

Analyse critique de l'action 8 du plan BEPS concernant les prix de transfert d'actifs incorporels

Auteur : Schoonbrodt, Kévin

Promoteur(s) : Richelle, Isabelle

Faculté : HEC-Ecole de gestion de l'ULg

Diplôme : Master en sciences de gestion, à finalité spécialisée en Financial Analysis and Audit

Année académique : 2015-2016

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/1217>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

ANALYSE CRITIQUE DE L'ACTION 8 DU PLAN BEPS CONCERNANT LES PRIX DE TRANSFERT D'ACTIFS INCORPORELS

Jury :
Promoteur :
Isabelle RICHELLE
Lecteurs :
Marc ALEXANDRE
Michel DEPREZ

Mémoire présenté par
Kévin SCHOONBRODT
En vue de l'obtention du diplôme de
Master en Sciences de Gestion
à finalité spécialisée en
Financial analysis & Audit
Année académique 2015/2016



ANALYSE CRITIQUE DE L'ACTION 8 DU PLAN BEPS CONCERNANT LES PRIX DE TRANSFERT D'ACTIFS INCORPORELS

Jury :
Promoteur :
Isabelle RICHELLE
Lecteurs :
Marc ALEXANDRE
Michel DEPREZ

Mémoire présenté par
Kévin SCHOONBRODT
En vue de l'obtention du diplôme de
Master en Sciences de Gestion
à finalité spécialisée en
Financial analysis & Audit
Année académique 2015/2016

Remerciements

En préambule de ce travail, j'aimerais exprimer toute ma gratitude envers les personnes qui m'ont aidé pour la réalisation de ce mémoire.

Une tâche complexe à laquelle j'ai été confronté, fut le choix et la délimitation de l'étude. C'est pourquoi ma reconnaissance va à Madame Richelle pour ses précieux conseils lors du choix du sujet. Ses commentaires m'ont permis de restreindre le champ de recherche et de m'axer sur une problématique bien circonscrite.

Je tiens à remercier également Monsieur Gambini, Monsieur De Baets, Monsieur Rey, Monsieur Schaffers et Maître Malherbe, pour le temps qu'ils m'ont accordé lors d'entretiens ainsi que pour leur contribution dans la partie pratique de ce mémoire-recherche.

Mes remerciements s'adressent aussi à Maître Deprez et Monsieur Alexandre, tous deux membres du jury en qualité de lecteurs, pour le temps consacré à la lecture de ce travail.

Ma gratitude va enfin à Florence Pepinster et Joëlle Deby pour avoir relu minutieusement ce mémoire et pour avoir décelé les horreurs orthographiques que je ne voyais plus.

Table abrégée des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES	B
INTRODUCTION	1
CADRE THÉORIQUE.....	5
1. CONCEPTS CLÉS.....	5
1.1. <i>Prix de transfert</i>	5
1.2. <i>Bien incorporel</i>	6
1.3. <i>Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert</i>	8
2. PROBLÉMATIQUE DES PRIX DE TRANSFERT DES BIENS INCORPORELS	15
3. L'ACTION 8 DU PLAN BEPS.....	19
3.1. <i>Que signifie le projet « BEPS » ?</i>	19
3.2. <i>L'objectif général de l'action 8 et les mesures pour y arriver</i>	20
3.3. <i>Synthèse de l'action 8 du plan BEPS</i>	21
CADRE EMPIRIQUE	41
1. HYPOTHÈSES	41
2. METHODOLOGIE	43
2.1. <i>Choix de la méthode de recherche</i>	43
2.2. <i>Choix de l'échantillon pour l'analyse qualitative</i>	44
2.3. <i>Déroulement des entretiens avec les experts</i>	45
3. RESULTATS	47
3.1. <i>La nouvelle définition des biens incorporels</i>	47
3.2. <i>La suppression de la catégorisation des biens incorporels</i>	47
3.3. <i>Les instructions supplémentaires concernant les facteurs à prendre en compte lors de l'analyse de comparabilité</i>	48
3.4. <i>Propriétaire légal VS propriétaire économique</i>	49
3.5. <i>Les Fonctions DEMPE</i>	51
3.6. <i>Les méthodes de fixation de prix de transfert</i>	52
3.7. <i>Instructions sur les actifs incorporels difficiles à valoriser</i>	56
3.8. <i>Les points non abordés dans l'action 8</i>	58
3.9. <i>Appréciation générale de l'action 8</i>	59
3.10. <i>Critique du principe de pleine concurrence</i>	60
4. DISCUSSION	61
4.1. <i>Hypothèse 1</i>	61
4.2. <i>Hypothèse 2</i>	62
4.3. <i>Hypothèse 3</i>	63
4.4. <i>Hypothèse 4</i>	64
4.5. <i>Hypothèse 5</i>	66
CONCLUSION	69
TABLE DES ANNEXES	I
BIBLIOGRAPHIE	XXV
TABLE DES MATIÈRES	XXXI

Liste des abréviations et acronymes

- % : Pourcent(s)
- € : Euro(s)
- ACCIS : L'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés
- BEPS : Base erosion and profit shifting (érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices)
- CUP : Comparable uncontrolled prices (prix comparables sur un marché de pleine concurrence)
- CNCD : Centre national de coopération au développement
- Fonctions DEMPE : Les fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation d'un actif incorporel (« Development, enhancement, maintenance, protection and exploitation »).
- Etc. : Et caetera (et les autres choses manquent)
- G20 : Le groupe des vingt est un groupe composé de dix-neuf pays et de l'Union européenne
- IAS : International accounting standards (normes comptables internationales)
- IASB : International accounting standards board (comité des normes comptables internationales)
- IFRS : International financial reporting standards (normes internationales d'information financière)
- OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
- ONG : Organisation non-gouvernementale
- R&D : Recherche et développement
- UE : Union européenne
- TUAC : Trade union advisory committee (Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE)

INTRODUCTION

Au cours de ces dernières décennies, l'environnement mondialisé, les règles fiscales différentes d'un pays à l'autre et la compétitivité entre les Etats ont laissé apparaître des failles dans la structure fiscale internationale. Il en est, notamment, ressorti des problèmes de plus en plus complexes en matière d'imposition d'un groupe multinational, formé d'entités juridiquement distinctes¹. Cette insécurité fiscale mondiale s'est traduite par deux phénomènes totalement opposés.

D'une part, le conflit des législations nationales tend à conduire au problème de double imposition, c'est-à-dire qu'une part du bénéfice d'une multinationale est susceptible d'être taxée simultanément par deux pays distincts. D'autre part, les failles peuvent mener à une réduction, voire une suppression de l'imposition des bénéfices. Autrement dit, les multinationales ont la possibilité d'échapper à l'impôt ou de le réduire considérablement en tirant profit des divergences entre les règles fiscales nationales. Malheureusement, cette astuce judicieuse va à l'encontre du principe universel d'équité, car toutes les entreprises n'ont pas la possibilité de pouvoir exploiter de façon équivalente ces mécanismes fiscaux avantageux. En effet, ce sont souvent les multinationales qui jouissent des avantages concurrentiels. A l'inverse, les entreprises présentes uniquement à l'échelon national ne bénéficient pas de moyens légaux ainsi que des meilleurs conseils prodigués par les experts fiscaux pour se soustraire à l'impôt (Hufbauer, Jung, Moran, & Vieiro, 2015).

Afin de rétablir l'intégrité du système de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, l'Organisation de coopération et de développement économiques [OCDE] tente depuis des années de promouvoir le dialogue et la coopération entre les gouvernements. Des principes internationaux communs ont été établis par l'organisme pour aiguiller les entités nationales et les contribuables. Dès lors, certains pays ont transposé² ces principes dans leurs règles fiscales nationales et approximativement 300 conventions bilatérales (entre deux pays) ont vu le jour (Taylor, Richardson, & Lanis, 2015).

¹ En droit fiscal international, chaque membre du groupe est imposé sur les revenus qu'il réalise (sur le fondement de la résidence ou de la source). « Les groupes multinationaux ne sont donc pas imposés comme une seule entité » (Maraia, 2008, p. 15).

² Les principes publiés par l'OCDE n'ont aucune force légale.

Malgré tous ces efforts, des problèmes épineux subsistent toujours à l'heure actuelle et ont même éveillé la préoccupation des politiques. Barack Obama, notamment, a annoncé en 2012 que le transfert de bénéfices des multinationales dans un but d'évasion fiscale représente un problème majeur et que des efforts devront être déployés à l'échelle mondiale pour réformer le système fiscal (OCDE, 2013a).

L'OCDE a également remarqué que l'environnement économique mondial avait évolué alors que les principes fiscaux demeuraient identiques. En effet, le rapport « Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices » (OCDE, 2013a), constatait que la croissance significative des biens incorporels dans la valeur d'une société, les nouveaux moyens d'échange et de communication ainsi que les nouveaux modes d'organisation des sociétés multinationales ont permis à ces dernières de déjouer les règles fiscales en vigueur.

Par ailleurs, l'étude récente de Heckemeyer et Overesch (cité par OCDE, 2013a) a conclu qu'une des manières les plus utilisées pour transférer les bénéfices s'avère être la manipulation des prix de transfert, qui sont les prix facturés pour une transaction entre deux entités juridiquement distinctes du même groupe multinational. En effet, par le biais du prix intra-groupe, une multinationale va être capable de transférer artificiellement ses bénéfices vers une filiale régie par une juridiction fiscale où l'imposition est plus avantageuse, voire nulle.

Depuis lors, quelques cas d'optimisation fiscale, notamment au travers d'une manipulation des prix de transfert, ont éclaté aux yeux du grand public. Des groupes tels que McDonalds, Apple, Amazon ou encore Starbucks sont dans le collimateur des instances fiscales. Des études existantes confirment que « le manque à gagner pour les Etats pourraient [sic] être compris entre 4 et 10% des recettes totales de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, soit entre 100 et 240 milliards de dollars chaque année à l'échelle mondiale » (OCDE, 2015b, p. 5). Ce fléau prive donc les Etats de rentrées considérables, ébranle également l'image de l'architecture fiscale aux yeux des parties lésées et enfin, induit des distorsions de concurrence.

Pour lutter contre ce fléau, une révision des standards fiscaux internationaux a été approuvée en septembre 2013 par les dirigeants du G20¹. A la suite d'une analyse approfondie des domaines problématiques, l'OCDE fut chargée d'élaborer le projet BEPS (Base erosion and profit shifting). Début 2016, l'organisme publiait le nouveau consensus fiscal international qui recense 15 actions spécifiques pour lutter contre le transfert de bénéfices et l'érosion de la base d'imposition. Par ailleurs, une place importante dans ce projet est accordée à la révision des principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales.

Dans le cadre d'un mémoire-recherche, il est impossible de maîtriser l'ensemble des nouvelles actions du projet BEPS. Dès lors, nous avons décidé de nous restreindre à l'analyse critique de l'action 8 concernant les prix de transfert de biens incorporels. Cette action prend toute son importance quand on sait, d'après une étude récente (Grubert, 2012), que les problèmes liés à la valorisation des biens incorporels sont des vecteurs majeurs de transfert de bénéfices. L'étude originale (Grubert, 2003) a même démontré que la moitié des revenus transférés de pays à haute pression fiscale dans des pays à plus faible pression fiscale sont tirés de biens incorporels fondés sur la recherche et développement [R&D].

Nous sommes conscient qu'il est encore trop tôt pour évaluer l'impact de l'action 8 publiée il y a moins d'un an. D'autant plus que cela risque de prendre du temps avant que les législations nationales ne transposent les nouvelles recommandations dans leurs droits internes. Néanmoins, ce mémoire-recherche tentera de rapporter une analyse critique aussi complète et fiable que possible et de répondre à la problématique suivante : les recommandations publiées dans l'action 8 sont-elles en ligne avec l'objectif général de cette action proclamé par l'OCDE ? Sur cette base, deux catégories de questions seront évoquées.

Au travers de la première partie théorique, les questions suivantes seront implicitement résolues :

- Qu'est-ce qu'un prix de transfert ?

¹ Groupe composé des vingt entités suivantes : Afrique du Sud, Canada, Mexique, Etats-Unis, Argentine, Brésil, Chine, Japon, Corée du Sud, Inde, Indonésie, Arabie Saoudite, Union Européenne, Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni, Russie, Turquie, Australie

- Qu'est-ce qu'un bien incorporel au niveau comptable, au niveau du droit privé ou encore en matière de prix de transfert?
- Quels sont les principes de l'OCDE tels que le prix de pleine concurrence, les facteurs de comparabilité, les méthodes de fixation de prix de transfert ?
- Quels sont les problèmes liés au prix de transfert des biens incorporels ?
- Qu'est-ce que le projet BEPS, l'action 8 et leurs objectifs ?
- Quelles sont les modifications et nouveautés de l'action 8 par rapport à ce qui est déjà en place?

La deuxième catégorie de questions sera ensuite discutée dans la partie empirique:

- Quelles sont les hypothèses auxquelles nous voulons répondre ?
- Quelle est la méthodologie utilisée pour cette approche empirique ?
- Comment est perçue l'action 8 par des experts en matière de prix de transfert ?
- Que ressort-il des précédentes critiques à l'égard de l'action 8?
- Les recommandations et les révisions publiées dans la mesure 8 sont-elles en ligne avec l'objectif poursuivi par l'OCDE et l'action 8 ?

Enfin, nous clôturerons cette partie empirique par une discussion croisant les résultats avec les hypothèses et avec la littérature disponible. En guise de conclusion, nous résumerons brièvement l'étude et nous tenterons d'établir des pistes de réflexion pour des recherches substantielles futures.

Cadre théorique

Le cadre théorique de ce travail fut nourri par une variété de documents (ouvrages, thèses, revues périodiques, papiers de travail évalués par des pairs) et trouvé par le biais d'internet, des bibliothèques physiques et virtuelles mises à la disposition de l'université de Liège ainsi que de la bibliothèque Chiroux.

1. Concepts clés

1.1. Prix de transfert

Le prix de transfert, appelé également le prix de cession interne, le prix intra-groupe ou encore « Transfer Pricing » dans la littérature anglo-saxonne, fait référence au prix facturé par une entreprise d'un groupe multinational en contrepartie des transactions réalisées avec d'autres entreprises du groupe. Ces transactions internes se traduisent notamment par le transfert de biens corporels, de biens incorporels, de services prestés ou encore par le transfert de financements et prêts accordés (Vanwelkenhuyzen, 2015).

Composé d'entreprises relevant d'autorités fiscales différentes, un groupe multinational est susceptible de déterminer les prix de transfert entre ses sociétés associées¹ de telle façon que le résultat global du groupe soit le plus élevé possible ou que la charge fiscale globale soit la plus faible possible. Par conséquent, la répartition des revenus, des dépenses et des bénéfices imposables dépend du prix de transfert. Cependant, il arrive que l'Etat accuse à tort une entreprise associée d'avoir fixé le prix de transfert en vue de réduire l'impôt. Il faut donc garder en tête qu'il est parfois difficile de fixer un prix de transfert pour les contribuables et surtout lorsqu'il n'existe pas de moyens comparables sur le marché libre. C'est pourquoi la présomption d'innocence dans le chef d'une multinationale doit être respectée par les autorités publiques (Vanwelkenhuyzen, 2015).

¹ Voir la définition dans l'annexe I

1.2. Bien incorporel

Une harmonisation de la définition des biens incorporels est utopique à ce jour. La notion de « bien incorporel » est définie différemment en fonction des législations propres à chaque pays. Par conséquent, cette variété de définitions engendre un risque de double imposition. Par exemple, le transfert d'employés qualifiés est considéré par certains Etats comme un transfert d'un savoir-faire et donc comme un transfert d'un bien incorporel, alors que d'autres Etats n'y voient qu'un transfert de services (Maraia, 2008).

La notion de « bien incorporel » est également définie différemment en fonction du cadre utilisé. Ainsi, des distinctions existent entre la définition de droit privé, la définition comptable et la définition en droit fiscal, selon l'OCDE.

1.2.1. Définition de droit privé

En règle générale, un bien incorporel en droit privé est défini comme quelque chose qui n'est pas un bien corporel et dont l'existence ne peut être appréhendée par les sens (Maraia, 2008). Il ajoute également que « les biens immatériels ont un caractère de chose intellectuelle. [...] Ils résultent de la création humaine, de l'intellect, mais sont dissociés de la personne qui les a créés ou qui les utilise » (Maraia, 2008, p. 27).

1.2.2. Définition comptable

Les principes comptables régis par la norme IAS 38 (International accounting standards) définissent un actif incorporel comme suit:

Un bien incorporel est un actif non monétaire identifiable sans substance physique. Le critère identifiable est respecté soit quand le bien incorporel est séparable, c'est-à-dire qu'il peut être vendu, transféré, concédé sous licence, loué ou échangé, de façon individuelle ou dans le cadre d'un contrat, avec un actif ou un passif lié, soit quand le bien incorporel résulte de droits contractuels ou d'autres droits légaux. (Raffournier, 2005, p. 386)

De plus, ces principes reconnaissent un bien incorporel dans la comptabilité d'une société lorsqu'il est probable que les avantages économiques futurs relatifs à l'actif incorporel iront à cette société et que le coût de cet actif peut être évalué de façon fiable.

Enfin, l'évaluation comptable d'un bien incorporel se fait en général sur base du coût historique, diminué des amortissements et autres réductions de valeurs constatées. L'évaluation par référence aux prix pratiqués sur le marché est également très utilisée. S'il n'existe pas de marchés actifs¹, d'autres techniques sont employées pour déterminer la juste valeur (Raffournier, 2005).

Le règlement n° 495 concernant la norme IFRS 3 (2009) définit le goodwill comme étant « un actif représentant les avantages économiques futurs résultant des autres actifs acquis lors d'un regroupement d'entreprises qui ne sont pas identifiés individuellement et comptabilisés séparément » (p. 34). Il est également dit que « l'acquéreur doit comptabiliser séparément du goodwill les immobilisations incorporelles identifiables acquises lors d'un regroupement d'entreprises » (p. 39). Ainsi, le goodwill qui, par définition, n'est pas identifiable, car inséparable de l'entreprise, n'est pas considéré par l'IFRS (International financial reporting standards) comme une immobilisation incorporelle.

