LES ASPECTS PRIX DE TRANSFERT DES RESTRUCTURATIONS D'ENTREPRISES ET DES INCORPORELS

Libreville - Gabon

23-26 février 2015

4. Les aspects prix de transfert des restructurations d'entreprises

OCDE
DES POLITIQUES MEILLEURES POUR UNE VIE MEILLEURE

Imposition des entreprises multinationales

- **Consensus international autour du principe de pleine concurrence:**
  - Les profits des sociétés membres d'un groupe multinational doivent être déterminés **comme s'il s'agissait d'entités distinctes** et non comme s'il s'agissait de sous-ensembles indissociables d'une entreprise unifiée.
- **Application:**
  - L'application du principe de pleine concurrence se fonde sur une **comparaison avec les transactions entre entreprises indépendantes**;
  - Plus les fonctions, risques et actifs d'une entreprise associée sont importants et plus elle doit escompter une rémunération élevée.

2

Restructuration d'entreprises

- Elle est définie au Chapitre IX des Principes Directeurs applicables en matière de prix de transfert comme *"**le redéploiement transnational par une entreprise multinationale de ses fonctions, actifs et/ou risques**".*
- Elle peut impliquer:
  - Le **transfert d'actifs incorporels de valeur**;
  - La **rupture** ou la **renégociation** substantielle **d'accords existants** (Contrats de fabrication, de distribution, de licence…)

3

Analyse Fonctionnelle & Potentiel de profit

Fonctions	Faible valeur ajoutée	$	Mobiles?
	Haute valeur ajoutée	$$$	
Actifs	Corporels	$	Mobiles?
	Incorporels	$$$	
Risques	Opérationnel	$	Mobiles?
	Entrepreneurial	$$$	

4

Les pratiques des multinationales

- Depuis le milieu des années 1990, les restructurations les plus fréquentes ont consisté en la **centralisation des actifs incorporels et des risques** ainsi que **du potentiel de profits qui s'y rattache**.
- Elles ont consisté notamment en:
  - ✓ Transformation de distributeurs de plein exercice en distributeurs limités ou en commissionnaires;
  - ✓ Transformation de fabricants de plein exercice en sous-traitants ou façonniers;
  - ✓ Centralisation des actifs incorporels au sein d'une entité du groupe (par exemple d'une société dite « holding de droits incorporels »).

5

Les pratiques des multinationales

- Les raisons généralement invoquées par les multinationales pour justifier les restructurations d'entreprises sont les suivantes:
  - – Maximiser les synergies et les économies d'échelle;
  - – Optimiser la gestion des lignes d'activité et améliorer l'efficacité de la chaîne d'approvisionnement, en tirant parti de l'avènement des technologies internet;
  - – Préserver ou limiter les pertes en période de récession.

6

Exemple: Restructuration de la fonction vente

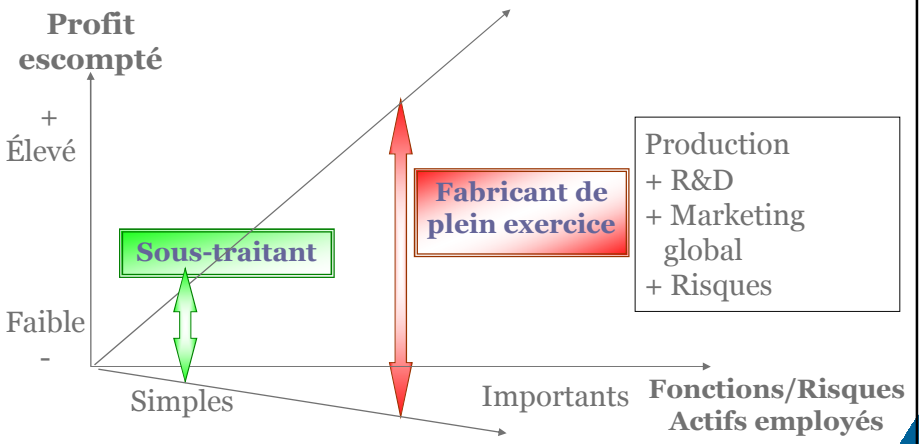
Pré-restructuration	Post-restructuration
Distributeur de plein exercice dans le pays A	Commissionnaire dans le pays A
Commercialise les produits achetés auprès d'entreprises associées et les revend à des clients indépendants	Commercialise les produits pour le compte de l'entrepreneur principal lequel est le « propriétaire légal» des stocks de produits à commercialiser.
Le distributeur est responsable du marketing et du développement de la marque dans le pays A	La stratégie marketing est définie par l'entrepreneur principal. Le commissionnaire a un rôle très limité.
Le distributeur supporte le risque de stock, le risque de marché et le risque de crédit	Les risques de stock, de marché et de crédit sont transférés à l'entrepreneur principal.
Le distributeur détient les actifs incorporels de commercialisation (clientèle…)	Les actifs incorporels sont transférés à l'entrepreneur principal.
Rémunération tenant compte des fonctions, risques et actifs: +++++ ou ------	Rémunération tenant compte des fonctions, risques et actifs: ++ (Profit/Perte résiduelle: entrepreneur ppal)

