, de réaliser des gains d'efficacité et de réduire les coûts, ont toutes été citées comme des motivations importantes des réorganisations d'entreprises. Lorsqu'un contribuable indique que la perspective de réaliser des synergies est une motivation commerciale importante d'une réorganisation, la bonne pratique voudrait qu'il établisse, au moment où il prend ou met en œuvre la décision de restructurer, une documentation présentant les synergies escomptées et les hypothèses sur lesquelles ces prévisions s'appuient. Ce type de documentation sera probablement produit au niveau du groupe à des fins autres que fiscales, par exemple pour étayer le processus décisionnel conduisant à la réorganisation. Aux fins de l'article 9, la bonne pratique voudrait que le contribuable établisse comment ces synergies escomptées

influent, au niveau de l'entité, sur l'application du principe de pleine concurrence. En outre, même si les perspectives de synergies peuvent être pertinentes pour comprendre une réorganisation d'entreprise, il faut éviter les appréciations *a posteriori* (voir paragraphe 3.74).

9.58 Le fait qu'une réorganisation d'entreprise puisse être motivée par des perspectives 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 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 dégagerait avant la réorganisation. En outre, les synergies escomptées ne se concrétisent pas toujours – il peut arriver que la mise en œuvre d'un modèle opérationnel global conçu pour accroître les synergies du groupe entraîne en réalité des coûts supplémentaires et des pertes d'efficacité.

B.3 *Autres options réalistes à la disposition des parties*

9.59 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 qui s'offrent à elles et ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autre solution nettement plus avantageuse. En d'autres termes, des entreprises indépendantes ne concluraient pas une transaction s'il existe une autre option qui leur est plus favorable. L'examen des autres options réalistes envisageables peut être pertinent pour l'analyse de comparabilité afin de comprendre les positions respectives des parties.

9.60 Aussi, pour appliquer le principe de pleine concurrence, une administration fiscale évalue chaque transaction telle qu'elle est structurée par le contribuable, sauf si cette transaction n'est pas reconnue parce qu'elle correspond aux cas évoqués au paragraphe 1.65. Toutefois, les autres structures réalistes à la disposition des parties sont prises en considération pour évaluer si les modalités de la transaction contrôlée (et notamment son prix) pourraient être acceptées par un contribuable indépendant confronté aux mêmes options et agissant dans des circonstances comparables. Si une structure plus profitable aurait pu être adoptée, mais que la nature économique de la transaction ne diffère pas de sa forme et que la structure n'est pas commercialement irrationnelle au point d'empêcher l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié, la transaction n'est pas ignorée. Toutefois, la rémunération de la transaction contrôlée peut être ajustée par référence aux bénéfices qui auraient pu être réalisés dans le cadre de l'autre structure, car des entreprises indépendantes ne vont conclure la transaction que si elles ne voient pas d'autre solution nettement plus avantageuse.

9.61 En conditions de pleine concurrence, il existe des situations dans lesquelles une entité aurait eu à sa disposition une ou plusieurs solutions réalistes nettement plus avantageuses que celle d'accepter les modalités de la réorganisation (en tenant compte de toutes les conditions pertinentes, y compris les conditions commerciales et du marché à l'avenir, le potentiel de profit des diverses solutions et la rémunération ou indemnisation éventuelles au titre de la réorganisation), y compris celle de ne pas conclure la transaction de réorganisation. En pareils cas, une partie indépendante n'aurait peut-être pas accepté les conditions de la réorganisation.

9.62 En conditions de pleine concurrence, il existe également des situations dans lesquelles l'entité restructurée n'aurait pas d'autres solutions réalistes nettement plus avantageuses que celle d'accepter les modalités de la réorganisation, par exemple, d'accepter la rupture d'un contrat - avec ou sans indemnisation, comme expliqué dans la section E 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 d'engager un prestataire (client) moins cher ou plus efficient, ou encore de rechercher des solutions plus lucratives (prestataire). Si l'entité restructurée transfère des droits ou d'autres actifs ou encore une activité à une autre partie, il est possible qu'elle puisse prétendre à rémunération en contrepartie du transfert, comme exposé dans la section D ci-après.

9.63 L'application du principe de pleine concurrence exige une évaluation des conditions convenues ou imposées entre entreprises associées, 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 s'il est conforme au principe de pleine concurrence du point de vue de chacune des entités réorganisées.

9.64 La référence à la notion d'options réalistes à la disposition des parties n'a pas pour but de contraindre les contribuables à dresser la liste de toutes les options réalistes hypothétiques. Comme l'indique le paragraphe 3.81, lorsqu'on entreprend une analyse de comparabilité, il n'est pas nécessaire d'effectuer une recherche exhaustive de toutes les sources d'informations pertinentes potentielles. L'objectif est plutôt de souligner que s'il existe une option réaliste nettement plus avantageuse, elle doit être prise en compte dans l'analyse des conditions de la réorganisation.

C. Modification de l'allocation du potentiel de profits suite à une réorganisation d'entreprise

C.1 Potentiel de profits

9.65 Une entreprise indépendante ne perçoit pas forcément une rémunération lorsqu'un changement dans ses transactions réduit son potentiel de profits ou ses bénéfices futurs escomptés. Le principe de pleine concurrence ne requiert pas de rémunération ou indemnisation systématique du simple fait de la dégradation des bénéfices futurs escomptés d'une entité. 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. Ces deux situations sont examinées dans les sections D et E ci-dessous.

9.66 Dans ces Principes, « potentiel de profits » signifie « bénéfices futurs escomptés ». Cette expression peut, dans certains cas, englober les pertes. La notion de « potentiel de profits » est souvent utilisée à des fins d'évaluation, pour déterminer une rémunération de pleine concurrence au titre d'un transfert d'actifs incorporels ou d'une activité, ou pour calculer l'indemnisation de pleine concurrence d'une rupture ou d'une renégociation substantielle d'accords existants, dès lors qu'il s'avère que cette rémunération ou indemnisation aurait eu lieu entre parties indépendantes dans des circonstances comparables.

9.67 Dans le contexte des réorganisations d'entreprises, le potentiel de profits 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.

9.68 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 commerciales qui la motivent et les avantages qui en sont attendus, ainsi que les options réalistes à la disposition des parties, comme l'analyse la section B.

C.2 Réallocation des risques et du potentiel de profits

9.69 Les réorganisations d'entreprises impliquent souvent des changements dans les profils de risque des entreprises associées. Une modification de l'allocation des risques peut résulter du transfert d'un élément de valeur, comme expliqué à la section D ci-dessous, et/ou d'une rupture ou renégociation substantielle d'accords existants, comme indiqué à la section E. La partie I de ce chapitre contient des indications générales sur l'analyse prix de transfert des risques.