1.2.3. Définition de droit fiscal selon l'OCDE

Cependant, aucune de ces définitions ne sera applicable dans la doctrine des prix de transfert. En effet, les principes de l'OCDE en matière de prix de transfert établis depuis 1979, ne définissent actuellement pas la notion de « bien incorporel ». Ils dressent simplement une liste limitée d'actifs immatériels. Cette liste reprend les brevets, le savoir-faire, les dessins et les modèles qui sont employés pour la production d'un produit ou pour une prestation de services. Les logiciels informatiques utilisés dans l'exploitation d'une entreprise ou transférés à des clients font également partie de cette liste. Enfin, les marques de fabrique ou de commerce, les noms commerciaux, la clientèle, les réseaux de distribution et les désignations, symboles ou graphismes uniques sont considérés comme des biens incorporels aux yeux de l'OCDE (2010a). Par contre, un actif incorporel n'inclut pas les circonstances économiques telles que la part de marché, le manque de régulation ou le potentiel du marché, par exemple.

¹ Un marché actif est un marché pour lequel sont réunies toutes les conditions suivantes:

- a) les éléments négociés sur ce marché sont homogènes;
- b) on peut normalement trouver à tout moment des acheteurs et des vendeurs consentants; et
- c) les prix sont mis à la disposition du public. (Règlement n° 1126, 2008, p. 253)

En ce qui concerne le goodwill, l'OCDE le considère comme un actif incorporel contrairement à l'IASB (International accounting standards board), mais ne fournit aucune définition claire dans ses règles.

L'OCDE (2010a) insiste sur le fait que la valeur comptable dans le bilan pour un bien incorporel ne doit pas entrer en ligne de compte lors de l'évaluation pour un cas de prix de transfert. Ainsi, un bien incorporel peut avoir une valeur importante sans pour autant être repris dans le bilan d'une société.

1.3. Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert

1.3.1. Principes de l'OCDE

Afin d'améliorer le fonctionnement de l'économie mondiale et de promouvoir une législation explicite sur les prix de transfert, l'OCDE a publié un premier rapport en 1979 intitulé « Prix de transfert et entreprises multinationales ». Le Conseil de l'OCDE a ensuite rendu public en 1995 un nouveau rapport nommé « Les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales ». La version originale a été complétée pour la dernière fois en 2010 (OCDE, 2010a).

Ce rapport, contenant plus de 400 pages, indique les moyens pour traiter au mieux la problématique des prix de transfert. Ce sont, avant tout, des recommandations destinées aux administrations fiscales et aux entreprises multinationales. Néanmoins, l'OCDE souhaiterait que tous les pays introduisent ces principes directeurs dans leur législation nationale. Les instances politiques de certains pays, principalement industrialisés, ont tout de même réagi en instaurant un ensemble de directives en matière de prix de transfert dans leur législation respective.

1.3.2. Principe de pleine concurrence

Connu aussi grâce à sa forme anglo-saxonne « at arm's length », le principe de pleine concurrence est une norme internationale instaurée par l'OCDE et constitue la référence principale pour la fixation des prix de transfert.

Ce principe fut pour la première fois exposé en 1963 dans l'article 9 des Modèles de Convention fiscale de l'OCDE et des Nations Unies (Dorina, 2015) comme suit :

[Lorsque] ... les deux entreprises [associées] sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes¹, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence. (OCDE, 2010a, p. 35)

Par la suite, ce principe a été intégré dans le rapport de 1995 applicable aux prix de transfert avec pour objectif de traiter sur un pied d'égalité les entreprises multinationales et les entreprises indépendantes. Cela signifie que les différents membres d'un groupe multinational doivent opérer dans leurs transactions internes comme si elles n'avaient aucun lien de dépendance (Madiès, 2003). Ces sociétés associées doivent traiter entre elles comme si elles commerçaient avec un tiers, selon les conditions du marché. Ainsi, le prix de transfert et les conditions de l'opération intra-groupe doivent être déterminés en fonction du prix et des conditions d'une transaction comparable sur le marché libre, c'est-à-dire une transaction similaire qui a lieu entre des entreprises indépendantes.

Néanmoins, il y a une limite à ce principe de pleine concurrence, car de nombreux biens sont spécifiques à une société. Il est parfois impossible de se référer à des transactions comparables sur le marché libre. C'est souvent le cas pour des biens hautement spécialisés, des biens incorporels uniques ou pour des services spécialisés. En outre, des entreprises indépendantes peuvent refuser de fournir des informations pour des raisons de confidentialité (Yoder, 2014).

En ce qui concerne l'application de ce principe dans les différents Etats du globe, son adhésion fut partagée. De nombreux pays ont transposé l'approche de pleine concurrence pour la fixation des prix de transfert dans leur législation nationale ainsi que dans les conventions de double imposition (OCDE, 2010a). A l'inverse, des Etats comme le Brésil ont décidé de ne pas appliquer ce principe dans leurs réglementations concernant les prix de transfert. Quant à l'Etat belge, il l'a formellement introduit dans sa législation fiscale le 9 juillet 2004 (Boone, Goemaere, Smits, & Verlinden, 2004).

¹ Des entreprises qui ne sont pas associées

1.3.3. Analyse de comparabilité

L'analyse de comparabilité se trouve au cœur de l'application du principe de pleine concurrence et représente une étape essentielle pour déterminer un juste prix de transfert. Par définition, c'est la « comparaison d'une transaction entre des entreprises associées avec une transaction effectuée entre des entreprises indépendantes » (OCDE, 2010a, p. 26). Une telle comparaison est signifiante si aucune différence entre les transactions comparées n'est susceptible d'affecter considérablement les facteurs pris en compte, tels que le prix, mais également s'il est possible de procéder aux correctifs nécessaires (« ajustements de comparabilité ») pour éliminer les effets significatifs de ces différences.

Lors de l'analyse de comparabilité, c'est l'ensemble des conditions d'une transaction qui doit être examiné. L'OCDE recommande tout de même un processus type, considéré comme une bonne pratique, mais restant facultative (OCDE, 2010a).

- a) Selon leur doctrine, la 1^{ère} étape consiste à déterminer les années à inclure dans l'analyse.
- b) Ensuite, l'ensemble des circonstances afférentes à la multinationale doit être examiné.
- c) La 3^{ème} étape inclut la compréhension de la transaction examinée et l'identification des facteurs pertinents de comparabilité. Dans les principes de l'OCDE, cinq facteurs de comparabilité¹ sont mis en avant : les caractéristiques des biens ou des services transférés, les fonctions exercées (l'analyse fonctionnelle), les clauses contractuelles, les circonstances économiques et les stratégies des entreprises.
- d) Ensuite, il est nécessaire de procéder à un examen des comparables internes s'il en existe, c'est-à-dire les éventuelles transactions comparables entre une société du groupe et une société indépendante.
- e) Si des comparables internes fiables n'ont pas été trouvés, il faut alors chercher des comparables externes, c'est-à-dire des transactions comparables entre deux sociétés indépendantes et ensuite apprécier leur fiabilité.

¹ Voir les définitions dans l'annexe II

- f) La 6^{ème} étape consiste à sélectionner la méthode de fixation des prix de transfert la plus adéquate.
- g) Ensuite, il y a lieu d'identifier les comparables potentiels par rapport à l'analyse qui a été faite à l'étape 3.
- h) Si c'est nécessaire et possible, des ajustements de comparabilité sont ensuite réalisés.
- i) Enfin, il ne reste plus qu'à interpréter les données recueillies et à déterminer la rémunération de pleine concurrence.

Une documentation bien fournie doit donc être produite par la multinationale afin de justifier les prix de transfert et de ne pas susciter une attention particulière des administrations fiscales. Le cas échéant, il est probable que les étapes 5 à 7 soient répétées à plusieurs reprises jusqu'à parvenir à la méthode la plus appropriée pour fixer un prix de transfert répondant au principe de pleine concurrence.

1.3.4. Méthode de fixation des prix de transfert

Pour déterminer le prix de transfert, une des étapes vise à sélectionner la méthode la plus appropriée en fonction des faits et circonstances du cas spécifique. Cinq méthodes ont été reconnues par l'OCDE dans le chapitre II des principes applicables au prix de transfert.

Lorsque des transactions comparables suffisamment fiables existent, l'OCDE prône l'application de l'une de ces cinq méthodes. Il est tout de même indiqué que les contribuables sont libres de recourir à d'autres méthodes, dès lors que le principe de pleine concurrence soit d'application et que des explications justifiables sur ce choix soient documentées.

Lorsque qu'aucune transaction comparable fiable n'existe, l'OCDE (2010a) préconise l'utilisation de la méthode du partage des bénéfices et l'utilisation des techniques d'évaluation. Concernant ces dernières méthodes, l'organisme insiste sur le fait que des bases solides et documentées devront servir de référence pour le choix des paramètres d'évaluation (les flux de trésorerie, les taux de croissance, etc.).

Voici un bref résumé des trois méthodes unilatérales (dont une seule des parties dans la transaction est testée) (Schleck, 2014) :

1.3.4.1. La méthode du prix de revente

Cette méthode tient compte de la marge sur le prix de revente, obtenue grâce à des comparables appropriés (internes ou externes). Cette marge est la marge brute et représente « le montant sur lequel le revendeur couvrirait ses frais de vente et autres dépenses d'exploitation et, à la lumière des fonctions assumées (en tenant compte des actifs utilisés et des risques encourus), réalisera un bénéfice convenable » (OCDE, 2010, p. 70). Une fois que la marge brute¹ est déterminée, il suffit de soustraire celle-ci au prix de revente, c'est-à-dire le prix qu'une entreprise associée revend à une entreprise indépendante. Il faut également défalquer de ce prix de revente les autres coûts liés à l'achat du produit (par exemple, les droits de douane). Nous obtenons alors le prix de pleine concurrence². Cette méthode est particulièrement utilisée pour fixer le prix de transfert des opérations de vente et de commercialisation.

1.3.4.2. La méthode du coût majoré

Cette méthode se base dans un premier temps sur le prix de revient du bien ou du service qui fait l'objet de la transaction avec une entreprise liée et on y ajoute une marge brute obtenue grâce à des comparables appropriés. Nous obtenons alors le prix de transfert. Cette marge brute est en principe calculée après la prise en compte des coûts directs et indirects de production, mais avant les dépenses d'exploitation. La formule à retenir (Taxmann's, 2012) est : Prix de transfert = Coûts directs + Coûts indirects + Marge brute ajustée calculée sur base de comparables internes et externes. Cette méthode est régulièrement appliquée pour fixer le prix de transfert des opérations de vente de produits semi-finis ou de prestations de services.

1.3.4.3. La méthode transactionnelle de la marge nette

Cette méthode tient compte de la marge bénéficiaire nette (indicateur de bénéfice net) obtenue grâce à des comparables appropriés. L'indicateur de bénéfice net est un ratio entre le bénéfice net et les coûts pour les activités de fabrication ou de service, ou un ratio entre le bénéfice net et les ventes pour les activités de distribution, ou encore un ratio entre le bénéfice net et les actifs pour les activités à forte intensité

¹ Marge brute = prix de vente – prix d'achat/coût de revient

² Voir dans l'annexe III le schéma illustratif de cette méthode publié par Taxmann's (2012)

capitalistique¹. Par référence à l'indicateur du bénéfice net que le contribuable réalise au titre de transactions comparables sur le marché libre (internes ou externes), l'indicateur de bénéfice net obtenu par le contribuable au titre d'une transaction avec une entreprise associée est déterminé, et un prix de transfert peut dès lors être établi.

Voici un bref résumé des deux méthodes bilatérales (dont les deux parties à la transaction sont testées) (Schleck, 2014) :

1.3.4.4. La méthode du prix comparable sur le marché libre

Cette méthode, plus connue sous sa forme anglo-saxonne « CUP method », « consiste à comparer le prix d'un bien transféré ou d'un service presté entre des entreprises associées à celui d'une transaction comparable effectuée entre des entreprises indépendantes » (OCDE, 2010a, p. 67). Pour fixer le prix de transfert des matières premières, cette méthode est particulièrement utilisée.

1.3.4.5. La méthode transactionnelle du partage des bénéfices

Cette méthode a pour objectif de répartir les bénéfices combinés des transactions entre des entreprises associées de la même manière que pour des transactions comparables entre des entreprises indépendantes.

L'OCDE (2010a) distingue deux approches dans cette méthode :

a) Analyse des contributions

Premièrement, les bénéfices combinés doivent être déterminés. Cela signifie qu'il convient de connaître le montant global des bénéfices qui résulte des transactions intra-groupes.

L'OCDE (2008) précise que

Le bénéfice global peut être le bénéfice total résultant des transactions ou un bénéfice résiduel censé représenter le bénéfice qui ne peut pas être facilement attribué à l'une des parties, tel que le bénéfice généré par un actif incorporel de grande valeur, et parfois unique. (p. 12)

¹« Les exigences en termes de capital d'un secteur (que l'on appelle ici « intensité capitalistique d'un secteur ») peuvent être approximées comme le capital nécessaire à la génération d'un euro de résultat total d'exploitation » (Observatoire des prix, 2015, p. 28). A titre d'exemples, l'industrie automobile, les chantiers navals et les secteurs en rapport avec l'immobilier.

Deuxièmement, une ou plusieurs clés de répartition doivent être choisies pour servir de base pour l'allocation des bénéfices combinés aux entreprises associées. « Une clé de répartition peut être basée sur le chiffre d'affaires, sur les dépenses de recherche et développement ou de marketing, sur les actifs [...] ou encore sur les effectifs des entreprises liées. » (Schleck, 2014, p. 26).

Troisièmement, le bénéfice global combiné sera réparti parmi les entités proportionnellement à leur contribution relative. La répartition devra se référer à la répartition effective constatée pour des transactions similaires sur le marché libre ou à la valeur relative des fonctions exercées, des actifs employés et des risques assumés par chaque entreprise du groupe.

b) Analyse résiduelle

Les deux premières étapes sont similaires à l'analyse des contributions. La troisième étape scinde la répartition du bénéfice consolidé en deux éléments. D'une part, la rentabilité de routine (ou non unique), qui rémunère en principe les fonctions standards de l'exploitant d'un incorporel. Par exemple, la fabrication des boîtes automatiques de la marque Audi. D'autre part, la rentabilité résiduelle, qui représente la rentabilité procurée par une contribution unique et de valeur. Par exemple, le développement des boîtes automatiques de la marque Audi. En se référant à des comparables externes ou à des méthodes traditionnelles, les bénéfices de routine vont pouvoir être alloués aux entités proportionnellement à leurs contributions et conformément au principe de pleine concurrence. Ensuite, tous les bénéfices résiduels à l'issue du partage précédent seront répartis sur base de la valeur relative des fonctions exercées, des actifs employés et des risques assumés par chaque membre du groupe (OCDE, 2010a). Par exemple, après avoir réparti les bénéfices de routine liés à la fonction de fabrication, il subsiste un solde résiduel de bénéfices à répartir. Il s'agit donc des bénéfices liés à la fonction de développement des boîtes automatiques. L'entreprise Audi va dès lors attribuer ces bénéfices résiduels aux entités qui contribuent à la fonction du développement sur base des fonctions exercées, des actifs employés et des risques assumés.

2. Problématique des prix de transfert des biens incorporels

Une entreprise multinationale a le pouvoir d'effectuer des transactions de toutes sortes à l'intérieur de son organisation. Il s'agit d'opérations intra-groupes. Ce pouvoir fait inéluctablement naître la tentation d'esquiver le principe de pleine concurrence. La société mère va être tentée d'aménager les prix intra-groupes en fonction de l'intérêt souhaité par la direction centrale. Par conséquent, il est possible que les bénéfices soient imposés là où les activités économiques n'ont pas lieu et là où la valeur n'est pas créée (Gravelle, 2015).

Il est d'autant plus probable que ces bénéfices aient été transférés suite à des transactions intra-groupes qui font intervenir des biens incorporels. Le principe de pleine concurrence est également d'application pour ce genre de transactions. Cependant, de nombreuses études démontrent qu'il s'agit du domaine créant le plus de valeur pour une société et qui est très facilement délocalisé, car les biens incorporels sont souvent difficiles à évaluer sur le plan fiscal et présentent généralement un caractère unique difficilement comparable (Gravelle, 2015).

Les entreprises multinationales usent de ces questions épineuses pour transférer les actifs incorporels vers des pays dont la fiscalité est plus avantageuse. Les biens incorporels peuvent être transférés entre entreprises associées de diverses manières: par la vente, par contrat de licence sans contrepartie monétaire, par transfert mais sans contrepartie, ou encore sous la forme de don, par exemple. Cependant, cela se fait le plus souvent par un contrat de licence permettant de bénéficier de certains droits sur le bien en question en contrepartie de laquelle des redevances sont payées (Maraia, 2008).