Exemple: Restructuration de la fonction R&D

Pré-restructuration	Post-restructuration
La société X Co exerce la fonction R&D pour son propre compte et à ses propres risques. Elle détient la propriété des actifs incorporels qu'elle développe.	La société X Co est rachetée par la société Y Co. Suite au rachat: • Les actifs incorporels existants sont transférés à une entreprise associée située dans une juridiction à fiscalité privilégiée. • La fonction R&D est exercée par X Co pour le compte de Y Co (via un contrat de R&D) et rémunérée sur la base de la méthode du coût majoré. Les droits sur les actifs incorporels à développer seront la propriété de Y Co. Le risque d'échec de la R&D n'est plus supporté par X Co.

8

Les profits escomptés doivent dépendre des fonctions/risques/actifs



Chapitre IX des Principes Directeurs

- Le **chapitre IX des Principes Directeurs** examine les aspects prix de transfert des restructurations d'entreprises.
- Les restructurations d'entreprises s'accompagnent généralement d'une **réallocation des bénéfices** entre les membres d'un même groupe.
- L'objectif du Chapitre IX est d'examiner dans quelle mesure une telle réallocation des bénéfices est **conforme au principe de pleine concurrence**.

Question?

Question pertinente au regard de **l'article 9** du Modèle de convention de l'OCDE et de l'ONU et du **principe de pleine concurrence**:

Les conditions convenues ou imposées dans une restructuration d'entreprises diffèrent-elles de celles qui auraient été fixées par des entreprises indépendantes?

11

4 problématiques traitées au Chapitre IX

1. Considérations particulières en matière de risques
2. Rémunération de pleine concurrence de la restructuration proprement dite
3. Rémunération des transactions contrôlées post-restructuration
4. Prise en compte des transactions réellement effectuées

12

1. Considérations particulières en matière de risques

Examen de l'allocation des risques

- La question des risques revêt une **importance capitale** dans le cadre des réorganisations d'entreprises.
- L'examen de l'allocation des risques entre entreprises associées constitue un **volet essentiel de l'analyse fonctionnelle.**
- Généralement, sur le marché libre:
  - L'acceptation d'un risque accru serait également compensée par une **hausse du rendement escompté**;
  - Même si, en réalité, le rendement augmentera ou non suivant le degré de réalisation effective des risques.

Examen de l'allocation des risques

- L'examen de l'allocation des risques débute par une **analyse des accords contractuels** (contrats, correspondance,…) qui définissent la manière dont les risques sont répartis.
- Toutefois, une administration fiscale est fondée à contester l'allocation des risques entre entreprises associées **si elle n'est pas conforme à la nature économique de la transaction** (cf. § 1.47 à 1.53 des Principes Directeurs).
- Outre les accords contractuels, il convient aussi d'examiner:
  - Si **le comportement** des entreprises associées respecte l'allocation contractuelle des risques;
  - Si l'allocation des risques dans la transaction contrôlée est **conforme au principe de pleine concurrence**;
  - Quelles sont les **conséquences** de l'allocation des risques.