9.70 Prenons l'exemple de la transformation d'un fabricant de plein exercice en sous-traitant. Dans un tel cas, si une rémunération calculée à l'aide de la méthode du coût majoré peut être une rémunération de pleine concurrence pour les opérations de sous-traitance post-réorganisation, il reste à déterminer si le fabricant devrait également bénéficier d'une rémunération de pleine concurrence au titre de la modification des accords existants qui aboutit au renoncement au potentiel de profits plus incertain, compte tenu de ses droits et autres actifs.

9.71 Imaginons un autre exemple, dans lequel un distributeur 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 entreprise 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 la réorganisation entraîne un transfert à l'entreprise associée étrangère du potentiel de profits supplémentaire associé aux risques. Supposons, aux fins de cet exemple, que cette réorganisation est mise en œuvre uniquement par la renégociation des accords contractuels existants, sans transfert d'actifs. Du point de vue du distributeur, la question se pose de savoir si ces nouvelles modalités (compte tenu à la fois de la rémunération des transactions post-réorganisation et d'une éventuelle rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) le placent dans une situation aussi avantageuse ou plus avantageuse que les autres options réalistes – mais plus risquées – qui s'offrent à lui. Si tel n'est pas le cas, il faut en conclure que la rémunération après réorganisation a été mal calculée ou qu'une rémunération supplémentaire serait nécessaire pour rémunérer correctement le distributeur en contrepartie de la réorganisation. Du point de vue de l'entreprise étrangère associée, 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 distributeur continue à exercer la même activité sous un nouveau statut.

9.72 En conditions de pleine concurrence, la réponse dépendra probablement des droits et autres actifs des parties, du potentiel de profits du distributeur et de son entreprise associée concernant les deux modèles opérationnels (distributeur de plein exercice et distributeur limité) ainsi que de la durée escomptée du nouvel accord. La situation du point de vue du distributeur 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. Cet exemple suppose que la modification de l'allocation du risque au distributeur provient de la renégociation de l'accord de distribution existant qui réaffecte les risques entre les parties. Cet exemple illustre le point de vue du distributeur. Il ne tient pas compte du point de vue de l'entreprise associée étrangère (donneur d'ordre), bien que l'analyse des prix de transfert doive intégrer ces deux points de vue.

Bénéfices du distributeur avant la réorganisation : données historiques sur les cinq dernières années (activité de plein exercice) (marge nette/ventes)	Bénéfices futurs escomptés par le distributeur sur les trois années suivantes (s'il était resté distributeur de plein exercice, dans l'hypothèse où ce choix est une option réaliste) (marge nette/ventes)	Bénéfices réalisés par le distributeur après la réorganisation (activité de distribution limitée) (marge nette/ventes)
Cas n° 1 : Année 1 : (-2 %) Année 2 : + 4 % Année 3 : + 2 % Année 4 : 0 Année 5 : + 6 %	[-2 % à + 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 % à + 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 % à + 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

9.73 Dans le cas n° 1, le distributeur renonce à un potentiel de profits qui comporte des incertitudes significatives, pour un bénéfice relativement faible, mais stable. La question de savoir si une partie indépendante serait prête à faire ce choix dépend de son rendement escompté dans les deux scénarios, de sa tolérance au risque, des options réalistes envisageables et de la rémunération potentielle des opérations de réorganisation proprement dites. Dans le cas n° 2, il est peu probable que, dans la situation du distributeur, des parties indépendantes accepteraient de transférer, sans rémunération supplémentaire, les risques et le potentiel de profits qui y est associé si elles avaient un autre choix. Le cas n° 3 montre que l'analyse doit tenir compte du potentiel de profits futurs et que si des changements importants se produisent dans l'environnement commercial ou économique, les données historiques ne constituent pas une base d'analyse suffisante.

D. Transfert d'un élément de valeur (par exemple d'un actif ou d'une activité)

9.74 Les sections D.1 à D.3 ci-dessous concernent certains transferts fréquemment rencontrés dans le cadre de réorganisations d'entreprises : transferts d'actifs corporels, d'actifs incorporels et d'activités.

D.1 Actifs corporels

9.75 Les réorganisations d'entreprises entraînent parfois le transfert d'actifs corporels (équipements, par exemple) à une entreprise 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 entreprise 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.

9.76 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, d'impayés et de marché.

9.77 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 entreprise 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'entreprise 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 l'entreprise 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, l'entreprise associée étrangère assume les risques de stock auparavant supportés par le contribuable.

9.78 Supposons que, dans le cadre de la transition de l'ancien au nouveau modèle opérationnel, les matières premières et les produits finis inscrits au bilan du contribuable au moment de la réorganisation soient transférés à l'entreprise associée étrangère. La question se pose de savoir comment déterminer le prix de transfert de pleine concurrence des stocks au moment de la réorganisation. Il s'agit là d'un problème que l'on peut rencontrer en cas de transition 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, c'est-à-dire que les conditions de la transaction sur le marché libre sont 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.

9.79 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). Voir les paragraphes 3.18–3.19 consacrés au choix de la partie testée.

D.2 Actifs incorporels

9.80 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. Un volet essentiel de l'analyse d'une réorganisation d'entreprise consiste à identifier les actifs incorporels significatifs qui ont été transférés (le cas échéant), à déterminer si des parties indépendantes auraient rémunéré leur transfert et quelle est leur valeur de pleine concurrence.

9.81 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). 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 indications générales relatives aux actifs incorporels et aux accords de répartition des coûts qui figurent aux chapitres VI et VIII peuvent s'appliquer dans le contexte des réorganisations d'entreprises.

D.2.1 Transfert d'actifs incorporels par une entité locale à une entité centrale (entreprise associée étrangère)

9.82 Les réorganisations d'entreprises entraînent parfois le transfert d'actifs incorporels auparavant détenus ou gérés par une ou plusieurs entité(s) locale(s) à une entité centrale implantée dans une autre juridiction fiscale (par exemple à une entreprise associée étrangère qui agit en qualité de donneur d'ordre ou de société dite « 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.

9.83 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.

9.84 L'application du principe de pleine concurrence exige une évaluation des conditions accordées ou imposées entre entreprises associées, 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.

9.85 Par ailleurs, lorsqu'une entité locale transfère ses actifs incorporels à une entreprise 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 9.81. 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 à l'égard dudit 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 entreprises associées étrangères.

9.86 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 d'actifs, la détermination d'une rémunération de pleine concurrence pour les futures transactions post-réorganisation 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, un accord aux termes duquel un brevet est transféré au cours de l'année N au prix de 100 et 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, ne serait vraisemblablement pas conforme au principe de pleine concurrence.

D.2.2 Transfert d'actifs incorporels dont la valeur n'a pas encore été établie

9.87 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. Lorsque l'évaluation d'actifs incorporels au moment de la transaction est très incertaine, le problème qui se pose est de savoir comment déterminer le prix de pleine concurrence. La solution consiste, tant pour le contribuable que pour l'administration fiscale, à se référer à la manière dont des entreprises indépendantes auraient procédé dans des circonstances comparables pour tenir compte, dans la fixation du prix de la transaction, de l'incertitude entourant l'évaluation. Voir les paragraphes 6.28 – 6.35 et les exemples figurant à l'annexe du chapitre VI « Exemples illustrant les Principes sur les actifs incorporels dont l'évaluation est très incertaine ».