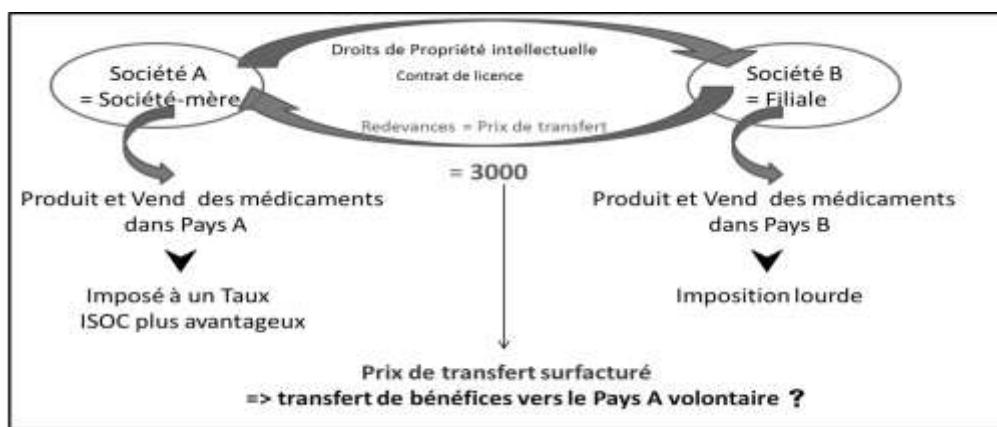
Voici un exemple pratique très simple d'une manipulation de prix de transfert d'un bien incorporel :

La société A, sise dans le pays A, représente la société mère d'un groupe multinational dans le secteur pharmaceutique produisant et vendant des médicaments dans le pays A. La société mère est responsable des activités de recherche et développement et met au point des brevets et d'autres actifs incorporels uniques liés aux médicaments. Elle détient donc tous les éléments de propriété intellectuelle résultant de ses activités de R&D.

La filiale B, basée dans le pays B et détenue à 100% par la société A, est créée pour fabriquer et vendre le médicament XXX dans le pays B. A cet effet, les brevets relatifs au médicament XXX lui sont confiés par un contrat de licence. En contrepartie, la société B verse des redevances (ou royalties) pour un montant forfaitaire à la société A. Le contrat de licence prévoit que la société A assume tous les risques liés au médicament XXX et qu'elle ait droit à la totalité des bénéfices (ou pertes) tirés de la vente de ce médicament. Le prix de transfert des droits d'utilisation des biens incorporels est fixé par le groupe pharmaceutique à 3000€ sur base d'une évaluation fondée sur des taux d'actualisation étant donné que la société n'était pas en mesure d'identifier des transactions comparables sur le marché libre.

La question est maintenant de savoir si ce prix de transfert de 3000€ fixé par la multinationale pharmaceutique est conforme au principe de pleine concurrence. Dans ce cas-ci, l'administration fiscale procède à une analyse fonctionnelle de chaque partie de la transaction. Elle réalise aussi une analyse fondée sur l'actualisation des flux de trésorerie générés par l'ensemble des médicaments. Selon ses analyses, elle constate tout d'abord que les risques liés aux médicaments dans le pays B sont assumés par la société B, et non par la société mère comme stipulé dans le contrat. Elle découvre ensuite que la valeur actuelle des revenus générés par les médicaments s'élève à 3100€. L'écart de 100€ qui sépare l'évaluation des droits d'utilisation des actifs incorporels, établie à 3000€, de celle de l'ensemble des revenus liés aux médicaments, établie à 3100€, semble totalement inapproprié pour refléter la valeur actuelle des rémunérations correspondant aux fonctions normalement exercées par la société B. Par conséquent, la fiabilité de la valeur de 3000€ attribuée aux biens incorporels est remise en question.

Schéma illustratif de l'exemple



La multinationale risque même d'être accusée d'évasion fiscale. En effet, le prix de transfert semble surfacturé, ce qui permet au groupe pharmaceutique de transférer les bénéfices vers le pays de la société mère, qui dispose d'un taux d'imposition des sociétés plus faible.

L'identification des propriétaires d'un bien incorporel est également difficile. Cela s'explique par le fait que les principes directeurs de l'OCDE n'indiquent pas clairement l'importance de la propriété légale, prévue par le droit privé, par rapport à la « propriété économique ». Le concept de « propriété économique », qui est reconnu par l'OCDE, tient « compte d'éléments concrets, à savoir les fonctions et la part des dépenses et des risques supportés par les membres pour la création du bien » (Maraia, 2008, p. 49). Par conséquent, l'absence de règles sur la titularité d'un bien incorporel sous l'angle du droit fiscal peut générer des conflits d'interprétation entre les administrations fiscales et les contribuables.

Le prix de transfert pour des actifs immatériels représente donc un casse-tête chinois, d'une part pour les contribuables qui doivent fixer un prix qui ne soit pas contestable, et d'autre part pour les administrations fiscales qui ont de grandes difficultés à vérifier la valeur des opérations relatives à de tels actifs.

3. L'action 8 du plan BEPS

3.1. Que signifie le projet « BEPS » ?

Le terme « BEPS » est l'abréviation de l'expression anglaise « Base Erosion Profit Shifting ». Dans la langue française, cela signifie : « Erosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices ». En 2013, suite à la demande des dirigeants du G20, l'OCDE a lancé un projet d'envergure baptisé « BEPS Project » afin de lutter de façon globale et coordonnée contre l'optimisation fiscale abusive des multinationales. Concrètement, ce plan d'action comprend 15 rapports. A l'intérieur de chaque rapport, un ensemble de mesures et de standards internationaux nouveaux ou renforcés sont décrits (OCDE, 2014a).

Une des grandes forces du projet semble être sa crédibilité, puisque de nombreux acteurs s'y sont impliqués. Parmi ces acteurs, les pays membres de l'OCDE¹ ainsi que 28 autres pays² ont pris part à des groupes de recherche. Ils se sont attaqués aux causes premières de l'érosion de la base d'imposition et du transfert artificiel de bénéfices. En outre, des représentants d'entreprises ont apporté leurs observations suite à une consultation publique avant publication des actions envisagées. Des organisations fiscales régionales et des organisations internationales ont également apporté leur aide dans l'élaboration des conclusions. Enfin, les travaux menés ont bénéficié de la participation et de la coopération de pays en voie de développement. Toutes les parties prenantes ont ensuite débattu sur les remises à niveau nécessaires pour combattre les pratiques de BEPS (Traversa & Possoz, 2015).

L'objectif principal de ce projet est de réformer mondialement l'architecture fiscale et ses standards internationaux tout en garantissant une pérennité favorable aux investissements et aux échanges internationaux. En d'autres termes, la restauration du système doit néanmoins s'assurer qu'aucun préjudice, tel qu'une double imposition, ne soit porté aux multinationales. En règle générale, les travaux ont pour

¹ 34 pays membres : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Corée du Sud, Danemark, Espagne, Estonie, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Slovaquie, République Tchèque, Royaume-Uni, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie

² 28 autres pays participant aux travaux du Comité des Affaires fiscales : Afrique du Sud, Albanie, Arabie Saoudite, Argentine, Azerbaïdjan, Bangladesh, Brésil, Chine, Colombie, Costa Rica, Croatie, Géorgie, Inde, Indonésie, Jamaïque, Kenya, Lettonie, Lituanie, Malaisie, Maroc, Nigéria, Pérou, Philippines, Russie, Sénégal, Singapour, Tunisie, Vietnam

thème central la neutralisation des pratiques destinées à éluder l'impôt. Pour atteindre cet objectif, les 15 actions reposent sur trois piliers : cohérence, substance et transparence. Premièrement, l'OCDE (2014a) prône une plus grande cohérence de la fiscalité internationale, qui passe, par exemple, par l'intégration coordonnée de certaines mesures dans les législations nationales et dans les conventions bilatérales. Deuxièmement, cinq actions ont été publiées pour assurer une imposition là où est située la substance économique des activités concernées. Enfin, troisièmement, la transparence, car le souhait général est de renforcer les obligations de renseignement des multinationales, et ainsi analyser les données recueillies.

3.2. L'objectif général de l'action 8 et les mesures pour y arriver

L'organisme a formé en 2011 un groupe de travail chargé d'analyser les problèmes rencontrés dans la pratique et d'émettre des recommandations. Des rapports intermédiaires ont été publiés respectivement en 2012, 2013 et 2014. Le rapport final a été rendu public en anglais le 5 octobre 2015. Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a opté pour une révision des chapitres I, II ainsi que du chapitre VI (« Considérations particulières applicables aux biens incorporels ») des principes directeurs de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert.

L'action 8 a pour objectif général de « réduire significativement la manipulation des règles de détermination des prix de transfert dans le domaine sensible des biens incorporels » (OCDE, 2014a, p. 4) et d'imposer les bénéfices d'une multinationale dans le pays où les activités économiques sont exercées et où les valeurs sont créées. L'action 8 est donc centrée autour du pilier n°2 du plan BEPS : aligner l'imposition des multinationales avec la substance économique de leurs activités.

Pour atteindre cet objectif général, l'OCDE a choisi de travailler sur cinq grands axes qui se traduisent par des mises à jour des principes de l'OCDE et des recommandations supplémentaires pour l'application des prix de transfert d'actifs incorporels. Voici les cinq mesures destinées à répondre à l'objectif général de l'action 8 (OCDE, 2014a):

- a) Simplifier l'identification des transactions impliquant des actifs incorporels, notamment avec une clarification de la définition des actifs incorporels.

- b) Fournir des orientations pour l'identification des parties ayant droit aux revenus afférents aux biens incorporels.
- c) Fournir des instructions supplémentaires sur les conditions de pleine concurrence de ces transactions, notamment sur le traitement des synergies d'entreprise et d'autres caractéristiques du marché local.
- d) Fournir des recommandations supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer.
- e) Élaborer des règles de calcul des prix de transfert ou des mesures spéciales applicables au transfert d'actifs incorporels difficiles à valoriser.

3.3. Synthèse de l'action 8 du plan BEPS

3.3.1. Modification du chapitre I «Principe de pleine concurrence»

Depuis le rapport de 2010, l'OCDE distingue des biens incorporels les conditions propres au marché ou d'autres circonstances. Par exemple, des circonstances telles qu'une synergie de groupe ou encore le niveau de compétitivité du marché ne sont pas des biens incorporels, mais elles peuvent tout de même influencer le prix de pleine concurrence, et elles sont dès lors considérées comme des facteurs de comparabilité.

Depuis lors, l'OCDE (2013b) a soulevé quatre facteurs qui posent des problèmes de comparabilité et auxquels les principes de 2010 accordaient peu d'importance. Des nouvelles dispositions à propos des quatre facteurs suivants ont donc été ajoutées dans le chapitre I des principes applicables en matière de prix de transfert, à savoir les économies de localisation, les autres caractéristiques du marché local, la main d'œuvre assemblée et les synergies de groupe. Il s'agit d'indications supplémentaires à prendre en compte lors de l'analyse de comparabilité et de l'ajustement de comparabilité.

3.3.1.1. Les économies de localisation

Les économies de localisation désignent l'argent épargné par un groupe d'entreprises suite au transfert de certaines activités vers un pays où les coûts de main-d'œuvre ou les coûts immobiliers, par exemple, sont inférieurs au pays dans lequel étaient initialement exercées ces activités. Lorsqu'une multinationale réalise une économie

de localisation et qu'elle ne la transmet pas à un tiers (clients/fournisseurs)¹, une problématique sérieuse apparaît : quelle est l'entité qui va bénéficier de cette économie ? Est-ce que l'économie va être attribuée au pays de départ, au pays où les coûts d'exploitation sont moins élevés, ou partagée entre ces deux pays? Dans ce dernier cas, comment va être répartie cette économie ?

Le problème de répartition est bien plus compliqué lorsque la multinationale sous-traite des activités à une entreprise associée qui a créé un actif incorporel de valeur correspondant à son savoir-faire technique. Cet actif incorporel est plus difficile à évaluer, mais il doit être pris en compte dans la détermination du prix de transfert. En guise de réponse à la problématique de comparabilité, l'OCDE (2015a) préconise notamment une analyse des fonctions exercées, des risques assumés et des actifs utilisés par les entreprises associées.

3.3.1.2. Les autres caractéristiques du marché local

Lors de l'analyse du prix de transfert, les éventuels droits contractuels, permis ou savoir-faire de valeur substantielle sont pris en compte. Hormis le phénomène d'économie de localisation, il existe également d'autres caractéristiques qui posent des problèmes de comparabilité.

L'action 8 du plan d'action BEPS renseigne que l'existence anticipée d'avantages ou de désavantages liés au marché suite au transfert de biens incorporels peut influer sur le prix de transfert. Dès lors, il est nécessaire d'en tenir compte pour un ajustement de comparabilité. Les nouvelles indications désignent également les circonstances qui entraînent des avantages et des désavantages liés aux biens incorporels.

a) Exemple où il en découle un avantage

Certains marchés requièrent des actifs incorporels tels que des permis pour exercer une activité économique. Cependant, l'octroi de ces permis est parfois très limité, et par conséquent, cela va restreindre le nombre de concurrents sur un marché et influer sur la répartition des retombées économiques. Sur ce type de marché au caractère unique, l'entité qui détient l'actif incorporel bénéficiera d'avantages économiques plus importants que si l'obligation de détention d'actifs incorporels n'était pas requise (OCDE, 2015a).

¹ Voir un exemple de l'OCDE (2010b) dans l'annexe V

b) Exemple où il en découle un désavantage

Certains marchés requièrent des actifs incorporels tels que des permis pour exercer une activité économique. Cependant, il peut s'avérer que ces permis soient aisément accessibles, et il n'existera donc plus d'obstacle important à l'entrée. Sur ce type de marché sans restriction quantitative, l'entité qui détient l'actif incorporel court le risque de subir des désavantages économiques plus conséquents que si l'obligation de détention d'actifs incorporels n'était pas requise (OCDE, 2015a).

3.3.1.3. La main d'œuvre assemblée

La main d'œuvre assemblée désigne un groupe de travailleurs dont l'expérience et les qualifications sont uniques. Ce groupe d'employés peut influer sur l'efficacité avec laquelle une entreprise fournit des services ou produit des biens. Dès lors, l'OCDE (2015a) conseille de tenir compte de l'impact du collectif de travail lors de l'analyse de comparabilité axée sur les prix de transfert. Des ajustements de comparabilité seront effectués s'il est possible de cerner des avantages ou des inconvénients engendrés par ce collectif de travail unique par rapport à une entreprise indépendante de même nature.

De plus, une analyse distincte est nécessaire lorsque cette main d'œuvre assemblée est réaffectée dans une entreprise associée suite à la réorganisation du groupe. Il se peut que ce détachement permette à l'entreprise d'économiser du temps et de l'argent, et cet avantage devrait alors être pris en compte sous forme d'ajustements de comparabilité (OCDE, 2013b).

Enfin, le transfert d'un ou plusieurs employés vers une société associée peut être accompagné du transfert d'un savoir-faire précieux ou d'autres actifs incorporels. Dans ce cas, le savoir-faire est évalué distinctement et le droit d'utiliser cet actif incorporel doit être facturé à un prix approprié (OCDE, 2015a).

3.3.1.4. Les synergies de groupe

L'OCDE (2015a) insère également un paragraphe sur la nécessité d'analyse de comparabilité et éventuellement d'ajustements de comparabilité pour les avantages ou inconvénients synergiques d'un groupe multinational. Etant donné qu'il n'est généralement pas possible de tirer profit d'une synergie pour une entreprise

indépendante, l'avantage ou l'inconvénient synergique en question devrait donc donner lieu à une rémunération distincte.

Les synergies de groupe désignent principalement les avantages qui résultent de l'appartenance à un groupe d'entreprises. Par exemple, une multinationale aura un pouvoir d'achat collectif plus important qu'une entreprise indépendante. Cependant, il est tout de même possible qu'une synergie soit défavorable aux entreprises multinationales. Quoi qu'il en soit, ces synergies doivent être prises en compte lors de l'analyse de comparabilité, mais il ressort du rapport intermédiaire que la comparaison avec des entreprises indépendantes est rarement possible. Par conséquent, l'OCDE (2015a) propose les recommandations suivantes :

- Si l'appartenance à un groupe d'entreprises engendre un avantage « accessoire », c'est-à-dire un avantage dû au seul fait d'appartenir au groupe multinational, aucun paiement ou ajustement de comparabilité ne doit être effectué pour cet effet de synergie.
- Si l'appartenance à un groupe d'entreprises engendre un avantage substantiel, clairement identifiable et structurel, et que cet avantage est obtenu suite à des actions spécifiques et délibérées du groupe, cet avantage synergique doit généralement être partagé « par les membres du groupe à proportion de leur contribution à la création de la synergie considérée » (OCDE, 2014a, p. 23). En d'autres mots, la contribution de chaque entreprise à la création de la synergie est le facteur principal de répartition.

Par ailleurs, il est également formulé qu'un avantage ou un inconvénient synergique doit donner lieu à un ajustement de comparabilité lorsqu'il découle uniquement d'une transaction ou d'une action délibérée et concertée entre les membres du groupe multinational. Par définition, « il y a action délibérée et concertée dès lors qu'une entreprise associée exerce des fonctions, utilise des actifs ou assume des risques au bénéfice d'une ou plusieurs autres entreprises » (OCDE, 2014a, p. 29). Pour déterminer si l'avantage est délibérément obtenu ainsi que substantiel par rapport aux entreprises indépendantes, une analyse fonctionnelle et comparative s'avère indispensable.

Imaginons que des entités d'un groupe se concertent et décident de profiter d'économies d'échelle en achetant un large volume d'articles à un fournisseur via

une seule société du groupe. Cette société revend ensuite les biens aux autres membres du groupe. Un bénéfice peut en résulter, et il devrait donc être partagé par les membres du groupe à proportion de leur volume d'achats¹.

3.3.2. Modification du chapitre II « méthodes de prix de transfert »

3.3.2.1. Avant BEPS

Les principes de 2010 (OCDE, 2010a) mentionnent que la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est susceptible d'être évaluée comme la méthode la plus adaptée pour des situations dans lesquelles sont transmis des actifs uniques et de valeur tels que des biens incorporels, et surtout lorsque ce sont les deux parties de la transaction qui apportent une contribution unique et de valeur. Il est ajouté que les méthodes basées uniquement sur l'utilisation de comparables appropriés sont considérées comme inapplicables pour des actifs uniques et de valeur, étant donné que ces derniers sont incomparables avec d'autres actifs.

Les principes directeurs fournissent également des exemples de clé de répartition sur lesquels se base la méthode du partage des bénéfices. Parmi ces clés d'allocation, les principes mettent en avant deux de ces facteurs : les coûts et les actifs.