15

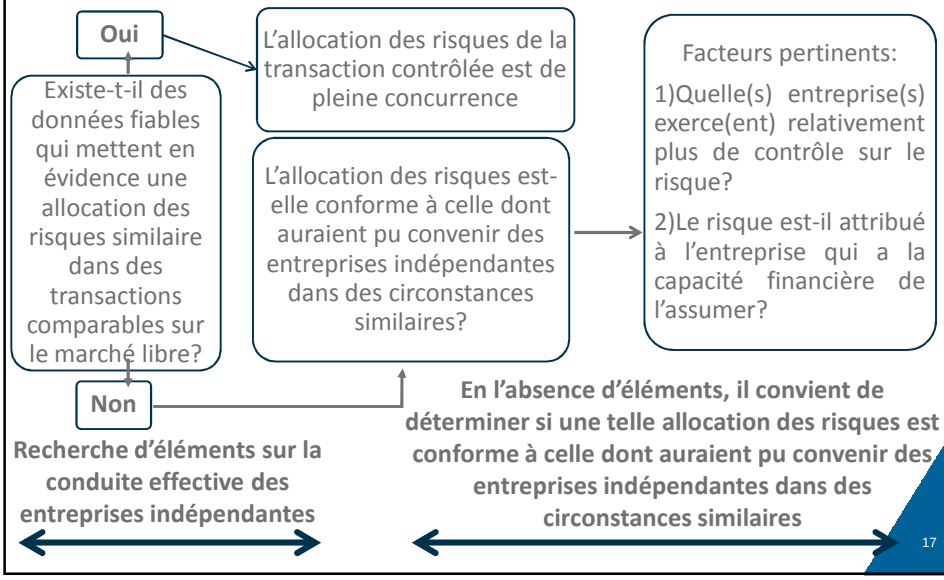
Le comportement des entreprises associées respecte-t-il l'allocation contractuelle des risques?

Exemple:

Si le contrat indique que le distributeur assume le risque de change alors qu'en fait le prix de transfert est ajusté de manière à le mettre à l'abri des effets de variation de change, l'administration fiscale peut être amenée à contester la répartition du risque de change invoquée par le contribuable.

16

L'allocation des risques est-elle conforme au principe de pleine concurrence?



17

Les facteurs pertinents: Le contrôle sur le risque

- La détermination de **la partie qui a le plus de contrôle sur le risque** peut être utile pour déterminer si une allocation de risques similaire aurait été convenue entre entreprises indépendantes dans des circonstances comparables.
- La notion de contrôle s'entend:
  - De la **capacité à prendre la décision** d'assumer le risque (décision de risquer des capitaux);
  - De la **capacité à décider de gérer ou non le risque** (en interne ou en faisant appel à un prestataire de services);
- Un tel contrôle suppose que l'entreprise **dispose de ressources humaines** ayant le pouvoir de remplir cette fonction de contrôle et la remplissent effectivement.
- Lorsqu'une entreprise assume un risque, le simple fait qu'elle en confie la gestion et le suivi quotidien à un tiers **ne suffit pas à transférer le risque audit tiers.**

18

Les facteurs pertinents: Le contrôle sur le risque

Exemple 1 (cf. § 9.25 des Principes Directeurs):

Investisseur	Gestionnaire de fonds
Engage un gestionnaire de fonds pour investir des fonds pour son compte.	Selon l'accord conclu, le gestionnaire de fonds se voit conférer l'autorité de prendre, au quotidien, toutes les décisions d'investissement pour le compte de l'investisseur, même si celui-ci assume le risque de dépréciation de l'investissement.

- Qui contrôle les risques?
- A travers quelles décisions les risques sont-ils contrôlés?
- Quels sont les risques respectivement supportés par l'investisseur et le gestionnaire de fonds?

19

Les facteurs pertinents: Le contrôle sur le risque

Exemple 2 (cf. § 9.26 des Principes Directeurs):

Donneur d'ordre	Prestataire de services
• Engage un prestataire de services de recherche-développement pour effectuer des travaux de recherche pour son compte. • Supporte le risque d'échec des recherches et sera propriétaire des résultats de la recherche en cas de succès.	• Effectue les travaux de recherche pour le compte du donneur d'ordre. • Bénéficie d'une rémunération garantie quelle que soit l'issue des travaux mais n'a aucun droit de propriété sur les résultats de la recherche.

- Qui contrôle les risques?
- A travers quelles décisions les risques sont-ils contrôlés?
- Quels sont les risques respectivement supportés par le donneur d'ordre et le prestataire de services?