9.88 Conformément à ces indications, 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 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 au moment de la transaction ne justifie par un ajustement *ex-post* sans examen de ce que des parties tierces auraient fait ou auraient convenu.

D.2.3 Actifs incorporels locaux

9.89 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 entreprise associée étrangère, d'actifs incorporels de valeur, tels que des listes de clients, et s'il existe des actifs incorporels locaux qui sont conservés par l'entité locale.

9.90 En particulier, dans le cas où un distributeur de plein exercice est transformé en distributeur limité ou en commissionnaire, il peut être important 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 et s'ils ont été transférés à une entreprise associée. Lorsque de tels actifs existent et ont été transférés à l'entreprise associée étrangère, le principe de pleine concurrence doit s'appliquer pour déterminer s'il faut rémunérer ce transfert et selon quelles modalités, en se basant sur ce qu'auraient convenu des parties indépendantes dans des circonstances comparables. En revanche, lorsque ces actifs incorporels locaux existent et sont conservés par l'entité restructurée, ils devraient être pris en compte dans l'analyse fonctionnelle des activités post-réorganisation. En conséquence, ils peuvent influencer sur la sélection et l'application de la méthode de détermination des prix de transfert la plus appropriée des transactions contrôlées après la réorganisation, et/ou donner lieu à une rémunération distincte, par exemple, à travers le paiement de redevances à l'entité restructurée par l'entreprise associée étrangère qui exploitera les actifs à compter de la réorganisation, et ce pendant la durée de vie des actifs⁴.

⁴ Concernant la rémunération des transactions réalisées après la réorganisation, voir la partie III de ce chapitre.

D.2.4 Droits contractuels

9.91 Les droits contractuels peuvent représenter des actifs incorporels de valeur. Lorsque des droits contractuels de valeur sont transférés entre des entreprises 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.

9.92 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 entreprise 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 indépendants 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, 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.

D.3 Transfert d'une activité

D.3.1 Évaluation d'un transfert d'activité

9.93 Il arrive qu'une réorganisation d'entreprise entraîne le transfert d'une activité, c'est-à-dire d'une unité opérationnelle économiquement intégrée. Dans ce contexte, on entend par transfert d'activité le transfert des éléments d'actif associés à la capacité d'exécuter certaines fonctions et de supporter certains risques. Ces fonctions, actifs et risques peuvent inclure notamment : des actifs corporels et incorporels ; des éléments de passif associés à la détention de certains actifs et à l'exécution de certaines fonctions, comme les activités de R-D et de fabrication ; la capacité d'accomplir les activités assumées par le cédant avant le transfert ; ainsi que les ressources, capacités et droits éventuels. L'évaluation d'un transfert d'activité doit refléter tous les éléments de valeur qui donneraient lieu à rémunération entre parties indépendantes dans des circonstances comparables. Par exemple, dans le cas d'une réorganisation d'entreprise qui implique le transfert d'une unité opérationnelle comprenant des infrastructures de recherche où travaillent des chercheurs expérimentés, l'évaluation de cette activité doit refléter, entre autres, la valeur de ces infrastructures et la valeur (éventuelle) de la main-d'œuvre qui serait convenue en conditions de pleine concurrence.

9.94 La détermination de la rémunération de pleine concurrence d'un transfert d'activité n'équivaut pas nécessairement à la somme des évaluations distinctes de chacun des éléments qui composent le transfert. En particulier, si le transfert d'une activité implique plusieurs transferts simultanés d'actifs, de risques ou de fonctions liés entre eux, l'évaluation de ces transferts sur une base agrégée peut être nécessaire pour obtenir l'approximation la plus fiable du prix de pleine concurrence de l'activité. Les méthodes d'évaluation employées dans les opérations d'acquisition entre parties indépendantes peuvent s'avérer utiles pour évaluer le transfert d'une activité entre entreprises associées.

9.95 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 éventuelle d'un tel transfert entre entreprises associées, il conviendrait de le comparer à un transfert d'activité entre parties indépendantes, et non avec le transfert d'éléments d'actifs isolés.

D.3.2 Activités déficitaires

9.96 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.

9.97 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, dans des circonstances comparables, une partie indépendante aurait été disposée à payer pour se défaire de l'activité déficitaire, ou si elle aurait envisagé d'autres options, comme celle de cesser l'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.

9.98 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.

D.4 Externalisation

9.99 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 entreprise associée située dans une juridiction où les coûts sont faibles. Après la réorganisation, le contribuable achètera les produits finis à l'entreprise 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 mettent en œuvre ce type d'accord d'externalisation sans pour autant exiger du cessionnaire une rémunération explicite dès lors que les économies de coûts que le cédant peut espérer réaliser sont supérieures aux coûts induits par la réorganisation⁵.

E. Indemnisation de l'entité restructurée au titre de la rupture ou de la renégociation substantielle d'accords existants

9.100 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 (par exemple, dépréciation d'actifs, licenciements), des coûts de reconversion (par exemple pour adapter ses activités afin de répondre à d'autres besoins de clients) et/ou une diminution de son potentiel de profits. Dans les réorganisations d'entreprises, des accords existants sont souvent renégociés de telle manière que les profils de risque des parties s'en trouvent modifiés, ce qui a des conséquences sur l'allocation du potentiel de profits entre elles. Par exemple, un accord de distribution de plein exercice est transformé en accord de distribution limitée ou en accord de commissionnaire ; un accord de fabrication de plein exercice est transformé en accord de sous-traitance ou de façonnier. Dans de telles situations, il convient alors d'examiner si des parties indépendantes auraient convenu d'une indemnisation en faveur de l'entité restructurée (et, dans l'affirmative, d'examiner les modalités de fixation de ladite indemnisation).

9.101 La renégociation d'accords existants s'accompagne parfois d'un transfert de droits ou d'autres actifs. Par exemple, la rupture d'un contrat de distribution va parfois de pair avec une cession d'actifs incorporels. En pareils cas, les indications des sections D et E de cette partie doivent être lues en parallèle.

9.102 Dans le présent chapitre, la notion d'indemnisation 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 paiement forfaitaire, d'un partage des coûts induits par la réorganisation, d'une baisse (ou majoration) de prix d'achat (de vente) pour les transactions post-réorganisation, ou sous toute autre forme.

9.103 Il ne faudrait pas présumer que toutes les ruptures ou renégociations substantielles de contrats doivent donner lieu à indemnisation dans des conditions de pleine concurrence. Pour déterminer s'il y aurait indemnisation 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, le cas échéant, les options réalistes à la disposition des parties. À cette fin, les quatre conditions suivantes peuvent être importantes :

- L'accord concerné par la rupture, la non-reconduction ou la renégociation substantielle est-il formalisé par écrit et prévoit-il une clause d'indemnisation? (Voir section E.1 ci-après) ;
- Les termes de l'accord et l'existence ou l'absence d'une clause d'indemnisation ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont-ils conformes au principe de pleine concurrence ? (Voir section E.2 ci-après) ;
- La législation et la jurisprudence commerciales prévoient-elles un droit à indemnisation? (Voir section E.3 ci-après) ; et

⁵ L'autre question, examinée aux paragraphes 9.148-9.153, concerne la répartition éventuelle des économies de localisation entre les parties dans des conditions de pleine concurrence.

