



Années Académiques 2008-2010

Mémoire MBL  
Professeur Xavier Oberson

# De l'importance croissante des prix de transfert dans les réorganisations internationales

Marie Humm  
Novembre 2010



[www.unige.ch/droit/mb/](http://www.unige.ch/droit/mb/)



[www.unil.ch/droit](http://www.unil.ch/droit)

## Remerciements

Je souhaite très sincèrement remercier mes collègues de chez Ernst & Young pour leur motivation et leur aide précieuse, et plus particulièrement Messieurs Cédric Bignens, Partner, et Eric Duvoisin, Manager.

Un tout grand Merci à Monsieur Xavier Eggspuhler, Senior Manager en prix de transfert, pour ses précieux conseils, sa disponibilité et son soutien permanent.

Je veux tout particulièrement remercier Monsieur Jean-Marc Girard, International Partner, pour m'avoir transmis sa passion du *Tax Effective Supply Chain Management*, pour avoir rendu possible un tel travail, pour son *leadership* et son exemple professionnels.

Je tiens vivement à remercier Monsieur le Professeur Xavier Oberson pour avoir accepté de diriger ce présent mémoire, pour son intérêt et sa patience.

## Résumé

Face à la montée en puissance de la globalisation et dans un souci de compétitivité, les nombreuses multinationales ont dû se réorganiser selon un modèle centralisé. Une société appelée société principale, jouant le rôle d'entrepreneur à un niveau paneuropéen voire mondial pour un groupe, est alors implantée dans un pays à fiscalité modérée et se voit attribuer la direction de multiples fonctions (approvisionnement, fabrication, commercialisation, marketing par exemple) et les risques associés à ces fonctions, par opposition à une organisation décentralisée selon laquelle ces fonctions sont dirigées et exercées par les diverses filiales du groupe (centres de profit locaux) localisées dans les principaux marchés. Ce redéploiement de fonctions, de risques et d'actifs engendre une réallocation des profits (ou des pertes) entre les entités du groupe. En effet, dans la mesure où la société principale assume des fonctions stratégiques et des risques plus importants que celles et ceux exercés par les autres entités du groupe (un fabricant à façon, un distributeur à risques limités ou un commissionnaire par exemple), elle se voit ainsi attribuer le profit ou les pertes résiduels. Dès lors, ce sont tous les flux d'un groupe qui sont touchés par ce redéploiement et qui ont, par conséquent, un impact sur la fiscalité de tout un groupe et, notamment, sur sa politique de prix de transfert. En effet, lorsqu'un groupe international décide de réorganiser ses différentes entreprises localisées dans de multiples pays, les aspects prix de transfert constituent un enjeu si important, qu'après de longues années de travail, l'organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») vient d'inclure dans les principes OCDE applicables en matière de prix de transfert le chapitre IX qui leur est entièrement consacré.

Nous avons ainsi trouvé intéressant de mettre en lumière l'importance des prix de transfert lors d'une réorganisation d'entreprise, et, plus précisément à travers un exemple de réorganisation, la manière dont le principe de pleine concurrence doit être respecté avant, pendant et après la mise en place de cette réorganisation.

Suite à la rédaction du chapitre IX de l'OCDE, en pratique, les principales implications pour le contribuable avant, pendant et après la réorganisation sont :

1/ Avant la réorganisation :

Lorsqu'un groupe envisage de se réorganiser, il est recommandé à ce dernier de s'assurer que la réorganisation est économiquement justifiable. Cette justification économique ne doit pas seulement se retrouver au niveau du groupe dans sa globalité, mais au niveau de chaque entité légale. Pour ce faire, chaque partie impliquée par la réorganisation doit être en mesure de déterminer les options réalistes qui s'offrent à elle car, dans des conditions de pleine concurrence, aucune entreprise indépendante n'accepterait une transaction à son détriment en présence d'une ou des solutions plus favorables pour elle que la réorganisation, à moins d'être rémunérée en conséquence. Selon nous, faisant partie d'un groupe, si une filiale n'a peut être pas vraiment le choix de refuser une réorganisation malgré les diverses options qui s'offrent à elle étant donné que cette dernière fait partie d'un groupe, la finalité de l'analyse des « options réalistes » est de déterminer si une rémunération doit être payée à cette dernière au titre de la réorganisation.

2/ Pendant la réorganisation :

La réallocation des risques entre les entreprises associées doit être conforme au principe de pleine concurrence. L'OCDE cherche ainsi à éviter des situations où une entité locale transfère un risque peu probable ou prévisible, alors que cette réallocation entraîne une réallocation des profits potentiels importants.

Le principe de pleine concurrence ne requiert pas qu'une entité soit automatiquement rémunérée au motif que la réorganisation va entraîner une baisse de ses bénéfices potentiels futurs. Toutefois, une rémunération doit généralement être payée à l'entité restructurée lors d'un transfert d'actifs ou au titre de la rupture d'un contrat existant. A notre sens, une des grandes difficultés des réorganisations, source potentielle de différends avec les autorités fiscales, réside dans cette rémunération. En effet, les actifs ne sont pas toujours identifiables et il n'existe pas forcément de comparables sur le marché libre. De plus, il est souvent difficile de se tourner vers la jurisprudence pour trouver des solutions

étant donné que la plupart des pays, comme la Suisse, n'ont pas d'arrêts spécifiques ayant trait aux réorganisations d'entreprises.

### 3/ Après la réorganisation :

L'application du principe de pleine concurrence ne se limite pas aux transactions qui ont lieu avant et pendant la réorganisation. En effet, les transactions contrôlées qui surviennent après la réorganisation doivent aussi respecter le principe de pleine concurrence. De plus, l'OCDE recommande que les différences factuelles entre la situation d'une entité restructurée suite à une réorganisation, et celle d'une entité qui vient d'être créée, soient prises en compte dans la fixation du prix de transfert.

Finalement, une réorganisation d'entreprise doit généralement être reconnue par les autorités fiscales. Cependant, il existe deux situations particulières où, dans des circonstances exceptionnelles, les autorités fiscales peuvent ne pas reconnaître la qualification ou la structuration d'une transaction (ou d'un accord) entre des entreprises associées :

1/ Discordance entre la forme de la transaction (ou de l'accord) et sa nature économique sur le fond.

2/ Lorsque, dans une situation similaire, il n'aurait pas été commercialement rationnel, pour des entreprises indépendantes, de structurer la transaction (ou l'accord) selon les mêmes modalités que les entreprises liées, et que l'administration fiscale ne parvient pas à déterminer un prix de transfert conforme au principe de pleine concurrence.

La non-reconnaissance d'une transaction et ses conséquences fiscales seront notamment analysées sous l'angle du droit Suisse.

Enfin, pour éviter les conflits potentiels avec les administrations fiscales et sécuriser la transaction, nous recommandons aux multinationales de négocier un accord préalable en matière de prix de transfert avec les autorités fiscales avant la mise en place de la réorganisation.

## Plan sommaire

1	Introduction.....	6
2	Les nouveaux modèles de distribution.....	8
3	L'allocation des risques entre entreprises associées.....	23
4	Application du principe de pleine concurrence à la réorganisation proprement dite et à la post-réorganisation.....	33
5	Sanctions et prévention des conflits dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise.....	49
6	Conclusion.....	61

## 1 Introduction

La mise en place d'une structure centralisée implique généralement la réorganisation de la chaîne d'approvisionnement et de distribution de tout un groupe, ce qui entraîne des répercussions sur la politique de prix de transfert de ce dernier. Face à la constante augmentation des réorganisations d'entreprises, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a décidé de lancer un projet sur les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises. Ce projet a abouti le 22 juillet 2010 par l'insertion du chapitre IX, consacré entièrement aux aspects prix de transfert dans les réorganisations d'entreprises, dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales. La problématique des prix de transfert est importante dans la mesure où, selon le principe de l'entité distincte, chaque entreprise d'un groupe doit être imposée individuellement sur la base des revenus qu'elle a réalisés<sup>1</sup>.

Selon l'OCDE, une réorganisation d'entreprise est définie comme « (...) le redéploiement transnational par une entreprise multinationale de ses fonctions, actifs et/ou risques (...). »<sup>2</sup>. Ainsi, tout au long de ce travail, le terme réorganisation d'entreprise impliquera des transferts de fonctions, de risques et ou d'actifs intra-groupe au-delà des frontières.

Reposant sur des opérations de transfert intra-groupe de fonctions, de risques et/ou d'actifs, l'ensemble du processus de réorganisation internationale doit respecter le principe de pleine concurrence (« *arm's length principle* ») prévu par l'article 9 de la Convention Modèle OCDE. Ce principe signifie que le prix pratiqué entre des entreprises indépendantes doit être le même que celui qui aurait été pratiqué sur le marché entre deux entreprises indépendantes. Il convient de relever d'emblée, que si l'article 9 de la Convention Modèle OCDE, tout comme les Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, ne sont pas d'application immédiate dans les Etats membres de l'OCDE, l'article 9 a notamment été repris dans de nombreuses Conventions de double imposition ainsi que dans les législations internes des divers pays membres de l'OCDE. En effet, les pays membres de l'OCDE suivent les recommandations de l'OCDE relatives aux prix de transfert.

---

<sup>1</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 5.

<sup>2</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.1.

Nous verrons que le principe de pleine concurrence se retrouve à toutes les étapes de la réorganisation et va constituer le fil conducteur de notre travail, à savoir :

- avant la mise en place de la réorganisation notamment avec l'analyse des options réalistes à la disposition des parties ;
- pendant la réorganisation avec l'analyse de l'allocation des risques et de la possible rémunération à payer à l'entité restructurée ;
- après la réorganisation lors de la rémunération des transactions post-réorganisation.

Finalement, dans une dernière partie, nous étudierons les sanctions liées au non-respect du principe de pleine concurrence<sup>3</sup> et les moyens de prévenir les conflits entre les contribuables et les administrations fiscales au regard de l'OCDE et du droit suisse.

---

<sup>3</sup> Seules les sanctions liées au prix de transfert seront analysées. En effet, d'autres motifs ayant leur source dans les diverses législations internes, tels que l'établissement stable ou l'évasion fiscale, pourraient être invoquées par les autorités fiscales dans le cadre d'une réorganisation internationale et entraîner des sanctions.

## 2 Les nouveaux modèles de distribution

Depuis les années quatre-vingts, de nombreuses entreprises multinationales ont décidé de réorganiser leurs structures opérationnelles en centralisant, à des degrés plus ou moins élevés selon le type de modèle de distribution adopté, des fonctions, des actifs et des risques ainsi que le potentiel de profits qui s'y rattache au sein d'une société appelée « principale ».

Impliquant une réallocation des actifs, des fonctions, des risques et des profits entre les diverses entités du groupe, le principe de pleine concurrence doit être respecté lors de la mise en œuvre de la réorganisation et même avant celle-ci. Ainsi, nous verrons qu'avant d'accepter les modalités de la réorganisation, chaque partie impliquée par la réorganisation doit être en mesure de déterminer les « options réalistes<sup>4</sup> » à sa disposition. En effet, faisant partie d'un groupe, même si une filiale n'a pas forcément le choix de refuser une réorganisation, malgré les diverses options qui s'offrent à elle, la finalité de l'analyse des « options réalistes » est de déterminer si une rémunération<sup>5</sup> doit être payée à cette dernière au titre de la réorganisation.

### 2.1 Les motivations de la restructuration

#### 2.1.1 Aspects opérationnels

De nos jours, de nombreuses entreprises multinationales évoluent dans un environnement de compétition et de surcroît toujours plus globalisé. Face à cette pression constante, ces entreprises se voient constamment dans l'obligation d'analyser l'efficacité de leurs modèles opérationnels et d'ajuster ces modèles pour rester compétitives<sup>6</sup>. Ces dernières doivent mettre en place des solutions leur permettant de maximiser les synergies et les économies d'échelles et d'améliorer l'efficacité de la chaîne d'approvisionnement<sup>7</sup>.

La mise en place d'une structure centralisatrice, impliquant par conséquent la réorganisation de la chaîne de fabrication et de distribution, constitue une réponse à ce

---

<sup>4</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.59. Nous reviendrons sur cette notion « d'option réaliste » dans la section 2.3.1.

<sup>5</sup> Nous reviendrons sur la rémunération d'une entité restructurée suite à un redéploiement de fonctions, de risques et d'actifs dans une section 4.1.

<sup>6</sup> HILLER, p. 1.

<sup>7</sup> BERDOZ, p. 2.

souci de réduction de coûts. Dans un modèle centralisé, il s'agit de regrouper dans une société appelée « principale », jouant le rôle d'entrepreneur, la direction paneuropéenne voire mondiale de multiples fonctions stratégiques telles que la planification de la recherche et du développement, l'approvisionnement (« *procurement* »), la planification de la production et de la distribution, le développement d'une stratégie de marketing par opposition à une organisation plus traditionnelle selon laquelle ces fonctions étaient dirigées et exercées par les diverses filiales du groupe (centre de profit locaux) localisées dans les principaux marchés. En effet, jusque dans les années quatre-vingts, les groupes internationaux étaient organisés selon un modèle décentralisateur où chaque filiale, d'une société faîtière, implantée dans un pays, était plus au moins autonome et libre de concevoir, développer, fabriquer et vendre ses produits. Même si cette décentralisation présentait des avantages tels qu'une distribution rapide des produits par les filiales opérant de façon relativement autonome sur leurs marchés, à mesure que les centres de profits locaux se développaient, la multiplication des fonctions au sein de ces derniers engendrait de nombreux coûts pour le groupe. Dès lors, les passages d'une organisation décentralisée à une organisation centralisée sont devenus fréquents et ont offert l'opportunité aux entreprises multinationales de réduire les coûts de fonctionnement liés à leurs activités. A titre d'exemple, une diminution des coûts de production peut être obtenue en regroupant l'ensemble de la fonction de fabrication au sein d'une seule entité. En centralisant cette fonction, on évite ainsi la duplication des coûts inhérente à une fonction de fabrication divisée (voire identique) entre plusieurs entités du groupe et on réalise ainsi des économies d'échelles<sup>8</sup>.

La centralisation d'autres fonctions comme la fonction de production présente l'avantage de pouvoir s'adapter rapidement aux besoins du consommateur<sup>9</sup>. En effet, prenons l'exemple d'une société principale dont l'une de ses fonctions est d'approvisionner en produits finis des distributeurs localisés dans divers pays. Ce type d'organisation permet notamment de répondre rapidement aux exigences des clients finaux (ex : quantité de produits finis commandés) étant donné qu'en traitant avec tous les distributeurs du groupe, la société principale a une vision globale du réseau de distribution et a par conséquent la possibilité d'adapter les flux d'approvisionnement en fonction des demandes des clients finaux.

---

<sup>8</sup> BERDOZ, p. 8.

<sup>9</sup> HILLER, p. 2.

Finalement, il convient de relever que si les motifs d'une conversion sont principalement de nature opérationnelle (ex : améliorer la chaîne d'approvisionnement, réorganiser son réseau de distribution en spécialisant les distributeurs), une réorganisation d'entreprise pourrait très bien être motivée par le fait d'éviter la détérioration de sa compétitivité sur le marché<sup>10</sup>. Enfin, bien que les considérations fiscales ne soient pas les principaux motifs avancés lors d'une réorganisation d'entreprise, les changements du modèle opérationnel requièrent souvent des changements au niveau fiscal dans un souci d'alignement de ces modèles<sup>11</sup>.

## 2.1.2 Aspects fiscaux

- Avantages fiscaux

Si, dans la plupart des cas, une réorganisation d'entreprise est avant tout motivée par des considérations opérationnelles, les changements de modèle de distribution entraînent des impacts sur le plan fiscal. Il convient de relever que le principal motif de réorganisation d'une entreprise peut être la recherche d'avantages fiscaux et que ce motif ne justifie pas à lui seul la non-reconnaissance de la structure mise en place<sup>12</sup>. En effet, l'OCDE considère qu'il peut être commercialement rationnel pour un groupe de se restructurer dans le but d'obtenir des économies fiscales, dès lors que les fonctions, les actifs et / ou les risques sont réellement transférés et que la structure est économiquement viable. Ainsi, l'OCDE rejoint la jurisprudence suisse sur ce point<sup>1314</sup>.

---

<sup>10</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.4.

<sup>11</sup> HILLER, p. 1.

<sup>12</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.181.