3.3.2.2. BEPS

L'OCDE (2015a) tente de clarifier les circonstances dans lesquelles la méthode transactionnelle du partage des bénéfices est la méthode la plus appropriée. Ainsi, des instructions sont ajoutées dans le chapitre II concernant les méthodes de prix de transfert.

Pour sélectionner la méthode la plus appropriée, les nouvelles recommandations n'apportent aucun changement par rapport à ce qui est formulé dans le chapitre II des principes de l'OCDE 2010. Cependant, l'OCDE pointe une utilisation abusive de la méthode du partage des bénéfices en l'absence de comparables fiables. En effet, d'après les cas analysés, le choix de la méthode se fait sur base de la présence ou non de comparables appropriés sans prendre en considération si la méthode choisie est adaptée. Par conséquent, l'OCDE (2015a) considère que la méthode appropriée

¹ Voir un exemple chiffré de l'OCDE (2014a) dans l'annexe VI

utilisant des comparables inexacts est plus fiable que l'utilisation inappropriée de la méthode du partage des bénéfices.

En ce qui concerne les actifs uniques et de valeur, l'OCDE (2015a) admet qu'il existe peu de détails sur ce qu'est « unique et de valeur ». Ainsi, elle définit dans ce plan BEPS le terme “unique” comme des contributions qui ne peuvent pas être référencées sur base de transactions sur le marché libre. Quant à la notion “de valeur”, elle est définie comme des contributions qui prévoient des rendements de bénéfices futurs ou comme une source clé de compétitivité.

De plus, l'OCDE insiste sur l'importance de l'analyse fonctionnelle des parties pour pouvoir appliquer le plus justement la méthode du partage des bénéfices. Par contre, la question de « comment répartir d'une manière fiable les bénéfices? » n'est pas encore résolue. Les critères présentent des avantages et des inconvénients. Cela dépend, par exemple, de la disponibilité, de la subjectivité ou encore de la quantification des informations. L'OCDE (2015a) admet tout de même que le mécanisme de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices manque de clarté pour arriver à une juste quantification du prix de transfert. C'est pourquoi des recommandations viendront compléter ultérieurement ce chapitre II.

3.3.3. Modification du chapitre VI des rapports de l'OCDE

Des nouvelles dispositions remplacent intégralement les dispositions du chapitre VI des principes applicables en matière de prix de transfert écrites en 2010. Cette révision souhaite apporter des outils afin d'expliquer au mieux l'analyse de comparabilité et la sélection de la méthode de fixation des prix de transfert. Ce nouveau chapitre se subdivise en cinq parties :

- 1) Identification des actifs incorporels (définition et catégories d'actifs incorporels).
- 2) Identification des parties ayant droit aux revenus afférents aux biens incorporels. Détermination de la propriété des actifs incorporels (propriété légale et propriété économique).

- 3) Instructions supplémentaires pour déterminer les conditions de pleine concurrence. Il est conseillé de lire et de mettre en relation cette partie avec les nouvelles dispositions du chapitre I concernant les quatre facteurs à prendre en compte lors de l'analyse de comparabilité¹.
- 4) Instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer. Il est conseillé de lire et de mettre en relation cette partie avec les nouvelles dispositions du chapitre II concernant les méthodes de prix de transfert.
- 5) Nouvelles instructions pour déterminer le prix de transfert lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction.

En outre, la fin de ce nouveau chapitre contient une trentaine d'exemples concrets illustrant l'application des nouveaux principes BEPS.

3.3.3.1. Identification des actifs incorporels

L'identification des actifs incorporels représente la première étape importante de l'analyse de comparabilité. L'OCDE a donc décidé de se pencher sur ce point et de réformer la définition ainsi que la catégorisation des biens incorporels.

a) Définition des biens incorporels

Suite aux consultations avec le secteur privé, le groupe de travail de l'OCDE a conclu que des critères généraux permettant l'identification de ce type de biens devaient être déterminés. Leur souhait est d'éviter d'avoir une définition trop large ou trop étroite du terme « incorporel ».

Ainsi, la réforme du chapitre VI propose la nouvelle définition suivante :

Une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier, qui peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales, et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables. (OCDE, 2015a, p. 67)

¹ Les économies de localisation, les autres caractéristiques du marché local, la main d'œuvre assemblée et les synergies de groupe

L'organisme accorde également dans ce chapitre une grande importance à l'analyse fonctionnelle. Celle-ci doit être exécutée en profondeur pour permettre d'identifier les actifs incorporels (analyse fonctionnelle approfondie).

Comme déjà énoncé dans les principes de 2010, ce chapitre rappelle qu'une analyse de prix de transfert doit tenir compte des conditions convenues entre des parties indépendantes pour des transactions similaires (et non pas des définitions comptables ou juridiques). Ainsi, des dépenses de R&D peuvent être considérées comme des actifs incorporels aux fins de la fixation de prix de transfert, alors qu'elles constituent des charges et non des actifs immobilisés aux yeux des normes comptables.

Par contre, l'OCDE (2015a) ajoute que des éléments tels que les conditions du marché, les synergies de groupe ou la situation du marché local ne peuvent être considérés comme des actifs incorporels, car ils ne peuvent être ni possédés ni contrôlés (exemples : taille du marché, compétitivité du marché). Cependant, ces caractéristiques peuvent avoir une influence sur les revenus afférents aux biens incorporels, et elles doivent être prises en compte lors de l'analyse de comparabilité.

Enfin, des illustrations d'exemples d'actifs incorporels accompagnent la fin de cette première partie bien que l'analyse approfondie permettant d'identifier les actifs incorporels pertinents reste obligatoire pour les administrations fiscales et les contribuables. Voici la liste des biens incorporels définis¹ dans cette action 8 :

- ✓ Brevets
- ✓ Savoir-faire et secrets industriels ou commerciaux
- ✓ Marques de fabrique
- ✓ Noms commerciaux
- ✓ Marques commerciales
- ✓ Droits conférés par les contrats
- ✓ Les concessions
- ✓ Licences et droits limités sur des actifs incorporels
- ✓ Survaleur et valeur d'exploitation

b) Catégories d'actifs incorporels

Différentes catégories de biens incorporels sont décrites dans le chapitre VI des principes de l'OCDE (2010a). Des distinctions sont faites entre les biens incorporels de commercialisation (marques de fabrique, noms commerciaux, la clientèle, les

¹ Voir les définitions dans l'annexe VII (OCDE, 2014a)

symboles) et les biens incorporels manufacturiers (brevets, dessins), entre les biens incorporels « non protégés » et les biens incorporels « protégés »¹.

Avec le plan BEPS, l'OCDE a décidé de mettre fin à ce système de classification.

3.3.3.2. Identification des parties ayant droit aux revenus afférents aux biens incorporels

En règle générale, la question de l'allocation des revenus afférents aux biens incorporels pose des problèmes lors de l'analyse du prix de transfert. Par exemple, lorsque des revenus supplémentaires sont dégagés pour un produit grâce à l'utilisation d'un brevet, la question à se poser est : « Qui a le droit de bénéficier de ce revenu ? Est-ce la société mère ou la filiale ? ». Cependant, il est parfois impossible d'identifier le ou les bénéficiaires de droit.

Afin de déterminer l'allocation de ces revenus, l'OCDE (2015a) préconise dans cette réforme l'utilisation du concept de « contribution de valeur » et des fonctions, connues en anglais sous l'acronyme « DEMPE² ». Les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés en relation avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels sont dès lors considérés comme essentiels pour déterminer quelle partie est en droit de bénéficier des revenus tirés de l'exploitation de ces actifs incorporels. Les membres du groupe multinational devraient percevoir une rémunération proportionnelle à leur contribution respective dans les activités concernant la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels.

Le seul fait d'être le propriétaire légal n'est donc plus suffisant pour être en droit de bénéficier des revenus afférents à un bien incorporel. En d'autres mots, la détention d'un actif ou du droit d'utiliser cet actif, selon les règles de droit privé³, ne confère plus le droit ultime de bénéficier du rendement tiré de l'exploitation dudit actif.

¹ Voir les définitions dans l'annexe VIII (OCDE, 2010a)

² Les fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation d'un actif incorporel.

³ Selon l'article 544 du Code civil belge, « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue [...] ». Ce droit prend notamment sa source lors de la conclusion de contrats de R&D, de brevet et de marque. Lors d'une invention, le droit au brevet appartient souvent à l'inventeur (Mariai, 2008).

Il requiert maintenant de tenir compte du propriétaire économique¹, c'est-à-dire celui qui, sur base d'éléments concrets, contribue à la création de valeur incorporelle. De cette façon, dans le cas d'un actif incorporel développé en interne, les revenus résultant de l'exploitation dudit actif ne peuvent pas être attribués au propriétaire légal si celui-ci n'a exercé aucune fonction importante, n'a procuré aucun actif et n'a supporté aucun risque pour le développement de l'actif incorporel.

L'OCDE (2015a) fournit des indications quant à la signification des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques supportés.

Premièrement, les fonctions exercées désignent les fonctions d'exécution de la mise au point, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection et de l'exploitation d'actifs incorporels, mais elles peuvent également faire référence aux fonctions de contrôle liées à ces activités. Cela signifie qu'une rémunération devrait être versée à une partie qui contrôle les fonctions d'exécution, alors que cette partie n'accomplit pas directement les activités de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation d'actifs incorporels. Voici les exemples de fonctions importantes publiés dans l'action 8: la conception et le contrôle des programmes de recherche et de commercialisation, le contrôle des décisions stratégiques concernant les programmes de mise au point ou encore la gestion et le contrôle des budgets.

Deuxièmement, les actifs utilisés font référence aux actifs incorporels, corporels ou aux financements apportés pour des activités de recherche, de mise au point ou de commercialisation. Concernant le financement, il est souvent conjugué à une prise de risques.

Troisièmement, les risques supportés incluent notamment le risque de financement, le risque d'échec des activités de R&D et de commercialisation d'actifs incorporels, le risque d'obsolescence du produit, le risque d'atteinte aux droits², ou encore le risque d'exploitation, c'est-à-dire l'incertitude quant au rendement futur généré par un actif incorporel. Il est clair que la nature de l'actif incorporel et les circonstances de chaque cas d'espèce déterminent l'existence et l'ampleur de ces risques.

¹ La propriété économique des actifs n'est pas reconnue en tant que telle dans le droit privé.

² Exemple : Si un compétiteur enfreint les droits d'un brevet, cela pourrait engendrer des coûts juridiques.

Une précision est donnée quant à l'interprétation du terme « support du risque ». Il est écrit que l'entité, qui supporte réellement un risque, est l'entité qui exerce un contrôle sur ce risque. L'exemple 16 à la fin du chapitre proposé par l'OCDE (2015a) illustre clairement l'importance de la notion¹ « contrôle du risque ». Il y est exprimé qu'une entité qui supporte, contractuellement, le risque d'échec de mise au point d'un actif incorporel, mais qui manque d'aptitudes à contrôler le risque lié à la R&D, ne doit alors pas être considérée comme l'entité qui assume réellement le risque d'échec. En d'autres mots, si cette entité ne dispose pas d'employés qualifiés pour mener et superviser les activités de mise au point, elle n'est pas considérée aux yeux de l'OCDE comme l'entité qui supporte majoritairement le risque d'échec de mise au point.

De plus, l'OCDE (2015a) ajoute clairement que dans le cas où le propriétaire légal finance les coûts liés à un actif incorporel sans pour autant prendre des risques et contrôler l'usage des fonds fournis, seul le remboursement du capital ajusté en fonction du risque doit lui être attribué. Le rendement supérieur généré par un bien incorporel doit donc revenir au(x) propriétaire(s) économique(s).

Enfin, l'OCDE (2015a) propose dans cette réforme la structure d'une analyse de transactions portant sur des actifs incorporels. Voici les différentes étapes :

- a) Les droits reconnus par la loi et les dispositions contractuelles sont des éléments probants pour l'analyse de prix de transfert. Ils servent donc de base pour identifier le propriétaire légal et les conditions d'une transaction.
- b) Ensuite, l'analyse fonctionnelle va permettre d'identifier le ou les propriétaires économiques. Autrement dit, le ou les membres qui exercent ou contrôlent des fonctions importantes de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation, le ou les membres qui financent les activités ou qui apportent les actifs nécessaires, et le ou les membres qui contrôlent et assument les différents risques afférents à l'actif incorporel.
- c) La 3^{ème} étape consiste en une analyse fonctionnelle approfondie qui compare les conditions des accords juridiques avec le comportement réel des parties. Cette étape sert à vérifier la cohérence des dispositions contractuelles.

¹ Vous trouverez dans l'annexe IX l'interprétation de cette notion par l'OCDE (2010a).

- d) Ensuite, il s'agit d'évaluer les contributions respectives de chaque partie pour les transactions contrôlées liées à la mise au point, à l'amélioration, à l'entretien, à la protection et à l'exploitation des actifs incorporels considérés.
- e) Les contributions de chaque partie servent ensuite de base pour la détermination du prix de transfert. Afin que ce prix de transfert soit conforme au principe de pleine concurrence, l'OCDE propose de :

se référer à l'ampleur et la nature des activités d'entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires, à la rémunération reçue par des entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires, et à la création anticipée de valeur incorporelle par des entités indépendantes comparables exerçant des fonctions similaires. (OCDE, 2015a, p. 85)

Les facteurs de comparabilité doivent également être pris en compte. Lorsqu'il n'est pas possible de trouver des transactions comparables, il est recommandé d'utiliser la méthode du partage des bénéfices ou les techniques d'évaluation afin d'attribuer un prix de pleine concurrence à l'exercice des fonctions exercées, et/ou des actifs utilisés et/ou des risques supportés.

3.3.3.3. Instructions supplémentaires pour déterminer les conditions de pleine concurrence

L'action 8 fournit des instructions supplémentaires non exhaustives pour la détermination des conditions de pleine concurrence dans le cas de transactions impliquant des actifs incorporels. Elle présente surtout les principes à prendre en compte lors de l'analyse de comparabilité (OCDE, 2015a).

Parmi ces principes, elle souligne l'importance de tenir compte des options réalistes lors d'une analyse de prix de transfert. Cela signifie que les points de vue de chaque partie de la transaction doivent être examinés. Prenons comme exemple une société A qui désire transférer ses droits d'utilisation d'un savoir-faire à la société associée B. L'option la plus réaliste du côté de la société A est de vendre ses droits à un prix égal ou supérieur à 100€ étant donné que ses autres options réalistes (y compris la non-cession de droits) impliquent un revenu de 100€. En effet, il serait irréaliste de céder ses droits à un prix moins avantageux que ses autres options réalistes. L'option la plus réaliste du côté de la société B est d'acquérir ces droits à un prix inférieur à 95€ de sorte que la rentabilité de son exploitation soit conservée.

Dans ce cas-ci, le prix minimum acceptable par le cédant est supérieur au prix maximum acceptable par le cessionnaire. Ainsi, il est recommandé d'examiner s'il convient, soit de renoncer à la transaction, soit de modifier les conditions de la transaction, soit d'ajuster le prix de transfert (OCDE, 2015a).

A côté de la prise en compte des options réalistes, l'action 8 met en avant l'importance de la prise en compte des caractéristiques spécifiques des actifs incorporels lors de l'analyse de comparabilité étant donné qu'elles influenceront les revenus et bénéfices futurs d'un actif incorporel. L'action 8 présente une liste non exhaustive de caractéristiques spécifiques telles que l'exclusivité, la portée et la durée de la protection juridique ou encore la couverture géographique¹.

3.3.3.4. Instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer

Comme il l'était déjà recommandé dans les principes de 2010, chacune des cinq méthodes de prix de transfert décrites par l'OCDE (2010a) pourrait convenir pour des transactions impliquant des biens incorporels. Des méthodes alternatives peuvent également être appropriées.

Afin de se conformer au principe de pleine concurrence, une analyse de comparabilité doit être effectuée avant la détermination de la méthode de prix de transfert. Cette analyse de comparabilité va faire ressortir des comparables qui seront éventuellement ajustés de façon appropriée et fiable.

Toutefois, l'OCDE (2015a) admet que l'identification de transactions comparables sur le marché libre est souvent difficile, voire impossible, surtout lorsque les actifs incorporels présentent des caractéristiques uniques ou encore lorsque les données ne sont pas disponibles. Malgré ces difficultés, la fixation du prix de pleine concurrence demeure possible.

En l'absence de transactions comparables sur le marché libre, l'OCDE (2015a) préconise l'application d'une autre méthode prenant en compte : les fonctions exercées, les actifs détenus, les risques assumés, les motivations personnelles, les perspectives de chaque partie, les avantages concurrentiels conférés, les avantages économiques escomptés et d'autres facteurs de comparabilité.

¹ Vous trouverez de plus amples informations sur ces caractéristiques dans l'annexe X.

L'OCDE (2015a) ajoute ensuite que « les méthodes unilatérales, y compris la méthode du prix de revente et la méthode transactionnelle de la marge nette, ne sont pas en règle générale des méthodes fiables aux fins de valorisation directe d'actifs incorporels » (p. 99). Il est également mentionné que les méthodes de prix de transfert, qui reposent sur le coût de mise au point d'un actif incorporel, sont déconseillées étant donné que ce coût de mise au point ne tient pas compte de la valeur ultérieure d'un actif incorporel. Par contre, ces méthodes sont valables lorsqu'il s'agit de mises au point d'actifs incorporels utilisés pour des activités internes (logiciels internes).

Par conséquent, l'action 8 (OCDE, 2015a) met en avant les trois méthodes suivantes qui seraient susceptibles d'être utiles dans des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels : la méthode du prix comparable sur le marché libre, la méthode transactionnelle du partage des bénéfices et l'utilisation de techniques d'évaluation.

a) Méthode du prix comparable sur le marché libre

Selon l'OCDE, il s'agit de la méthode la plus appropriée lorsque des transactions comparables sur le marché libre ont été identifiées de manière fiable.

b) Méthode transactionnelle du partage des bénéfices

L'OCDE (2015a) préconise le choix de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices lorsque le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels révèle l'absence de transactions comparables sur le marché libre. Néanmoins, il faudra se poser deux questions lors de l'évaluation de cette méthode. D'une part, les données appropriées relatives aux bénéfices combinés et à la répartition correcte des dépenses sont-elles disponibles? D'autre part, les paramètres utilisés pour répartir les bénéfices combinés sont-ils fiables?