- En situation de pleine concurrence, une autre partie aurait-elle été disposée à dédommager celle qui subit la rupture ou la renégociation de l'accord ? (Voir section E.4 ci-après).

E.1 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 ?

9.104 Lorsque l'accord rompu, non reconduit ou renégocié est formalisé par écrit⁶, 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 d'indemnisation ou autre garantie en cas de rupture, non-reconduction ou renégociation, est prévue au contrat. Comme souligné au paragraphe 1.53, « [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 ignorées ou modifiées après coup que si les deux parties y ont intérêt. »

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

E.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

9.106 Entre des parties indépendantes, il arrive que la rupture, la non-reconduction ou une renégociation substantielle d'un contrat ne donne pas lieu à indemnisation. Toutefois, du fait que la divergence d'intérêts qui existe entre parties indépendantes n'existe pas toujours 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 d'indemnisation ou autre garantie en cas de rupture, non-reconduction ou renégociation). Lorsque des données comparables révèlent l'existence (ou l'absence) d'une clause d'indemnisation similaire dans des circonstances comparables, la clause d'indemnisation (ou son absence) dans une transaction contrôlée sera considérée comme conforme au principe de pleine concurrence. Toutefois, dans les cas où ces données comparables ne peuvent être trouvées, il convient, pour déterminer si des parties indépendantes auraient convenu d'une telle clause (ou de son absence), de prendre en compte les droits et autres actifs des parties, au moment de la conclusion de l'accord et de sa rupture ou renégociation, et éventuellement d'examiner les options réalistes à la disposition des parties⁷.

9.107 Lorsqu'on examine si les conditions d'un accord sont de pleine concurrence, il peut être nécessaire d'analyser à la fois la rémunération des transactions qui font l'objet de l'accord et les conditions financières de la rupture de cet accord, car ces deux aspects peuvent être liés entre eux. En effet, les termes d'une clause de rupture (ou leur absence) peuvent constituer un élément important de l'analyse fonctionnelle des transactions, et plus particulièrement des risques des parties, et peuvent par conséquent devoir être prises en compte dans le calcul d'une rémunération de pleine concurrence des transactions. De

⁶ Comme souligné au paragraphe 1.52, 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 et des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre entreprises indépendantes.

⁷ Voir aux paragraphes 9.59-9.64 une analyse des options réalistes envisageables.

même, la rémunération des transactions aura une incidence sur le fait de savoir si les conditions de la rupture de l'accord sont de pleine concurrence.

9.108 Dans certaines situations, une partie indépendante se trouvant dans des conditions comparables n'aurait peut-être pas eu d'autre option réaliste et nettement plus avantageuse que d'accepter les conditions de la rupture ou de la renégociation substantielle du contrat. Dans d'autres cas, il est possible que l'examen de la nature de l'accord et du comportement effectif des entreprises 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 indemnisation en cas de rupture anticipée du contrat.

9.109 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 financier 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.

9.110 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 choix que de totalement déprécier les actifs. Il convient alors de déterminer si, dans des circonstances comparables, un fabricant indépendant 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.

9.111 Les orientations générales données dans la partie I de ce chapitre, concernant la manière de déterminer si une allocation de risque est conforme au principe de pleine concurrence, seraient pertinentes dans un tel cas. S'il existe des transactions comparables sur le marché libre qui mettent en évidence une allocation similaire des risques dans des transactions indépendantes (compte tenu notamment des conditions de l'investissement, de la rémunération de l'activité de fabrication et des conditions de la rupture), alors l'allocation du risque entre les entreprises associées serait considérée comme de pleine concurrence.

9.112 Dans le cas contraire, la question serait de savoir si des parties indépendantes auraient convenu d'une allocation similaire du risque. La réponse dépendra des faits et circonstances de la transaction et notamment des droits et autres actifs des parties.

- 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 paragraphes 1.49 et 9.17-9.33). Diverses solutions peuvent être adoptées pour

prendre en compte un tel risque lors de la négociation du contrat, comme de prévoir une clause d'indemnisation 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.

- 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 comparables). 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 une indemnisation au titre de la rupture du contrat.
- 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.

9.113 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.

9.114 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.

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

9.115 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 indemnisation et les conditions contractuelles que l'on pourrait s'attendre à trouver en cas de 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 une indemnisation, qu'une telle indemnisation ait, ou non, été prévue 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 une indemnisation ; par conséquent, les conditions de la rupture peuvent différer de celles qui prévaudraient entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires.

E.4 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 ?

9.116 L'analyse des 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 de l'indemnisation de pleine concurrence, le cas échéant, d'autre part pour identifier la partie qui doit le prendre en charge. 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 faits et circonstances du cas d'espèce, en particulier sur les droits et autres actifs des parties, l'analyse de la logique économique de la rupture, l'identification de la ou des partie(s) censée(s) tirer profit de l'accord et des options réalistes envisageables par les parties. Les exemples qui suivent illustrent cette approche.

9.117 Supposons qu'un contrat de fabrication ait été conclu entre deux entreprises associées, 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. Comme l'indique le paragraphe 9.103, il ne faudrait pas présumer que toutes les ruptures ou renégociations substantielles de contrats doivent donner lieu à indemnisation dans des conditions de pleine concurrence. Supposons que l'on constate, conformément aux instructions données dans les sections E.1 à E.3 ci-dessus, qu'en l'espèce, si la transaction avait lieu entre des parties indépendantes, B serait en position de demander une indemnisation au titre des préjudices causés par la rupture du contrat. Il convient alors de se demander si cette indemnisation doit être supportée 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.

9.118 Comme l'indique la section E.1, l'analyse doit commencer par l'examen des termes du contrat entre A et B. Dans certains cas, il peut aussi être pertinent d'examiner les conditions contractuelles en vigueur avec C, P et/ou une autre partie. Pour répondre à cette question, il faut déterminer si, en situation de pleine concurrence, ces entités seraient disposées à payer une telle indemnisation.

9.119 Il se peut que, dans certaines situations, A serait disposée à assumer le coût de l'indemnisation 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 de l'indemnisation.

9.120 Dans d'autres cas, C pourrait être disposée à payer une indemnisation 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 d'indemnisation de cette dernière *vis-à-vis* de B.

9.121 Il se peut également que, dans des conditions de pleine concurrence, A et C seraient disposées à partager le coût de l'indemnisation.

9.122 Enfin, il se peut que ni A, ni C, ne seraient prêtes à assumer le coût de l'indemnisation 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 l'indemnisation de B doive être assumée 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).