<sup>13</sup> Il convient de garder en mémoire que la mise en place d'une réorganisation d'entreprise dans l'unique but d'une évasion fiscale peut entraîner la remise en cause de la réorganisation par les autorités fiscales qui vont fonder l'imposition, non pas sur la forme choisie par le contribuable, mais sur la situation qui aurait dû être l'expression appropriée au but économique poursuivi par les intéressés (WYSS, p. 10). Selon la jurisprudence suisse, il y a évasion fiscale lorsque les trois conditions suivantes sont remplies : 1/ lorsque la forme juridique choisie par le contribuable apparaît comme insolite, inappropriée ou étrange, en tout cas inadaptée au but économique poursuivi, 2/ lorsqu'il y a lieu d'admettre que ce choix a été arbitrairement exercé uniquement dans le but d'économiser des impôts qui seraient dus si les rapports de droit étaient aménagés de façon appropriée, 3/ lorsque le procédé choisi conduirait effectivement à une notable économie d'impôt dans la mesure où il serait accepté par l'autorité fiscale (Voir ATF 2C 449/2008, RDAF, 2009, II, p. 9, consid. 4 et arrêt du tribunal cantonal vaudois du 27 avril 2009, RDAF, 2009, II, p. 500, consid. 4. PONCE, p. 137.).

<sup>14</sup> Publication Ernst & Young du 13 août 2010, p. 5.

La mise en place d'une structure principale, dans un pays avec des faibles taux d'imposition, permet de réaliser des économies fiscales au niveau du groupe et par conséquent de réduire son taux d'impôt consolidé<sup>15</sup>. En effet, concernant la société principale, dans la mesure où cette dernière assume des fonctions stratégiques et des risques plus importants que celles et ceux exercés par les autres entités du groupe (fabricant à façon ou un distributeur à risques limités par exemple), elle se voit ainsi attribuer le profit ou les pertes résiduels. Ainsi, en choisissant un pays à fiscalité modérée comme pays du siège de la société principale, une économie fiscale intéressante peut également être réalisée<sup>16</sup>.

Concernant les autres entités du groupe (Ex : fabricant à façon, commissionnaire ou distributeur à risques limités<sup>17</sup>), étant donné que ces dernières n'assument que des fonctions et des risques réduits, une rémunération moins importante est justifiée. Par conséquent, sur une base de profits moins élevée, l'économie fiscale peut s'avérer avantageuse dans des pays à haute fiscalité.

Concernant le choix d'un pays à fiscalité privilégiée pour l'implantation de la société principale, la Suisse prévoit, pour ce type de société et sous certaines conditions (ex : substance, principales fonctions, responsabilités et risques assumés par la société principale<sup>18</sup>) un traitement fiscal attractif puisque dans la plupart des cas, le taux d'imposition se situe entre 6% et 9% (cantonal, communal et fédéral)<sup>19</sup>. Ce taux varie en fonction de facteurs tels que la commune, les exonérations fiscales temporaires etc.<sup>20</sup>.

- Risques fiscaux

Si dans une situation économique favorable<sup>21</sup>, l'utilisation d'une structure principale peut présenter un avantage fiscal considérable, il ne faut pas oublier que de nombreux risques

---

<sup>15</sup> BERDOZ, p. 8.

<sup>16</sup> BERDOZ, p. 8 et 9.

<sup>17</sup> Voir sections 2.2.1 et 2.2.2 ci-dessous pour une définition des termes fabricant à façon, commissionnaires et distributeurs à risques limités.

<sup>18</sup> Circulaire no 8

<sup>19</sup> WYSS, p. 2.

<sup>20</sup> BERDOZ, p. 29 et 30.

<sup>21</sup> Il convient de relever qu'en période de crise, la structure principale ne présentera généralement pas un avantage fiscal car, toutes les pertes résiduelles seront concentrées dans cette dernière, et des profits résultant de la rémunération versée par la société principale aux entités locales seront imposés dans le pays où ces dernières sont localisées (généralement dans des pays à haute fiscalité).

fiscaux peuvent survenir tant lors de la mise en place de cette structure que par la suite. En effet, nous reviendrons dans la section 4 sur le problème fiscal le plus fréquent qui réside dans le fait de savoir si lors de la conversion, l'entité restructurée doit être rémunérée pour les transferts d'actifs (ex : liste de clientèle), d'activités, de fonctions et de risques<sup>22</sup>. En cas de paiement compensatoire, la difficulté majeure est de déterminer la valeur de ce paiement. Cette valeur devant être conforme au principe de pleine concurrence<sup>23</sup>.

Enfin, le plus grand risque inhérent à ces structures est que le fabricant à façon, le distributeur à risques limités ou le commissionnaire soient considérés par les autorités fiscales, en vertu de l'article 5 paragraphe 5 de la Convention Modèle OCDE, comme un établissement stable,<sup>24</sup> avec pour conséquence qu'une partie du profit réalisé par la société principale soit imposé dans le pays où se situent ces derniers<sup>25</sup>. On a donc un risque de double imposition économique internationale étant donné qu'un même revenu est imposé par plusieurs administrations fiscales auprès de contribuables différents.

La réussite d'une réorganisation d'entreprise repose bien sur la capacité à pouvoir améliorer les aspects opérationnels qui vont si possible engendrer des avantages fiscaux, tout en sécurisant au maximum la transaction d'un point de vue fiscal pour éviter la survenance de problèmes fiscaux pouvant aboutir, comme nous le verrons dans une section 5, à la remise en cause de la réorganisation par les autorités fiscales. La politique de prix de transfert joue un rôle clé tout au long du processus de réorganisation et même avant celle-ci. En effet, il serait dangereux pour un groupe de se pencher sur la question des prix de transfert seulement au moment où les autorités fiscales viendraient à demander des renseignements sur la réorganisation.

## 2.2 Quelques exemples de structures centralisées

A titre de remarque préliminaire, il convient de mentionner que chaque structure centralisée est différente et qu'il n'existe pas des modèles types de structures principales car la forme de ces structures dépend notamment du niveau plus ou moins élevé de

---

<sup>22</sup> BERDOZ, p. 10.

<sup>23</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.80.

<sup>24</sup> Nous ne nous attarderons pas sur la problématique relative la présence, ou non d'un établissement stable suite à une réorganisation d'entreprise.

<sup>25</sup> BERDOZ, p. 10.

fonctions, risques et actifs alloués à cette dernière. En effet, on peut par exemple avoir des sociétés principales où seule la fonction de fabrication est exercée par opposition à des sociétés principales avec une multitude de fonctions telles que la planification de la recherche et du développement, l'approvisionnement (« *procurement* »), la planification de la production et de la distribution, le développement d'une stratégie de marketing.

### 2.2.1 La fabrication

Si la société principale est généralement responsable des décisions stratégiques liées à la fabrication des produits et des risques associés à cette fabrication (ex : défaut lié à la conception du produit), la fabrication effective de ces produits est souvent confiée à des sociétés du groupe, que nous appellerons sociétés de production, ou à des tiers agissant d'ordre et pour le compte de la société principale<sup>26</sup>. Ces sociétés du groupe ou ces tiers sont des fabricants à façon (« *Toll Manufacturers* »)<sup>27</sup> ou des sous-traitants de fabrication (« *Contract Manufacturers* ») qui ont l'obligation de respecter les instructions données par la société principale. Le choix de la principale pour l'utilisation d'un fabricant à façon ou d'un sous-traitant de fabrication dépend du niveau de fonctions, de risques et d'actifs que cette dernière envisage d'allouer à ces derniers<sup>28</sup>.

- Sous-traitant de fabrication

Dans cette hypothèse, la société de production assume, sur la base d'un contrat conclu avec la société principale, toutes les fonctions opérationnelles requises pour la fabrication du produit. Toutefois, cette dernière ne peut exercer aucune activité entrepreneuriale car cela pourrait conduire à lui faire supporter des risques trop importants<sup>29</sup>.

La société de production achète généralement elle-même les matières premières nécessaires à la fabrication des produits, selon les instructions de la société principale, et vend les produits finis à cette dernière. La société de production est donc propriétaire des

---

<sup>26</sup> BERDOZ, p. 4.

<sup>27</sup> Circulaire no 8, p. 1.

<sup>28</sup> VAN HERKSEN, p. 3.

<sup>29</sup> Selon documentation interne à Ernst & Young.

marchandises jusqu'à la vente des produits finis à la société principale<sup>30</sup>. Même si la société de fabrication est dans ce cas propriétaire des stocks, le risque économique sur les stocks est supporté par la société principale qui s'est engagée auprès de la société de fabrication à acheter les produits finis.

Etant donné que la société de production assume des fonctions et des risques réduits, cette dernière est souvent rémunérée sur la base de la méthode du « *cost-plus* », à savoir sur la base du coût de production et d'une majoration de bénéfice en pour cent<sup>31</sup>.

- Fabricant à façon

Selon ce modèle de fabrication, la société principale est responsable de l'achat de la matière première nécessaire à la fabrication du produit qu'elle doit mettre à la disposition de la société de production pour que cette dernière puisse fabriquer les produits selon les instructions données par la société principale. A la différence d'une société de production opérant sur la base d'un « *Contract Manufacturing* », en présence d'un contrat de « *Toll Manufacturing* », la société principale demeure propriétaire de la matière première, des travaux en cours et des produits finis tout au long du processus de fabrication<sup>32</sup>.

Compte tenu des fonctions et des risques limités assumés par la société de production, qui est un prestataire de service, celle-ci tend à être rémunérée sur la base d'un « *cost-plus* » avec une marge bénéficiaire réduite similaire à un honoraires de services<sup>33</sup>.

## 2.2.2 La distribution

La commercialisation des produits finis est généralement effectuée, sous la surveillance de la société principale et selon la stratégie définie par cette dernière, par des sociétés de distribution du groupe implantées dans les marchés importants et agissant en tant qu'agent, commissionnaire ou distributeur à risques limités<sup>34</sup>. La société principale peut aussi choisir de vendre les produits finis à des distributeurs tiers<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> VAN HERKSEN, p. 4.

<sup>31</sup> Circulaire no 8, p. 1.

<sup>32</sup> BERDOZ, p. 4.

<sup>33</sup> Selon documentation interne à Ernst & Young.

<sup>34</sup> VAN HERKSEN, p. 5.

<sup>35</sup> BERDOZ, p. 5.

- L'agent

L'agent<sup>36</sup> agit au nom et pour le compte de la société principale de sorte que le lien de représentation est connu des tiers et que les risques suivants sont supportés par la société principale : 1) les risques relatifs à la détention d'inventaires (ex : risque d'obsolescence) ; 2) les risques de ducroire si l'acheteur ne paie pas et 3) les risques de change dans la mesure où la commission que l'agent perçoit lui est versée dans sa monnaie locale et que ce dernier n'a pas à acheter les produits dans une monnaie pour les revendre dans une autre car la société principale reste propriétaire des produits<sup>37</sup>.

Du point de vue de sa rémunération, l'agent reçoit une commission basée sur un pourcentage des ventes qui tient compte des fonctions et des risques réduits que l'agent assume.

- Le commissionnaire

A titre préliminaire, il convient de relever que le concept de commissionnaire est différent pour les pays de tradition de droit civil et les pays de common law. En effet, les pays de common law considèrent que la société principale est toujours liée envers les tiers par les actes du commissionnaire ; que ce dernier agit pour le compte de la société principale en son propre nom (« *undisclosed agent* ») ou au nom de la société principale (« *disclosed agent* ») n'a aucune incidence<sup>38</sup>. Le contrat que le tiers conclut avec le commissionnaire étant réputé avoir été conclu avec la société principale (lien de représentation directe), on pourrait donc assimiler les concepts de « *disclosed agent* » et de « *undisclosed agent* » à la notion d'agent décrite ci-dessus.

En Suisse, pays de tradition de droit civil, l'article 425 du Code des obligations prévoit que « Le commissionnaire en matière de vente ou d'achat est celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers valeurs, moyennant un droit de commission (provision). ». Par conséquent, dans notre cas, le commissionnaire agit en son nom mais pour le compte de la

---

<sup>36</sup> En droit suisse, le contrat d'agence est prévu aux articles 418a ss du Code des obligations.

<sup>37</sup> VAN HERKSEN, p. 6. ; BERDOZ, p. 6.

<sup>38</sup> PERSICO, p. 68.

société principale. Cela signifie que la société principale n'est pas liée par le contrat conclu entre le commissionnaire et les tiers<sup>39</sup>.

En ce qui concerne les rapports internes entre la société principale et le commissionnaire, le commissionnaire se trouve dans la même position que l'agent puisque le commissionnaire n'acquiert pas la propriété des marchandises vendus, n'assume pas le risque de ducroire, ni le risque de change ou d'inventaire et est rémunéré par une commission<sup>40</sup>.

Lors d'une réorganisation d'entreprise, le choix d'une structure commissionnaire permet de s'assurer que le changement de modèle (conversion d'un distributeur de plein exercice<sup>41</sup> en un commissionnaire par exemple) soit invisible aux yeux de la clientèle du fait que le commissionnaire agit en son propre nom, et d'éviter le transfert de la clientèle vers la société principale<sup>42</sup>.

- Distributeur à risques limités

Le distributeur à risques limités, à la différence du commissionnaire, acquiert la propriété des produits finis en achetant les produits à la société principale pour les revendre ensuite à des clients mais est protégé par contrat contre les risques qu'un distributeur ordinaire assume (risque de change, d'inventaire, de ducroire).

Le distributeur à risques limités est rémunéré non pas par une commission mais par une marge réduite sur le prix de revente<sup>43</sup>.

### 2.2.3 Autres fonctions

Etant donné qu'il n'existe pas de types définis de structures principales, les groupes internationaux sont libres de définir les fonctions qu'ils souhaitent voir exercées de manière centralisée. Dans la pratique, on retrouve souvent les fonctions stratégiques

---

<sup>39</sup> PERSICO, p. 68.

<sup>40</sup> BERDOZ, p. 6.

<sup>41</sup> Un distributeur de plein exercice assume toutes les fonctions liées à la vente, au marketing, à la distribution et les risques économiques qui s'y rattachent.

<sup>42</sup> BERDOZ, p. 6.

<sup>43</sup> VAN HERKSEN, p. 5. et 6.

suivantes au sein de la société principale : planification de la recherche et du développement, l'approvisionnement (« *procurement* »), la planification de la production et de la distribution, le développement d'une stratégie de marketing, analyse de marché, l'assistance aux entités du groupe pour la tenue de leur comptabilité, contrôle des lignes de crédit, gestion des ressources humaines, relations publiques, finance etc<sup>44</sup>.

Il convient de mentionner que la société principale doit être en mesure de pouvoir bénéficier de tous les droits de propriété intellectuelle nécessaires à l'exercice de son activité. Pour cela, cette dernière dispose de trois options : 1) acheter les droits de propriété intellectuelle à l'entité / aux entités du groupe qui les détient ; 2) conclure des contrats de licence avec la société détenant les droits de propriété intellectuelle pour le groupe qui prévoient le paiement de redevances par la société principale ou 3) participer aux frais de recherche et de développement encourus au niveau du groupe ce qui lui permet de participer aux risques (si les recherches sont infructueuses) et aux bénéfices (en cas de succès) de l'activité de recherche et de développement<sup>45</sup>.

Après l'analyse des principaux modèles de structures centralisées, on s'aperçoit que ce modèle de structure ne peut s'appliquer dans tous les types d'activités. En effet, dans certains domaines d'activités, telle que l'ingénierie, la mise en place d'une structure principale serait inutile, car ce type d'activité requiert des ingénieurs au sein des entités locales, ce qui implique que la création de valeur (savoir-faire par exemple) soit réalisée au niveau local. Le fait que l'on ne puisse pas déplacer le savoir-faire de ces ingénieurs dans la société principale pourrait être un frein à la mise en place d'une structure principale.

Finalement, lorsqu'un groupe envisage de se réorganiser, après avoir choisi un modèle de distribution, il est recommandé à ce groupe de s'assurer que la réorganisation est économiquement justifiable. Pour ce faire, chaque partie impliquée par la réorganisation doit être en mesure de déterminer les options réalistes qui s'offrent à elle.

---

<sup>44</sup> Selon documentation interne à Ernst & Young.

<sup>45</sup> BERDOZ, p. 7 et 8.

