

Chapitre 7 Réorganisations d'entreprises et prix de transfert

Exposé de la problématique

1501 Dans le cadre de la révision des Principes OCDE du 22 juillet 2010, l'OCDE a introduit un nouveau Chapitre IX, intitulé « *Réorganisations d'entreprises et prix de transfert* ». Définies comme « le redéploiement transnational par une entreprise multinationale de ses fonctions, actifs et/ou risques » ([Principes OCDE 2010, IX, Introduction, § 9.1](#)), l'OCDE précise que les réorganisations visées par le Chapitre IX sont principalement des « opérations de transfert intragroupe de fonctions, d'actifs ou de risques au sein d'une même entreprise multinationale ». En pratique, ce chapitre vise en particulier les réorganisations suivantes :

- la transformation de distributeurs de « plein exercice » en distributeurs à fonctions et risques limités ou en commissionnaires à la vente ;
- la transformation de fabricants de « plein exercice » en sous-traitants ou façonniers ;
- la centralisation d'actifs incorporels au sein d'une entité du groupe.

1502 L'objectif du Chapitre IX est de traiter les aspects prix de transfert « des réorganisations d'entreprises, c'est-à-dire l'application de l'article 9 (Entreprises associées) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et des présents Principes aux réorganisations d'entreprises. » ([Principes OCDE 2010, IX, Introduction, § 9.5](#)). Les réorganisations visées par ce chapitre entraînant une réallocation des actifs, fonctions et/ou risques entre entreprises d'un même groupe, elles s'accompagnent d'une réallocation des bénéfices entre les membres du groupe multinational, soit immédiatement après la réorganisation, soit de manière échelonnée sur plusieurs années. Dès lors, il apparaît nécessaire d'examiner dans quelle mesure une telle réallocation des bénéfices est conforme au principe de pleine concurrence, et, plus généralement, d'étudier la façon dont le principe de pleine concurrence s'applique aux réorganisations d'entreprises. A ce titre, l'OCDE précise que « le principe de pleine concurrence et les Principes n'ont pas lieu de s'appliquer différemment aux réorganisations ou aux transactions post-réorganisation et à celles structurées comme ces dernières dès le départ ». En matière de réorganisation d'entreprises, comme pour tout sujet relatif aux prix de transfert, « la question pertinente (...) est de savoir si les conditions convenues ou imposées dans une réorganisation d'entreprise diffèrent de celles qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes ». ([Principes OCDE 2010, IX, Introduction, § 9.9](#)).

1503 Outre ses paragraphes introductifs ([Principes OCDE 2010, IX, Introduction, § 9.1 à § 9.9](#)), le Chapitre IX est organisé en quatre parties :

- Partie I, « Considérations particulières en matière de risques » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.10 à § 9.47](#)).
- Partie II, « Rémunération de pleine concurrence de la réorganisation proprement dite » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie II, § 9.48 à § 9.122](#)).
- Partie III, « Rémunération des transactions contrôlées post-réorganisation » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie III, § 9.123 à § 9.160](#)).
- Partie IV, « Prise en compte des transactions réellement effectuées » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie IV, § 9.161 à § 9.194](#)).

1504 Comme nous le verrons ci-dessous, le Chapitre IX offre une approche conceptuelle importante des réorganisations d'entreprises, même si celle-ci peut parfois paraître théorique (en particulier, il n'est généralement pas possible de trouver des transactions comparables en matière de réorganisations et il peut être délicat de réaliser une analyse des autres options réalistes à la disposition des parties). En outre, et bien que cela soit une question très importante en pratique, ce Chapitre ne fournit malheureusement aucune indication précise sur les méthodes à mettre en œuvre pour déterminer l'indemnité éventuellement due à l'entité restructurée ou le prix des actifs

éventuellement transférés. Enfin, on notera que cette thématique des restructurations d'entreprises commence à faire l'objet de décisions jurisprudentielles en France (en particulier : [CAA Paris 31 décembre 2012 n° 10PA00748, 9e ch., Sté de participation et d'études des boissons sans alcool \(Sopebsa\)](#) et [CAA Paris 5 février 2013 n° 11PA02914 et n° 12PA00469, Sté Nestlé Finance International Ltd](#) ; arrêts définitifs).