Partie III : Rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation

A. Réorganisation et « structuration »

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

9.123 Le principe de pleine concurrence et les présents Principes 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. 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.

9.124 Il convient de traiter les situations comparables de la même manière. Le choix et l'application pratique 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 indications sur le choix et l'application des méthodes de prix de transfert s'appliquent, qu'un accord résulte ou non d'une réorganisation.

9.125 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 elles-mêmes qui consistent en un redéploiement de fonctions, d'actifs et/ou de risques. La partie II de ce chapitre examine l'application du principe de pleine concurrence à ces transactions supplémentaires.

9.126 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 ces Principes, mais elles peuvent influencer sur l'analyse de comparabilité et, partant, sur le résultat de l'application des Principes. Voir la section D pour une comparaison des situations avant et après la réorganisation.

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

9.127 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. 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 suite⁸. 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, le risque d'impayés et le risque 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 entreprise associée étrangère, utilise des actifs

⁸ Voir aux paragraphes 9.59-9.64 un examen des options réalistes qui s'offrent aux parties dans le contexte de la détermination de la rémunération de pleine concurrence de la réorganisation proprement dite.

incorporels de commercialisation limités et n'assume que des risques restreints dans le cadre de sa relation avec l'entreprise 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.

9.128 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 section C ci-après.

9.129 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.

9.130 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 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. 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 entreprise associée étrangère, soit, s'ils ne sont pas transférés, de les prendre en compte pour calculer la rémunération de pleine concurrence des activités post-réorganisation⁹.

9.131 Lorsqu'une réorganisation implique qu'un contribuable transfère le risque qu'il assumait auparavant à une entreprise associée étrangère, il peut être important 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, avant la réorganisation, 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 peut être important, pour comparer ces deux situations, d'examiner si le « distributeur limité » qui résulte de la

⁹ Voir aux paragraphes 9.80-9.92 un examen de l'application du principe de pleine concurrence aux transferts d'actifs incorporels.

réorganisation assume encore les risques d'impayés nés avant la réorganisation, lorsqu'il était distributeur de plein exercice, ou si tous les risques d'impayés, y compris ceux qui existaient déjà au moment de la réorganisation, ont été transférés.

9.132 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.

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

9.133 La sélection et l'application d'une méthode de prix de transfert pour les transactions contrôlées post-réorganisation 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 l'entreprise associée étrangère avec laquelle elle traite. L'analyse ne devrait pas s'arrêter au label assigné à l'entité restructurée, car il se peut qu'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. En ce qui concerne les transactions post-réorganisation, il convient d'accorder une attention particulière à l'identification des actifs incorporels de valeur et des risques significatifs 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 parties I et II de ce chapitre abordent des questions relatives aux risques et aux actifs incorporels. Voir en particulier les paragraphes 9.44-9.46 pour une analyse du lien entre la sélection d'une méthode de fixation des prix de transfert et le profil de risque de la partie.

9.134 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.

9.135 Il est possible que des comparables (y compris des comparables internes), existent, éventuellement sous réserve que des ajustements de comparabilité soient effectués. Un exemple d'application possible de la méthode du prix comparable sur le marché libre serait le cas où une entreprise, 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 et de l'effet possible de la réalisation des transactions contrôlées et sur le marché libre à des moments différents, 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 d'impayé n'est plus la même.

9.136 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. 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 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 (et le sont effectivement) pour éliminer ces différences.

9.137 Lorsqu'un comparable est proposé, il est important de réaliser une analyse de comparabilité 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 section A sur les différences possibles entre activités restructurées et activités nouvellement créées.

9.138 L'identification de comparables potentiels vise à trouver les comparables les plus fiables dans les circonstances spécifiques, en gardant à l'esprit que les informations disponibles peuvent être limitées et leur obtention coûteuse (voir paragraphes 3.2 et 3.80). Il est admis que les données ne seront pas toujours parfaites. Il y a aussi des cas où des données comparables ne peuvent être trouvées. Cela ne signifie pas forcément que la transaction contrôlée n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. En pareils cas, il peut être nécessaire de déterminer si les conditions de la transaction contrôlée auraient été convenues par des 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. Conformément aux orientations du paragraphe 2.2, même lorsque les données comparables sont peu nombreuses et imparfaites, la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce doit être cohérente avec la nature de la transaction contrôlée, déterminée en particulier en réalisant une analyse fonctionnelle.

C. Lien entre la rémunération de la réorganisation et celle des transactions conclues ultérieurement

9.139 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 entreprise associée avec laquelle il doit ensuite avoir des relations commerciales dans le cadre desdites activités. Le paragraphe 9.99 consacré à l'externalisation donne un exemple de ce lien¹⁰.

9.140 Un autre exemple serait le cas où un contribuable exerçant des activités de fabrication et de distribution se restructure en cédant son activité de distribution à une entreprise associée étrangère à laquelle il vendra par la suite les produits qu'il fabrique. L'entreprise 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 l'entreprise associée étrangère de renoncer à tout ou partie de la rémunération initiale qui pourrait, dans des conditions de pleine concurrence, lui être due en contrepartie de l'activité, au profit d'avantages financiers similaires découlant, sur le long terme, de la vente de ses produits à l'entreprise associée étrangère à des prix supérieurs à ceux que cette dernière accepterait de payer si elle effectuait un

¹⁰ Voir également paragraphes 9.82-9.86.

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. La partie II de ce chapitre examine les situations dans lesquelles la rémunération serait due dans des conditions de pleine concurrence pour la réorganisation proprement dite.

9.141 En d'autres termes, dans cette situation où le contribuable continue d'avoir, en qualité de fournisseur, une relation commerciale avec l'entreprise associée étrangère qui reprend l'activité qu'il exerçait auparavant, le contribuable et l'entreprise associée 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. Dans la pratique, toutefois, il peut être difficile de structurer et de suivre un tel accord. 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 eue 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.

D. Comparaison des situations avant et après la réorganisation

9.142 Il y a lieu de s'interroger sur le rôle éventuel des comparaisons qui peuvent être faites entre les bénéfices effectivement réalisés par une partie à une transaction contrôlée avant et après la réorganisation. On peut notamment se demander 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 risques¹¹.

9.143 Un problème important soulevé par de telles comparaisons « avant / après » est qu'une comparaison des bénéfices dégagés par les transactions contrôlées après la réorganisation avec ceux réalisés avant la réorganisation ne suffirait pas à satisfaire l'obligation d'une comparaison avec des transactions indépendantes, énoncée à l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Les comparaisons des transactions contrôlées d'un contribuable avec d'autres transactions contrôlées ne sont pas pertinentes pour l'application du principe de pleine concurrence et ne devraient donc pas servir de base à un ajustement des prix de transfert par une administration fiscale ou pour étayer la fixation de prix de transfert par un contribuable.

9.144 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.