## 2.3 L'impact de l'étude des « options réalistes à la disposition des parties »

### 2.3.1 Notion « d'option réaliste »

Le fait qu'une réorganisation d'entreprise soit motivée par des raisons commerciales, avec pour conséquences des avantages opérationnels et fiscaux pour le groupe, ne permet pas de déterminer si la réorganisation est conforme au principe de pleine concurrence<sup>46</sup>. En effet, lorsqu'une réorganisation est envisagée, il est nécessaire de démontrer que des parties indépendantes ne vont conclure cette transaction que si aucune autre solution nettement plus avantageuse ne s'offre à elles<sup>47</sup>. En d'autres termes, dans des conditions de pleine concurrence, aucune entreprise indépendante n'accepterait une transaction à son détriment en présence d'une ou des solutions plus favorables pour elle, à moins d'être rémunérée en conséquence.

Lors d'une réorganisation d'entreprise, chaque entité du groupe impliquée par la transaction doit donc être en mesure de déterminer leurs solutions alternatives à la transaction, c'est-à-dire leurs options réalistes.

Il convient de relever que certains commentateurs du document de discussion de septembre 2008 sur les aspects de prix de transfert des réorganisations d'entreprises ont formulé deux principales réserves concernant les options réalistes envisageables.

La première réserve fait référence au fait que certains commentateurs considéraient qu'une telle demande, au niveau de l'entité individuelle, ne fait pas de sens puisque cette entité fait partie d'une groupe international qui prend des décisions et qui a des objectifs pour tout le groupe. Quant à la seconde réserve, elle tient au fait que des commentateurs ont estimé que l'obligation de documenter toutes les options alternatives entraînerait une charge administrative importante<sup>48</sup>.

Suite à ces commentaires, il a été mentionné, dans le chapitre IX des Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, que la notion d'option réaliste n'a pas pour objectif de contraindre le contribuable à documenter toutes les solutions alternatives hypothétiques mais plutôt de documenter la solution la plus avantageuse qui doit être

---

<sup>46</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.63.

<sup>47</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.59.

<sup>48</sup> Réponse du Comité des affaires fiscales, point 31.

retenue pour l'analyse des conditions de la réorganisation<sup>49</sup>. En effet, nous verrons par la suite que le concept d'option réaliste joue un rôle clé, non seulement lorsqu'une rémunération doit être payée lors de la restructuration (section 4.1.2) mais aussi lorsque la réorganisation est examinée par les autorités fiscales (section 5.2.1). C'est notamment pour cela que nous comprenons que l'OCDE estime toujours, contrairement à certains commentateurs, que pour une application pertinente du principe de pleine concurrence<sup>50</sup> à une réorganisation d'entreprise, les « options réalistes » doivent bien être déterminées au niveau de chaque entité individuelle<sup>51</sup>.

### 2.3.2 Illustration de la notion « d'option réaliste »

En 2006, l'entreprise multinationale basée aux Etats-Unis « Phone International Ltd », active dans la conception, la production et la vente de téléphones mobiles, a établi une filiale « Soft SA » en France. Jusqu'à présent, Soft SA produisait des téléphones mobiles avec connexion internet. La fabrication de ces téléphones était rendue possible grâce à la combinaison de la technologie développée par Phone International Ltd, et de l'application développée par Soft SA dans le cadre de son activité de recherche et de développement (R&D). Cette dernière agissait en tant que fabricant à part entière<sup>52</sup> (« *fully-fledged manufacturer* ») pour la fabrication de ces téléphones et utilisait le réseau de distribution de Phone International Ltd pour la distribution de ses téléphones en France et dans les pays limitrophes à la France. Par conséquent, Soft SA agissait en tant qu'entrepreneur pour les marchés de l'Europe de l'Ouest.

En 2008, Phone International Ltd a mis en place une deuxième filiale « Hard Sp » en Slovaquie, qui opérait en tant que fabricant à part entière de téléphones mobiles sans connexion internet, qui exerçait une activité de R&D très performante et qui vendait ses produits sur le marché de l'Europe de l'Est en utilisant le réseau de distribution du groupe.

---

<sup>49</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.64.

<sup>50</sup> Principe de pleine concurrence qui traite les entités d'un groupe multinational comme des entités distinctes du groupe.

<sup>51</sup> Réponse du Comité des affaires fiscales, point 32.

<sup>52</sup> A la différence d'un fabricant à façon, un fabricant à part entière assume toutes les fonctions (ex : planification de la production, production, recherche et développement, gestion des stocks etc..) et les risques (ex : risque de stocks, risque du marché etc...) liés à son activité.

Concernant l'usage des droits de propriété intellectuelle détenus par Phone International Ltd, sur la base d'un contrat de licence, Soft SA et Hard Sp paient des redevances à Phone International Ltd pour l'usage des droits de propriété intellectuelle nécessaires à leurs activités, notamment l'usage de la technologie développée par Phone International Ltd.

Aujourd'hui, le groupe désire revoir la manière dont ses activités hors des Etats-Unis sont organisées et rationaliser ses activités en Europe. Les deux principaux objectifs du groupe sont les suivants : 1) éviter des duplications de fonctions et de responsabilités dans les différents pays dans le but de réaliser des économies d'échelles et 2) réduire la charge fiscale globale en réduisant les bénéfices des filiales européennes au profit d'une société principale implantée dans un pays avec une fiscalité privilégiée.

Etant donné qu'en Slovaquie les salaires sont bas et que le taux d'imposition des sociétés est attractif, la société Hard Sp est très compétitive sur le marché de l'Europe de l'Est. Le groupe a la conviction qu'Hard Sp pourrait aussi gagner des parts de marchés en Europe de l'Ouest et en Europe de l'Est avec la production et la distribution de téléphones mobiles avec connexion internet. Ainsi, le groupe envisage de transférer l'activité de fabrication ainsi que les droits de propriété intellectuelle relatifs à l'application (application nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet) de Soft SA à Hard Sp qui agira, dorénavant, en tant que société principale pour l'Europe entière. A l'avenir, disposant déjà d'une structure de R&D, Soft SA n'exercera plus que des travaux de R&D pour le compte d'Hard Sp. Ainsi, Soft SA agira en tant que prestataire de services en R&D. Avant d'accepter les modalités de la réorganisation, que nous appellerons le modèle « Tel », les parties à la transaction doivent déterminer leur(s) solution(s) alternative(s). Les principales « options réalistes » à la disposition de Soft SA et d'Hard Sp envisagées de façon simplifiée<sup>53</sup> sont les suivantes :

---

<sup>53</sup> En effet, la recherche de solutions alternatives suppose notamment des analyses économiques complexes.

### 1) Du côté de Soft SA

Pour Soft SA, les options sont les suivantes :

- **Option 1** : Continuer d'opérer selon le modèle actuel, c'est-à-dire en tant que fabricant à part entière avec une activité de R&D et de distribution. Cette option n'est pas une option réaliste. En effet, Soft SA n'a pas la possibilité de continuer à opérer selon le modèle actuel, car Phone International Ltd a décidé de mettre fin au contrat de licence conclu entre Soft SA et Phone International Ltd, permettant à Soft SA d'utiliser la majeure partie de la technologie nécessaire à la fabrication de ses produits.
  
- **Option 2** : Soft SA pourrait décider d'arrêter, de manière unilatérale, sa coopération avec Phone International Ltd. En effet, disposant déjà d'une structure de recherche et de développement ainsi que d'une application nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet, une option réaliste pour Soft SA serait de s'allier avec une entreprise internationale de téléphones mobiles pour continuer de fabriquer des téléphones et pour utiliser le réseau de distribution de l'entreprise internationale. Toutefois, un des inconvénients de cette option est qu'il sera peut-être difficile pour Soft SA de trouver un nouveau partenaire car la plupart des entreprises internationales du secteur de la téléphonie ont déjà leurs propres structures de fabrication et de vente sur le marché de l'Europe.
  
- **Option 3** : Opérer selon le nouveau modèle « Tel », c'est-à-dire en tant que prestataire de services en R&D. Cette option est réaliste et semble, sur la base du business plan élaboré par Soft SA, être une solution plus rationnelle que l'option 2 pour pouvoir s'assurer un niveau de revenus stables, tout en faisant supporter les risques liés à cette activité de R&D à la société principale, Hard Sp.

## 2) Du côté d'Hard Sp

Pour Hard Sp, les options sont les suivantes :

- **Option 1** : Ne pas coopérer avec Soft SA. Dans cette hypothèse, Hard Sp bénéficiera tout de même d'un contrat de licence avec Phone International Ltd lui permettant d'utiliser une partie de la technologie nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet. Etant donné qu'Hard Sp dispose d'un centre de recherche et développement très performant, il sera sans doute possible pour cette dernière de développer rapidement, moyennant certains coûts<sup>54</sup> d'installation, notamment liés à la recherche, la même application que Soft SA pour être en mesure de produire des téléphones portables avec connexion internet. Hard Sp pourra ensuite utiliser le réseau de distribution mis en place par Phone International Ltd pour distribuer les produits.

- **Option 2** : Opérer selon le nouveau modèle « Tel » c'est-à-dire en tant que société principale pour toute l'Europe. Sur la base du business plan élaboré par Hard Sp, cette option est la plus avantageuse car elle signifie que, même si cette dernière va devoir supporter plus de risques, ses profits devraient augmenter de manière significative.

En conclusion, l'option « Opérer selon le nouveau modèle Tel » s'avère la meilleure option pour les parties à la transaction. Nous reviendrons sur ces options dans la section 4 consacrée à la détermination et à l'évaluation du montant de la rémunération lors d'une réorganisation. Mais avant cela, après avoir démontré la rationalité de la réorganisation, choisi un nouveau modèle de distribution et décidé que la réorganisation aura lieu, la prochaine étape consistera à examiner l'allocation des risques suite à la réorganisation et les conséquences de cette allocation pour l'application du principe de pleine concurrence.

---

<sup>54</sup> Dans le milieu professionnel, ces coûts sont appelés « *set-up costs* » c'est à dire les frais nécessaires à la mise en place d'une nouvelle structure.

### **3 L'allocation des risques entre entreprises associées**

#### **3.1 L'examen de la répartition des risques**

La question de l'allocation des risques est un volet de l'analyse fonctionnelle<sup>55</sup> qui se retrouve dans chaque étude de prix de transfert. En effet, il est impossible de déterminer si la répartition des profits entre entreprises associées respecte le principe de pleine concurrence tant que l'on ne connaît pas la répartition des risques entre les entités associées car le niveau de risques supporté par une entité a une influence sur la profitabilité<sup>56</sup>. Ainsi, lorsqu'une entreprise assume peu de risques (ex : le distributeur à risques limités), il est normal que son rendement escompté soit moins élevé mais plus stable qu'une entreprise qui supporterait tous les risques.

A titre d'illustration, en principe, la conversion d'un distributeur de pleine exercice en un distributeur à risques limités implique une rémunération plus basse mais stable pour ce dernier étant donné que la majorité des risques doit généralement être assumée par la société principale. Pour s'assurer que la réorganisation proprement dite et les transactions post-réorganisation soient conformes au principe de pleine concurrence, il est essentiel pour les autorités fiscales d'évaluer la réallocation des risques<sup>57</sup>. En effet, nous comprenons que les autorités fiscales veulent éviter que des entités d'un groupe transfèrent des profits significatifs alors que les risques transférés sont non significatifs. Une telle situation ne pouvant avoir lieu sur le marché libre.

Il convient d'emblée de mentionner que seuls les risques significatifs sur le plan économique, c'est-à-dire les risques qui ont un impact matériel sur la profitabilité d'une entreprise (ex : risque de marché), sont pertinents pour l'analyse des prix de transfert car ce sont les transferts de ces risques qui peuvent entraîner une réallocation du potentiel de profits<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> L'analyse fonctionnelle consiste pour l'entreprise à s'interroger sur sa place et son rôle économique au sein du groupe, et à recenser les fonctions exercées, les risques encourus et les actifs utilisés.

<sup>56</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 1.23.

<sup>57</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.10.

<sup>58</sup> KAMPHUIS, p. 2.

L'examen de la répartition des risques par les autorités fiscales comprend plusieurs étapes :  
1) les analyses des dispositions contractuelles et du respect de ces dispositions par les parties et 2) la conformité de l'allocation des risques au principe de pleine concurrence<sup>59</sup>.

### 3.1.1 Analyses des dispositions contractuelles liant les parties et du respect de l'allocation contractuelle des risques par les parties

- Examen des dispositions contractuelles

Dans le contexte de l'article 9 de la Convention Modèle OCDE<sup>60</sup>, l'examen des risques commence par l'analyse des dispositions contractuelles liant les parties car ces dispositions définissent généralement la manière dont les risques sont alloués entre les parties<sup>61</sup>. Pour ce faire, la revue des clauses contractuelles lorsque des contrats écrits existent ou, à défaut de contrats, l'examen de la correspondance et / ou de toute communication entre les parties, constituent le point de départ de cette analyse<sup>62</sup>. Si aucun écrit n'est disponible, le point 9.11 des Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert prévoit que « (...) les relations contractuelles entre les parties doivent être déduites de leur comportement et des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre entreprises indépendantes. ».

En procédant de cette manière, il semble que l'OCDE considère que les entreprises ont pour habitude de prévoir la répartition de tous les risques entre entreprises associées dans des contrats. En pratique, si des risques, tels que les risques de stocks ou de change, sont généralement alloués contractuellement entre des entités d'un groupe, ces risques revêtent une importance pour l'analyse des prix de transfert seulement s'ils sont significatifs d'un point de vue économique, c'est à dire si la réalisation de ces risques ont un impact sur la

---

<sup>59</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.12.

<sup>60</sup> Il convient de relever que l'examen des risques, dans une situation relevant de l'article 9 de la Convention Modèle OCDE, est différente de l'approche autorisée par l'OCDE pour les situations relevant de l'article 7 de la Convention Modèle OCDE (pour l'attribution de profits aux établissements stables). En effet, à titre d'exemple, il n'y a pas d'examen des dispositions contractuelles dans les situations relevant de l'article 7 de la Convention Modèle OCDE. Voir le « Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables » de l'OCDE du 22 juillet 2010.

<sup>61</sup> SILBERZTEIN, p. 9.

<sup>62</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.11.

profitabilité<sup>63</sup>. Ainsi, il peut paraître regrettable, comme certains commentateurs du document de discussion de septembre 2008 sur les aspects de prix de transfert des réorganisations d'entreprises l'auraient souhaité, que l'examen des risques ne commence pas par l'examen du caractère significatif des risques<sup>64</sup>. En effet, des risques incontrôlables, comme le risque de marché (risque lié notamment à la baisse de la demande, à une forte compétition dans les prix), sont des risques qui ne se retrouvent pas forcément dans des contrats mais qui sont pourtant des risques significatifs.

- Etude du comportement des entreprises associées

Après l'examen des dispositions contractuelles, l'étape suivante consiste à examiner si le comportement des entreprises associées est conforme à l'allocation des risques. En effet, dans le contexte de transactions entre entreprises indépendantes, étant donné que les parties ont des intérêts divergents, les clauses contractuelles sont généralement respectées par ces dernières. Dans le cadre des transactions entre entreprises associées, il peut être tentant pour ces entreprises de ne pas respecter le contrat puisque ces entreprises font partie d'un groupe et n'ont donc pas forcément des intérêts divergents<sup>65</sup>.

A titre d'exemple, si, lors d'une réorganisation, il est prévu contractuellement qu'une société principale supporte le risque de stocks, cela suppose que toute perte éventuelle sur les stocks doit se retrouver dans la comptabilité de cette dernière. Si, dans la pratique, les pertes sur stocks sont enregistrées dans la comptabilité d'une entité locale (distributeur à risques limités ou fabricant à façon par exemple), on peut conclure que le comportement des parties n'est pas conforme à l'allocation contractuelle des risques. Lorsque le comportement des parties diffère des dispositions contractuelles, c'est le comportement des parties qui doit prévaloir pour déterminer la répartition effective des risques<sup>66</sup>.

Une fois que l'allocation effective des risques entre les parties a été analysée, il convient de s'assurer que cette allocation respecte le principe de pleine concurrence<sup>67</sup>. En d'autres

---

<sup>63</sup> KAMPHUIS, p. 2.

<sup>64</sup> Comments on the OECD discussion draft from Ernst & Young, p. 4.

<sup>65</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.13.