20

Les facteurs pertinents: Le contrôle sur le risque

Exemple 3 (cf. § 9.27 des Principes Directeurs):

Donneur d'ordre	Sous-traitant
• Engage un sous-traitant qu'il charge de fabriquer des produits pour son compte en utilisant la technologie qu'il lui fournit. • S'engage à acheter la totalité des produits fabriqués par le sous-traitant qui respectent les spécifications techniques ainsi que le plan de production qu'il a lui-même défini.	• Fabrique les produits en utilisant la technologie fournie par le donneur d'ordre. • Bénéficie d'une rémunération garantie indépendamment de la capacité du donneur d'ordre à revendre les produits sur le marché et du prix de revente des produits.

- Qui contrôle les risques?
- A travers quelles décisions les risques sont-ils contrôlés?
- Quels sont les risques respectivement supportés par le donneur d'ordre et le sous-traitant?

21

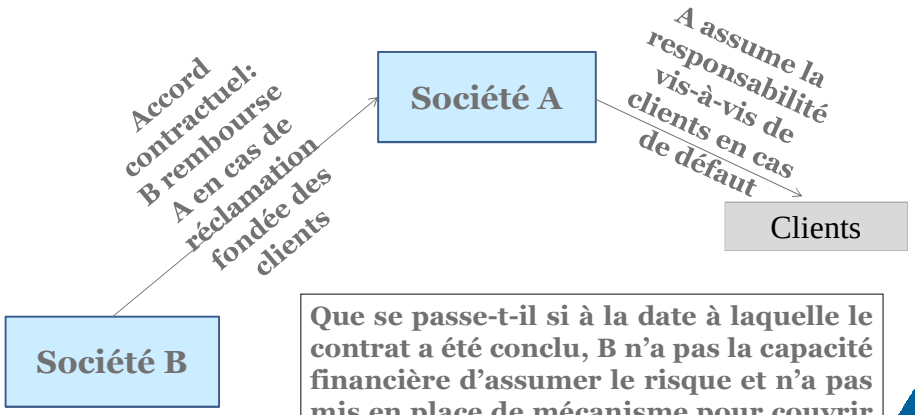
Les facteurs pertinents: La capacité financière à assumer le risque

- Il convient de déterminer si l'entreprise qui supporte le risque a, au moment où le risque lui est alloué, la **capacité financière de l'assumer**.
- La capacité financière d'assumer un risque n'est pas forcément la capacité financière à supporter toutes les conséquences de la matérialisation du risque, ce peut être la capacité de l'entité qui assume le risque de **se prémunir contre ses conséquences.**
- Un niveau élevé de capitalisation n'implique pas automatiquement que l'entreprise fortement capitalisée assume le risque.

22

Les facteurs pertinents: La capacité financière à assumer le risque

Exemple (cf. § 9.31 des Principes Directeurs):



Que se passe-t-il si à la date à laquelle le contrat a été conclu, B n'a pas la capacité financière d'assumer le risque et n'a pas mis en place de mécanisme pour couvrir le risque s'il se concrétise?

23

Les conséquences de l'allocation des risques

Si elle est conforme au principe de pleine concurrence, l'allocation à l'une des entreprises des risques associés à une transaction contrôlée implique que cette entreprise doit:

- **Supporter le coût éventuel de la gestion** (qu'elle soit effectuée en interne ou par un prestataire de services) et de **l'atténuation des risques** (ex: frais de couverture ou d'assurance);
- **Supporter les pertes** que peut entrainer la réalisation du risque;
- Voir le risque compensé par un **accroissement du rendement escompté** (cf. § 1.45 des Principes Directeurs).

24

Les conséquences de l'allocation des risques

- Un risque est significatif **sur le plan économique** s'il est assorti d'un **potentiel de profit/perte important** et par conséquent, si la modification de l'allocation de ce risque peut expliquer une réallocation importante du potentiel de profits.
- **L'importance d'un risque dépendra**:
  - De son ampleur
  - De la probabilité de sa réalisation et de sa prévisibilité
  - Des possibilités de l'atténuer
- Dans des **conditions de pleine concurrence,** une entreprise ne transfèrerait pas un risque perçu comme négligeable sur le plan économique en contrepartie d'une diminution substantielle de son potentiel de profits.