9.145 Reste que dans le cadre des réorganisations d'entreprises, les comparaisons « avant/après » pourraient permettre de mieux comprendre la réorganisation et pourraient contribuer à une analyse de comparabilité « avant/après » (notamment une analyse fonctionnelle), permettant de comprendre quels sont les changements à l'origine de la modification de l'allocation des profits/pertes 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

¹¹ Cette question est différente de celle du potentiel de profits abordée dans la partie II de ce chapitre.

été mis en place et pour évaluer s'ils sont conformes au principe de pleine concurrence. Elles peuvent également éclairer les options réalistes qui s'offrent à l'entité restructurée¹².

9.146 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 l'entreprise associée étrangère. Un examen attentif des rôles respectifs de l'entreprise associée étrangère et de l'entité « limitée » permettra de déterminer la méthode de prix de transfert la plus appropriée aux circonstances du cas d'espèce, et d'apprécier par exemple s'il y a lieu, ou non, d'attribuer l'intégralité du bénéfice résiduel à l'entreprise associée étrangère, compte tenu des risques et actifs incorporels respectifs des deux parties.

9.147 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. Voir l'exemple donné au paragraphe 9.135. Il convient de se référer aux instructions du paragraphe 3.2 pour déterminer si les transactions non contrôlées fournissent des comparables fiables.

E. Économies de localisation

9.148 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 d'entreprise visant à réaliser des économies de localisation est citée comme motivation commerciale d'une réorganisation, les indications figurant aux paragraphes 1.59-1.63 s'appliquent.

9.149 Lorsqu'une réorganisation entraîne des économies de localisation significatives, il convient de se demander si et, le cas échéant, comment, ces économies doivent être partagées entre les parties. La réponse devrait à l'évidence dépendre de ce dont des parties indépendantes 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.

9.150 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 entreprise 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

¹² Voir aux paragraphes 9.59-9.64 un examen des options réalistes envisageables : voir également aux paragraphes 9.127-9.132 une analyse 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.

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 de localisation 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).

9.151 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 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 d'un fabricant indépendant, ce qui serait contraire au principe de pleine concurrence.

9.152 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).

9.153 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 incorporel pour fixer la rémunération de pleine concurrence des services sous-traités. Si les circonstances le permettent (par exemple en présence de contributions uniques 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.

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

9.154 Cette section 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 comprendre le 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. Ce sont les faits et circonstances du cas d'espèce qui doivent dicter le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée. En particulier, la détermination de la ou des parties à qui les économies de coûts ou les inefficiences générés par la centralisation de la fonction d'achat dépendra des circonstances propres à chaque cas.

9.155 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.

9.156 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 2.18). 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 ainsi que des effets de la réalisation des transactions contrôlées et indépendantes à des moments différents, 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. Comme indiqué au paragraphe 9.154, il faut procéder au cas par cas pour déterminer si le principe de pleine concurrence est respecté. S'il s'avère que, en l'espèce, une partie des économies de coûts doit être attribuée aux usines, la question se pose alors de savoir si le prix comparable sur le marché libre doit et peut faire l'objet d'ajustements correspondants.

9.157 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 coût 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 coût 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, la marge sur coûts attribuée à la centrale d'achat doit être comparable à celle réalisée dans le cadre d'activités de négoce comparables sur le marché libre.

9.158 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.

9.159 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, conduise 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 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 envisageables - 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 convient 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.

9.160 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.

Partie IV : Prise en compte des transactions réellement effectuées

A. Introduction

9.161 Toute analyse de prix de transfert doit avoir pour point de départ l'identification et la qualification de la transaction contrôlée examinée. Les paragraphes 1.64-1.69 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.

9.162 Les paragraphes 1.64-1.69 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 de l'OCDE (en d'autres termes, effectués conformément au principe de pleine concurrence). Ils ne donnent pas d'indications sur la capacité d'un pays à requalifier des transactions en application 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 de l'OCDE (voir en particulier les paragraphes 9.5, 22 et 22.1 des Commentaires).

9.163 Les entreprises multinationales sont libres d'organiser leurs activités comme bon leur semble. Les autorités fiscales n'ont pas le pouvoir de leur dicter la manière dont elles doivent se structurer ou le lieu d'implantation de leurs activités. Un groupe multinational ne peut pas être contraint d'avoir ou de 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 de l'OCDE 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. Lien entre les paragraphes 1.64 - 1.69 et les autres parties des Principes

9.164 Dans le contexte de l'article 9, 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 1.64). Toutefois, comme souligné aux paragraphes 1.47-1.51 et 1.64-1.69, l'examen des dispositions contractuelles n'est pas suffisant.

9.165 Selon l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, une autorité fiscale peut ajuster les bénéfices 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 3.11 et 6.18, 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 1.64 -1.69. En effet, ces ajustements peuvent résulter de l'examen de comparabilité, voir en particulier le paragraphe 1.33. Les paragraphes 1.48-1.54 donnent des

indications sur la capacité d'une administration fiscale de contester des dispositions contractuelles non conformes à la nature économique de la transaction ou qui ne sont pas cohérentes avec le comportement des parties.

9.166 La partie I de ce chapitre analyse comment déterminer si l'allocation des risques dans une transaction entre entreprises associées est conforme au principe de pleine concurrence. Comme l'indique le paragraphe 9.11, 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, comme signalé aux paragraphes 1.48 à 1.54, 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 entreprises 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 entreprises 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. Les paragraphes 9.34-9.38 contiennent 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 examinent les relations entre les orientations contenues au paragraphe 1.49 des Principes et celles figurant aux paragraphes 1.64-1.69.

9.167 Un raisonnement similaire est suivi dans la partie II de ce chapitre sur la question des droits à indemnisation pour rupture ou renégociation substantielle d'un accord existant. Le paragraphe 9.103 précise qu'il peut être important non seulement d'examiner si l'accord rompu, non reconduit ou substantiellement renégocié est formalisé par écrit et prévoit une clause d'indemnisation, mais aussi d'apprécier si les termes de l'accord et l'existence ou l'absence d'une clause d'indemnisation ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont conformes au principe de pleine concurrence.

C. Application aux situations de réorganisation des paragraphes 1.64-1.69 de ces Principes

C.1 Non-reconnaissance uniquement dans les cas exceptionnels

9.168 Les paragraphes 1.64-1.69 limitent explicitement la non reconnaissance de la transaction ou de l'accord effectif aux cas exceptionnels. Cela 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 entreprises associées telle que structurée par elles¹³. Le terme « exceptionnel » dans ce contexte signifie « rare » ou « inhabituel ». Dans la plupart des cas, il est possible de respecter le principe de pleine concurrence visé par l'article 9 en calculant un prix de pleine concurrence de l'accord tel qu'il est effectivement structuré et mis en œuvre.

¹³ Comme souligné au paragraphe 1.53, 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.