<sup>66</sup> KAMPHUIS, p. 2. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.14.

<sup>67</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.12.

termes, il s'agit de mettre en évidence que, sur le marché libre, on pourrait retrouver une telle répartition des risques.

### 3.1.2 Conformité de l'allocation des risques au principe de pleine concurrence

- En présence de données comparables

Lorsqu'il peut être démontré que la répartition contractuelle (et/ou celle découlant du comportement des parties<sup>68</sup>) des risques entre entreprises associées est similaire dans des transactions comparables sur le marché libre, cette allocation doit être considérée comme conforme au principe de pleine concurrence<sup>69</sup>. Cela semble renvoyer à l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre (Méthode CUP<sup>70</sup>) qui s'est établie comme la méthode la plus fiable pour mettre en œuvre le principe de pleine concurrence dès lors que l'on a une transaction contrôlée<sup>71</sup> qui est comparable à une transaction sur le marché libre<sup>72</sup>.

Selon le point 2.7 du chapitre II des principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, une transaction est comparable sur le marché libre si « (...) aucune différence entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le marché libre (...) » ou si « (...) des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets de ces différences (...) ».

Lors de toute réorganisation d'entreprise, il est donc nécessaire de regarder la manière dont les risques sont alloués avec des tiers pour voir si la répartition en intra-groupe, dans une situation comparable, est la même. Pour ce faire, il convient d'effectuer une recherche de comparables pour mettre en évidence les données comparables internes (transaction entre

---

<sup>68</sup> Bien que le point 9.18 du chapitre IX des principes OCDE applicables en matière de prix de transfert prévoit seulement l'allocation contractuelle des risques, il semble évident que l'allocation des risques qui résulte du comportement des parties doit aussi être soumise au test du principe de pleine concurrence.

<sup>69</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.18.

<sup>70</sup> La méthode CUP peut être définie comme « une méthode de prix de transfert qui consiste à comparer le prix de biens ou de services transférés dans une transaction contrôlée au prix facturé pour des biens ou services transférés dans le cadre d'une transaction entre entreprises indépendantes dans des circonstances comparables. ». Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. 23.

<sup>71</sup> En d'autres termes : transaction entre deux entreprises associées.

<sup>72</sup> KAMPHUIS, p. 3. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 2.7.

une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante) et/ou externes (transaction entre deux entreprises indépendantes) qui peuvent exister<sup>73</sup>. Quand cette recherche ne permet pas de mettre en évidence des accords contractuels et/ou des comportements similaires sur le marché libre, cela ne signifie pas que ces accords et/ou ces comportements ne respectent pas le principe de pleine concurrence. En effet, en l'absence de comparables, il existe d'autres moyens pour démontrer qu'une allocation des risques « (...) est conforme à celle dont auraient pu convenir des parties indépendantes dans des circonstances similaires<sup>74</sup>».

- En l'absence de données comparables

Dans les situations où aucune donnée comparable sur le marché libre n'est disponible, il convient d'examiner la substance économique de l'allocation des risques. En effet, une répartition des risques n'est pas conforme au principe de pleine concurrence si elle n'a pas de substance économique<sup>75</sup>. Pour analyser cette substance économique, l'OCDE a prévu deux facteurs qui sont<sup>76</sup> :

- le contrôle sur le risque
- la capacité financière à assumer le risque

Il est important de noter que ces deux facteurs ne sont pas des facteurs déterminants et qu'il faut tenir compte des faits et des circonstances de chaque cas d'espèce pour démontrer qu'une allocation des risques entre entreprises associées est conforme à celle qui aurait pu être convenue par des parties indépendantes<sup>77</sup>.

- Le contrôle sur le risque

L'exercice d'un certain contrôle sur un risque peut être un facteur pertinent pour déterminer si une allocation de risques similaire aurait été convenue entre des parties

---

<sup>73</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.18.

<sup>74</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.19.

<sup>75</sup> KAMPHUIS, p. 3.

<sup>76</sup> SILBERZTEIN, p. 9. ERASMUS-KOEN, p. 2. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.20.

<sup>77</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.20.

indépendantes dans des conditions de pleine concurrence<sup>78</sup>. En effet, sur un marché libre, si une partie doit supporter un risque, il est rationnel que cette dernière soit en mesure d'exercer un certain contrôle sur ce risque. Pour l'OCDE, 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. (...) »<sup>79</sup>.

Du point de vue de la gestion interne des risques, cela implique la mise en place de ressources humaines ayant à leur disposition tous les moyens pour remplir et exercer effectivement cette fonction<sup>80</sup>.

Dans l'hypothèse d'une gestion externalisée des risques, comme souhaité par certains commentateurs du document de discussion de septembre 2008 sur les aspects de prix de transfert des réorganisations d'entreprises, il a été explicitement mentionné dans la version finale des principes applicables en matière de prix de transfert que le fait que l'entité qui supporte le risque puisse externaliser la gestion quotidienne des risques ne signifie pas forcément que le risque ait été transféré à l'entité (qui peut être une entité du groupe) qui en a la gestion<sup>81</sup>. Toutefois, l'OCDE précise que, dans ce cas de figure, l'entité qui a confié la gestion quotidienne des risques à un tiers doit « (...) néanmoins être en mesure d'apprécier le résultat des fonctions de suivi et de gestion assumées (...) » par ce tiers<sup>82</sup>. Cela peut être illustré par l'exemple suivant :

Suite à la réorganisation, Hard Sp (la société principale) va conclure un accord avec Soft SA selon lequel Soft SA va effectuer, moyennant une rémunération garantie d'Hard Sp, des travaux de recherche et de développement (« R&D ») pour le compte d'Hard Sp. Il est prévu, dans ce contrat, qu'Hard Sp supporte le risque d'échec lié à cette activité et devienne propriétaire des résultats en cas de succès. Bien qu'Hard Sp n'assume pas un contrôle quotidien sur le risque d'échec (car les travaux sont quotidiennement conduits par le personnel de Soft SA), c'est bien Hard Sp qui exerce un contrôle certain de ce risque en

---

<sup>78</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 1.49.

<sup>79</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.23.

<sup>80</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.23.

<sup>81</sup> Réponse du Comité des affaires fiscales, point 22. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.23.

<sup>82</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.23.

prenant un certain nombre de décisions pertinentes lui permettant de contrôler son risque d'échec. En effet, Hard Sp décide notamment du budget alloué à Soft SA pour les recherches, engage les équipes, définit les projets de R&D sur lesquels vont travailler les équipes, revoit régulièrement les résultats et l'avancement des recherches, peut changer d'équipe si les résultats escomptés ne sont pas au rendez-vous. En résumé, Hard Sp définit la stratégie de l'activité de R&D tandis que Soft SA s'occupe de la gestion quotidienne de cette activité.

Enfin, il convient de relever qu'il existe des risques, généralement liés à la conjoncture économique (risque de change par exemple), sur lesquels aucune partie ne peut exercer véritablement de contrôle. Dans ce cas, il est évident qu'il est impossible d'utiliser le facteur de contrôle sur le risque pour déterminer si une allocation des risques respecte le principe de pleine concurrence<sup>83</sup>. Dès lors, il est nécessaire de déterminer d'autres facteurs pertinents, telle que la capacité financière d'assumer le risque, pour définir ce que des parties indépendantes auraient pu convenir dans des circonstances similaires.

#### - La capacité financière d'assumer le risque

En situation de pleine concurrence, le fait pour une partie de se voir allouer un risque suppose généralement que cette dernière ait la capacité financière de l'assumer. Ainsi, lors d'une transaction contrôlée, il peut être pertinent, pour mettre en évidence qu'une allocation des risques soit « *arm's length* », de démontrer que la partie qui supporte le risque ait la capacité financière de l'assumer dès le moment où le risque lui est alloué<sup>84</sup>.

Dans le projet de rapport de l'OCDE sur les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises de Septembre 2008, il était seulement fait mention de la notion de « capacité financière présumée à supporter le risque<sup>85</sup> » sans aucun développement. Face à la trop grande incertitude qui entourait cette notion, il a été décidé de donner plus de consistance à l'analyse de la « capacité financière d'assumer le risque » (et non plus de la « capacité

---

<sup>83</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.28 et 1.49.

<sup>84</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.29.

<sup>85</sup> Projet rapport OCDE sur les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises, point 28.

financière présumée à supporter le risque ») dans la version révisée du rapport de l'OCDE sur les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises de juillet 2010.

Un des points importants de cette analyse est que la notion de « capacité financière » ne signifie pas que l'entité qui supporte le risque doit avoir la capacité financière de supporter toutes les conséquences liées à la réalisation du risque. En effet, pour l'OCDE, le fait qu'une entité qui supporte le risque, mette en place des mécanismes pour se prémunir contre les conséquences de la matérialisation de ce risque, doit permettre à cette entité d'être considérée comme celle qui, parmi les entreprises du groupe, supporte le risque<sup>86</sup>.

## 3.2 Conséquences fiscales d'une nouvelle allocation des risques

### 3.2.1 Examen du caractère significatif du risque

Lors d'une réorganisation d'entreprise, le fait qu'une allocation des risques à l'une des entités associées soit conforme au principe de pleine concurrence implique que cette dernière supporte les coûts liés à la gestion des risques (ou à la couverture contre un risque), ainsi que les pertes éventuelles liées à la réalisation du risque<sup>87</sup>. Une réallocation d'un risque peut justifier une réallocation des profits potentiels (à la hausse ou à la baisse) à la condition que ce risque soit significatif, c'est-à-dire si ce risque implique une modification importante du potentiel de profits<sup>88</sup>. Ainsi, en prévoyant une réallocation des profits potentiels lorsque le risque présente un caractère significatif, l'OCDE cherche à éviter des situations où une entité locale transfère un risque qui n'est pas significatif (ex : un risque qui est peu probable ou prévisible) alors que ce transfert entraîne une réallocation des profits potentiels importante<sup>89</sup>. En d'autres termes, il doit y avoir un équilibre entre le transfert d'un risque significatif et la réallocation des profits.

Il convient de relever que le terme « significatif » d'un risque peut être perçu comme une notion subjective, difficile à évaluer dans certains cas. En effet, lors d'un contrôle, les autorités fiscales utilisent généralement les états financiers pour évaluer l'ampleur d'un risque. Cependant, pour certains risques, comme le risque de marché, les registres

---

<sup>86</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.30 et 9.32.

<sup>87</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.39.

<sup>88</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.41.

<sup>89</sup> SILBERZTEIN, p. 9.

comptables ne permettent pas forcément de déterminer si le risque est significatif sur le plan économique<sup>90</sup>. Dès lors, si l'évaluation du caractère significatif est difficile, il apparaît délicat de justifier la réallocation des profits potentiels donc le principe de pleine concurrence.

### 3.2.2 Compensation de l'accroissement du risque

Lorsqu'un risque se révèle significatif sur le plan économique, il est rationnel que l'entité qui se voit allouer ce risque soit compensée par un accroissement du rendement escompté<sup>91</sup>. En effet, sur le marché libre, aucune entreprise n'accepterait de supporter des risques accrus sans pouvoir, en contrepartie, bénéficier d'une augmentation de son potentiel de profits. Une nouvelle réallocation des risques implique par conséquent la mise en place d'une méthode de prix de transfert qui permette de refléter cette nouvelle réallocation<sup>92</sup>.

Il est important de noter que le profil de risque prévu et le choix de la méthode de prix de transfert doivent être cohérents par rapport à l'analyse fonctionnelle des parties à la transaction contrôlée<sup>93</sup>.

Finalement, au regard des multiples étapes à franchir pour établir qu'une allocation des risques soit conforme au principe de pleine concurrence, il apparaît que la démonstration du respect du principe de pleine concurrence est un processus compliqué et coûteux à mettre en place. Conscients de ce problème, les autorités fiscales considèrent que c'est principalement lorsque l'on est en présence d'importantes variations dans l'allocation des risques et des profits, qu'une analyse détaillée du respect de cette allocation au principe de pleine concurrence est attendue par ces dernières<sup>94</sup>. De plus, il convient de préciser que la remise en cause par les autorités fiscales d'une allocation des risques ne peut être effectuée que dans des circonstances exceptionnelles<sup>95</sup>. Nous reviendrons sur la non-reconnaissance des transactions par les autorités fiscales et notamment sur le terme de « circonstances

---

<sup>90</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.43.

<sup>91</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 1.45.

<sup>92</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.46.

<sup>93</sup> Réponse du Comité des affaires fiscales, point 23.

<sup>94</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.47.

<sup>95</sup> ERASMUS-KOEN, p. 3. SILBERZTEIN, p. 14. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.168 et 1.65.

exceptionnelles » dans la section 5. Mais avant cela, il est nécessaire de démontrer que la réorganisation proprement dite, ainsi que la post-réorganisation, soient conformes au principe de pleine concurrence.

#### **4 Application du principe de pleine concurrence à la réorganisation proprement dite et à la post-réorganisation**

##### **4.1 Rémunération de l'entité restructurée suite à un redéploiement de fonctions, de risques et d'actifs**

Un redéploiement de fonctions, de risques et/ou d'actifs implique généralement le transfert à l'étranger d'actifs corporels et incorporels de valeur. Sur le plan juridique, un tel redéploiement est habituellement reflété par la rupture ou la renégociation substantielle d'accords existants (accords de fabrication, de distribution ou de licence par exemple). Lors de la mise en place d'une réorganisation d'entreprise, une des questions-clés à se poser, est de savoir si l'entité restructurée doit être rémunérée à un prix de pleine concurrence, au titre de la réorganisation. Cette possible rémunération provient du fait que les conditions convenues ou imposées entre entreprises associées doivent être les mêmes que celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes, dans une situation similaire<sup>96</sup>. En d'autres termes, si une entreprise indépendante est rémunérée pour un transfert d'actif, en vertu du principe de pleine concurrence, une même transaction entre entreprises associées doit l'être aussi.

A titre préliminaire, il convient de mentionner que, selon l'OCDE, le principe de pleine concurrence ne requiert pas qu'une entité soit automatiquement rémunérée au motif que la réorganisation va entraîner une baisse de ses bénéfices (ou pertes) futurs escomptés<sup>97</sup>. Nous saisissons tout à fait la position de l'OCDE puisque le fait, pour une entité, de pouvoir justifier la baisse de profits potentiels, est étroitement lié avec les actifs et les droits que cette dernière détient. En d'autres termes, ce sont bien les transferts individualisés, notamment de fonctions et d'actifs (qui vont impacter *in fine* les bénéfices ou pertes futurs escomptés) détenus par une entité, qui doivent faire l'objet d'une rémunération<sup>98</sup>. Sur ce point, jusqu'à tout récemment, la législation allemande n'était pas en ligne avec l'OCDE<sup>99</sup>. En effet, sur la base de l'article 1 paragraphe 3 de la loi fiscale étrangère (*Aussensteuergesetz*, AStG), en présence d'une réorganisation d'entreprise, l'Allemagne a instauré un droit systématique à une rémunération de pleine concurrence (« *transfer package* »). Cette rémunération de l'entité restructurée doit notamment inclure,

---

<sup>96</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.49.

<sup>97</sup> Publication Ernst & Young du 13 août 2010, p. 5.

<sup>98</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.67. SILBERZTEIN, p. 11.

<sup>99</sup> KROPPEL, ROEDER, SCHMIDTKE, p.3.

contrairement au souhait de l'OCDE<sup>100</sup>, la réduction des profits potentiels du cédant ainsi que l'augmentation des profits potentiels du cessionnaire. Suite à la pression de l'OCDE, l'Allemagne a modifié sa législation et a introduit une disposition légale supplémentaire à l'article 1 paragraphe 3 de la loi fiscale étrangère qui prévoit la possibilité de déterminer la valeur d'une rémunération sur la base d'une valorisation par actif plutôt, que selon l'approche du « *transfer package* », à la condition que le contribuable soit en mesure de démontrer qu'au moins un actif incorporel significatif est impliqué dans le transfert de fonctions<sup>101</sup>. A notre sens, bien que par le biais de cette nouvelle disposition légale, l'Allemagne montre sa volonté de se mettre en conformité avec les recommandations de l'OCDE, il reste une zone d'ombre concernant la notion de « significatif<sup>102</sup> ». Finalement, il conviendra d'observer dans les prochains mois la manière dont les autorités fiscales allemandes appliqueront cette nouvelle disposition.