A. Considérations particulières en matière de risques

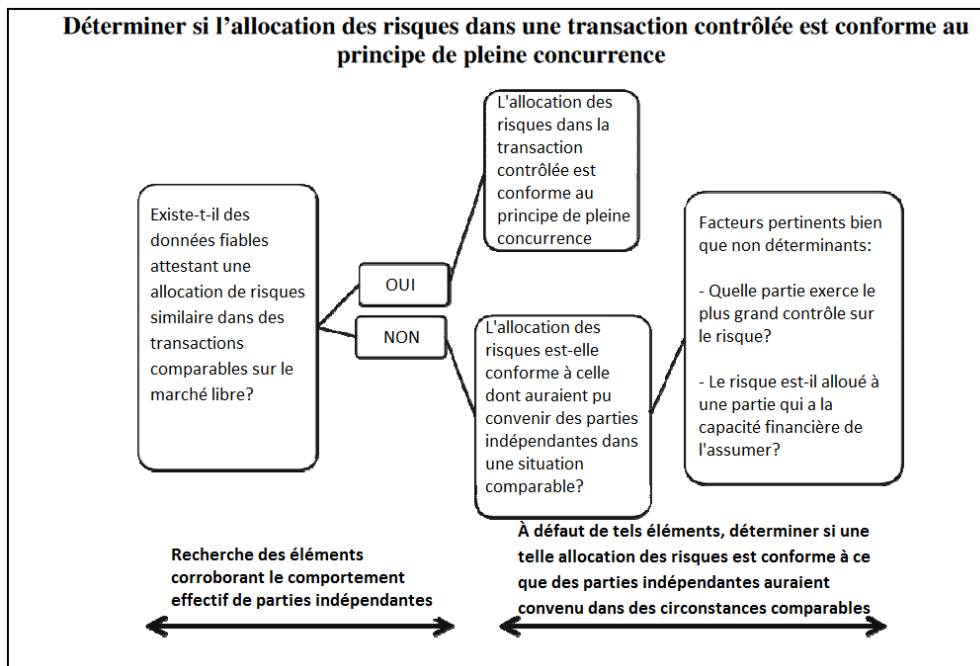
1505 L'OCDE rappelle l'importance fondamentale de l'examen de l'allocation des risques entre entreprises associées dans le cadre des réorganisations d'entreprises dans la mesure où celles-ci emportent fréquemment une réallocation des risques entre les membres du groupe. L'OCDE cite ainsi comme exemple le cas « fréquent [où] des activités locales [sont] transformées en activités à risques réduits (par exemple en "distributeurs limités" ou en "sous-traitants") et [où] des profits relativement faibles (mais généralement stables) leur [sont] attribués au motif que le risque d'entrepreneur est assumé par une autre partie, à laquelle le bénéfice résiduel est attribué » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.10](#)). L'OCDE précise à cet égard que les administrations fiscales devraient évaluer « la réallocation des risques significatifs de l'entreprise qui est restructurée, ainsi que les conséquences de cette réallocation pour l'application du principe de pleine concurrence à la réorganisation proprement dite et aux transactions réalisées ultérieurement » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.10](#)).

1506 L'OCDE propose ainsi un cadre d'analyse qui prend pour point de départ les dispositions contractuelles liant les parties ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.11](#)), sauf si celles-ci ne sont pas conformes à la nature économique de la transaction auquel cas une administration fiscale pourrait être fondée à les contester ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.12](#)). Pour l'examen de la répartition du risque entre entreprises associées et ses conséquences sur les prix de transfert, l'OCDE préconise ainsi une approche en trois étapes :

- Déterminer si le comportement des entreprises associées respecte l'allocation contractuelle des risques ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.13 à § 9.16](#)).
- Déterminer si l'allocation des risques dans la transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.17 à § 9.38](#)).
- Tirer les conséquences des deux précédentes étapes en matière de prix de transfert ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.39 à § 9.47](#)).

1507 Vérification que le comportement des entreprises associées respecte l'allocation contractuelle des risques ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.13 à § 9.16](#)). Le nouveau Chapitre I-D tel qu'il est issu du rapport de 2015 sur les actions 8, 9 et 10 du projet BEPS reprend à cet égard un raisonnement semblable, en proposant de s'assurer lors de l'analyse fonctionnelle que la répartition contractuelle du risque et la répartition effective du risque sont cohérentes l'une avec l'autre ([Principes OCDE 2015, I-D.1.2, § 1.86-1.97](#) ; voir [n° 302](#)).