9.169 Conformément aux paragraphes 1.64-1.69, les autorités fiscales peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, ne pas reconnaître la qualification ou la structuration d'une transaction ou d'un accord par les parties lorsque, eu égard à l'ensemble des faits et circonstances, elles concluent que :

- La nature économique de la transaction ou de l'accord diffère de sa forme (section C.2) ; ou
- Des entreprises indépendantes confrontées à une situation analogue n'auraient pas qualifié ou structuré la transaction ou l'accord selon les mêmes modalités que les entreprises associées, et il n'est pas possible de déterminer de façon fiable le prix de pleine concurrence de cette transaction ou de cet accord (sections C.3 et C.4).

Ces deux situations sont des exemples dans lesquels la qualification ou la structuration de la transaction ou de l'accord par les parties est considérée comme le résultat de conditions qui n'auraient pas existé entre entreprises indépendantes (voir le paragraphe 1.66).

C.2 Détermination de la nature économique d'une transaction ou d'un accord

9.170 La nature économique d'une transaction ou d'un accord est déterminée en examinant l'ensemble des faits et circonstances, tels que le contexte économique et commercial de la transaction ou de l'accord, son objet et son effet d'un point de vue pratique et économique, ainsi que le comportement des parties, y compris les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés.

C.3 Déterminer si les accords auraient été conclus par des entreprises indépendantes

9.171 Le deuxième cas mentionné au paragraphe 1.65 fait explicitement référence à la situation dans laquelle les modalités de la transaction adoptées par les entreprises associées « sont différentes de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle... » Conformément au paragraphe 9.163, 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 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 entre entreprises associées.

9.172 Lorsque des données fiables montrent que des transactions comparables sur le marché libre existent, il n'est pas possible d'avancer que ces mêmes accords, conclus entre entreprises associées, ne sont pas rationnels d'un point de vue commercial. L'existence de données comparables corroborant la fixation du prix de pleine concurrence d'une transaction entre entreprises associées montre que cette transaction est rationnelle du point de vue commercial pour des entreprises indépendantes agissant dans des circonstances comparables. Toutefois, le simple fait qu'un accord entre entreprises associées ne se rencontre pas entre entreprises indépendantes ne signifie pas qu'il ne soit pas conforme au principe de pleine concurrence ou qu'il ne soit pas rationnel dans une optique commerciale (voir paragraphe 1.11).

9.173 Les réorganisations conduisent souvent les groupes multinationaux à mettre en œuvre des modèles opérationnels mondiaux qui ne se rencontrent pas souvent, voire jamais, entre entreprises 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.

9.174 La question est de savoir si le résultat (l'accord adopté) est conforme à ce qui aurait résulté d'un comportement commercial normal d'entreprises indépendantes ; il ne s'agit pas d'un test comportemental au sens où il faudrait que les entreprises associées aient le même comportement que des entreprises indépendantes lors de la négociation et de l'adoption des conditions de l'accord. Par conséquent, le fait que les entreprises associées se soient effectivement engagées dans une véritable négociation ou aient simplement agi dans l'intérêt du groupe multinational dans son ensemble en acceptant une réorganisation ne détermine pas si l'accord aurait été conclu par des entreprises indépendantes ayant un comportement rationnel du point de vue commercial ou si le prix est de pleine concurrence.

9.175 L'application du principe de pleine concurrence repose sur l'idée que des entreprises indépendantes ne vont conclure une transaction que si elles ne voient pas d'autres solutions nettement plus avantageuses. Voir les paragraphes 9.59-9.64. Comme l'expliquent ces paragraphes, il peut être pertinent, pour déterminer le prix de pleine concurrence d'un accord, de tenir compte des options réalistes envisageables. Cette prise en compte peut également permettre de répondre à la question de savoir si les accords adoptés par les entreprises associées diffèrent de ceux qui auraient été conclus par des entreprises indépendantes agissant selon une logique commerciale rationnelle. Dans des cas exceptionnels, il peut s'avérer impossible de déterminer de façon fiable le prix de pleine concurrence de l'accord effectivement adopté, auquel cas il faut conclure que l'accord n'aurait pas été conclu, dans des circonstances comparables, par des entreprises indépendantes ayant un comportement rationnel du point de vue commercial (voir la section C.4).

9.176 Une entreprise indépendante ne conclurait pas une transaction de réorganisation si elle a une autre option réaliste nettement plus avantageuse, notamment celle de ne pas s'engager dans la réorganisation. 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 l'indemnisation éventuellement fixées en contrepartie de la réorganisation proprement dite et la rémunération des transactions post-réorganisation (voir les parties II et III de ce chapitre), ainsi que la situation commerciale résultant de l'appartenance des parties à un groupe multinational (voir le paragraphe 1.11).

9.177 Pour évaluer la rationalité commerciale d'une réorganisation, on peut s'interroger sur l'opportunité d'examiner une transaction isolément ou au contraire dans un contexte plus large, en tenant compte d'autres transactions qui lui sont économiquement liées. Il sera généralement opportun d'examiner la rationalité commerciale d'une réorganisation de manière globale. Par exemple, pour examiner la vente d'un actif incorporel qui 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, la rationalité commerciale de la vente ne doit pas être examinée de manière isolée de ces modifications. En revanche, lorsqu'une réorganisation modifie plusieurs éléments ou aspects d'une entreprise qui ne sont pas économiquement liés entre eux, il peut être nécessaire d'étudier la rationalité commerciale de chacune de ces modifications séparément. Par exemple, une réorganisation peut entraîner la centralisation de la fonction d'achat d'un groupe et la centralisation de la propriété d'actifs incorporels de valeur sans lien avec la fonction d'achat. En pareil cas, la rationalité commerciale de la centralisation de la fonction d'achat et celle de la centralisation de la propriété des actifs incorporels de valeur peuvent devoir être évaluées séparément.

9.178 Une réorganisation peut être motivée par des raisons commerciales à l'échelon du groupe multinational. Toutefois, 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 (voir le paragraphe 1.6). Par conséquent, du point de vue des prix de

transfert, il ne suffit pas qu'un accord de réorganisation obéisse à une logique commerciale pour le groupe dans son ensemble : l'accord 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 (c'est-à-dire la rémunération des transactions post-réorganisation, ainsi qu'une éventuelle rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) et des options réalistes disponibles.

9.179 Lorsqu'une réorganisation obéit à une logique commerciale rationnelle pour le groupe dans son ensemble, un prix de transfert approprié (c'est-à-dire une rémunération des transactions post-réorganisation, ainsi qu'une éventuelle rémunération ou indemnisation pour la réorganisation proprement dite) 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. Voir la partie II de ce chapitre, section B.

C.4 Déterminer si un prix de pleine concurrence peut être fixé pour une transaction ou un accord

9.180 Concernant le second cas décrit au paragraphe 1.65, 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 ou à l'accord), même si cette transaction ou cet accord ne se rencontre pas entre entreprises indépendantes et même si l'autorité fiscale a des doutes quant à la logique commerciale de la participation du contribuable à la transaction ou à l'accord, la transaction ou l'accord ne serait pas rejeté en application du deuxième critère du paragraphe 1.65. Dans les autres cas, l'autorité fiscale peut être amenée à apprécier si elle est face à un cas justifiant la non-reconnaissance de la transaction ou de l'accord, au titre du deuxième critère du paragraphe 1.65.