#### 4.1.1 Rémunération de l'entité restructurée suite à un transfert d'actifs et en cas de rupture ou de renégociation substantielle d'accords existants

- Suite à un transfert d'actifs

Dans la mesure où un transfert d'actif est identifié, un paiement compensatoire doit être prévu. En effet, sur le marché libre, des entreprises indépendantes ne seraient pas prêtes à se défaire d'actifs associés à un potentiel de profits élevés sans obtenir une rémunération suffisante en contrepartie<sup>103</sup>.

Dans le cadre des réorganisations d'entreprises, les transferts d'actifs peuvent comprendre des transferts d'actifs corporels, d'actifs incorporels et d'activités.

---

<sup>100</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.65 et 9.67.

<sup>101</sup> Publication Ernst & Young du 14 mai 2010, p. 1 et 2.

<sup>102</sup> Etant donné que la loi fiscale allemande ne donne pas de définition du terme « significatif », il convient de se référer au projet de la directive allemande daté du 17 juillet 2009 sur l'application du principe de pleine concurrence dans les réorganisations d'entreprises qui prévoit qu'un actif incorporel est significatif si : il est d'une importance essentielle pour le transfert de fonction et que sa valeur, conforme au principe de pleine concurrence, dépasse 25% de la valeur totale des éléments inclus dans le « *transfer package* ». Ainsi, le contribuable se voit dans l'obligation de procéder à deux analyses pour déterminer quelle approche il devra suivre : la valorisation de l'actif significatif et la valorisation du « *transfer package* » (Publication Ernst & Young d'avril – juin 2010, p. 5.).

<sup>103</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.67.

- Transfert d'actifs corporels

Nous n'allons pas nous attarder sur cette catégorie d'actifs car, à la différence des actifs incorporels, le transfert d'actifs corporels (machines par exemple) à une entreprise associée ne pose pas de difficultés majeures concernant les prix de transfert, car ces actifs peuvent être relativement faciles à déterminer et à évaluer<sup>104</sup>. En effet, tout d'abord, ces biens apparaissent généralement au bilan de la société et ont, par conséquent, une valeur comptable. Toutefois, que la valeur des actifs corporels soit indiquée ou non (notamment pour l'évaluation des stocks<sup>105</sup>) au bilan de la société, il faut tout de même avoir recours à des méthodes de prix de transfert pour démontrer que le prix fixé entre les entreprises associées est conforme au principe de pleine concurrence.

- Transfert d'actifs incorporels

A la différence du transfert d'actifs corporels, le transfert d'actifs incorporels posent des problèmes complexes. En effet, en pratique, les actifs incorporels sont difficiles à découvrir et à évaluer<sup>106</sup>. Cette complexité provient notamment du fait qu'il n'y a pas définition précise de la notion d'actifs incorporels dans le cadre des prix de transfert. La majorité des pays se contente de lister des exemples d'actifs incorporels tout comme l'OCDE qui considère, dans le chapitre IX des principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, que « (...) l'expression « biens incorporels » recouvre les droits d'utilisation d'actifs industriels tels que les brevets, les marques de fabrique, les noms commerciaux, les dessins ou modèles. Elle englobe, en outre, la propriété littéraire et artistique, ainsi que la propriété intellectuelle telle que le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux. »<sup>107</sup>. Dans le chapitre IX, consacré à la réorganisation des entreprises, l'OCDE mentionne aussi que les actifs incorporels peuvent être « (...) des listes de clients, de réseaux de distribution, de désignations, de symboles ou images. »<sup>108</sup>.

On voit bien qu'il existe de nombreux intangibles qui peuvent donner lieu à une rémunération lors de leur transfert vers une entité associée à l'étranger. Par conséquent,

---

<sup>104</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.75.

<sup>105</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.78.

<sup>106</sup> MARKHAM p. 3.

<sup>107</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 6.2.

<sup>108</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.80.

lors de la mise en place d'une réorganisation d'entreprise, il est nécessaire de bien mettre en évidence tous les types d'intangibles (y compris ceux qui ont une valeur incertaine puisqu'ils n'ont, par exemple, pas encore été exploités<sup>109</sup>) qui vont être transférés avec la réallocation des fonctions et des risques.

Concernant l'évaluation de ces actifs, le fait que les actifs incorporels, qui vont être transférés à une entité, n'apparaissent généralement pas au bilan, soulève des problèmes pour l'évaluation de ces derniers et donc pour la détermination de la rémunération de pleine concurrence qui devra être versée à l'entité restructurée. Nous reviendrons sur la détermination de la rémunération de pleine concurrence dans la section 4.1.2.

Finalement, malgré le chapitre VI des principes OCDE applicables en matière de prix de transfert consacré entièrement aux biens incorporels, face aux nombreuses difficultés qui se cachent derrière les prix transfert des actifs incorporels, l'OCDE souhaite mettre en place un projet sur les aspects prix de transfert des actifs incorporels en 2011<sup>110</sup>.

#### - Transfert d'activité

Dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise, le transfert d'une activité peut donner lieu à une rémunération. Le transfert d'activité peut être défini comme « (...) le transfert des éléments d'actif associés à la capacité d'exécuter certaines fonctions et de supporter certains risques.<sup>111</sup> ». Cette notion englobe des actifs corporels et incorporels.

Pour illustrer cette notion, reprenons notre exemple de la réorganisation « Tel ». En effet, lors de la réorganisation, il est prévu que l'activité de fabrication de Soft SA soit transférée à Hard Sp (la société principale). Lors de ce transfert d'activité, des actifs corporels (machines par exemple) ainsi que des actifs incorporels (ex : savoir-faire) vont être transférés. Il est certain que ce transfert a pour conséquence qu'un paiement compensatoire devra être effectué par Hard Sp à Soft SA. En effet, sur le marché libre, aucune entreprise indépendante ne transférerait une telle activité à titre gratuit.

---

<sup>109</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.87.

<sup>110</sup> Réponse du Comité des affaires fiscales, point 36.

<sup>111</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.93.

Si dans la majorité des cas, une rémunération doit être payée par le cessionnaire qui reçoit un actif, l'OCDE s'est posée la question intéressante de savoir si le transfert d'une activité déficitaire pouvait entraîner le paiement d'une rémunération par le cédant au cessionnaire. Pour répondre à cette question, il faut examiner ce qu'une partie indépendante aurait fait dans des circonstances comparables (payer pour se défaire de cette activité ou cesser l'activité par exemple)<sup>112</sup>. Selon nous, il peut être rationnel pour une entreprise de payer pour se débarrasser d'une activité. A titre d'illustration, une entreprise active dans la production de certains produits chimiques pourrait payer un potentiel acquéreur pour se défaire d'un site pollué plutôt que de supporter les coûts importants relatifs à la dépollution du site.

- Dédommagement de l'entité restructurée en cas de rupture ou de renégociation substantielle d'accords existants

Concernant la question de savoir si, conformément au principe de pleine concurrence, l'entité restructurée aurait le droit à un dédommagement au titre du préjudice (licenciements, coûts de reconversion par exemple) causé par la réorganisation, l'OCDE considère qu'on ne peut pas présumer que, dans des conditions de pleine concurrence, toutes les ruptures ou les renégociations substantielles d'accords existants donnent droit à une indemnisation. Dans le but de déterminer si, conformément au principe de pleine concurrence, un dédommagement doit avoir lieu, il est important d'effectuer un examen des faits et des circonstances du cas d'espèce au moment de la réorganisation (en particulier les droits et autres actifs de chacune des parties) et, le cas échéant, d'examiner les options réalistes à la disposition des parties<sup>113</sup>. En effet, sur le marché libre, aucune entreprise indépendante n'accepterait une rupture d'un contrat important sans être indemnisée.

A travers un exemple, nous allons examiner les différentes étapes qui peuvent être nécessaires pour déterminer si une quelconque indemnité doit être payée.

Revenons à notre exemple de réorganisation « Tel ». Il est prévu que Phone International Ltd mette fin au contrat de licence conclu avec Soft SA. Ce contrat permettait à Soft SA d'utiliser la majorité de la technologie nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet, moyennant le paiement de redevances à Phone International Ltd.

---

<sup>112</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.97.

<sup>113</sup> SILBERZTEIN, p. 11. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.103.

Ce contrat ne prévoit pas de clause de dédommagement en cas de rupture de ce dernier. Etant donné que, suite à la réorganisation, l'activité de fabrication de Soft SA va être transférée à Hard Sp en Slovaquie, le contrat de licence entre Soft SA et Phone International Ltd n'a plus de raison d'exister et, par conséquent, Phone International Ltd a décidé de mettre un terme à ce contrat. L'entité Soft SA a-t-elle le droit à une indemnisation au titre du préjudice causé par la rupture de ce contrat ? Si oui, par quelle entité ? Phone International Ltd ou Hard Sp ?

La réponse à ces questions implique quatre différentes étapes<sup>114</sup> :

1/ Le contrat de licence conclu entre Soft SA et Phone International Ltd est-il formalisé par écrit ? Si oui, prévoit-il une clause d'indemnisation en cas de rupture de ce dernier ?

En l'espèce, on a un contrat écrit, mais il ne contient pas de clause de dédommagement en cas de rupture de ce dernier. Il convient de relever, qu'à défaut de contrat conclu par écrit entre les parties, l'OCDE considère, de la même façon que pour l'analyse de l'allocation des risques entre les parties étudiée dans la section 3, que « (...) les relations contractuelles entre les parties doivent être déduites de leur comportement et des principes économiques qui régissent habituellement les relations entre entreprises indépendantes.<sup>115</sup> ».

2/ Les termes du contrat et l'absence d'une clause de dédommagement sont-ils conformes au principe de pleine concurrence ?

Il convient de relever que la démonstration du respect du principe de pleine concurrence devient complexe lorsqu'il n'y a pas de situation comparable sur le marché libre. Dès lors, il peut notamment être utile d'examiner les droits et autres actifs de chacune des parties au moment de la conclusion, lors de la rupture du contrat et, le cas échéant, les options réalistes qui seraient offertes aux parties dans des conditions de pleine concurrence<sup>116</sup>.

En effet, si on imagine, par exemple, que le contrat impliquait pour l'une des parties d'effectuer des investissements financiers importants avant de pouvoir réaliser des

---

<sup>114</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.103.

<sup>115</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 1.52.

<sup>116</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.106.

bénéfices, en situation de pleine concurrence, cette partie aurait certainement inclus une clause de dédommagement dans le contrat pour se couvrir contre les conséquences financières attachées à une rupture prématurée du contrat par l'autre partie.

En l'espèce, étant donné que le contrat de licence ne couvre pas toute la technologie nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet, Soft SA a dû effectuer des investissements financiers importants pour pouvoir développer rapidement son application, et ainsi fabriquer des téléphones mobiles avec connexion internet. Soft SA pouvait escompter un rendement de pleine concurrence de l'investissement, à condition que le contrat de licence dure au moins 8 ans (le contrat a été conclu en 2006). Par conséquent, en situation de pleine concurrence, une entreprise indépendante aurait prévu une clause de dédommagement pour se couvrir contre les conséquences financières attachées à cette rupture prématurée du contrat. Ainsi, une indemnité devra sans doute être payée à Soft SA au titre du préjudice subi par la rupture prématurée du contrat par Phone International Ltd<sup>117</sup>.

### 3/ Recours éventuel au droit commercial

Etant donné que le contrat conclu entre Phone International Ltd et Soft SA ne contient pas de clause de dédommagement, il pourrait aussi être utile d'examiner si la législation et la jurisprudence commerciales prévoient un droit à un dédommagement pour un accord de licence. Toutefois, s'il est possible que la partie qui subit la rupture (Soft SA), se réfère au droit en vigueur et à la jurisprudence pour démontrer son droit à un dédommagement, il faut noter qu'en pratique, en cas de divergences persistantes avec la partie qui a mis fin au contrat (Phone International Ltd), il est peu probable que Soft SA engage une action devant les tribunaux contre Phone International Ltd pour faire valoir ce droit, car il faut garder en mémoire que Phone International Ltd est une entreprise de son groupe<sup>118</sup>. En revanche, en recourant à la législation et à la jurisprudence commerciales, une administration fiscale pourra être en mesure de réintégrer, dans la base imposable de Soft SA, le montant de l'indemnité que Soft SA aurait dû recevoir.

---

<sup>117</sup> Voir point 4 ci-dessous pour déterminer l'entité (Phone International Ltd ou Hard Sp) qui devra probablement effectuer ce dédommagement.

<sup>118</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.115.

4/ Sur le marché libre et dans une situation comparable, est-ce qu'une autre partie aurait été disposée à dédommager Soft SA au titre du préjudice subi pour la rupture du contrat de licence ?

Enfin, après avoir démontré (voir point 2 ci-dessus) qu'une indemnité devrait probablement être payée à Soft SA pour le préjudice causé par la rupture prématurée du contrat de licence, il convient de se demander si cette indemnisation devrait être supportée par Phone International Ltd (la partie qui a rompu le contrat de licence) ou par Hard Sp (la partie qui va reprendre le contrat de licence). Selon l'OCDE, l'identification de la partie qui est censée tirer profit de la rupture d'un contrat est une étape clé dans la détermination de la partie qui va devoir supporter le coût de l'indemnité<sup>119</sup>.

Dans des conditions de pleine concurrence, Hard Sp pourrait potentiellement être disposée à assumer le coût de cette indemnité dans le but d'obtenir un contrat de licence avec Phone International Ltd. Selon nous, ce cas de figure est peu probable étant donné que le contrat de licence ne couvre qu'une partie de la technologie nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet. Par conséquent, c'est certainement Phone International Ltd qui va devoir supporter le coût de l'indemnité.

Ainsi, une fois que le droit à une rémunération, que ce soit pour la rupture et/ou pour la renégociation d'accords existants ou pour un transfert d'actifs a été démontré, l'une des étapes les plus complexes d'une réorganisation est l'évaluation de cette rémunération.

---

<sup>119</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.116.

#### 4.1.2 La prise en compte des options à la disposition des parties dans le cadre de l'évaluation du paiement compensatoire de pleine concurrence

Une fois qu'un droit à une rémunération pour un transfert d'actifs et/ou pour la rupture et/ou pour la renégociation substantielle d'un accord existant a été démontré, il faut encore fixer le prix de ce dédommagement. Il convient de noter qu'il convient de se tourner vers la pratique pour démontrer la manière dont une rémunération de pleine concurrence est fixée étant donné, qu'à notre sens, l'OCDE est restée plutôt silencieuse quant à la façon de fixer cette rémunération.

En pratique, la fixation du prix de pleine concurrence de la rémunération passe par la détermination d'une fourchette de négociation, c'est-à-dire d'une fourchette de prix qui devra laisser le cédant et le cessionnaire au moins dans la situation qu'ils auraient été s'ils avaient accepté leur meilleure autre option que celle d'entrer dans la réorganisation<sup>120</sup>. Ainsi, on voit toute l'importance de la détermination, par les parties impliquées par la réorganisation, de toutes leurs alternatives réelles autres que celles d'accepter les conditions de la réorganisation.

Reprenons notre exemple de réorganisation « Phone ». A titre de rappel, nous avons déjà déterminé que Soft SA et Hard Sp avaient accepté les modalités de la réorganisation (voir section 2.3.2) et qu'une indemnité devait notamment être payée au titre de la rupture prématurée du contrat de licence (voir section 4.1.1). Le transfert de l'activité de fabrication (Ex : machines, savoir-faire, stocks) ainsi que le transfert des droits de propriété intellectuelle liés à l'application (application développée par Soft SA et nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet) de Soft SA vers Hard Sp doivent aussi faire l'objet d'une rémunération. En effet, sur le marché libre, aucune entreprise indépendante ne transférerait de telles activités / actifs sans être rémunérées. Par conséquent, ces actifs corporels et incorporels doivent être valorisés.

Examinons à présent l'impact de la meilleure alternative de Soft SA et Hard Sp, par rapport à celle d'accepter la réorganisation, sur la détermination du prix de la rémunération, qui devra être versée par Hard Sp à Soft SA.

---

<sup>120</sup> Application of economic theory to derivation of arm's length payments in business restructurings, p.8.