Ce chapitre ajoute une mise en garde lorsque des approches de partage des bénéfices sont fondées sur des dépenses et revenus prévisionnels, notamment dans des transactions impliquant des actifs incorporels en cours de mise au point. En effet, il est possible qu'une telle approche ne soit pas fiable étant donné l'incertitude des estimations de bénéfices et des flux de trésorerie futurs prenant en compte une série de facteurs difficiles à évaluer. Par exemple, un composé chimique est en cours de

mise au point dans un laboratoire pour un coût relativement modeste. Il s'avère alors que ce composé chimique a un potentiel commercial très élevé. La contribution des travaux menés avant le transfert ne correspondra pas nécessairement au coût total de ces travaux. Ainsi, une série de facteurs devra être analysée tels que les niveaux de risques ou encore la valeur des contributions des activités de recherche avant et après le transfert.

Enfin, l'OCDE (2015a) souligne l'importance de l'analyse fonctionnelle lors de l'analyse du partage des bénéfices, car elle permettra d'identifier les facteurs de création de valeur, tels que les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques supportés par chacune des parties. Par conséquent, l'analyse fonctionnelle aura une influence significative sur l'allocation des bénéfices.

c) Utilisation de techniques d'évaluation

Lorsque le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels révèle l'absence de transactions comparables sur le marché libre, l'OCDE (2015a) propose également d'employer des techniques d'évaluation pour estimer le prix de transfert à condition que ces techniques se conforment au principe de pleine concurrence. La prudence est de mise quant à l'utilisation des évaluations comptables aux fins de la fixation des prix de transfert, car ces évaluations ne représentent pas nécessairement des valorisations de pleine concurrence. Par conséquent, un examen attentif des approches d'évaluation est conseillé.

L'action 8 relève en particulier le potentiel des techniques d'évaluation fondées sur la valeur actualisée des flux de revenus ou de trésorerie futurs susceptibles d'être tirés de l'exploitation de l'actif incorporel. « D'une manière générale, la valeur de l'actif incorporel est évaluée à partir de la valeur estimée des flux de trésorerie futurs que l'actif est susceptible de générer durant le reste de sa durée d'utilité prévisionnelle » (OCDE, 2015a, p. 103).

Cependant, l'utilisation de cette technique d'évaluation nécessite une évaluation complète de fiabilité, car les estimations de valeur obtenues peuvent être assez volatiles.

Pour évaluer la fiabilité de cette méthode, l'OCDE (2015a) indique que:

Les contribuables ainsi que les administrations fiscales devraient :

- Décrire expressément chaque hypothèse utilisée dans la construction du modèle d'évaluation.
- Énoncer les principes suivis lors du choix des paramètres d'évaluation.
- Se tenir prêts à soutenir le caractère raisonnable des hypothèses et paramètres d'évaluation considérés.
- Inclure dans leur documentation relative au prix de transfert une analyse de sensibilité montrant les effets que des changements dans les hypothèses et paramètres retenus auraient sur la valeur estimée des actifs incorporels concernés. [traduction libre] (p. 104)

Des paragraphes décrivent par la suite les caractéristiques à prendre en compte lors de l'évaluation de certaines hypothèses qui sous-tendent les calculs de l'approche fondée sur l'actualisation des flux de trésorerie. Voici la liste exhaustive des caractéristiques décrites :

- Fiabilité des prévisions des flux de trésorerie
- Taux de croissance prévisionnel utilisé
- Taux d'actualisation employé pour calculer la valeur des flux de trésorerie
- Durée d'utilité réelle de l'actif incorporel
- Les effets des futurs impôts

3.3.3.5. Instructions supplémentaires pour déterminer le prix de transfert lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction

Il est parfois très difficile d'évaluer le bien incorporel au moment de la transaction entre entreprises associées. C'est pourquoi l'OCDE (2015a) a émis des recommandations décrivant comment solutionner le problème d'évaluation.

L'une des possibilités relevées dans ce chapitre consiste à déterminer le prix d'un actif incorporel sur la base des avantages escomptés. En fonction de la faisabilité des prévisions de l'évolution future d'un actif incorporel, des entreprises indépendantes jugent s'il est nécessaire de se réservier le droit ou non de procéder à des ajustements futurs sur le prix de la transaction. Dans le cas où ils jugent que la fixation du prix fondée uniquement sur base des avantages escomptés n'est pas fiable, ils opteront probablement, soit pour des contrats de plus faible durée, soit pour une clause dans le contrat permettant une renégociation du contrat. Une clause d'ajustement du prix

peut, par exemple, revendiquer des paiements additionnels lorsque des objectifs de développement sont atteints avec succès ou encore exiger un taux de redevance plus élevé lorsque les ventes du licencié atteignent un certain montant.

De plus, l'expression « actifs incorporels difficiles à évaluer », connue sous la forme anglo-saxonne « hard-to-value intangibles » est définie dans cette section. La définition couvre les actifs incorporels ou les droits sur des actifs incorporels :

- pour lesquels, au moment du transfert intra-groupe, aucun comparable fiable n'a été identifié ;
- et pour lesquels, au moment de la transaction, les projections des flux de trésorerie futurs attendus suite à l'exploitation de l'actif incorporel sont très incertaines, rendant difficile de prédire le niveau de succès de l'actif.
[traduction libre] (OCDE, 2015a, p. 110)

L'OCDE (2015a) notifie également que :

Les transactions impliquant le transfert ou l'utilisation d'actifs incorporels difficiles à évaluer pourraient présenter une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

- L'actif incorporel est encore en cours de développement au moment de la transaction.
- L'actif incorporel n'est pas prévu pour être exploité commercialement dans les années qui suivent la transaction.
- L'actif incorporel ne tombe pas dans la définition « d'actifs incorporels difficiles à évaluer », mais il fait partie intégrante du développement ou de l'amélioration d'autres actifs incorporels qui rentrent dans cette définition.
- L'actif incorporel est prévu pour être exploité commercialement d'une façon totalement nouvelle au moment de la transaction et l'absence d'antécédents du développement ou de l'exploitation d'actifs similaires rend les projections très incertaines.
- L'actif incorporel, qui tombe dans la définition « d'actifs incorporels difficiles à évaluer », a été transféré à une entreprise associée pour un versement unique.
- L'actif incorporel est, soit utilisé, soit développé sous un accord de répartition des coûts¹. [traduction libre] (p. 110)

Enfin, des indications sont rédigées et destinées aux administrations fiscales avec pour objectif de faciliter la vérification d'un prix de transfert impliquant des actifs incorporels difficiles à évaluer. L'OCDE (2015a) considère que les revenus effectifs tirés de l'exploitation de l'actif incorporel représentent des indices probables pour vérifier le prix de transfert fixé par les entreprises associées. Ainsi, cette section met

¹ Voir la définition dans l'annexe XI

en avant l'importance de l'analyse de la rentabilité effective de l'actif incorporel connue des années après le transfert par rapport à la rentabilité anticipée au moment du transfert. Lorsque l'administration relève une différence entre la rentabilité effective et la rentabilité anticipée, elle doit alors se demander d'où provient cette différence. Est-ce qu'elle résulte d'événements imprévus et imprévisibles tels que le retrait d'un produit compétitif ou une catastrophe naturelle? Ou est-ce que cette différence provient d'une évaluation inappropriée des développements et des événements prévisibles?

A la fin de l'analyse, l'administration fiscale ajustera en général le prix de transfert si une différence avec la rentabilité effective est notable. Cependant, il existe des exemptions à ce droit d'ajustement. En effet, les administrations fiscales n'auront pas le droit de faire des ajustements sur le prix de transfert impliquant « des actifs incorporels difficiles à évaluer » lorsqu'au moins un des cas suivants s'applique:

- a) Le contribuable fournit d'une part, le détail des projections de rentabilité utilisées au moment de la transaction pour fixer le prix de transfert et d'autre part, les preuves fiables que la différence entre la rentabilité effective et la rentabilité anticipée résulte, soit d'événements imprévus que le contribuable n'aurait pas pu prévoir, soit du fait que les probabilités d'occurrence d'événements prévisibles n'étaient pas sous-estimées ou surestimées de façon significative lors du moment de la transaction.
- b) Le prix de transfert « d'actifs incorporels difficiles à évaluer » est établi suite à un accord préalable bilatéral ou multilatéral entre les pays du cessionnaire et les pays du cédant.
- c) La différence entre la rentabilité effective et la rentabilité anticipée, qui résulte soit d'événements imprévisibles, soit d'une interprétation des probabilités d'occurrence d'événements prévisibles comme vu au point a), n'a pas un effet supérieur à 20% (effet réduisant ou augmentant le prix pour l'actif incorporel en question) sur le prix de transfert fixé au moment de la transaction.
- d) Une période de commercialisation de 5 ans a eu lieu depuis l'année pendant laquelle l'actif incorporel a généré pour la 1^{ère} fois des revenus. Durant ces 5 ans, la différence entre la rentabilité effective et la rentabilité anticipée, résultant soit d'événements imprévisibles, soit d'une interprétation des probabilités d'occurrence d'événements prévisibles comme vu au point a), n'était pas supérieure à 20% des projections.

[traduction libre] (OCDE, 2015a, p. 111)

L'exemple ci-dessous illustre d'ailleurs l'exemption au point a). Il s'avère que des preuves montrent que la rentabilité effective d'un produit exploitant l'actif incorporel transféré s'élève à 1000€ par jour. Cependant, la rentabilité anticipée fixée par le contribuable et basée sur des projections considérait que les ventes atteindraient seulement un maximum de 100€ par jour. Il y a donc une différence de 900€ par jour entre la rentabilité effective et la rentabilité anticipée. Suite à une analyse de l'administration fiscale, il ressort que cette différence résulte de la faillite inattendue d'un concurrent sérieux qui était imprévisible au moment de la transaction. Ainsi, la rentabilité anticipée par le contribuable de 100€ par jour devra être considérée comme conforme au principe de pleine concurrence, et elle ne pourra pas être ajustée par l'administration fiscale.

La révision du chapitre 6 se termine par des indications concernant les transactions portant sur l'utilisation d'actifs incorporels uniques et de valeur. Il est mentionné que lorsque les actifs incorporels utilisés sont clairement identifiés comme uniques et de valeur, le recours à des ajustements de comparabilité ou le choix d'autres méthodes de prix de transfert moins dépendantes de l'identification de transactions comparables, s'impose.

Cadre empirique

1. Hypothèses

Suite aux différentes notions développées dans le cadre théorique, cinq hypothèses, associées aux recommandations les plus marquantes de l'action 8 du plan BEPS, apparaissent.

Hypothèse 1= La révision de la définition des actifs incorporels et les recommandations pour l'identification des biens incorporels sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8. Nous entendons par objectif général de cette action, la volonté d'imposer les bénéfices là où la valeur est créée.

Hypothèse 2= Les instructions sur l'identification des parties ayant droit aux revenus afférents aux biens incorporels sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

Hypothèse 3= Les orientations supplémentaires sur les conditions de pleine concurrence sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

Hypothèse 4= Les instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

Hypothèse 5= Les instructions supplémentaires pour déterminer le prix de transfert lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

2. Méthodologie

2.1. Choix de la méthode de recherche

Faisant suite au cadre théorique, une observation personnelle a fait figure de point de départ pour appréhender la nouvelle révision des principes de l'OCDE. Ensuite, il nous paraissait essentiel d'aller découvrir dans la pratique comment était perçue cette action 8. Les prix de transfert étant une matière de spécialistes et en réalité très concrète, nous étions désireux d'étayer le sujet et de collecter des critiques de personnes hautement qualifiées dans cette matière.

Afin de collecter les données pour vérifier les cinq hypothèses, nous avons décidé de recourir à la méthode qualitative que nous estimions plus pertinente que la méthode quantitative. La raison de ce choix s'explique par une volonté de traiter principalement des données non-chiffrées qui nous paraissent plus appropriées pour un sujet comme celui-ci. De plus, cette méthode a pour force de permettre une compréhension des opinions, des points de vue et des pensées d'un individu (Saunders, Lewis, & Thornhill, 2012).

L'application de cette méthode s'est traduite par la réalisation d'interviews, puisque les discours constituent le matériel de base pour décrypter sur le fond ce que pensent les personnes interrogées (Saunders & al., 2012). En outre, nous avons veillé à ce que les personnes interrogées soient des experts en matière de prix de transfert avec une expérience d'au moins cinq ans et ayant évidemment lu l'action 8.

A la suite de ces entrevues, l'étude qualitative s'est poursuivie avec une interprétation des résultats collectés, et elle s'est clôturée par une discussion croisant les résultats avec les hypothèses et avec la littérature disponible.

2.2. Choix de l'échantillon pour l'analyse qualitative

Afin de mener à bien cette analyse, nous avons contacté dix personnes disposant de connaissances élevées en matière de prix de transfert et aux profils différents (société d'audit, administration fiscale, organisation non-gouvernementale [ONG], cabinet d'avocats). Au total, cinq d'entre-elles ont accepté de nous recevoir et de répondre à nos questions. Cet échantillon se compose des personnes suivantes¹:

Point de vue de deux experts de grands groupes d'audit financier :

- Monsieur Nicolas REY, Senior consultant Transfer Pricing de la société BDO Belgique, travaillant depuis cinq ans sur la problématique des prix de transfert et plus particulièrement sur les biens incorporels.
- Monsieur André SCHAFFERS, Partner Tax - Transfer Pricing de la société Deloitte Belgique, travaillant depuis au moins dix-huit ans sur la problématique des prix de transfert.

Point de vue d'un ancien expert de l'administration fiscale ainsi que de l'OCDE :

- Monsieur Stéphane DE BAETS, Senior conseiller Transfer Pricing de la société PricewaterhouseCoopers Belgique depuis 2016, ancien membre du département international des services centraux de l'administration de la fiscalité belge et ancien conseiller Transfer Pricing de l'OCDE.

Point de vue d'un avocat :

- Maître Philippe MALHERBE, avocat, Partner du cabinet Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick et ayant une expérience forte en matière de droit des sociétés et de droit fiscal, notamment dans le domaine des prix de transfert.

Point de vue d'un membre d'une ONG :

- Monsieur Antonio GAMBINI, chargé de recherche & plaidoyer financement du développement au sein de l'organisme CNCD (centre national de coopération au développement) et travaillant depuis plus de cinq ans sur la problématique des prix de transfert.

¹ Voir un descriptif plus complet dans l'annexe XII

2.3. Déroulement des entretiens avec les experts

La collecte d'informations s'est donc articulée autour de cinq entrevues, chacune ayant été enregistrée. Elles étaient réalisées en français ou en anglais. Les entretiens se présentaient sous la forme d'une discussion semi-directive, accompagnée d'un guide d'entretien¹ préétabli par nos soins, qui contient les principaux thèmes de l'action 8 à aborder. Le nombre de questions était limité afin de laisser l'intervenant s'exprimer et transmettre ses connaissances et ses opinions.

Enfin, nous ajouterons que nous avons expliqué initialement à chaque intervenant le plan de notre travail et l'objectif de ces interviews.

¹ Voir le guide d'entretien en français dans l'annexe XIII

3. Résultats

Notre analyse se présente ensuite sous forme d'une synthèse de l'ensemble des entretiens, décortiquée en divers thèmes.

3.1. La nouvelle définition des biens incorporels

Selon Monsieur Rey et Monsieur Schaffers, la nouvelle définition change peu. C'est pratiquement la même. Deux notions ont été ajoutées dans l'action 8, à savoir la notion « transférable » et la notion « contrôlable ». Ils admettent tout de même que ces deux notions ajoutées sont importantes et permettent de savoir que certains éléments ne sont pas des biens incorporels. Par exemple, lorsqu'une personne ayant des relations importantes est transférée d'une filiale à une autre, il faut alors se demander si le cerveau humain peut être considéré comme un bien incorporel. Cette nouvelle définition nous donne la réponse. En effet, le cerveau de cette personne n'est ni contrôlable ni transférable, et par conséquent, aucune redevance ne devrait être payée suite au transfert.

Monsieur De Baets admet que la nouvelle définition des actifs incorporels reste très large, mais il estime que celle-ci doit l'être. L'objectif n'est pas d'avoir une construction légale arbitraire. Elle sert plutôt à exclure les éléments qui ne peuvent pas être considérés comme des actifs incorporels dans le cadre de la problématique des prix de transfert. Le but est d'éviter qu'on attribue une valeur à n'importe quoi.

3.2. La suppression de la catégorisation des biens incorporels

Cette mise en commun de la définition sur papier suit la logique des expériences rencontrées dans la pratique ces dernières années, selon Monsieur Rey, Monsieur Schaffers et Monsieur De Baets. En effet, lors d'une évaluation d'actifs incorporels, des entreprises comme Deloitte, PricewaterhouseCoopers ou BDO ne font pas de distinctions entre les catégories d'actifs incorporels. Ils analysent et valorisent les actifs incorporels en tant que tels, pour ce qu'ils sont, sans se rattacher aux catégories prévues dans les principes directeurs de l'OCDE. Monsieur De Baets précise que les orientations dans le chapitre VI des principes directeurs de l'OCDE sont valables

pour tous les types de biens incorporels. Par conséquent, la catégorisation de biens incorporels ne donnait aucun sens.

3.3. Les instructions supplémentaires concernant les facteurs à prendre en compte lors de l'analyse de comparabilité

La distinction entre les actifs immatériels et les conditions propres au marché, comme les effets de synergie, les avantages de localisation ou la main d'œuvre assemblée, est vue d'un très bon œil par Monsieur Rey, Monsieur Schaffers et Monsieur De Baets. Les indications supplémentaires apportent une perspective sur la vue de l'OCDE. L'avantage est que cette discussion est déjà un peu plus détaillée et va plus en profondeur que dans les précédents rapports de l'OCDE, mais cela ne résout pas tous les problèmes.