25

2. Rémunération de pleine concurrence de la restructuration proprement dite

OCDE
DES POLITIQUES MEILLEURES POUR UNE VIE MEILLEURE

Introduction

- Le principe de pleine concurrence **ne requiert pas de rémunération ou indemnisation systématique du simple fait de la dégradation des bénéfices futurs escomptés** d'une entité.
- La question est de savoir :
  - S'il y a eu **transfert d'un élément de valeur** (droit ou autres actifs);
  - S'il y a eu **rupture ou renégociation substantielle d'accords existants**;
  - Et si ce transfert, cette rupture ou cette renégociation **donnerait lieu à rémunération ou indemnisation entre entreprises indépendantes** dans des circonstances comparables.

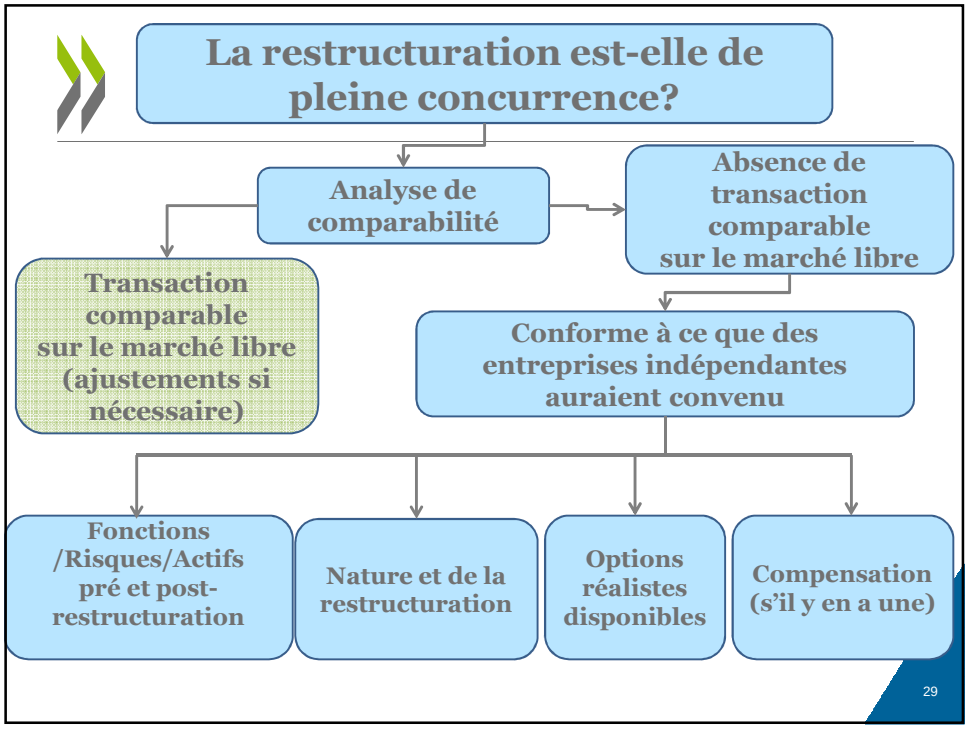
27

Comprendre la restructuration

Pour déterminer si les conditions convenues ou imposées pour une restructuration sont de pleine concurrence, il convient d'examiner:

- **La restructuration proprement dite**: changements qui ont été opérés et comment ils ont affecté l'analyse fonctionnelle**;**
- **Les motivations commerciales** de la restructuration et les bénéfices qui en sont attendus, y compris le rôle des synergies;
- **Les options réalistes à la disposition des parties.**

28



Réallocation des risques et du profit potentiel

- Une entreprise indépendante **ne perçoit pas forcément une rémunération lorsqu'un changement dans ses transactions réduit son potentiel de profits** ou ses bénéfices futurs escomptés.
- Si une entreprise n'a **pas de droits ni d'actifs** clairement identifiables au moment de la restructuration, **elle n'a pas de potentiel de profits susceptible de justifier une rémunération**.
- Une entreprise qui **possède des droits et/ou autres actifs** significatifs au moment de restructuration est susceptible d'avoir un potentiel de profits significatif, qui **doit, in fine, faire l'objet d'une rémunération suffisante** pour que l'entreprise accepte de la perdre.