- Du côté du cédant (Soft SA)

Pour déterminer le prix minimum de pleine concurrence qui devra être payé par le cessionnaire (Hard Sp), on doit se demander ce qu'un tiers indépendant, dans la même situation que Soft SA, demanderait comme paiement compensatoire. Il convient tout de suite de clarifier que ce montant ne peut pas être égal à la valeur actualisée nette<sup>121</sup> (VAN) des profits futurs attachée aux actifs, aux fonctions et aux risques détenus / supportés par Soft SA, car Soft SA n'a pas l'option de continuer à opérer sans changement de son modèle d'affaire<sup>122</sup>. En effet, même si Soft SA n'avait pas accepté les modalités de la réorganisation, ses profits futurs vont forcément diminuer car Phone International Ltd a décidé de mettre fin au contrat de licence qui permettait à Soft SA de produire ses téléphones avec connexion internet.

A titre de rappel, voici les diverses options réalistes de Soft SA (déterminées dans la section 2.3.2) :

**Option 2** : Soft SA pourrait décider d'arrêter, de manière unilatérale, sa coopération avec Phone International Ltd. En effet, disposant déjà d'une structure de recherche et de développement ainsi que d'une application nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet, une option réaliste pour Soft SA serait de s'allier avec une entreprise internationale de téléphones mobiles pour continuer de fabriquer des téléphones et pour utiliser le réseau de distribution de l'entreprise internationale. Toutefois, un des inconvénients de cette option est qu'il sera peut-être difficile pour Soft SA de trouver un nouveau partenaire car la plupart des entreprises internationales du secteur de la téléphonie ont déjà leurs propres structures de fabrication et de vente sur le marché de l'Europe.

- **Option 3** : Opérer selon le nouveau modèle « Tel », c'est-à-dire en tant que prestataire de services en R&D.

---

<sup>121</sup> La valeur actualisée nette (VAN) est calculée par l'addition des flux de trésorerie futurs attachés à des actifs, des fonctions et des risques escomptés à leur valeur présente nette.

<sup>122</sup> Application of economic theory to derivation of arm's length payments in business restructurings, p.9.

En ayant choisi l'option 3 (voire section 2.3.2) c'est-à-dire les modalités de la réorganisation, la rémunération de Soft SA doit être au minimum égale à la valorisation de la meilleure alternative que celle d'accepter la réorganisation<sup>123</sup>. En l'espèce, si l'option 3 (la réorganisation) ne correspond pas à l'option la plus avantageuse pour Soft SA, cette dernière aurait dû choisir l'option 2 (continuer de façon indépendante). Par conséquent, la rémunération qui doit être payée par Hard Sp à Soft SA doit être au minimum égale à la VAN de l'option 2. Il est intéressant de relever que si l'option 3 s'était révélée moins avantageuse pour Soft SA que l'option 2, Soft SA aurait pu tout de même choisir l'option 3 tout en étant rémunérée en contrepartie à hauteur de l'option 2 (sa meilleure alternative).

Nous comprenons tout à fait que le prix minimum, qui doit être payé par Hard Sp à Soft SA, doit rémunérer Soft SA au moins à la hauteur de sa meilleure option (option 2), après son option pour la conversion. En effet, un paiement en-dessous de la valeur de l'option 2 ne serait pas concevable pour un tiers car, dans ce cas, ce tiers aurait choisi l'option 2 et non l'option 3. Ce prix minimum est aussi appelé « coût d'opportunité », car il doit refléter le fait que Soft SA n'ait pas opté pour l'option 2.

En résumé, la formule suivante peut être appliquée pour déterminer le bas de la fourchette de négociation c'est-à-dire le prix minimal que le cessionnaire (Hard Sp) devra payer au cédant (Soft SA) :

$$\text{Prix minimum de la fourchette de négociation} = \text{Valorisation de la meilleure alternative du cédant à la réorganisation}$$

Ayant déterminé le prix minimum de la fourchette de négociation, il convient de se tourner vers le cessionnaire (Hard Sp) pour rechercher le prix maximum de la rémunération qui peut être demandée par Soft SA.

- Du côté du cessionnaire (Hard Sp)

Pour déterminer le prix maximum de pleine concurrence qui pourra être demandé par Soft SA, on doit se demander ce qu'un tiers indépendant, dans la même situation qu'Hard Sp,

---

<sup>123</sup> Application of economic theory to derivation of arm's length payments in business restructurings, p. 10.

serait prêt à payer. Il est intéressant de relever que si Hard Sp n'avait pas d'autres options réalistes que la réorganisation, le montant de la rémunération devrait sans doute correspondre à l'estimation des profits futurs résultant de la réallocation des fonctions, des actifs et des risques suite à la conversion<sup>124</sup>.

A côté de l'option 2, qui consiste à accepter les modalités de la réorganisation (voire section 2.3.2), une seule autre option s'offre à Hard Sp :

**Option 1** : Ne pas coopérer avec Soft SA. Dans cette hypothèse, Hard Sp bénéficiera tout de même d'un contrat de licence avec Phone International Ltd lui permettant d'utiliser une partie de la technologie nécessaire à la fabrication des téléphones mobiles avec connexion internet. Etant donné qu'Hard Sp dispose d'un centre de recherche et développement très performant, il sera sans doute possible pour cette dernière de développer rapidement, moyennant certains coûts<sup>125</sup> d'installation, notamment liés à la recherche, la même application que Soft SA pour être en mesure de produire des téléphones portables avec connexion internet. Hard Sp pourra ensuite utiliser le réseau de distribution mis en place par Phone International Ltd pour distribuer les produits.

Le fait de déterminer les alternatives d'Hard Sp à ne pas accepter la réorganisation est essentiel pour fixer le prix maximum qui peut être demandé par Soft SA. En effet, ce prix maximum correspond à la différence entre les profits potentiels réalisés avec la réorganisation et les profits potentiels (prenant en compte la déduction des coûts d'installation éventuels) réalisés avec la meilleure option alternative à la réorganisation (option 1 d'Hard Sp)<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Application of economic theory to derivation of arm's length payments in business restructurings, p. 11.

<sup>125</sup> Dans le milieu professionnel, ces coûts sont appelés « *set-up costs* » c'est à dire les frais nécessaires à la mise en place d'une nouvelle structure.

<sup>126</sup> Application of economic theory to derivation of arm's length payments in business restructurings, p. 11.

En résumé, la formule suivante peut être appliquée pour déterminer le haut de la fourchette de négociation, c'est-à-dire le prix maximum que le cédant (Soft SA) peut demander au cessionnaire (Hard SP):

*Prix maximum de la fourchette de négociation =  
Différence entre les profits potentiels réalisés avec la réorganisation et les profits potentiels réalisés dans le cas de la meilleure alternative à la réorganisation par le cessionnaire.*

▪ Conclusion

A travers cet exemple, on voit bien toute l'importance de la recherche des options réalistes à la disposition des parties impliquées par une réorganisation dans la détermination du montant de la rémunération. En effet, c'est grâce à la fourchette de négociation qui va être établie que les parties vont pouvoir s'accorder sur le prix du dédommagement. En pratique, le prix négocié pourrait se situer à la moitié de la fourchette.

Enfin, un tel paiement est « *arm's length* » dans la mesure où chaque partie est laissée au moins dans la situation où elle aurait été, si elle avait décidé de poursuivre sa meilleure option autre que celle d'accepter la réorganisation.

#### 4.2 Sélection d'une méthode de prix de transfert applicable aux transactions post-réorganisation

L'application du principe de pleine concurrence ne se limite pas aux transactions qui ont lieu avant et pendant la réorganisation. En effet, les transactions contrôlées qui surviennent après la réorganisation doivent aussi respecter le principe de pleine concurrence<sup>127</sup>. Cela implique que les entreprises associées appliquent le principe de pleine concurrence de la même façon pour déterminer les prix de transfert dans leurs transactions intragroupe.

Le choix et l'application d'une méthode de prix de transfert à une transaction contrôlée résultent de l'analyse de comparabilité, c'est-à-dire que l'on va rechercher, sur un marché libre, la manière dont serait rémunérée la même transaction dans une situation similaire. Il

---

<sup>127</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.115.

est important de noter que le fait d'être en mesure de procéder à une analyse de comparabilité suppose notamment la réalisation d'une analyse fonctionnelle, l'examen des accords contractuels entre les parties, ainsi que la prise en compte des différences factuelles entre la situation d'une entité restructurée suite à une réorganisation et celle d'une entité qui vient d'être créée<sup>128</sup>. En effet, ce dernier point est important étant donné que, par exemple, un distributeur de plein exercice a pu développer une marque. Lors de la conversion de ce distributeur en un distributeur à risques limités, il faut tenir compte du fait du développement de cette marque dans les prix de transfert et la fixation de la rémunération de ce distributeur à risques limités.

Pour être en mesure de déterminer la rémunération entre des entreprises indépendantes dans une situation comparable, il est essentiel de mettre en évidence de quelle manière les fonctions, les actifs et les risques sont alloués entre les parties associées pour une transaction donnée (la distribution des produits par exemple). A défaut de transaction similaire sur le marché libre, il est alors nécessaire d'examiner ce que des tiers indépendants auraient convenu dans des conditions comparables. Appliquer cela à notre exemple de la réorganisation « Phone » revient à rechercher la rémunération de pleine concurrence à laquelle pourra prétendre Soft SA, après la réorganisation pour son activité de prestataire de services en R&D, en tenant compte du fait que des fonctions, des actifs et des risques auront été transférés à Hard Sp.

Il existe deux grandes catégories de méthodes de prix transfert: les méthodes dites traditionnelles fondées sur les transactions<sup>129</sup> et les méthodes transactionnelles basées sur les bénéfices<sup>130</sup>. Les premières ont pour but de comparer des transactions entre des entreprises associées et des entreprises indépendantes, tandis que les secondes prennent en considération les bénéfices réalisés à la suite de ces transactions, pour les comparer avec le niveau de profit réalisé par des comparables internes ou externes<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.124, 9.126 et 9.127.

<sup>129</sup> Il existe trois méthodes dites traditionnelles fondées sur les transactions : la méthode comparable du marché de pleine concurrence, la méthode du prix de revente et la méthode du coût majoré. (Voir principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. 67 à 82 pour une description détaillée des ces méthodes.)

<sup>130</sup> Ces méthodes sont la méthode du partage des bénéfices (« *profit split method* ») et la méthode transactionnelle de la marge nette (« *transactional net margin method* »). Voir principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. 83 à 115 pour une description détaillée de ces méthodes.

<sup>131</sup> MARAIA, p. 20 et 21. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 2.57.

Le choix de la méthode dépend avant tout du cas d'espèce et aucune méthode n'est utilisable en toute circonstance. Jusqu'à la révision récente du 22 juillet 2010 des chapitres II et III des Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert publiés en 1995, le recours aux méthodes transactionnelles fondées sur les bénéficiaires ne devait avoir lieu que « (...) lorsque les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions ne sont pas suffisamment fiables pour être appliquées seules ou lorsque, dans des situations exceptionnelles, elles ne sont pas du tout applicables<sup>132</sup> ». On avait donc une hiérarchie des méthodes, les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions primant sur les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéficiaires et la méthode du prix comparable étant considérée par l'OCDE comme étant la plus directe et la plus fiable<sup>133</sup>. Toutefois, suite à l'utilisation croissante des méthodes transactionnelles fondées sur les bénéficiaires, notamment par les autorités fiscales, il a été décidé lors de la récente révision des chapitres II et III des Principes OCDE d'abandonner cette hiérarchie en considérant désormais que « la sélection d'une méthode de prix de transfert vise toujours à trouver la méthode la plus appropriée dans un cas spécifique<sup>134</sup> ». Cependant, à notre sens, malgré cette révision tant attendue pour une conformité des Principes OCDE avec la pratique, il subsiste une hiérarchie implicite des méthodes, puisque l'OCDE considère que, lorsque « une méthode traditionnelle fondée sur les transactions et une méthode transactionnelle de bénéficiaire peuvent être appliquées avec un degré de fiabilité identique, la méthode traditionnelle fondée sur les transactions est préférable à la méthode transactionnelle des bénéficiaires<sup>135</sup> ». De plus, lorsque la méthode du prix comparable sur le marché libre et une autre méthode de prix de transfert peuvent s'appliquer « (...) avec un degré de fiabilité identique<sup>136</sup> », l'OCDE recommande l'utilisation de la première<sup>137</sup>.

Après avoir défini ce que signifie le respect du principe de pleine concurrence avant, pendant et après la réorganisation, nous allons maintenant examiner dans un premier temps les conséquences du non-respect du principe de pleine concurrence dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise au niveau de l'OCDE et sous l'angle du droit suisse. Il sera

---

<sup>132</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert avant révision du 22 juillet 2010, 3.1.

<sup>133</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert avant révision du 22 juillet 2010, 2.5. SILBERZTEIN, p. 2.

<sup>134</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 2.2.

<sup>135</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 2.3.

<sup>136</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 2.3.

<sup>137</sup> Publication Ernst & Young du 30 juillet 2010, p. 2.

finalement intéressant d'étudier la possibilité de prévenir les litiges avec les autorités fiscales.

## **5 Sanctions et prévention des conflits dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise**

### 5.1 Principaux types de sanctions liées au non-respect du principe de pleine concurrence

A titre de remarque préliminaire, il convient de souligner qu'il existe d'autres motifs que les prix de transfert, à la disposition des autorités fiscales, pour remettre en cause toute une réorganisation d'entreprise ou certaines transactions découlant de la réorganisation. Ces motifs tels que l'établissement stable, l'évasion fiscale ou la direction effective trouvent leurs sources notamment dans les diverses législations internes<sup>138</sup>. En Suisse, il n'existe aucune jurisprudence spécifique à une réorganisation d'entreprise internationale<sup>139</sup>. Une des raisons à cela est que la Suisse n'a pas encore prévu de dispositions légales spécifiques applicables aux prix de transfert et aux réorganisations internationales d'entreprises<sup>140</sup>.

#### 5.1.1 Position de l'OCDE

Dans le domaine des prix de transfert et plus précisément dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise, la remise en cause d'une transaction contrôlée par une autorité fiscale peut éventuellement conduire à deux types de sanctions :

- Un ajustement des prix de transfert selon l'article 9 de la Convention Modèle OCDE<sup>141</sup>;
- Le rejet de la transaction contrôlée<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.162.

<sup>139</sup> WYSS, p. 14. Pour WYSS, seuls quelques arrêts comme l'arrêt du Tribunal Fédéral du 4 décembre 2003 (ATF 2A. 321/2003), qui a considéré que la direction effective d'une société immatriculée au BVI était en Suisse et donc assujettie de façon illimitée en Suisse, pourraient présenter un intérêt dans un cas de réorganisation d'entreprise.

<sup>140</sup> WYSS, p. 4.

<sup>141</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.165.

<sup>142</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.168 et 1.64.

▪ Ajustement des prix de transfert sur la base de l'article 9 de la Convention Modèle OCDE

Le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention modèle OCDE autorise le redressement du bénéfice imposable d'une entreprise d'un Etat contractant (ajustement initial), si ses prix de transfert ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence, lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- « les entreprises des deux Etats contractants sont liées entre elles ;
- elles sont liées dans leurs relations commerciales ou financières par des conditions qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes ;
- une de ces entreprises aurait, sans ces conditions, réalisé des bénéfices plus importants.<sup>143</sup> ».

Les entreprises de deux Etats contractants sont réputées liées entre elles lorsque l'une d'elle participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital de l'entreprise de l'autre Etat contractant, ou lorsque les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital des entreprises des deux Etats contractants (article 9 paragraphe 1 lettres a et b de la Convention Modèle OCDE).

Il est important de relever que ce paragraphe n'a pas d'application immédiate. En effet, les principes permettant à une autorité compétente de redresser les profits d'entreprises associées doivent reposer sur des normes de droit interne<sup>144</sup>.

Le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention Modèle OCDE prévoit quant à lui que ce redressement des bénéfices de la société, à hauteur du montant qui reflète les conditions de pleine concurrence, doit être compensé dans l'autre Etat contractant par un ajustement correspondant (ou « corrélatif »). Cet ajustement corrélatif a pour objectif d'atténuer, ou d'éliminer, la double imposition économique d'un bénéfice dans la mesure où le bénéfice redressé a déjà fait l'objet d'une imposition par les autorités compétentes de l'un des deux

---

<sup>143</sup> OBERSON, p. 237.

<sup>144</sup> OBERSON, p. 237.