Monsieur De Baets craint que ce chapitre soit sujet à de nombreuses controverses. En effet, des pays comme la Chine ou l'Inde, vont revendiquer le fait qu'ils ajoutent de la valeur à un produit dans leur pays, et qu'ils devraient dès lors être récompensés d'une partie des économies de localisation. A l'inverse, d'autres pays, comme les Etats-Unis, vont probablement être opposés à cette situation. Des différences d'interprétation de ce chapitre risquent d'émerger et de mener à des conflits entre les autorités fiscales.

Monsieur De Baets, Monsieur Schaffers ainsi que Monsieur Rey regrettent également le manque d'orientation en ce qui concerne la distribution des avantages synergiques entre les différents membres du groupe. L'action 8 mentionne que ces avantages devraient être alloués aux différents membres du groupe proportionnellement à leur contribution respective sur la création de la synergie. Cependant, ils estiment que l'OCDE ne donne pas assez de précisions sur les clés de répartition à utiliser, ni sur le terme « synergies importantes », ni sur le concept « action délibérée et concertée ». De plus, Monsieur Rey s'interroge quant à la légitimité de cette répartition. Du point de vue de la pleine concurrence, cela n'a pas de sens, selon lui, car ces synergies n'existent pas entre tiers.

Monsieur Rey ainsi que Monsieur De Baets, sont également d'avis que les instructions concernant les synergies, vont certainement mettre fin en Belgique au fameux régime connu sous le terme anglo-saxon « excess profit rulings ». Il faut

savoir que ce système faisait débat, parce que ces accords préalables de prix entre l'administration belge et les contribuables permettaient de définitivement défiscaliser en Belgique tous les profits supplémentaires issus d'une synergie de groupe. Ces profits étaient alors taxés ailleurs. A la suite d'enquêtes de la commission européenne, il a été constaté que le principe de pleine concurrence n'a pas toujours été respecté dans les accords préalables de prix de transfert. Au final, ces bénéfices n'étaient taxés nulle part ailleurs. L'Union européenne [UE] pointait du doigt l'éventuelle distorsion de concurrence de ces régimes. Elle pourrait dès lors utiliser l'action 8 pour condamner les « excess profit rulings » belges et opter pour une répartition des revenus issus de synergie entre les membres d'un groupe.

Enfin, les nouvelles instructions ajoutent que l'analyse de comparabilité doit dorénavant prendre en compte les options réalistes de chaque partie de la transaction. Selon Monsieur Rey, cela vise à réduire la dichotomie entre la réalité et la fiction des prix de transfert. Il reste toutefois sceptique, car dans une transaction intra-groupe, il n'y a jamais une négociation sur la valorisation contrairement à ce qui se fait dans une transaction entre tiers.

3.4. Propriétaire légal VS propriétaire économique

L'action 8 met en avant l'importance de la propriété économique lorsqu'il s'agit d'identifier quelles sont les parties qui sont en droit de recevoir une rémunération liée à un actif incorporel. La valeur légale reçoit dès lors une valeur optionnelle résiduelle.

Selon Monsieur De Baets, Monsieur Schaffers et Monsieur Rey, cette orientation reflète le bon sens et est clairement en ligne avec la notion de substance. Il est positif de l'avoir exprimé noir sur blanc dans le rapport final et c'est une bonne approche du point de vue économique. Cependant, elle risque de soulever à nouveau des conflits entre les autorités fiscales, selon Monsieur De Baets.

Ils sont tous les trois d'accord pour dire que l'OCDE omet quelques précisions sur la valeur résiduelle d'une propriété légale. Est-ce que la propriété légale ne doit pas du tout être rémunérée ? Les indications ne sont pas encore très claires à ce sujet et restent à l'appréciation des autorités fiscales. Il est tout de même formulé dans l'exemple 16 que seul un rendement sans risque devrait être attribué au niveau de la société qui n'a pas de substance, mais qui finance l'actif incorporel. Toutefois, cela

ne mentionne pas si c'est un rendement sur capital, et si dans ce cas-là, c'est avant ou après impôts.

Par contre, le point de vue de Maître Malherbe est nettement plus critique sur cette prise de position. D'après lui, c'est une illusion de prétendre qu'on peut trouver le lieu de création de valeur et donc le ou les propriétaires économiques. La notion de substance lui semble être un terme vide, et il se pose les questions suivantes :

- A partir de quand une société est-elle considérée comme propriétaire économique ?
- Qu'est-ce qui fait la valeur ?
- Où la valeur est-elle créée ? Là où se trouvent les actionnaires ? Là où le capital est mis en œuvre ? Là où l'idée d'un projet est née ?

Prenons l'exemple de la marque Harry Potter qui est devenue un droit incorporel une fois les livres publiés. La question est de savoir où est-ce que la valeur de cette marque a été créée? La population mondiale a collectivement décidé de faire de JK Rowling une milliardaire en lisant les livres Harry Potter, tandis qu'un autre écrivain, travaillant autant, n'a pas connu le même succès. Ainsi, ne serait-il pas légitime que la base taxable se situe dans les pays ayant lu ces livres et ayant accordé de l'importance à ceux-ci? Ou est-il préférable d'imposer les bénéfices liés à cette marque dans les endroits où JK Rowling a écrit ces livres ? Etant donné que JK Rowling a écrit une partie du tome I d'Harry Potter au Portugal, les autorités portugaises sont-elles en droit de percevoir une part de l'impôt sur la marque ?

Le problème est similaire pour la marque Google. Où faut-il taxer Google ? Doit-on imposer cette marque dans les pays où sont générés les revenus ? Autrement dit, là où se trouvent les annonceurs qui paient pour une meilleure visibilité sur le moteur de recherche. Ou alors doit-on imposer Google là où ses utilisateurs se connectent, c'est-à-dire partout dans le monde ?

C'est un problème philosophique et juridique qui n'a pas été résolu par l'action 8 et le plan BEPS en général. Ainsi, pour Maître Malherbe, l'acronyme BEPS, signifiant « érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices » est une escroquerie intellectuelle, quand on ne sait actuellement pas où est la base taxable.

3.5. Les Fonctions DEMPE

Afin d'identifier les parties du groupe ayant droit aux revenus tirés de l'exploitation d'un actif incorporel, l'OCDE (2015a) préconise dans cette réforme l'utilisation du concept des fonctions « DEMPE¹ ». En effet, les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés en relation avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels sont considérés comme essentiels pour savoir où se trouve la substance économique. Les membres d'un groupe multinational devraient percevoir une rémunération proportionnelle à leur contribution respective dans les activités concernant la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels.

Selon Monsieur Rey, l'utilité de ce nouveau cadre d'analyse vaut un 10/10. C'est une grille de lecture claire qui n'existe pas avant. Elle va faire ressortir les entités qui interviennent majoritairement dans les fonctions DEMPE. Par conséquent, le ou les propriétaires économiques du bien incorporel considéré seront connus.

En outre, l'autre point clé de cette section, selon Monsieur Rey, est la prise en compte de la réalité économique. L'action 8 insiste sur un alignement entre les fonctions stipulées sur un contrat et la réalité du terrain. Il faut qu'il y ait une cohérence entre le comportement des parties et le modèle d'affaires présenté sur papier par la multinationale. Par exemple, si un contrat stipule qu'une société luxembourgeoise est responsable du développement de la marque. Il est dès lors primordial de se demander ce que fait la société luxembourgeoise pour développer la marque. A-t-elle un service marketing ? A-t-elle des employés au Luxembourg ?

L'opinion de Monsieur Schaffers sur ces fameuses fonctions DEMPE est plus partagée. D'une part, il admet que ces fonctions sont en ligne avec la pensée générale que l'on doit avoir de la substance et donc de ce qui doit être rémunéré. D'autre part, une analyse spécifique DEMPE par actif incorporel risque de s'avérer relativement laborieuse. Il doute qu'une analyse précise de chacun des éléments du DEMPE soit appliquée lors de la phase de documentation, c'est-à-dire lorsque le contribuable prépare sa documentation et établit le prix de transfert. Ainsi, il estime plus utile de

¹ Les fonctions de mise au point, d'amélioration, d'entretien, de protection et d'exploitation d'un actif incorporel (« Development, enhancement, maintenance, protection and exploitation »).

réaliser une telle analyse lorsque des conflits entre administrations fiscales surviennent.

Enfin, Monsieur De Baets est d'avis que les fonctions DEMPE vont permettre de clarifier la prise de position concernant la propriété économique. Il précise également qu'il n'est pas mentionné dans l'action 8 quelle est la valeur respective de chaque fonction DEMPE, car cela dépend toujours des faits et circonstances. Il n'a jamais vu deux cas semblables, et c'est donc un point positif de ne pas attribuer une valeur à chaque fonction DEMPE.

3.6. Les méthodes de fixation de prix de transfert

Comme expliqué dans la partie théorique, l'action 8 (OCDE, 2015a) met en avant les trois méthodes suivantes qui seraient susceptibles d'être utilisées dans des transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels ou de droits sur des actifs incorporels : la méthode du prix comparable sur le marché libre, la méthode transactionnelle du partage des bénéfices et l'utilisation de techniques d'évaluation.

Voici les avis des experts interrogés sur chacune de ces méthodes :

3.6.1. Méthode du prix comparable sur le marché libre

Cette méthode est une approche basée sur le marché. Tous les spécialistes que nous avons rencontrés sont d'accord pour dire qu'il est très difficile de trouver des valeurs de biens incorporels sur le marché entre tiers. Dans la plupart des cas, les actifs incorporels circulent uniquement à l'intérieur d'un groupe et sont censés être uniques. Il n'y a donc souvent pas de valeurs sur le marché libre.

Monsieur Schaffers nuance tout de même les propos ci-dessus en signalant que cette méthode peut être appropriée lorsqu'il s'agit d'un transfert de droits d'un bien incorporel plutôt que de la vente d'un bien incorporel. Lorsqu'une entité accorde le droit d'utiliser un bien incorporel à une autre entité, un contrat de licence est conclu. Dans ce cas-là, l'administration fiscale belge est très favorable à la méthode du prix comparable sur le marché libre, car celle-ci est facilement compréhensible et contrôlable pour le fisc. L'entreprise Deloitte utilise régulièrement cette méthode en tant que méthode de vérification pour donner du confort au résultat d'une autre approche. Monsieur De Baets ajoute que la méthode du prix comparable sur le

marché libre peut être appropriée avec une start-up qui vend un actif incorporel. Il admet néanmoins que cette situation arrive très rarement dans la pratique.

3.6.2. Utilisation des techniques d'évaluation

L'utilisation de techniques d'évaluation peut être basée sur trois approches qui permettent de valoriser un actif incorporel : approche basée sur les coûts¹, approche basée sur les revenus², approche basée sur le marché³. Monsieur Schaffers regrette que l'OCDE n'ait pas catégorisé ces techniques à l'intérieur d'une de ces trois approches.

Monsieur De Baets estime surprenant que les principes directeurs de 2010 ne donnaient aucune orientation pour l'application des techniques d'évaluation, alors que ces dernières étaient déjà très utilisées dans la pratique. Il est donc ravi que l'action 8 apporte plus de précisions sur ces méthodes.

Il complète son opinion en affirmant que ces techniques d'évaluation nécessitent un travail long et difficile à exécuter. En effet, quand il s'agit d'utiliser ce genre de méthode, deux outils sont testés pour voir s'ils aboutissent plus ou moins au même résultat. Comme le signale l'action 8, la prudence est requise lorsqu'il faut utiliser de telles méthodes. Chaque paramètre doit être sélectionné minutieusement et documenté. Selon Monsieur De Baets, ce travail doit uniquement être réalisé par des spécialistes.

3.6.3. Méthode transactionnelle du partage des bénéfices

La méthode transactionnelle du partage des bénéfices est une approche basée sur les revenus issus de transactions intra-groupes.

Selon Monsieur Rey, c'est la méthode qui correspond le mieux à ce nouveau principe de substance, prônant l'alignement des bénéfices sur la création de valeur. Toutes les recommandations et les exigences de comparabilité de plus en plus accrues dans l'action 8 mettent en avant et favorisent l'utilisation de la méthode du partage des bénéfices.

¹ Référence à ce qu'il faut investir pour créer un actif incorporel

² Référence à ce qu'un actif incorporel va rapporter financièrement une fois créé

³ Référence au marché libre et aux transactions similaires entre deux entités indépendantes

Cependant, cette méthode est particulièrement difficile à mettre en œuvre et elle nécessite une charge de travail assez lourde. Par conséquent, elle est plus coûteuse.

En outre, cette méthode fait recours à une clé de répartition qui n'est pas déterminée, et cela laisse place à une relative subjectivité¹. Celle-ci est inhérente à la méthode, et elle risque de mener à des différences d'interprétation. Les administrations fiscales, qui ont la charge de la preuve, peuvent à tout moment remettre en cause la documentation et les différentes étapes de calcul du prix. Maintenant, la question est de savoir comment une autorité va démontrer que le calcul initial fixé par une multinationale n'est pas légitime. Et si l'affaire va devant un tribunal, comment la multinationale va-t-elle démontrer le contraire ?

Malgré son aspect subjectif, cette méthode semble être la plus appropriée pour des actifs incorporels uniques, selon Monsieur Rey. Il rappelle que lorsque le contribuable doit déterminer un prix de transfert, l'objectif est de trouver une approximation la plus proche possible de la réalité.

Les opinions de Maître Malherbe et de Monsieur Schaffers s'alignent en partie avec celle de Monsieur Rey. Ils sont d'accord pour dire qu'il est plus raisonnable de répartir le bénéfice plutôt que de fixer un prix aberrant au moyen de comparables peu fiables.

Monsieur Schaffers ajoute que cette méthode suit la direction de la notion de substance et des fonctions DEMPE. Les clés de répartition les plus utilisées sont d'ailleurs les capitaux, les investissements et surtout les fonctions humaines importantes (« significant people functions » en anglais).

Les experts interviewés ont également abordé deux autres méthodes potentielles qui sont décriées par l'OCDE et qui ne sont actuellement pas reprises dans les principes directeurs : la méthode du partage des bénéfices globaux (« global profit split ») et la méthode de répartition sur base d'une formule arbitraire (« global formulary apportionment »).

¹ Voir une illustration de cette subjectivité dans l'annexe XIV

3.6.4. Global Profit Split

La méthode du partage des bénéfices globaux consiste à regarder le groupe dans son ensemble et à démarrer à partir du montant nominal des bénéfices. Le bénéfice total du groupe va ensuite être réparti dans les différentes entités, selon une formule économique basée sur des principes économiques fondamentaux. Les clés de répartition dépendent ainsi des faits et circonstances de chaque cas. Des critères comme les investissements, la propriété intellectuelle ou encore les fonctions humaines importantes seraient applicables.

Monsieur Schaffers apprécie cette approche et il espère que l'OCDE la reconnaîtra dans le futur. Actuellement, il y a beaucoup de réticences des pays membres de l'OCDE, parce que ces pays préfèrent la facilité de conception des méthodes traditionnelles. Monsieur Schaffers et Maître Malherbe pensent d'ailleurs que toutes les actions BEPS, associées à des obligations de conformité et de transparence¹, vont aboutir à utiliser la méthode du « global profit split ».

3.6.5. Méthode de répartition sur base d'une formule arbitraire

Cette méthode consiste à répartir les résultats imposables consolidés du groupe entre chacune des entités qui le constituent par application d'une formule prédéterminée et automatique. Cette formule serait appliquée de façon plus arbitraire, car uniquement basée sur trois clés de répartition, à savoir les ventes, le personnel et les actifs.

Cette méthode se base en partie sur le système proposé par la Commission européenne en mars 2011 : l'assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés [ACCIS]. « C'est un ensemble unique de règles de détermination du résultat imposable, susceptibles d'être utilisées par les sociétés exerçant leur activité au sein de l'UE » (Union européenne, 2016). En outre, une seule déclaration fiscale consolidée serait nécessaire pour l'ensemble des activités au sein de l'UE. La méthode « global formulary apportionment » diffère du système ACCIS par son étendue, puisqu'elle ne se limiterait pas uniquement aux entreprises opérant dans l'UE.

¹ L'action 13 du plan BEPS demande aux entreprises multinationales de rendre dans un rapport pays par pays toute une série de paramètres, notamment le chiffre d'affaires, le résultat avant impôts, le nombre d'employés ou encore la valeur des actifs incorporels (OCDE, 2014b).

L'avocat Maître Malherbe, ainsi que Monsieur Gambini, membre de l'ONG CNCD, sont favorables à cette méthode de répartition formulaire. Ils estiment qu'elle faciliterait la compréhension des activités des multinationales et rendrait moins onéreuses les activités transfrontalières. Monsieur Gambini affirme que les bénéfices déclarés par chaque filiale sont trop facilement manipulables. Il recommande dès lors de cesser d'imposer les multinationales en partant des déclarations fiscales nationales de chaque filiale.

A l'inverse, Monsieur Schaffers ne considère pas la méthode de répartition sur base d'une formule arbitraire comme appropriée, car cela reste une définition standard qui n'est pas basée sur la réalité économique. De plus, il met en garde l'utilisation du chiffre d'affaires en tant que clé de répartition. De nombreux exemples prouvent que ce critère est très manipulable¹.