30

Réallocation des risques et du profit potentiel Exemple

- Un distributeur de plein exercice exerce son activité dans le cadre d'un contrat de longue durée.
- Il se voit proposer d'être transformé en distributeur limité exerçant son activité pour le compte d'une entreprise associée étrangère, moyennant un bénéfice stable de 2% par an.
- La restructuration entraîne un transfert à l'entreprise associée étrangère du potentiel de profits supplémentaire associé aux risques.
- Il est supposé que la restructuration soit mise en œuvre uniquement par la renégociation des accords contractuels existants, sans transfert d'actifs.

Question: **Ces nouvelles modalités placent-elles le distributeur dans une situation aussi avantageuse ou plus avantageuse que les autres options réalistes, mais plus risquées, qui s'offrent à lui?**

Réallocation des risques et du profit potentiel

Bénéfices du distributeur de plein exercice pré-restructuration Marge nette/ventes	Bénéfices escomptés sur les 3 années suivantes s'il était resté distributeur de plein exercice Marge nette /ventes	Bénéfices réalisés par le distributeur post-réorganisation (activité de distribution limitée) Marge nette / Ventes
Cas n°1 Année 1: -2% Année 2: +4% Année 3: +2% Année 4: 0% Année 5: +6%	-2% à +6% Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle	Bénéfice garanti et stable de + 2% par an
Cas n°2 Année 1: +5% Année 2: +10% Année 3: +5% Année 4: +5% Année 5: +10%	+5% à +10% Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle	Bénéfice garanti et stable de + 2% par an
Cas n°3 Année 1: -2% Année 2: +4% Année 3: +2% Année 4: 0% Année 5: +6%	0% à +4% Avec des incertitudes significatives au sein de cet intervalle (par ex. en raison de nouvelles pressions concurrentielles)	Bénéfice garanti et stable de + 2% par an

Transfert d'un élément de valeur: Actif incorporel

- L'identification des incorporels transférés peut se révéler difficile du fait que les actifs incorporels de valeur **ne bénéficient pas tous d'une protection juridique et d'un enregistrement et ne sont pas tous inscrits au bilan.**
- Pour déterminer le prix de pleine concurrence d'un transfert d'actifs incorporels, il faut se placer à la fois du point de vue du **cédant et de celui du cessionnaire.**
- Cette détermination peut être influencée par divers facteurs:
  - Les **bénéfices attendus** de l'exploitation du bien incorporel et la période pendant laquelle ils seraient réalisés;
  - La **nature** du bien et les restrictions susceptibles d'y être attachées;
  - L'étendue et la durée résiduelle de la **protection juridique** dont bénéficie le bien;
  - L'existence d'une **clause éventuelle d'exclusivité**.

Transfert d'un élément de valeur: Actif incorporel

Cas de transfert d'un actif incorporel:

- Transfert d'actifs incorporels par une entité locale à une entité centrale;
- Transfert d'actifs incorporels dont la valeur n'a pas encore été établie (cf. annexe au chapitre VI des Principes Directeurs);
- Transfert d'actifs incorporels locaux (ex: biens incorporels de commercialisation, listes de clients…);
- Transfert de droits contractuels.

Transfert d'une activité

- Une restructuration peut entraîner le **transfert d'une unité opérationnelle économiquement intégrée** c'est-à-dire des éléments associés à la capacité d'exécuter certaines fonctions et de supporter certains risques.
- L'évaluation d'un transfert d'activité doit refléter **tous les éléments de valeur qui donneraient lieu à rémunération entre parties indépendantes** dans des circonstances comparables.
- Cela étant, la détermination de la rémunération de pleine concurrence d'un transfert d'activité **n'équivaut pas nécessairement à la somme des évaluations distinctes** de chacun des éléments qui composent le transfert.

35

Indemnisation au titre de la rupture ou de la renégociation d'accords existants

- La rupture ou la renégociation substantielle d'accords contractuels existants a pour conséquence une **modification des profils de risques** des parties, ce qui a des conséquences sur **l'allocation du potentiel de profits entre elles.**
- Elle peut s'accompagner d'un **transfert de droits ou d'autres actifs.**
- L'entité restructurée est susceptible de subir des **préjudices** tels que les coûts de réorganisation (licenciements, dépréciation d'actifs…), des coûts de reconversion et/ou une diminution de son potentiel de profits.

La question est de savoir si des entreprises indépendantes auraient convenu d'une indemnisation en faveur de l'entité restructurée et, dans l'affirmative, d'examiner les modalités de cette indemnisation.

