

# Les aspects économiques des contentieux relatifs aux prix de transfert dans le contexte BEPS

**Le plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) qui vise à contraindre les entreprises à aligner la localisation de leurs profits avec celle de leurs activités accroît les exigences attendues des entreprises et des conseils en matière d'expertise financière et économique, que ce soit lors de la mise en place d'un système de prix de transfert ou en cas de litige.**



**Guy Jacquot**  
Associé Sorghem  
Evaluation,  
Président de  
la Compagnie  
Nationale des  
Experts  
Judiciaires  
en Finance et  
Diagnostic

Les prix de transfert sont les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels ou des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées. Ils occupent une place importante dans l'économie puisqu'ils définissent les marges réalisées dans les filiales, des groupes internationaux, et par suite le montant de l'impôt à régler dans chaque pays. Ces prix de transfert sont donc nécessairement sources de litiges entre les groupes et les administrations fiscales. Pour limiter ces litiges et harmoniser les pratiques fiscales locales, l'OCDE a publié dès 1995 un guide présentant des principes de détermination des prix de transfert.

Au début des années 2010, les pays du G20 ont toutefois constaté que, malgré une mise à jour récente, ces principes ne suffisaient pas à endiguer l'érosion de la base imposable des grands groupes internationaux.

Ils se sont alors engagés, sous l'égide de l'OCDE, dans la rédaction d'un plan de lutte contre l'érosion de la base imposable connu sous le nom de BEPS (Base Erosion and Profit Shifting).

Ce plan, publié en 2015, comprend 15 actions visant à contraindre les entreprises à aligner la localisation de leurs profits avec celle de leurs activités.

L'application de ces actions fait maître de nouvelles sources de litiges nécessitant encore plus qu'autrefois des compétences non seulement juridiques mais aussi économiques et financières.

Pour illustrer ce propos, nous avons retenu quatre thèmes : l'économie numérique, la création de valeur, les financements intragroupes et les changements de modèle économique.

mis en avant l'importance de l'analyse fonctionnelle, c'est-à-dire d'une approche qui tienne compte des rôles assurés par chaque partie, des risques qu'elles assument et des actifs dont elles disposent.

Avant BEPS, la pratique des entreprises, des conseils et de l'administration fiscale en cas de litige sur les prix de transfert consistait, pour l'essentiel, à confronter des références de prix ou de marges, plus ou moins retraitées, pour se rapprocher de la situation des sociétés examinées.

En centrant l'analyse sur la création de valeur, BEPS redonne aux méthodes de partage des bénéfices un rôle central. L'analyse se doit, par contre, d'être extrêmement détaillée et justifiée d'un point de vue économique et financier. Il ne suffit pas de se référer à l'organisation prévue par les contrats, il faut montrer ce que fait réellement chacun, quel risque il prend effectivement en charge et de quels actifs il est vraiment propriétaire, cette propriété étant appréciée économiquement et non juridiquement. L'exemple des marques et des brevets illustre l'exigence de l'approche. De nombreux groupes ont choisi de louer leurs marques ou leurs brevets dans des structures dédiées, remontant vers celles-ci une part significative des bénéfices via des redevances.

BEPS n'interdit pas l'existence de ce type d'organisation. Il considère par contre que la propriété juridique d'un actif incorporel ne confère pas, en soi, le droit de conserver l'intégralité des revenus tirés de son exploitation, la valeur créée par cet actif dépendant d'autres fonctions, comme la communication, la recherche, le développement, l'amélioration, l'exploitation, etc.

Les méthodes de fixation des prix de transfert en fonction de la chaîne de valeur doivent ainsi être en mesure d'appréhender un démembrement de la valeur financière des marques et des brevets.

## BEPS et les financements intragroupes

L'Action 4 de BEPS, relative à la lutte contre l'érosion fiscale liée à la déduction des intérêts et d'autres frais, met l'accent sur un sujet qui génère aujourd'hui beaucoup de litiges. Sont visés ici non seulement les prêts simples accordés aux filiales mais aussi les montages complexes de financement intégrant des mécanismes optionnels.

L'objet de l'Action 4 est d'éviter que les conditions financières de ces montages soient l'occasion de transferts injustifiés de bénéfices. Comme pour les flux non financiers, l'esprit de BEPS rend l'analyse des comparables nécessaire mais non suffisante. Elle doit être complétée par des études économiques et financières prenant en compte la taille de l'emprunteur, sa rentabilité, sa liquidité, sa solvabilité, la durée prévisible et non seulement contractuelle du prêt, la valeur des options prévues dans les contrats, ou encore les garanties réelles données par l'emprunteur. L'analyse de la déductibilité des intérêts que fera l'administration tiendra aussi compte du bien-fondé du financement, et du statut juridique des outils utilisés pour le mettre en place, avec un risque de requalification si elle conclut,

par exemple, que le prêt se substitue à du capital ou conduit à une situation de sous-capitalisation.

Des litiges récents concernant les groupes AIG et General Electric illustrent la réclimé des débats avec l'administration fiscale. Dans le cas d'AIG, le litige portait sur le caractère éventuellement excessif de la capitalisation d'une succursale, une réponse positive à cette question pouvant conduire l'administration à conclure que la maison mère se privait d'une recette, ouvrant alors un nouveau litige sur le montant de cette surcapitalisation. Dans le cas de General Electric, les discussions portaient sur le fait de savoir s'il fallait prendre en compte dans le calcul des taux la garantie implicite que représente l'appartenance à un groupe, et sur l'impact quantitatif de cette garantie sur les taux d'intérêt.

## BEPS et les changements de modèle économique

La globalisation des marchés a conduit de nombreux groupes à revoir leur organisation et la localisation de leurs activités dans un souci d'amélioration de la compétitivité et de la rentabilité. Ce mouvement a commencé avec la centralisation des fonctions de back-office. Il s'est poursuivi au cours des dernières années avec la transformation de filiales de distribution en commissionsnaires.

Les questions économiques et financières que soulèvent ces évolutions concernent, par exemple, le fait de savoir si la réorganisation s'est accompagnée du transfert d'un actif comme une clientèle ou un savoir-faire et quelle est sa valeur, si elle doit être indemnisée et quel est le montant de cette indemnisation, ou encore quelle doit être la rémunération des parties après la réorganisation compte tenu de l'évolution des fonctions, des risques et de la propriété économique des actifs.

Si ces questions ne sont pas nouvelles, puisque dès 1995 l'OCDE a consacré un chapitre de son guide aux réorganisations d'entreprises, les actions de BEPS renforcent les attentes en matière de documentation. On peut citer à ce titre l'Action 13 qui demande aux groupes de faire des déclarations par pays afin de savoir où ils paient leurs impôts, et surtout l'Action 7 concernant l'évolution du statut d'établissement stable dont l'objectif est de lutter contre les accords de commissionsnaires qui permettent de contourner la définition actuelle de ce statut.

Le BEPS de 2015 n'est pas un document figé ni un plan d'actions qui s'impose directement aux administrations fiscales locales. Il est, comme les guides de 1995 et 2010, une liste de recommandations, mais le fait que 100 pays travaillent aujourd'hui à sa mise en œuvre avec la volonté de réaliser des boîtes à outils dans une logique de convergence le rend incontournable. L'esprit du BEPS ne peut donc être ignoré des conseils et des entreprises qui travaillent sur la mise en place de systèmes de prix de transfert ou qui sont confrontés à des litiges sur ce sujet. En cas de situation de double imposition, il est d'ailleurs directement appliqué par des États contraints de trouver une juste répartition de marges dans le cadre de procédures de règlement amiable. ■