Dans l'action 8, il est également mentionné que les méthodes de fixation de prix de transfert qui reposent sur le coût de mise au point d'un actif incorporel sont déconseillées étant donné que ce coût de mise au point ne tient pas compte de la valeur ultérieure d'un actif incorporel. A ce sujet, Monsieur Schaffers regrette que l'OCDE mette de côté trop facilement l'approche basée sur les coûts. Techniquement, cette approche a sa place dans un monde en équilibre. Cette méthode pourrait être appropriée dans certains cas, puisque que la théorie économique veut qu'on tende vers l'équilibre,

3.7. Instructions sur les actifs incorporels difficiles à valoriser

Comme expliqué dans la partie théorique, l'une des possibilités relevées dans ce chapitre consiste à déterminer le prix d'un actif incorporel sur la base des avantages escomptés. En fonction de la faisabilité des prévisions de l'évolution future d'un actif incorporel, des entreprises indépendantes jugent s'il est nécessaire de se réservier le droit ou non de procéder à des ajustements futurs sur le prix de la transaction. Dans le cas où ils jugent que la fixation du prix fondée uniquement sur base des avantages escomptés n'est pas fiable, ils opteront, soit pour des contrats de plus faible durée, soit pour une clause dans le contrat permettant une renégociation du contrat.

¹ Exemple : les ventes de Google Europe sont toutes attribuées à la filiale irlandaise

A ce sujet, Monsieur Schaffers admet que c'est une possibilité intéressante. Toutefois, ces analyses risquent de prendre du temps. Le marché n'est pas toujours prêt à payer pour ce type de travail. Dans la pratique, il n'a encore jamais rencontré ces clauses potentielles de révision.

Dans ce chapitre, des indications sont également destinées aux administrations fiscales avec pour objectif de faciliter la vérification d'un prix de transfert impliquant des actifs incorporels difficiles à évaluer. Ainsi, l'OCDE (2015a) met en avant l'importance de l'analyse de la rentabilité effective de l'actif incorporel connue des années après le transfert par rapport à la rentabilité anticipée au moment du transfert. Lorsque l'administration fiscale relève une différence notable entre la rentabilité effective et la rentabilité anticipée, elle bénéficiera du droit d'ajustement du prix de transfert.

Monsieur Schaffers ainsi que Monsieur De Baets ont un sentiment partagé sur cette orientation. Ils peuvent comprendre que les administrations fiscales souhaitent un ajustement *a posteriori* sur les prix de transfert frauduleux. Cette approche prend tout son sens dans une perspective d'érosion de la base d'imposition, souvent dans les cas où le contribuable ne respecte pas les conditions de documentation. Cependant, les deux experts en prix de transfert craignent que cette approche ne donne une arme trop importante dans les mains des administrations fiscales. D'autant plus que l'OCDE laisse peu de possibilités aux contribuables pour se défendre, alors que même une personne de bonne foi peut parfois prévoir des retombées économiques futures qui s'avèreront fausses par la suite.

Concernant la partie sur les exemptions à ce droit d'ajustement, Monsieur Schaffers est sceptique sur le fait que l'OCDE propose des exemptions avec des valeurs fixes (20%). Il se demande sur quoi se base cette valeur numéraire.

3.8. Les points non abordés dans l'action 8

Tout d'abord, Monsieur De Baets estime qu'il est étrange que le conseil de l'OCDE, à savoir le corps légal, n'ait inscrit dans aucun des rapports BEPS une mention invitant les gouvernements et les entreprises à appliquer les nouvelles orientations. Un des éléments manquants de l'action 8 est donc l'instrument légal qui conseille l'application de ces mesures. Tant qu'il n'y a pas une invitation du corps légal de l'OCDE à appliquer les orientations du plan BEPS, il est difficilement imaginable que les autorités fiscales ne les implémentent dans leurs droits internes. Néanmoins, il imagine que ce document légal accompagnera la transposition des actions dans les principes directeurs de l'OCDE dans le courant de l'année 2018.

Deuxièmement, Monsieur De Baets ainsi que Monsieur Schaffers ont regretté la forme trop théorique de l'action 8. En effet, ils estiment que le côté pratique et pragmatique des prix de transfert n'a pas été assez abordé dans le rapport final. Il y a clairement un manque de structure et de conseils pratiques pour l'application effective, selon eux. Comme exemple, ils citent l'insuffisance d'explications sur le fonctionnement de la méthode d'évaluation du cash-flow actualisé. L'OCDE a pourtant tenté d'expliquer celle-ci avec l'exemple 29. Malheureusement, nous relevons dans cet exemple l'absence d'une partie visuelle avec des tableaux simplifiés qui aurait été très utile pour illustrer la partie narrative.

Enfin selon Monsieur Rey, l'action 8 manque de clarté quant à la marche à suivre pour déterminer la valeur d'un bien incorporel et les facteurs de comparabilité à utiliser. Pour des transactions de biens incorporels, il est pratiquement impossible de les comparer avec des contrats entre tiers, puisque les actifs immatériels sont souvent uniques et très difficiles à évaluer au moment de la transaction. Des techniques de finance sont plutôt utilisées, faisant appel à des critères extrêmement subjectifs. Il estime dès lors que le risque de controverses entre les administrations fiscales et les contribuables s'amplifie.

3.9. Appréciation générale de l'action 8

Monsieur De Baets apprécie globalement cette nouvelle révision. Il considère que l'action 8 fournit des orientations plus approfondies, plus détaillées et plus larges par rapport aux principes de 1995. Cela reflète les 15 années d'expérience acquises sur l'utilisation des incorporels et des prix de transfert. Il estime néanmoins qu'il est très prématûr de rendre un jugement sur l'efficacité ou l'utilité de l'action 8. En effet, il rappelle que le rapport final de l'action 8 fut publié il y a seulement six mois et qu'il faudra analyser son application pratique pour émettre un jugement fiable.

Pour Monsieur Schaffers, le point fort est la tendance clairement indiquée par l'OCDE vers le concept de substance. Les concepts sont intéressants et bien conçus. Il ajoute que les contribuables vont être contraints de prendre en considération l'action 8 sachant que les administrations fiscales vont avoir accès à des informations confidentielles suite à l'action 13. Par conséquent, il imagine que l'action 8 engendrera la disparition de revenus importants dans des endroits où ils ne sont pas justifiés. Il craint tout de même que l'implémentation pratique au jour le jour ne soit confuse pour les contribuables et les instances fiscales.

Monsieur Rey rejoint les avis précédents en confirmant que les nouvelles orientations viennent mettre l'accent sur un des points clés du plan BEPS, à savoir la substance économique. Le rapport final apporte également de la cohérence, un état d'esprit ainsi que des précisions sur certains éléments flous qui existaient auparavant.

Maître Malherbe et Monsieur Gambini sont moins enthousiastes quant à l'effet réel de cette révision des principes directeurs de l'OCDE. Ils désapprouvent l'obstination du principe de pleine concurrence. Selon Maître Malherbe, l'objectif de l'action 8, à savoir imposer les bénéfices là où la valeur est créée, est extrêmement ambitieux. D'autant plus qu'il est actuellement purement utopique de pouvoir définir clairement le lieu de création de valeur d'un actif incorporel. En outre, il déplore le fait que ce plan BEPS ne se braque que sur l'impôt des sociétés. En effet, l'OCDE ne s'attache pas à savoir quels sont les autres impôts payés dans le pays. Il ne faut pas oublier que la perspective d'un transfert de bénéfices peut persuader les multinationales à maintenir leurs actifs physiques et les employés dans les pays où un taux élevé d'imposition des sociétés est appliqué. Ainsi, ce transfert découle parfois sur des effets positifs fiscaux et économiques.

3.10. Critique du principe de pleine concurrence

Selon l'avocat Maître Malherbe, le principe de pleine concurrence est totalement absurde, car il repose sur la fiction d'une négociation entre parties indépendantes, qui par hypothèse, n'existe pas. C'est rigoureusement impossible dans un groupe multinational d'avoir une négociation sur les modalités d'une transaction. Monsieur Schaffers serait tenté de rejoindre cette opinion. Il estime que la dynamique est différente entre des sociétés d'un groupe et des sociétés indépendantes qui exercent des fonctions généralement similaires.

Il illustre cela par l'exemple d'une centralisation de trésorerie, plus connue sous le terme anglo-saxon « cash pooling ». Les entités d'un groupe multinational ayant des besoins de financement à court terme auraient un avantage à emprunter à l'intérieur du groupe pour bénéficier d'un taux plus avantageux. Il y a un avantage commun. Cependant, le « cash pooling » n'existe pas entre tiers. C'est typiquement une situation que l'on rencontre avec un groupe. Nous ne trouvons pas de bases de données sur les « cash pooling », et le principe de pleine concurrence perd donc tout son sens.

Enfin, Monsieur Gambini critique vivement le principe de pleine concurrence, car il juge ce système totalement dépassé dans son essence. Les corrections techniques réalisées dans le plan BEPS pour rendre ce principe plus opérationnel sont inutiles. Le membre de l'ONG énonce plusieurs raisons:

- 1) Ce système est inefficace pour des raisons pratiques. Imaginons qu'une société mère fasse 1000 opérations avec l'une de ses filiales, ce qui paraît très probable. Il faudrait alors que l'administration fiscale aille revérifier chacune de ces 1000 opérations. Ce travail semble très laborieux.
- 2) Le système de pleine concurrence reste trop limité, puisqu'il ne marche que sur des marchandises fongibles. Pour les propriétés intellectuelles, il n'y a pas de prix du marché sur lequel le contribuable peut se baser. Par exemple, la société Google accorde le droit d'utiliser ses brevets uniquement à ses propres filiales. Le marché n'existe donc pas, et le principe de pleine concurrence est inefficace.

4. Discussion

Dans ce dernier chapitre précédant la conclusion, nous allons confronter les résultats de l'étude avec notre avis personnel et avec la littérature disponible. Nous allons exposer ceux-ci afin de vérifier les cinq hypothèses citées préalablement.

4.1. Hypothèse 1

L'hypothèse 1 est la suivante : la révision de la définition des actifs incorporels et les recommandations pour l'identification des actifs incorporels sont en ligne avec l'objectif¹ général de l'action 8.

Nous avons toutefois lu dans la littérature que la nouvelle définition était vague, peu précise, et risquait d'engendrer une source d'insécurité juridique ainsi qu'une incompréhension auprès des contribuables et des administrations fiscales. En ce qui concerne la disparition des catégories d'actifs immatériels, celle-ci était vue comme une simplification du traitement de ces actifs (Schleck, 2014).

Les résultats récoltés furent pourtant majoritairement différents. En effet, nous avons constaté que les experts des sociétés d'audit considéraient la nouvelle définition comme très positive. Selon eux, un actif incorporel peut être une infinité de choses. Ils rencontrent d'ailleurs régulièrement des actifs incorporels qu'ils ne connaissaient pas auparavant. Par conséquent, la définition se doit d'être extrêmement vague. A côté de cela, ils sont d'accord pour dire que la catégorisation de biens incorporels n'avait aucun sens.

De notre point de vue, la nouvelle définition semble plus précise que la précédente, car elle va permettre d'éviter qu'on attribue des valeurs à n'importe quoi. Comme les experts rencontrés, nous pensons qu'enfermer la notion d'incorporel dans une définition arbitraire constituerait un leurre. Nous confirmons donc notre 1^{ère} hypothèse : les nouvelles indications pour identifier un actif incorporel sont en ligne avec l'objectif général de l'OCDE.

¹ L'objectif général de l'action 8 = imposer les bénéfices là où la valeur est créée

4.2. Hypothèse 2

L'hypothèse 2 est la suivante : les instructions sur l'identification des parties ayant droit aux revenus afférents aux biens incorporels sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

Le groupe de contrôle « BEPS Monitoring Group », a confirmé cette hypothèse dans une publication récente. Ce réseau de spécialistes de la fiscalité internationale estimait nécessaire et essentiel que le détenteur du titre de propriété n'ait plus le droit ultime au rendement lié à un actif incorporel. Le groupe est donc satisfait de la prise de position de l'OCDE en faveur de la propriété économique (BEPS Monitoring Group, (n.d.)).

Néanmoins, les résultats récoltés lors de notre étude qualitative ont fait apparaître deux opinions antinomiques. D'une part, les trois experts issus de sociétés d'audit pensent que les instructions sur la propriété légale ainsi que sur les fonctions DEMPE sont conformes avec la notion de création de valeur. D'autre part, l'avocat Maître Malherbe pointe du doigt l'expression « création de valeur ». Selon lui, l'objectif général de l'OCDE présente un problème juridique qui n'a pas été résolu, et il est ainsi illusoire de prétendre que le lieu de création de valeur peut être détecté.

Notre avis personnel sur cette section est plus nuancé. Le fait que l'OCDE mette en avant la réalité économique avec des concepts comme les fonctions DEMPE va certainement permettre de se rapprocher de l'objectif général. Cependant, nous sommes d'accord avec l'opinion de Maître Malherbe. Dans certains cas, le lieu de création de valeur n'est pas le lieu où un actif incorporel est développé, amélioré, protégé, entretenu ou exploité. L'objectif général de l'action 8 présente des confusions, mais une amélioration des principes directeurs de l'OCDE est perceptible dans sa généralité. Nous confirmons donc l'hypothèse 2 : les indications sur l'identification des parties ayant droit au rendement associé à un actif incorporel sont en ligne avec l'objectif général.

Malgré la cohérence générale de cette section, les experts rencontrés ainsi que la commission syndicale consultative auprès de l'OCDE craignent une augmentation des conflits entre les autorités fiscales. Autant pour son principe, que pour la forme

d'écriture, cette réforme risque de déboucher sur des différences d'interprétation (Trade Union Advisory Committee [TUAC], 2015).

En outre, les procédures présentées pour identifier les parties ayant droit aux bénéfices afférents à un actif incorporel risquent de s'avérer relativement laborieuses aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales.

4.3. Hypothèse 3

L'hypothèse 3 est la suivante : les orientations supplémentaires sur les conditions du principe de pleine concurrence sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

La société KPMG en Inde a publié dans une de ses nouvelles qu'elle appréciait l'attention portée par l'action 8 sur des objets de litige comme les économies de localisation ou les synergies de groupe. Ces matières étaient très problématiques en Inde, et il s'avérait donc nécessaire d'émettre des instructions supplémentaires par rapport aux précédents principes de l'OCDE (KPMG, 2014).

Cependant, Monsieur De Baets a émis des craintes à ce sujet lors de notre analyse qualitative. Selon lui, des conflits entre des pays comme l'Inde et les Etats-Unis auront encore lieu suite à des différences d'interprétation. Ces caractéristiques propres au marché demeurent particulièrement complexes.

Les résultats ont également soulevé un manque de précision dans les facteurs de comparabilité à utiliser, notamment sur la distribution des avantages synergiques.

Enfin, une partie des résultats a remis en cause la légitimité d'une telle section pour régler la problématique des prix de transfert. Comme expliqué dans la théorie, l'action 8 recommande d'inclure dans l'analyse de comparabilité de plus en plus de paramètres tels que la prise en compte d'options réalistes, d'avantages synergiques, de la main d'œuvre assemblée et d'autres caractéristiques du marché. Sur ce sujet, il est ressorti des entrevues la remarque suivante : est-il légitime d'alourdir la charge des contribuables avec une analyse de comparabilité des biens incorporels encore plus exigeante pour répondre au principe de pleine concurrence ? Alors que ce principe de pleine concurrence repose sur la fiction d'une négociation entre des parties indépendantes qui n'existe pas dans un groupe multinational. D'autant plus que les actifs incorporels sont souvent uniques et dépourvus de comparables

disponibles. Certains experts critiquent donc vivement l'obstination de l'OCDE envers le principe de pleine concurrence.

De notre point de vue, l'OCDE a du mérite à ajouter des indications sur les facteurs de comparabilité qui ont soulevé des problèmes au cours de ces dernières années. Cependant, nous pensons que l'approche de pleine concurrence est profondément viciée quand il s'agit de transactions mêlant des actifs incorporels. Par conséquent, les corrections techniques réalisées au sein de l'action 8 pour rendre ce principe plus opérationnel nous semblent inutiles. Nous infirmons dès lors l'hypothèse 3 : les orientations supplémentaires sur les conditions du principe de pleine concurrence ne sont pas en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

4.4. Hypothèse 4

L'hypothèse 4 est la suivante : les instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

Dans la littérature ainsi que lors de notre analyse qualitative, nous avons constaté des opinions divergentes au sujet de la méthode de détermination des prix de transfert impliquant des biens incorporels.

Premièrement, les ONG ainsi que d'autres spécialistes du droit international, comme Monsieur Sol Picciotto, reprochent à l'OCDE d'écartier la proposition de la directive européenne sur l'assiette commune consolidée de l'impôt des sociétés [ACCIS]. Selon eux, le principe de pleine concurrence ne prévaut plus à l'heure actuelle (Picciotto, 2014). Ils estiment qu'il est temps de créer des règles qui s'orientent vers la taxation unitaire plutôt que vers les prix de transaction (BEPS Monitoring Group, (n.d.)). Lors de nos interviews, Monsieur Gambini et Maître Malherbe étaient aussi en faveur de cette méthode de répartition formulaire. Elle faciliterait la compréhension des activités des multinationales et rendrait moins onéreuses les activités transfrontalières.

Deuxièmement, le groupe de contrôle « BEPS Monitoring Group (n.d.) a décrié dans un rapport les nouvelles indications de l'action 8 sur les méthodes à appliquer. Il regrette notamment la réticence de l'action 8 à reconnaître l'importance et la

primauté de la méthode du partage des bénéfices. Cela expliquerait la réticence des entreprises et des administrations fiscales à appliquer cette méthode dans la pratique. Cependant, le groupe de contrôle BEPS n'apprécie pas dans cette méthode transactionnelle le fait d'assembler uniquement les revenus issus de transactions intra-groupes, car le réseau de relations entre les membres tend à être complexe. Il semble donc favorable à la méthode du « global profit split » qui se base sur l'ensemble des revenus du groupe multinational. C'est également le cas de Monsieur Schaffers qui nous a avoué lors d'un entretien qu'il espérait que cette approche prendrait un jour le dessus sur les méthodes actuelles.

Troisièmement, des spécialistes en matière de prix de transfert, comme Monsieur Pascal Saint-Amans, sont d'avis qu'un nouveau système de taxation entraînerait des problèmes encore plus importants. Selon le directeur du Centre de politique et d'administration fiscale de l'OCDE, il est préférable d'améliorer l'existant plutôt que de s'aventurer sur des terrains inconnus, coûteux et incertains (Picciotto, 2014).