36

Indemnisation au titre de la rupture ou de la renégociation d'accords existants

- Dans des conditions de pleine concurrence, les ruptures ou renégociations substantielles de contrats **ne donnent pas toujours lieu à indemnisation.**
- La notion d'indemnisation recouvre tout type de **contrepartie susceptible d'être payée au titre des préjudices subis par l'entité restructurée** sous la forme:
  - D'un paiement forfaitaire;
  - D'un partage des coûts induits par la restructuration;
  - D'une baisse (ou majoration) de prix d'achat (de vente) pour les transactions post-restructuration;
  - Ou sous toute autre forme.

37

Indemnisation au titre de la rupture ou de la renégociation d'accords existants

Pour déterminer s'il y aurait indemnisation en situation de pleine concurrence, il importe d'examiner la **situation qui prévalait au moment de la restructuration**. A cette fin, les 4 conditions suivantes peuvent être importantes:

- L'accord concerné par la rupture, la non-reconduction ou la renégociation substantielle est-il **formalisé par écrit** et prévoit-il une **clause d'indemnisation?**
- Les termes de l'accord et l'existence ou l'absence d'une clause d'indemnisation ou autre type de garantie (et, le cas échéant, les termes de ladite clause) sont-ils **conformes au principe de pleine concurrence**?
- La **législation et la jurisprudence commerciale** prévoient-ils un droit à indemnisation?
- En situation de pleine concurrence, **une autre partie aurait-elle été disposée à dédommager celle qui subit la rupture** ou la renégociation de l'accord?

38

3. Rémunération des transactions contrôlées post-restructuration

Une même application du principe de pleine concurrence

- Le principe de pleine concurrence **ne doit pas s'appliquer différemment aux transactions qui résultent d'une restructuration** et à celles qui ont été structurées comme ces dernières depuis le départ.
- L'application du principe de pleine concurrence aux transactions post-restructuration repose sur les **chapitre I à III** des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert.

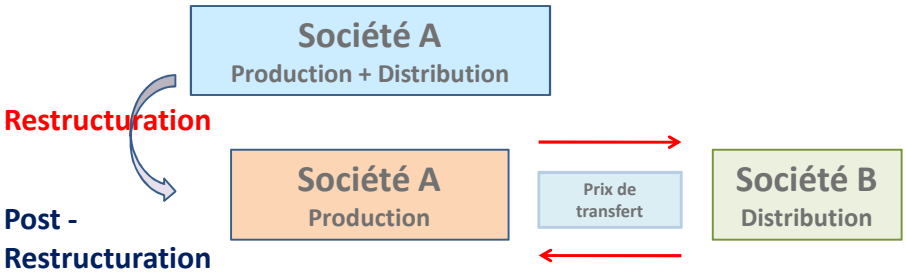
Rémunération des transactions contrôlées post-restructuration

- Il peut y avoir des **différences factuelles** entre la situation de départ de l'entité restructurée et celle d'une entité qui vient d'être créée.

  ⟹ Les différences factuelles entre les situations résultant d'une réorganisation et celles qui ont été structurées comme telles dès le départ **peuvent affecter l'analyse de comparabilité et la détermination de la rémunération de pleine concurrence.**

- Lien entre la rémunération des opérations de restructuration et la rémunération de pleine concurrence des activités post-restructuration.

Rémunération des transactions contrôlées post-restructuration



- Rémunérations possibles:
  - Vente des produits à la société A à un prix supérieur à celui que A accepterait de payer si elle avait versé une compensation initiale à B
  - Compensation initiale versée par A à B et prix de transfert plus faibles que ceux qui auraient été pratiqués en d'autres circonstances.

4. Prise en compte des transactions réellement effectuées

OCDE
DES POLITIQUES MEILLEURES POUR UNE VIE MEILLEURE

Non-reconnaissance uniquement dans des cas exceptionnels

- Les paragraphes **1.64 à 1.69** des Principes Directeurs traitent des **circonstances exceptionnelles** dans lesquelles il peut être légitime et justifié qu'une administration fiscale ne reconnaisse pas, à des fins de fixation des prix de transfert, la structure adoptée par un contribuable.
- **Principe** (cf. §1.64 des Principes Directeurs) :

« L'examen par l'administration fiscale d'une transaction contrôlée doit se fonder sur la transaction effectivement intervenue entre les parties telle que structurée par elles, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées au chapitre II. ***Sauf dans des cas exceptionnels, l'administration fiscale ne devra pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions*** *».*