Etats contractants concernés<sup>145</sup>. Toutefois, l'OCDE rappelle que les Etats contractants n'ont aucune obligation de procéder à un ajustement corrélatif. En effet, ces derniers ne sont pas obligés de trouver un consensus, notamment lorsqu'un ajustement initial est « arbitraire » ou « fantaisiste », dans son principe ou son montant<sup>146</sup>. De plus, il convient de mentionner que dans le but de se protéger contre des redressements de bénéficiaires à l'étranger, qui diminueraient la base imposable sur son territoire, la Suisse n'a pas repris le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention Modèle OCDE dans ses diverses conventions de double imposition. Par conséquent, la Suisse n'accorde pas automatiquement d'ajustement corrélatif. Dans la pratique, seule la procédure amiable, prévue par l'article 25 de la Convention Modèle OCDE et reprise dans toutes les Conventions de double imposition que la Suisse a conclues, permet de résoudre ce problème<sup>147</sup>.

- Le rejet de la transaction contrôlée

Ce n'est que dans des cas exceptionnels que les autorités fiscales peuvent remettre en cause la structure de la transaction adoptée par un contribuable<sup>148</sup>. Selon l'OCDE, la notion « exceptionnelle », dans ce contexte, doit être synonyme de « rare » ou d'« inhabituel », car dans la majorité des situations, le recours à l'article 9 de la Convention Modèle OCDE doit permettre de faire respecter le principe de pleine concurrence<sup>149</sup>. Toutefois, il existe deux situations particulières où, dans des circonstances exceptionnelles, les autorités fiscales peuvent ne pas reconnaître la qualification ou la structuration d'une transaction (ou d'un accord) entre des entreprises associées. Ces deux situations sont les suivantes<sup>150</sup> :

1/ Discordance entre la forme de la transaction (ou de l'accord) et sa nature économique sur le fond. Dans cette hypothèse, l'OCDE prévoit que « les autorités fiscales peuvent alors ignorer la qualification donnée par les parties et requalifier la transaction en fonction de sa nature quant au fond <sup>151</sup> ».

---

<sup>145</sup> OBERSON, p. 245.

<sup>146</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 4.35. OBERSON, p. 245.

<sup>147</sup> OBERSON, p. 246, 247 et 287.

<sup>148</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.168 et 1.64.

<sup>149</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.168 et 1.64.

<sup>150</sup> SILBERZTEIN, p. 14.

<sup>151</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 1.65, 9.169 et 9.183.

2/ Lorsque, dans une situation similaire, il n'aurait pas été commercialement rationnel, pour des entreprises indépendantes, de structurer la transaction (ou l'accord) selon les mêmes modalités que les entreprises liées, et que l'administration fiscale ne parvient pas à déterminer un prix de transfert conforme au principe de pleine concurrence. Dans ce cas, deux conditions cumulatives qui sont la non-rationalité d'un point de vue commercial de la transaction et l'impossibilité pour une administration fiscale de déterminer de façon fiable un prix de pleine concurrence pour cette transaction doivent être réalisées pour entraîner la non-reconnaissance de la transaction par les autorités fiscales<sup>152</sup>.

Si l'on revient à notre exemple de réorganisation « Phone », cette situation pourrait être illustrée par un contrat de vente conclu entre Soft SA et Hard Sp après la réorganisation prévoyant, pour une somme forfaitaire, la vente de tous les droits de propriété intellectuelle liés aux résultats futurs des recherches de Soft SA. On voit bien qu'il n'aurait pas été commercialement rationnel pour des entreprises indépendantes de structurer la transaction de cette manière. En effet, on ne peut pas rémunérer Soft SA seulement pour les résultats positifs des recherches et lui faire supporter ainsi le risque d'échec attaché à une activité de R&D. Ainsi, il est fort probable qu'une administration fiscale ne reconnaisse pas cette transaction car il va être difficile de déterminer de façon fiable un prix de pleine concurrence étant donné que des entreprises indépendantes n'auraient jamais opéré de cette manière.

On voit bien qu'il est important, pour un groupe international, d'être en mesure de pouvoir démontrer les motivations de la réorganisation et, plus précisément, la rationalité commerciale de cette dernière, surtout lorsque la réorganisation que souhaite mettre en place une multinationale ne se rencontre pas entre entreprises indépendantes. En effet, le fait de ne pas retrouver une transaction comparable entre entreprises indépendantes ne signifie pas que cette transaction n'est pas conforme au principe de pleine concurrence ou commercialement irrationnelle<sup>153</sup>.

Comme l'OCDE, nous sommes d'avis que l'analyse de la rationalité commerciale d'une transaction passe notamment par la réponse à la question de savoir si, dans une situation similaire, la transaction aurait été logique pour des entreprises indépendantes, ainsi que par

---

<sup>152</sup> SILBERZTEIN, p. 14. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 1.65, 9.168, 9.18.

<sup>153</sup> Publication Ernst & Young du 13 août 2010, p. 4. Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.172.

l'examen des options réalistes à la disposition des parties<sup>154</sup>. A notre sens, cette rationalité commerciale d'une réorganisation doit être documentée (par exemple dans un business plan) par les entreprises associées qui s'engagent dans une réorganisation d'entreprise, dans le but d'éviter que les autorités fiscales ne remettent en cause la réorganisation.

Finalement, l'OCDE a prévu que, lorsqu'une transaction est qualifiée de commercialement irrationnelle et qu'un prix de transfert « *arm's length* » pour cette transaction ne peut pas être déterminé, les administrations fiscales devraient tenter, dans la mesure du possible « (...) 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.<sup>155</sup> ». En d'autres termes, la non-reconnaissance d'une transaction par les autorités fiscales doit rester exceptionnelle, et si ces dernières veulent tout de même remettre en cause une transaction, elles doivent tout faire pour substituer cette transaction en une transaction commercialement logique et conforme au principe de pleine concurrence, plutôt que de l'annuler purement et simplement. Si l'on revient à notre exemple ci-dessus, une administration fiscale tentera de remplacer le contrat de vente conclu entre Soft SA et Hard Sp par un accord permanent de recherche qui fasse assumer le risque d'échec des recherches à Hard Sp (la société principale) qui sera cependant propriétaire des résultats de la recherche en cas de succès. De son côté, Soft SA bénéficiera d'une rémunération garantie, quelle que soit l'issue de ses travaux, mais n'aura aucun droit de propriété sur les résultats.

### 5.1.2 Droit suisse

En droit suisse, aucune disposition légale ne fait expressément référence au principe de pleine concurrence. Toutefois, ce dernier ressort pleinement de la jurisprudence du Tribunal Fédéral, et est reconnu et appliqué par les autorités fiscales helvétiques<sup>156</sup>. De

---

<sup>154</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.174 à 9.176.

<sup>155</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.187.

<sup>156</sup> OBERSON, p. 242. ATF 115 Ib 238 = RDAF 1992, 85; ATF 113 Ib 23; ATF 119 Ib 431 = SJ 1994, 85.

plus, il convient de relever, qu'en tant que membre de l'OCDE, la Suisse suit les recommandations de l'OCDE relatives au prix de transfert<sup>157</sup>.

En pratique, dans le contexte des réorganisations d'entreprises, l'examen des diverses transactions (par exemple la conversion d'un distributeur de plein exercice en un distributeur à risques limités) par les autorités fiscales suisses suit les principes directeurs de l'OCDE. Ces dernières procèdent généralement en deux étapes<sup>158</sup>:

1/ Etape 1 : l'administration fiscale va identifier les transferts de fonctions, de risques et/ou d'actifs, qui ont effectivement eu lieu lors de la réorganisation, la rémunération au titre de ces transferts, ainsi que la rémunération mise en place après la réorganisation avec la caractérisation de la transaction faite par les parties et les contrats correspondants. A titre d'illustration, lors d'une conversion d'un distributeur de plein exercice en un distributeur à risques limités, l'administration fiscale va contrôler que la réduction de la rémunération du distributeur reflète bien le fait que ce dernier a des fonctions et des risques limités. Dans l'hypothèse où il y a une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique, les autorités fiscales peuvent alors ignorer la qualification donnée par les parties, et requalifier la transaction en fonction de sa nature, cela impliquant un redressement des bénéficiaires.

2/ Etape 2 : les autorités fiscales cherchent à répondre aux questions de savoir si la transaction est commercialement rationnelle et si, dans une situation similaire, il aurait été possible pour des entreprises indépendantes de structurer la transaction de la même manière. Un manque de rationalité commerciale ainsi qu'un non-respect du principe de pleine concurrence pourraient être considérés comme des indices d'évasion fiscale. Dans ce cas, les autorités fiscales chercheront à substituer cette transaction en une transaction commercialement logique et conforme au principe de pleine concurrence et procéderont généralement à des redressements de bénéficiaires.

Le redressement des bénéficiaires est prévu aux articles 58 alinéa 1 LIFD<sup>159</sup> et 24 alinéa 1 LHID<sup>160</sup>. Ces articles prévoient que le bénéfice imposable est déterminé sur la base du

---

<sup>157</sup> OBERSON, p. 243.

<sup>158</sup> WYSS, p.10.

<sup>159</sup> Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS 642.11.

résultat du compte de pertes et profits et des éventuelles corrections devant être effectuées. Ainsi, lorsqu'une entreprise procure un avantage à une société de son groupe qu'elle n'aurait pas consenti à des tiers dans une situation similaire, on a une prestation appréciable en argent qui doit être réintégrée dans le calcul du bénéfice imposable de la société qui a accordé cet avantage<sup>161</sup>.

Selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral, l'existence d'une prestation appréciable en argent suppose la réalisation de quatre conditions cumulatives<sup>162</sup> :

- la société effectue une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante ;
- cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le touchant de près ;
- cette prestation n'aurait pas été accordée dans de telles circonstances à un tiers ;
- la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient.

Il y a prestation appréciable en argent lorsqu'il y a un transfert de bénéfice de la société fille à la société mère ou entre sociétés sœurs. En cas de prestation de la société mère à la société fille, on parle d'apport en capital dissimulé<sup>163</sup>. Ces prestations sont toutes les deux soumises à l'impôt sur le bénéfice. La prestation appréciable en argent est aussi soumise à l'impôt anticipé conformément à l'article 4 alinéa 1 LIA<sup>164</sup> alors que l'apport en capital dissimulé est soumis au droit de timbre d'émission en vertu de l'article 5 alinéa 2 lettre a LT<sup>165</sup>.

Enfin, dans la pratique, lorsqu'une réorganisation d'entreprise est envisagée, il est fortement recommandé au groupe multinational de bien documenter la réorganisation, voire même de négocier avec les autorités fiscales avant la réorganisation, dans le but d'éviter toutes sortes d'incertitudes, notamment celles liées à la politique de prix transfert

---

<sup>160</sup> Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), RS 642.14.

<sup>161</sup> MARAIA, p. 23.

<sup>162</sup> ATF 115 Ib 238 = RDAF 1992, 85; ATF 113 Ib 23; ATF 119 Ib 431 = SJ 1994,85.

<sup>163</sup> OBERSON, p. 243.

<sup>164</sup> Loi fédérale du 3 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA), RS 642.21.

<sup>165</sup> Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT), RS 641.10.

mise en place par le groupe, qui pourraient surgir lors d'un examen post-réorganisation par les autorités fiscales.

## 5.2 Prévention des litiges

Il existe deux principaux moyens pour éviter les conflits entre un contribuable et les autorités fiscales qui pourraient surgir suite à une réorganisation d'entreprise :

- l'élaboration d'une documentation démontrant le respect du principe de pleine concurrence ;
- l'accord préalable en matière de prix de transfert.

### 5.2.1 Documentation démontrant le respect du principe de pleine concurrence

- Fardeau de la preuve

Dans la plupart des pays, la démonstration qu'un prix de transfert est conforme ou non au principe de pleine concurrence incombe à l'administration fiscale du pays concerné. La Suisse, comme l'OCDE<sup>166</sup>, n'a pas prévu de dispositions spécifiques relatives au fardeau de la preuve en matière de prix de transfert<sup>167</sup>. Ainsi, il convient de se référer aux règles de droit interne, et notamment à l'article 123 alinéa 1 LIFD, qui prévoit que « les autorités de taxation établissent les éléments de faits et de droit permettant une taxation complète et exacte en collaboration avec le contribuable ». Les articles 124 ss. LIFD et 42 LHID prévoient également le devoir de collaboration du contribuable. Dès lors, bien que le fardeau de la preuve incombe à l'administration fiscale, le devoir de collaboration implique que le contribuable soit en mesure de justifier la fixation de ses prix de transfert. Ainsi, il va de l'intérêt d'un groupe d'être en possession d'une documentation solide démontrant que les diverses transactions intra-groupe sont conformes au principe de pleine concurrence.

---

<sup>166</sup> L'OCDE donne seulement des recommandations d'ordre général : « (...) l'administration fiscale et le contribuable devrait s'efforcer de démontrer de bonne foi, indépendamment de la charge de la preuve, qu'ils ont calculé les prix de transfert conformément au principe de pleine concurrence. ». Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 5.2.

<sup>167</sup> MARAIA, p. 273.

▪ Contenu de la documentation

La documentation se compose de pièces justificatives qui vont permettre au contribuable de démontrer, auprès des autorités fiscales, que ses prix de transfert sont conformes au principe de pleine concurrence. Le contenu de la documentation varie selon les faits et les circonstances du cas d'espèce, ainsi que selon les règles de droit interne applicables dans le pays concerné<sup>168</sup>. En Suisse, étant donné qu'il n'existe aucune règle concernant le type de documentation que les autorités fiscales helvétiques s'attendent à avoir, de la part du contribuable, lors d'un contrôle portant sur les prix de transfert, il convient de se tourner vers les Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert relatifs à la documentation<sup>169</sup>.

Il est fortement recommandé que le contribuable prépare une documentation démontrant le respect du principe de pleine concurrence, au plus tard lors de la mise en place de la transaction. En effet, si le contribuable élabore sa documentation suite à un contrôle de l'administration fiscale, il y a de fortes chances qu'une analyse de prix de transfert n'ait pas été effectuée au moment de la réorganisation<sup>170</sup>.

Dans le cadre des réorganisations d'entreprises, dans le but d'éviter au mieux les différends avec les autorités fiscales, l'OCDE estime qu'il serait utile que le contribuable soit en mesure de fournir les documents suivants<sup>171</sup> :

- une analyse de comparabilité avant et après la restructuration pour chaque type de transaction;
- une analyse fonctionnelle avant et après la réorganisation, c'est-à-dire l'examen des fonctions exercées par les parties, compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés;
- un business plan comprenant les motivations commerciales de la réorganisation et les bénéfices qui en sont attendus ;
- les options réalistes à la disposition des parties.

---

<sup>168</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.187.

<sup>169</sup> WÜRMLI, p. 159 ss.

<sup>170</sup> Réponse du Comité des affaires fiscales, point 19.

<sup>171</sup> Publication Ernst & Young du 13 août 2010, p. 6. Voir aussi Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 9.52, 9.57, 9.59 à 9.64 et 9.78.

## 5.2.2 Accord préalable en matière de prix de transfert

### ▪ Notion

Au cours de ce travail, nous avons déjà mis en avant le fait qu'il peut être difficile d'identifier des transactions sur le marché libre comparables à la réorganisation entre entreprises associées. Ainsi, l'absence de comparables entraîne une incertitude autour de la nature « *arm's length* » des transactions intra-groupe. Cette incertitude peut conduire à une remise en cause, par les autorités fiscales, des transactions sur la base du non-respect du principe de pleine concurrence. Par conséquent, de manière à atténuer, voire d'éviter les redressements, l'OCDE a prévu la possibilité pour les entreprises associées, sur la base de la procédure amiable prévue à l'article 25 de la Convention Modèle OCDE, de collaborer avec les autorités fiscales avant la mise en place des diverses transactions (procédure administrative *ex ante*), pour définir les conditions de fixation des prix de transfert d'une transaction ou de l'ensemble des transactions intra-groupe.

L'accord qui en résulte est appelé accord préalable en matière de prix de transfert (APP) et peut être défini comme étant « (...) un accord qui fixe, préalablement à des transactions entre entreprises associées, un ensemble approprié de critères (concernant par exemple la méthode de calcul, les éléments de comparaison, les correctifs à y apporter et les hypothèses de base concernant l'évolution future) pour la détermination des prix de transfert appliqués à ces transactions au cours d'une certaine période. <sup>172</sup>».