1508 Vérification que l'allocation des risques dans la transaction contrôlée est conforme au principe de pleine concurrence ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.17 à § 9.38](#)). L'OCDE propose d'effectuer cette vérification en répondant successivement aux questions figurant dans le graphique ci-dessous ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.33](#)) :



A cet égard, plusieurs précisions sont apportées par le Chapitre IX:

- L'OCDE privilégie la comparaison à des transactions comparables conclues entre parties indépendantes. Toutefois, « [l]e simple fait qu'un accord entre entreprises associées ne soit pas observé entre parties indépendantes n'est pas suffisant pour conclure que cet accord n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. » (Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.19). Cette idée importante selon laquelle un groupe multinational peut réaliser en interne des transactions uniques dont le caractère de pleine concurrence ne doit pas être rejeté d'office a été reprise par le nouveau Chapitre I-D des Principes OCDE 2015 qui précise que « le simple fait que la transaction ne puisse pas être observée entre des parties indépendantes ne signifie pas qu'elle doit être écartée » (Principes OCDE 2015, I-D.2, § 1.122).
- La notion de contrôle du risque fait également l'objet de développements spécifiques. Celle-ci 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 (...). Un tel contrôle suppose que l'entreprise dispose de ressources humaines (...) ayant le pouvoir de remplir cette fonction de contrôle et la remplissent effectivement. » (Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.23). Cette analyse du contrôle *de facto* du risque est désormais une partie intégrante de la troisième étape de l'analyse fonctionnelle telle qu'elle est issue du nouveau chapitre I-D des Principes OCDE 2015 : « Le contrôle du risque implique (...) (i) la capacité de prendre la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque, et l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision, (ii) la capacité de prendre la décision de traiter les risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision. (...) Conformément à cette définition du contrôle, une partie doit à la fois avoir la capacité et exercer effectivement la fonction, comme indiqué ci-dessus, pour exercer un contrôle du risque. » (Principes OCDE 2015, I-D.2, § 1.65).
- L'OCDE propose également comme facteur d'analyse la capacité financière à assumer le risque. L'organisation internationale précise ainsi « [qu'un] autre facteur pertinent, bien que non déterminant, pour déterminer si l'allocation des risques dans une transaction contrôlée est conforme à celle dont seraient convenues des parties indépendantes dans des circonstances comparables, consiste à déterminer si la partie qui supporte le risque a, au moment où le risque lui est alloué, la capacité financière de l'assumer. » (Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.29). L'identification des parties supportant financièrement le risque a, comme la recherche des parties contrôlant le risque, été intégrée à la troisième étape de l'analyse fonctionnelle telle qu'elle est issue du nouveau chapitre I-D des Principes OCDE 2015, qui précise qu'assumer un risque « implique de supporter les gains ou pertes potentiels associés à

ce risque, avec pour conséquence que c'est la partie assumant le risque qui supporte également les conséquences financières et autres si le risque se réalise. » ([Principes OCDE 2015, I-D.2, § 1.63](#)).

1509 Conséquences en matière de prix de transfert ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.39 à § 9.47](#)). La troisième étape tire les conséquences des deux précédentes étapes. Lorsqu'il a été déterminé qu'un risque a été alloué à une partie de façon conforme au principe de pleine concurrence, cette partie devrait ainsi supporter les coûts de gestion (que cette gestion soit effectuée par cette partie ou par des prestataires externes, du même groupe ou indépendants) et d'atténuation (couverture par exemple) ainsi que les pertes qu'il peut causer. En contrepartie, ce risque devrait être compensé par un accroissement du rendement escompté ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.39](#)). A cet égard, l'OCDE introduit la notion de risque « significatif sur le plan économique » qui doit être assorti d'un potentiel de profits important. Au contraire, un risque qui ne l'est pas ne pourrait expliquer la réalisation d'un bénéfice substantiel. Selon l'OCDE, l'importance « d'un risque dépendra de son ampleur, de la probabilité de sa réalisation et de sa prévisibilité, ainsi que des possibilités de l'atténuer » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.41](#)). Cette notion de risque « significatif sur le plan économique » peut être rapprochée de la notion de risque « spécifique économiquement significatif » du nouveau Chapitre I-D des Principes OCDE 2015 ([Principes OCDE 2015, I-D.1.2.1.1, § 1.71-1.76](#)).

Enfin, à la question de savoir si une méthode de prix de transfert (comme par exemple la méthode transactionnelle de la marge nette) peut créer un environnement à risques réduits, l'OCDE répond par la négative en précisant que: « [c]'est (...) la nature plus ou moins risquée de l'activité qui doit dicter la sélection de la méthode de prix de transfert la plus appropriée, et pas le contraire » ([Principes OCDE 2010, IX, Partie I, § 9.46](#)).