Non-reconnaissance et recharactérisation

2 cas particuliers où l'administration fiscale est fondée à ne pas tenir compte de la structure adoptée par un contribuable pour réaliser la transaction entre entreprises associées *(cf. § 1.65 des Principes Directeurs)*:

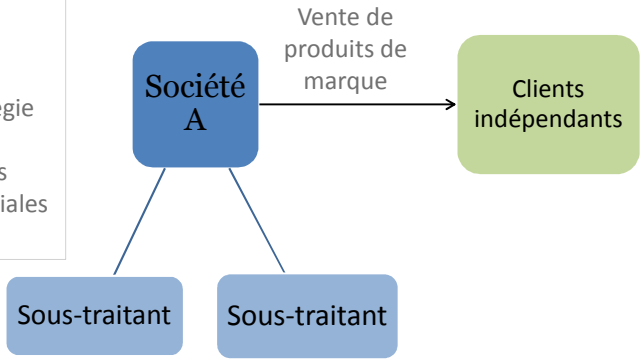
- **Discordance entre la forme** de la transaction et sa **nature économique** sur le fond;
- Les modalités de la transaction, envisagées dans leur totalité, sont **différentes de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle** et en pratique, la structure effective empêche l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié.

45

Transfert d'actifs incorporels de valeur à une société écran

Société A:
- Détient les marques et les autres actifs incorporels de commercialisation
- Développe la stratégie marketing
- Fournit des services intra-groupe aux filiales
- 125 employés

PRE-RESTRUCTURATION



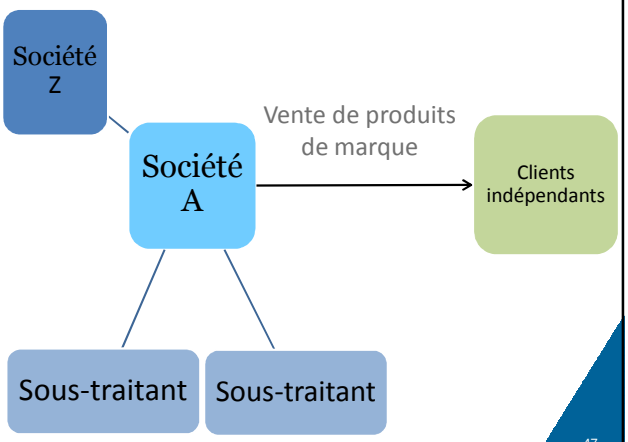
46

Transfert d'actifs incorporels de valeur à une société écran

Société Z:
- Détient les marques et les autres actifs incorporels de commercialisation
- Sous-traite à A le développement de la marque
- Gérée par une fiducie locale. N'a aucun salarié

Société A:
- Fournit à Z des services de développement de la marque
- 125 employés
- Fournit des services intra-groupe aux filiales

POST-RESTRUCTURATION



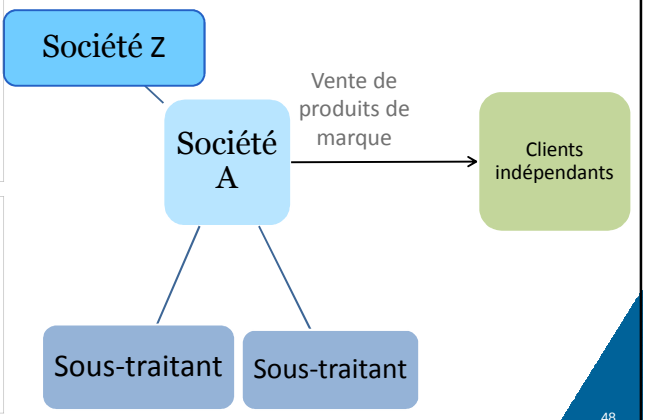
47

Transfert d'un actif incorporel qui est reconnu

Société Z:
- Détient les marques et les autres actifs incorporels de commercialisation
- 45 employés chargés du développement stratégique de la marque et de la mise en œuvre de la stratégie de marketing mondiale.

Société A:
- Transfère 30 employés à la société Z
- Fournit des services de marketing à Z
- Fournit des services intra-groupe aux filiales

POST-RESTRUCTURATION



48