C.5 Motivations fiscales

9.181 Selon l'article 9 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, le fait qu'une réorganisation d'entreprise soit motivée par la recherche d'avantages fiscaux n'est pas suffisant pour conclure qu'elle n'est pas conforme au principe de pleine concurrence¹⁴. La présence d'une motivation ou d'un objectif de nature fiscale ne justifie pas en soi la non-reconnaissance de la qualification ou de la structure de l'accord effectuée par les parties, aux termes des paragraphes 1.64 à 1.69.

9.182 Dès lors que des fonctions, actifs et/ou risques sont effectivement transférés, il peut être économiquement rationnel, du point de vue de l'article 9, pour un groupe multinational de se restructurer afin de réaliser des économies d'impôts. Toutefois, cette considération ne permet pas de déterminer si le principe de pleine concurrence est respecté au niveau de l'entité pour un contribuable concerné par la réorganisation (voir le paragraphe 9.178).

C.6 Conséquences de la non-reconnaissance au regard des paragraphes 1.64 à 1.69

9.183 Dans le premier cas de figure évoqué au paragraphe 1.65, lorsqu'il y a discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond, les autorités fiscales peuvent ignorer la qualification donnée par les parties et requalifier la transaction en fonction de sa nature quant au fond.

9.184 Concernant le deuxième cas de figure, le paragraphe 1.65 cite un exemple de non-reconnaissance d'une vente et fait observer que, s'il convient alors sans doute que les autorités fiscales considèrent effectivement cette transaction comme un transfert de propriété commerciale, elles seraient néanmoins

¹⁴ Comme le précise le paragraphe 9.8, les dispositifs anti-abus de droit interne ne font pas partie du champ du présent chapitre.

fondées à aligner les modalités de ce transfert dans sa totalité (et non pas simplement du point de vue de la fixation des prix) sur celles auxquelles on aurait pu raisonnablement s'attendre si le transfert de propriété avait fait l'objet d'une transaction entre entreprises indépendantes. Dès lors, l'administration fiscale chercherait à modifier les termes de l'accord dans une optique commerciale rationnelle.

9.185 Dans un cas comme dans l'autre, 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 (voir le paragraphe 1.66). En pareil cas, l'administration fiscale appliquant le principe de pleine concurrence devra rechercher la réalité qui se cache derrière l'accord contractuel (voir le paragraphe 1.67).

9.186 Le paragraphe 1.68 fournit des orientations sur le cas où, pour déterminer si une transaction entre entreprises associées effectuée selon certaines modalités est conforme au principe de pleine concurrence, l'administration fiscale peut juger utile de se référer à des transactions entre entreprises indépendantes effectuées selon des modalités différentes. Quant à savoir si telle ou telle autre structure peut être valablement retenue comme référence, cela dépendra des faits et circonstances propres au cas d'espèce, et notamment du nombre et de l'exactitude des correctifs nécessaires pour tenir compte des différences entre la transaction entre entreprises associées et la transaction de référence, ainsi que de la fiabilité des autres éléments disponibles.

9.187 Ces indications montrent que l'administration fiscale tentera de substituer à la transaction non reconnue une qualification ou une structure qui reflète le plus possible les faits du cas d'espèce, c'est-à-dire qui soit cohérente avec les modifications fonctionnelles des activités du contribuable entraînées par la réorganisation, reflète le plus possible la nature économique de la transaction, et reflète les résultats qui auraient été obtenus si la transaction avait été structurée en conformité avec la situation commerciale réelle de parties indépendantes. Lorsque, par exemple, un élément d'un accord de réorganisation implique la fermeture d'une usine, toute requalification de la réorganisation ne pourra pas ignorer le fait que cette usine n'est plus en exploitation. De même, lorsqu'un élément d'une réorganisation implique la relocalisation effective de fonctions essentielles d'une entreprise, toute requalification de la réorganisation ne pourra pas ignorer le fait que ces fonctions ont été réellement relocalisées. Autre exemple : lorsqu'un accord de réorganisation implique un transfert de propriété entre deux parties, toute non-reconnaissance de l'accord de réorganisation devrait refléter le fait qu'un tel transfert de propriété a eu lieu entre les deux parties, bien qu'il puisse être approprié de requalifier le transfert de manière à refléter le plus possible les faits du cas d'espèce (par exemple, un transfert allégué de tous les droits de propriété peut être requalifié en tant que simple location ou licence du bien, ou vice versa).

D. Exemples

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

9.188 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. À 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 commerciale 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.

9.189 Si l'on suppose que le comportement effectif des parties est cohérent avec la forme de la réorganisation, il n'y aurait pas discordance entre la nature économique de l'accord et la manière dont il est qualifié et structuré par les parties. On peut s'attendre à ce que le prix de pleine concurrence fixé pour la réorganisation proprement dite et pour les activités conduites après celle-ci soit conforme au principe de pleine concurrence pour chacune des parties, auquel cas les transactions devraient être reconnues.

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

9.190 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.

9.191 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 coût 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 entreprises 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. Elle n'a pas non plus la capacité 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. Ces activités de décisions stratégiques sont rémunérées selon la méthode du coût majoré de la même manière que les services centraux (par exemple, 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 coût 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 coût majoré.

9.192 La prise en compte de tous les faits et circonstances aboutit à la conclusion qu'il existe une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond. En particulier, les faits montrent que la société Z n'a pas véritablement la capacité d'assumer les risques qui lui sont alloués aux termes de l'accord tel qu'il est qualifié et structuré par les parties. En outre, l'accord ne semble pas justifié par des motivations opérationnelles. En pareil cas, le paragraphe 1.65 autorise une administration fiscale à ne pas reconnaître la structure adoptée par les parties¹⁵.

D.3 Exemple (C) : Transfert d'un actif incorporel qui est reconnu

9.193 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. Les salariés de la société Z possèdent les compétences pour prendre en charge le développement stratégique de la marque et mettre en œuvre la stratégie de marketing mondiale. En outre, cet exemple suppose que la société Z a la capacité financière d'assumer les risques associés au développement stratégique des marques. 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.

9.194 Le changement de scénario par rapport à l'exemple (B) conduit à conclure qu'il n'y a pas de divergences entre la forme et la véritable nature de l'accord, et que des entreprises indépendantes confrontées à une situation comparable et agissant dans une optique commerciale rationnelle auraient qualifié ou structuré l'accord selon les mêmes modalités que les entreprises associées. Par conséquent, une administration fiscale chercherait à atteindre un résultat de pleine concurrence en déterminant un prix de pleine concurrence pour la réorganisation proprement dite et pour les activités postérieures à la

¹⁵ 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.

réorganisation menées par les parties, en se fondant sur la reconnaissance de l'accord effectivement intervenu¹⁶.

¹⁶ Ceci ne donne aucune indication quant à l'application éventuelle de dispositifs anti-abus de droit interne.