### ▪ Formes d'APP

La durée d'un APP est d'environ 3 à 5 ans<sup>173</sup> et se présente sous l'une des formes suivantes :

1/ : APP unilatéral : il est conclu entre une seule administration fiscale et un contribuable. A la différence de l'APP bilatéral ou multilatéral, l'APP unilatéral intervient dans le cadre d'une procédure interne généralement qualifiée de « *ruling* ». En Suisse, cette pratique est très courante. L'inconvénient de cette forme d'APP est qu'elle ne lie qu'une autorité

---

<sup>172</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 4.123.

<sup>173</sup> MARAIA, p. 304.

fiscale et, par conséquent, ne permet pas d'éviter un redressement fiscal opéré par une administration fiscale étrangère. On voit donc qu'une possibilité de double imposition subsiste<sup>174</sup>.

2/ APP bilatéral : ce dernier permet de réduire le risque de double imposition car il est conclu entre un contribuable et deux administrations fiscales. Cette forme d'APP est introduite dans le cadre d'une convention de double imposition sur la base de la disposition équivalente à l'article 25 de la Convention Modèle OCDE.

Il convient de relever que si la Suisse a déjà conclu des APP avec des Etats étrangers, dont la France, l'Australie, les Etats-Unis et le Japon, toutes les procédures d'APP ont été engagées à l'étranger. En effet, c'est l'entreprise, qui a son siège en Suisse, qui doit s'adresser à l'administration fiscale de l'Etat de résidence de l'autre entreprise associée, pour que l'Administration fiscale des contributions (l'AFC) puisse entrer en matière, et ainsi lier, sur la base de l'accord international qui résultera des négociations, les autorités fiscales fédérales, cantonales et communales<sup>175</sup>. Cette particularité Suisse ne peut pas s'expliquer par le fait que le droit interne suisse ne contient aucune disposition légale relative aux procédures d'APP, d'autant plus que l'OCDE prévoit que « dans la mesure où les conventions de double imposition priment sur le droit interne, l'absence de base légale juridique en droit interne pour la conclusion d'un APP n'empêchera pas la conclusion d'un APP au titre de la procédure amiable.<sup>176</sup> ». Selon MARAIA, la pratique de l'AFC n'est pas contraire à l'article 25 paragraphe 3 de la Convention Modèle OCDE repris dans la majorité des conventions de double imposition que la Suisse a signées, et s'expliquerait plutôt par le manque de temps et de moyens en terme de personnel compétent pour mettre place des APA<sup>177</sup>.

3/ APP multilatéral : ce dernier présente les mêmes caractéristiques que l'APP bilatéral à la différence qu'il est conclu avec plus de deux administrations fiscales<sup>178</sup>.

Les autorités fiscales ont un pouvoir discrétionnaire en matière d'APP. Elles n'ont aucune obligation d'arriver à un accord<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> MARAIA, p. 295.

<sup>175</sup> MARAIA, p. 307 et 308.

<sup>176</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 4.141.

<sup>177</sup> MARAIA, p. 273.

<sup>178</sup> OBERSON, p. 249.

Finalement, relevons que de multiples indications relatives à la procédure de mise en œuvre des APP se trouvent dans l'annexe au chapitre IV des principes OCDE applicables en matière de prix de transfert.

- APP et réorganisation d'entreprise

Comme déjà mentionné, le principal avantage des APP bilatéraux et multilatéraux est qu'ils permettent de diminuer le risque de double imposition dans la mesure où les autorités fiscales et le contribuable se sont accordés, notamment sur les méthodes et les conditions de fixation des prix de transfert. Introduire une demande d'APP avant la mise en place d'une réorganisation d'entreprise, en présentant une documentation détaillée (voire section 4.2.1), offre au contribuable plus de certitudes quant à la nature « *arm's length* » attachée au prix de transfert et à la réorganisation de façon plus générale<sup>180</sup>.

Toutefois, en pratique, il peut arriver que des contribuables ne désirent pas négocier des APP avec les administrations fiscales concernant une réorganisation d'entreprise. En effet, ces derniers ne souhaitent pas prendre l'initiative de montrer aux autorités fiscales la manière dont va se dérouler l'ensemble de la transaction, de peur de voir ces dernières tout questionner ou remettre tout en cause ; ils préfèrent alors préparer la documentation recommandée, notamment par l'OCDE, et attendre que les autorités fiscales viennent demander des renseignements.

De plus, les coûts et le temps engagés dans cette procédure sont importants. En effet, les administrations fiscales vont généralement demander beaucoup de renseignements, portant sur avant et après la réorganisation, souvent complexes et difficiles à trouver<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> MARAIA, p. 296.

<sup>180</sup> Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, 4.142.

<sup>181</sup> MARAIA, p. 299.

## 6 Conclusion

Le présent travail montre l'importance des prix de transfert dans les réorganisations internationales, et plus précisément la manière dont le principe de pleine concurrence doit être respecté par le contribuable, pour être en ligne avec les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert et donc, par conséquent, avec les autorités fiscales des pays membres de l'OCDE. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, ces principes de l'OCDE ne sont pas d'application immédiate dans les Etats membres de l'OCDE et, potentiellement, des conflits entre les principes de l'OCDE et les normes de droit interne peuvent surgir. C'est notamment le cas de l'Allemagne, qui a prévu, dans son droit interne, une disposition légale relative au paiement d'une rémunération à l'entité restructurée, qui n'est pas conforme à la vision de l'OCDE sur ce point.

La jurisprudence suisse n'a pas pu nous fournir des indications sur la manière dont la Suisse prévoit d'appliquer le principe de pleine concurrence dans un cas de réorganisation internationale. En effet, à ce jour, il n'y a aucun arrêt rendu en la matière. Selon nous, cela est principalement dû à deux raisons : premièrement, la Suisse, contrairement à de nombreux pays, n'a pas de législation spécifique au prix de transfert, mais suit les recommandations de l'OCDE relatives au prix de transfert ; deuxièmement, avec son système fiscal modéré, et ses possibilités de négocier avec les autorités fiscales helvétiques divers statuts fiscaux, la Suisse s'est positionnée à l'échelle mondiale pour offrir un cadre idéal à l'établissement d'une structure principale, représentant ainsi une source de profits importante pour la Suisse. Cette dernière étant, à notre sens, une des grandes gagnantes des réorganisations internationales. Cependant, cette fiscalité attrayante déplaît à certains pays étrangers, et la Suisse est souvent la cible de nombreuses critiques de la part de ses voisins européens.

Dans la situation où, face aux diverses pressions, la Suisse devrait par exemple renoncer à ses statuts fiscaux, il serait alors intéressant de voir comment elle serait en mesure de rebondir et de rester attrayante pour les structures principales.

## Table des matières

Remerciements.....	1
Résumé.....	2
Plan sommaire.....	5
1 Introduction.....	6
2 Les nouveaux modèles de distribution .....	8
2.1 Les motivations de la restructuration.....	8
2.1.1 Aspects opérationnels.....	8
2.1.2 Aspects fiscaux.....	10
2.2 Quelques exemples de structures centralisées .....	12
2.2.1 La fabrication.....	13
2.2.2 La distribution.....	14
2.2.3 Autres fonctions.....	16
2.3 L'impact de l'étude des « options réalistes à la disposition des parties » .....	18
2.3.1 Notion « d'option réaliste ».....	18
2.3.2 Illustration de la notion « d'option réaliste » .....	19
3 L'allocation des risques entre entreprises associées.....	23
3.1 L'examen de la répartition des risques .....	23
3.1.1 Analyses des dispositions contractuelles liant les parties et du respect de l'allocation contractuelle des risques par les parties .....	24
3.1.2 Conformité de l'allocation des risques au principe de pleine concurrence.....	26
3.2 Conséquences fiscales d'une nouvelle allocation des risques .....	30
3.2.1 Examen du caractère significatif du risque .....	30
3.2.2 Compensation de l'accroissement du risque .....	31
4 Application du principe de pleine concurrence à la réorganisation proprement dite et à la post-réorganisation .....	33
4.1 Rémunération de l'entité restructurée suite à un redéploiement de fonctions, de risques et d'actifs.....	33
4.1.1 Rémunération de l'entité restructurée suite à un transfert d'actifs et en cas de rupture ou de renégociation substantielle d'accords existants .....	34

4.1.2	La prise en compte des options à la disposition des parties dans le cadre de l'évaluation du paiement compensatoire de pleine concurrence.....	41
4.2	Sélection d'une méthode de prix de transfert applicable aux transactions post-réorganisation .....	45
5	Sanctions et prévention des conflits dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise .....	49
5.1	Principaux types de sanctions liées au non-respect du principe de pleine concurrence .....	49
5.1.1	Position de l'OCDE.....	49
5.1.2	Droit suisse .....	53
5.2	Prévention des litiges .....	56
5.2.1	Documentation démontrant le respect du principe de pleine concurrence.....	56
5.2.2	Accord préalable en matière de prix de transfert .....	58
6	Conclusion .....	61
	Bibliographie.....	64

## **Bibliographie :**

### **Ouvrages**

MARAIA Jean-Frédéric, *Prix de transfert des biens incorporels*, Genève Zurich Bâle 2008  
(Cité MARAIA)

MARKHAM Michelle, *The Transfer Pricing of Intangibles*, The Netherlands 2005  
(Cité MARKHAM)

OBERSON Xavier, *Précis de droit fiscal international*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2009  
(Cité OBERSON)

### **Support de cours**

BERDOZ Denis, *Allocation des risques et fonctions – Prix de transfert*, Académie suisse pour l'enseignement de la fiscalité, 2008  
(Cité : BERDOZ)

### **Publications de l'OCDE**

OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune et son Commentaire*, Paris 2010  
(Cité : Convention Modèle OCDE de 2010)

OCDE, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris 2010  
(Cité : Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert)

OCDE, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris 2009  
(Cité : Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert avant révision du 22 juillet 2010)

OCDE, *Aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises : Projet de rapport pour commentaires du public du 19 septembre 2008 au 19 février 2009*, septembre 2008, disponible à l'adresse [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

(Cité : Projet rapport OCDE sur les aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises)

OCDE, *Réponse du Comité des affaires fiscales aux commentaires reçus concernant le document de discussion de septembre 2008 sur les aspects de prix de transfert des réorganisations d'entreprises*, juillet 2010, disponible à l'adresse [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

(Cité : Réponse du Comité des affaires fiscales)

### **Publications de l'IFBD**

HILLER Nadine, Chapter 1 – Introduction, *in Transfer Pricing and Business Restructurings, Streamlining all the way, 2009*, disponible à l'adresse [www.ifbd.org](http://www.ifbd.org)

(Cité : HILLER)

VAN HERKSEN Monique, Chapter 2 – Business Models, *in Transfer Pricing and Business Restructurings, Streamlining all the way, 2009*, disponible à l'adresse [www.ifbd.org](http://www.ifbd.org)

(Cité : VAN HERKSEN)

SILBERZTEIN Caroline, Chapter 3 – OECD Policy Framework, *in Transfer Pricing and Business Restructurings, Streamlining all the way, 2009*, disponible à l'adresse [www.ifbd.org](http://www.ifbd.org)

(Cité : SILBERZTEIN)

ERASMUS – KOEN Monica, Chapter 5 – Art. 9 of the OECD Model Convention, *in Transfer Pricing and Business Restructurings, Streamlining all the way, 2009*, disponible à l'adresse [www.ifbd.org](http://www.ifbd.org)

(Cité : ERASMUS - KOEN)

KROPPEIN Heinz – Klaus, ROEDER Achim, SCHMIDTKE Richard, Chapter 11 – Germany, in *Transfer Pricing and Business Restructurings, Streamlining all the way, 2009*, disponible à l'adresse [www.ifbd.org](http://www.ifbd.org)

(Cité : KROPPEIN, ROEDER, SCHMIDTKE)

WYSS Markus, Chapter 13 – Switzerland, in *Transfer Pricing and Business Restructurings, Streamlining all the way, 2009*, disponible à l'adresse [www.ifbd.org](http://www.ifbd.org)

(Cité : WYSS)

### **Articles de revue**

KAMPHUIS Erik, « Proposed OECD Risk Allocation Examination Process And Its Implications for Transfer Pricing Design », in *Tax Management*, Vol. 18, No 2, May 2009

(Cité: KAMPHUIS)

PERSICO Giuseppe, « Agency Permanent Establishment under Article 5 of the OECD Model Convention », in *Intertax*, Volume 28, No 2, February 2000, p. 66

(Cité: PERSICO)

PONCE Floran, « L'évasion fiscale en droit interne » in *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 2010, p. 125 ss

WÜRMLI Richard, « Verrechnungspreisproblematik aus schweizerischer Sicht, 2. Teil », in *Revue fiscale*, 2003, p. 158 ss

(Cité : WÜRMLI)

### **Sources juridiques :**

Circulaire no 8 de l'Administration fédérale des contributions sur la répartition fiscale internationale des sociétés principales, du 18 décembre 2001

(Cité : Circulaire no 8)

Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT), RS 641.10

Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS 642.11

Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), RS 642.14

**Jurisprudence :**

ATF 2C 449/2008, *Revue de droit administratif et fiscal (RDAF)*, 2009, II, p. 9

Arrêt du tribunal cantonal vaudois du 27 avril 2009, *Revue de droit administratif et fiscal (RDAF)*, 2009, II, p. 500

ATF 115 Ib 238, *Revue de droit administratif et fiscal (RDAF)*, 1992, p. 85

ATF 113 Ib 23

ATF 119 Ib 431, *Semaine judiciaire (SJ)*, p. 85

ATF 2A. 321/2003

**Autres sources:**

Publication Ernst & Young du 13 août 2010, « OECD releases new guidance on transfer pricing implications of business restructuring », *International Tax Alert*, disponible à l'adresse: [www.ey.com/Publication/vwLUAssets/OECD\\_releases\\_new\\_TP\\_guidance/\\$FILE/OECD%20releases%20new%20TP%20guidance.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/OECD_releases_new_TP_guidance/$FILE/OECD%20releases%20new%20TP%20guidance.pdf)

(Cité : Publication Ernst & Young du 13 août 2010)

Publication Ernst & Young du 30 juillet 2010, « OECD releases revised Transfer Pricing Guidelines », *International Tax Alert*, disponible à l'adresse [www.ey.com/Publication/vwLUAssets/OECD\\_releases\\_revised\\_Transfer\\_Pricing\\_Guidelines/\\$FILE/ITA\\_OECD%20releases%20revised%20Transfer%20Pricing%20Guidelines.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/OECD_releases_revised_Transfer_Pricing_Guidelines/$FILE/ITA_OECD%20releases%20revised%20Transfer%20Pricing%20Guidelines.pdf)

(Cité : Publication Ernst & Young du 30 juillet 2010)

Publication Ernst & Young d'avril – juin 2010, « *German Tax Quarterly 2/10* » disponible à l'adresse [www.ey.com/.../Germany,Tax Quaterly.../Germany,%20Tax%20Quaterly,%2002%202010](http://www.ey.com/.../Germany,Tax%20Quarterly.../Germany,%20Tax%20Quarterly,%2002%202010).

(Cité: Publication Ernst & Young d'avril – juin 2010)

Publication Ernst & Young du 14 mai 2010, « German business restructurings: New escape clause introduced into German tax law for cross-border transfers of functions », *International Tax Alert*, disponible à l'adresse [www.ey.com/Publication/vwLUAssets/German\\_business\\_restructurings/\\$File/German%20business%20restructurings.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/German_business_restructurings/$File/German%20business%20restructurings.pdf)

(Cité: Publication Ernst & Young du 14 mai 2010)

Publication Ernst & Young du 16 février 2009, « *Transfer pricing aspects of business restructurings, Comments on the OECD discussion draft* », disponible à l'adresse [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

(Cité : Comments on the OECD discussion draft from Ernst & Young)

MIALL Robert, EISENBERG Andreas, VOGT Mathias, « *Application of economic theory to derivation of arm's length payments in business restructurings* », disponible à l'adresse [www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Challenges\\_of\\_the\\_arms\\_length\\_principles/\\$FILE/Transfer\\_Pricing\\_Arms\\_Length\\_Principle.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Challenges_of_the_arms_length_principles/$FILE/Transfer_Pricing_Arms_Length_Principle.pdf)

(Cité : Application of economic theory to derivation of arm's length payments in business restructurings)