Par ailleurs, les experts des sociétés d'audit rencontrés lors de notre analyse qualitative, sont du même avis. Ils affirment que les précisions faites par l'OCDE sur les méthodes de prix de transfert vont dans la bonne direction. Ils ont spécialement apprécié la reconnaissance de l'utilisation des techniques d'évaluation et de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices. Ils ont également rappelé que l'OCDE travaillait actuellement sur le cas spécifique de cette dernière. Malgré son application subjective, complexe et coûteuse, la méthode du partage des bénéfices semble être la plus appropriée pour traiter avec des actifs incorporels uniques, d'après Monsieur Rey et Monsieur De Baets.

En conclusion, ce type de discussion fait débat et il nous a fallu trancher. Notre point de vue tend à rejoindre ceux de Monsieur Schaffers et du groupe de contrôle « BEPS monitoring group ». La méthode du « global profit split », nous semble être la méthode la plus appropriée à utiliser suite à l'apparition des rapports pays par pays (action 13). Nous expliquons notre position par les raisons suivantes.

Premièrement, les méthodes traditionnelles sont devenues désuètes et peu utiles pour déterminer les prix de transfert d'actifs incorporels, alors que les actifs incorporels ont pris une place considérable dans la valeur d'une société. Il est donc primordial de pouvoir évaluer le plus justement possible ce type d'élément.

Deuxièmement, la méthode de répartition sur base d'une formule arbitraire (sorte d'ACCIS mondial), ne se base pas assez sur la réalité économique, et nous paraît ainsi peu pertinente.

Troisièmement, la méthode actuelle du partage des bénéfices qui se base sur la réalité économique présente de grandes complexités lorsqu'il s'agit d'obtenir les revenus réels issus de transactions intra-groupes. Par conséquent, la méthode du « global profit split » nous semble être l'adaptation améliorée de la méthode actuelle. En effet, elle se base sur l'ensemble des revenus issus du groupe. L'information serait disponible grâce au partage entre les administrations fiscales suite à l'application de l'action 13. Ensuite, le processus reste le même et les clés de répartition, basées sur des faits économiques, vont répartir les revenus entre les différentes entités.

Etant donné que l'OCDE n'a pas retenu la méthode du « global profit split » et qu'elle n'a pas clairement spécifié la fin des méthodes unilatérales et traditionnelles, nous ne pouvons qu'affirmer l'hypothèse 4. Les instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert ne sont pas en ligne avec l'objectif général.

4.5. Hypothèse 5

L'hypothèse 5 est la suivante : les instructions supplémentaires pour déterminer le prix de transfert lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

Toutefois, l'approche du droit d'ajustement ne va pas assez loin, selon le groupe de contrôle « BEPS monitoring group » (n.d.). Dans l'approche actuelle de l'action 8, la charge de la preuve reste dans les mains des administrations fiscales. Il n'y a pas de conditions qui empêchent les devoirs des administrations fiscales. En effet, ils sont dans l'obligation de documenter les éventuelles différences notables entre la rentabilité anticipée et la rentabilité effective d'un actif incorporel afin de bénéficier du droit d'ajustement. Des ressources et des compétences devront être déployées dans les rangs des administrations fiscales. Cela pourrait être plus difficile pour des petites instances fiscales, notamment dans les pays en voie de développement.

Par conséquent, le groupe de contrôle aspire plutôt à un renversement de la charge de la preuve, car il estime que les transferts d'actifs incorporels difficiles à évaluer sont

motivés dans la plupart des cas par des objectifs de transfert de bénéfices et d'érosion de la base d'imposition. Plus précisément, il suggère que toutes les multinationales aient l'obligation de prouver que certaines conditions soient satisfaites afin d'outrepasser la présomption d'évasion fiscale. Par exemple, le groupe multinational pourrait avoir le devoir de prouver que le transfert ne résulte pas d'un taux d'imposition effectif considérablement plus faible. (BEPS monitoring group, n.d.).

Lors de notre analyse qualitative, l'opinion générale n'était pas aussi radicale. Monsieur De Baets et Monsieur Schaffers ont exprimé un ressenti partagé. Ils mettent en avant la logique d'un ajustement *a posteriori* des prix de transfert lorsque ces derniers ont clairement été déterminés dans une optique d'évasion fiscale. Néanmoins, ils ne sont pas d'accord avec l'avis du groupe de contrôle qui présume que les multinationales effectuent dans la plupart des cas des transferts intra-groupes d'actifs incorporels difficiles à évaluer afin de transférer les bénéfices et d'éroder la base d'imposition. Ils craignent même que l'OCDE fournisse une arme trop importante aux administrations fiscales.

Par ailleurs, Maître Malherbe nous rappelait que les multinationales supportent d'autres impôts non négligeables tels que les impôts sur les salaires ou les cotisations sociales. Il est donc un peu court de ne se braquer que sur l'impôt des sociétés et de mettre facilement en doute la bonne foi des multinationales. Il ne faudrait pas que ces mesures entraînent les grandes entreprises internationales à fuir les pays qui appliqueront le plan BEPS pour rejoindre des pays où l'autorité fiscale ne disposera pas de droits aussi significatifs (Simon, 2015).

De notre point de vue, nous pensons qu'il est positif de laisser la charge de la preuve aux autorités fiscales et de préserver la présomption d'innocence des multinationales. Ces mêmes multinationales qui favorisent le développement économique à travers le monde. Nous apprécions tout de même le droit d'ajustement accordé aux administrations fiscales. En effet, nous pensons que ce droit pourrait décourager certaines multinationales à prendre avantage d'une rentabilité anticipée volontairement factice. Heureusement, l'action 8 a instauré des exemptions à ce droit d'ajustement pour éviter des abus de pouvoir.

En conclusion, grâce à cette approche, nous estimons que les administrations fiscales seront plus en mesure d'imposer les bénéfices là où la création de valeur a lieu, et non plus là où les multinationales le souhaitaient. Nous confirmons donc l'hypothèse 5 : les instructions supplémentaires pour déterminer le prix de transfert lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction sont en ligne avec l'objectif général de l'action 8.

Conclusion

Comme l'a souligné Ting, « le transfert de bénéfices vers des juridictions à faible imposition est une technique d'optimisation fiscale utilisée par les multinationales depuis des décennies » [traduction libre] (2014, p.54). Le système fiscal international présente donc des failles qui donnent la possibilité à des groupes d'entreprises d'échapper légalement.

Cependant, un grand coup de pied dans la fourmilière a été donné par l'OCDE en 2013. Depuis, l'expression « érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices » représente l'intitulé du projet de l'OCDE pour lutter contre ce type d'optimisation fiscale. Le projet BEPS contient 15 actions qui ont pour objectif de remédier aux problèmes des règles fiscales internationales et locales actuellement en vigueur. Parmi ces actions, la huitième est une des pierres angulaires au sein du plan. Elle concerne la problématique des prix de transfert d'actifs incorporels, domaine très complexe et logiquement utilisé par des multinationales comme Apple pour manipuler artificiellement leurs revenus (Evers, Miller, & Spengel, 2015).

L'OCDE a donc décidé d'émettre des recommandations pour les contribuables et pour les administrations au travers de cette action 8. L'objectif principal est d'imposer les bénéfices d'une multinationale dans le pays où les activités économiques sont exercées et où les valeurs sont créées (OCDE, 2014a). Pour atteindre cet objectif, l'OCDE a choisi de travailler sur cinq grands axes, à savoir l'identification des actifs incorporels, l'identification des parties ayant droit aux revenus associés aux actifs incorporels, les conditions de pleine concurrence, les méthodes de fixation de prix de transfert et le transfert d'actifs incorporels difficiles à valoriser.

La question est maintenant de savoir si les recommandations publiées dans le rapport final du 5 octobre 2015 sont en ligne avec l'objectif proclamé. La deuxième partie de notre étude s'est dès lors penchée sur une analyse critique de l'action 8. Grâce à une analyse qualitative, nous avons pu récolter des résultats très convaincants auprès de spécialistes de la fiscalité internationale, provenant de milieux aussi bien économiques que juridiques. Nous avons ensuite interprété ces résultats afin de faire ressortir des tendances et d'apporter une réponse à chaque hypothèse analysée.

Les recommandations de l'action 8 sont-elles en ligne avec l'objectif?

Au total, cinq hypothèses ont été vérifiées par nos soins dans le chapitre précédent. La première hypothèse, qui présume que les nouvelles instructions pour identifier des actifs incorporels sont en ligne avec l'objectif général, a été confirmée. Il y a clairement plus de précisions quant à la définition des biens immatériels et une simplification dans le processus d'identification de ceux-ci.

La deuxième hypothèse, qui présume que les indications sur l'identification des parties ayant droit au rendement associé à un actif incorporel sont en ligne avec l'objectif général, a également été confirmée. Nonobstant une confusion quant à l'interprétation de l'expression « lieu de création de valeur », nous pouvons déclarer que l'approche générale de cette section suit la logique de l'objectif de l'OCDE. Tout porte à croire que les nouvelles fonctions DEMPE et les nouvelles indications sur le rôle du propriétaire économique vont contraindre dans de nombreux cas les contribuables à laisser imposer leurs bénéfices là où les valeurs sont créées. Plus fondamentalement, une société écran uniquement propriétaire légal d'un actif incorporel ne sera plus en droit de percevoir la totalité des revenus afférents à cet actif.

La troisième hypothèse, qui présume que les orientations supplémentaires sur les conditions du principe de pleine concurrence sont en ligne avec l'objectif général, a par contre été infirmée. En effet, suite à notre analyse qualitative, la légitimité du principe de pleine concurrence est mise en doute pour régler la problématique des prix de transfert et spécialement lorsque cela implique des actifs incorporels. Par conséquent, nous considérons que les facteurs de comparabilité ajoutés pour rendre ce principe plus opérationnel ne permettront pas d'éviter la manipulation des prix de transfert.

La quatrième hypothèse, qui présume que les instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer sont en ligne avec l'objectif général de cette action, a également été infirmée. Malgré des opinions récoltées très divergentes, nous estimons finalement que les méthodes préconisées par l'OCDE et le manque de précision sur celles-ci ne permettront pas d'aligner les bénéfices sur la création de valeur. Nous regrettons notamment l'indifférence de l'OCDE envers la

méthode du partage des bénéfices globaux, qui nous semble plus appropriée que la méthode transactionnelle actuelle du partage des bénéfices.

La cinquième hypothèse, qui présume que les indications pour déterminer le prix de transfert lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction sont en ligne avec l'objectif général, a été confirmée. Malgré les critiques du « BEPS monitoring group », ce chapitre va probablement permettre aux administrations fiscales d'ajuster les prix de transfert issus d'une intention d'évasion fiscale. En outre, elle va vraisemblablement permettre de dissuader les multinationales de manipuler abusivement la rentabilité anticipée d'un actif incorporel.

Force est toutefois de constater que l'action 8 n'est pas parfaite, loin de là. Le rapport final publié il y a seulement quelques mois, suscite des critiques de la part d'organisations non gouvernementales et d'experts de la fiscalité internationale. En règle générale, la plupart des critiques se traduisent par le sentiment d'insuffisance des solutions proposées (Eberhartinger & Petutschnig, 2015). Cependant, il est déraisonnable, selon nous, de proclamer que toutes les mesures de l'action 8 ne sont pas en ligne avec l'objectif initial d'imposer les bénéfices d'une multinationale dans le pays où a lieu la création de valeur. Dans l'ensemble, c'est donc nettement plus positif que négatif. Nous recensons tout de même deux mesures qui vont probablement à l'encontre des objectifs de l'OCDE. Premièrement, cette obstination envers le principe de pleine concurrence. Deuxièmement, le maintien des méthodes traditionnelles de fixation de prix de transfert pour des actifs incorporels ainsi que le refus d'une taxation unitaire risquent de contrecarrer l'objectif général.

Outre l'alignement des mesures avec l'objectif, des craintes ont été émises au sujet des risques d'interprétation de la théorie. A côté de cela, le plan BEPS est aussi considéré par beaucoup d'observateurs comme antidémocratique, car il exclut les pays en développement. Ces pays sont habituellement en manque de spécialistes en la matière, or la problématique des prix de transfert est une matière fiscale et économique avec de la subjectivité et pour laquelle les recommandations de l'OCDE sont de plus en plus complexes et exigeantes. Monsieur Pascal Saint-Amans défend le plan BEPS en expliquant qu'un système fiscal se doit d'être complexe pour épouser la réalité et être juste (Picciotto, 2014).

Limitations et suggestions pour la recherche future

Nous devons admettre que cette analyse qualitative connaît des limites, et pourrait faire l'objet d'études approfondies ultérieures.

Premièrement, nous n'avons pas été en mesure d'interroger plus de cinq experts et le laps de temps pour collecter l'information était d'environ 1h par entretien. L'analyse qualitative n'est donc pas exploitée au mieux. Dès lors, au vu de la taille limitée de l'échantillon, nous ne pouvons que conseiller des développements supplémentaires.

Deuxièmement, cette étude ne traite que d'avis de spécialistes belges. L'étendue géographique de cette étude ne s'intéresse pas aux points de vue d'experts de pays en voie de développement par exemple.

Troisièmement, la précocité d'une telle étude ébranle les conclusions obtenues. En effet, nous pouvons remettre en question le fait de critiquer la nouvelle action de l'OCDE, alors que la pertinence de cette dernière n'est pas vérifiable dans la pratique étant donné qu'elle n'est ni transposée dans les principes directeurs de l'OCDE ni dans les droits internes. Par conséquent, des études réalisées après 2017 permettront probablement d'évaluer l'impact du plan BEPS avec des éléments concrets. Les conséquences pour les contribuables et les instances fiscales pourront également être analysées.

Enfin, l'objectif général du plan BEPS est contesté. Par conséquent, il serait intéressant d'évaluer les conséquences d'un tel objectif. Imaginons que les actions parviennent dans les années futures à imposer les bénéfices dans le lieu de création de valeur, est-ce que cela n'entraînerait alors pas une migration des propriétaires économiques des multinationales vers des pays fiscalement plus attrayants ? C'est une autre problématique qui mériterait d'apparaître au cœur d'une thèse.

Table des annexes

ANNEXE I: DÉFINITION DE LA NOTION D'ENTREPRISES ASSOCIÉES.....	II
ANNEXE II: FACTEURS DE COMPARABILITÉ	III
ANNEXE III: SCHÉMA DE LA MÉTHODE DU PRIX DE REVENTE	IV
ANNEXE IV: EXEMPLE DE LA MÉTHODE DU COÛT MAJORÉ	V
ANNEXE V: ECONOMIES DE LOCALISATION	VI
ANNEXE VI: EXEMPLE CHIFFRÉ D'UNE SYNERGIE DE GROUPE	VI
ANNEXE VII: LISTE D'EXEMPLES DE BIENS INCORPORELS DE L'OCDE	VIII
ANNEXE VIII: DÉFINITION DES DIFFÉRENTS TYPES D'INCORPORELS	XIII
ANNEXE IX: CONTRÔLE SUR LE RISQUE	XIV
ANNEXE X: EXEMPLES DE CARACTÉRISTIQUES SPÉCIFIQUES	XV
ANNEXE XI: ACCORDS DE RÉPARTITION DES COÛTS	XVII
ANNEXE XII: PERSONNES INTERVIEWÉES.....	XVIII
ANNEXE XIII: GUIDE D'ENTRETIEN.....	XX
ANNEXE XIV: SUBJECTIVITÉ DE LA MÉTHODE TRANSACTIONNELLE DU PARTAGE DES BÉNÉFICES	XXIII

Annexe I: Définition de la notion d'entreprises associées

L'article 9 § 1 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (2014c) considère que des entreprises sont associées lorsque :

- une entreprise d'un Etat contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre Etat contractant (lettre a) ;
- les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un autre Etat contractant et d'une entreprise de l'autre Etat contractant (lettre b). (p.30)

Annexe II: Facteurs de comparabilité

Cinq facteurs peuvent être importants pour déterminer la comparabilité entre deux informations.

- 1) Les caractéristiques des biens ou des services : Par exemple, le caractère physique du bien, sa qualité et sa fiabilité ainsi que sa facilité d'approvisionnement peuvent être utiles pour comparer les transactions. Dans le cas d'actifs incorporels, des éléments comme la forme de la transaction (par exemple, concession d'une licence ou vente), le type d'actif (par exemple, brevet, marque de fabrique ou savoir-faire), et la durée de l'actif.
- 2) Analyse fonctionnelle : Cette analyse fonctionnelle a pour but d'identifier et de comparer les activités et responsabilités économiquement significatives, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties aux transactions. Déterminer les droits et obligations juridiques du contribuable dans l'exercice de ses fonctions + comprendre la structure et l'organisation du groupe. Par exemple, identifier et comparer la conception, la fabrication, l'assemblage, la recherche-développement, la prestation de services, les achats, la distribution, la commercialisation, la publicité, les transports, les finances et la gestion, etc. Il faut identifier les principales fonctions assurées par la partie concernée.
- 3) Clauses contractuelles : Comparer les éléments sur les clauses contractuelles. (la durée de la licence, la zone géographique, l'exclusivité éventuelle pour les droits de propriété intellectuelle)
- 4) Situations économiques : Les prix peuvent varier selon les marchés, le degré de concurrence, la localisation géographique, les coûts de transport.
- 5) Stratégie des entreprises : notamment sur l'innovation et la mise au point de nouveaux produits, le degré de diversification, l'aversion pour le risque. Un contribuable voulant pénétrer sur un marché ou accroître sa part de marché pourra pratiquer temporairement pour son produit un prix inférieur à celui pratiqué sur ce marché pour des produits comparables.

(OCDE, 2010a, pp. 47-53)

Annexe III: Schéma de la méthode du prix de revente

Selon Taxmann's (2012), l'application de la méthode du prix de revente se fait comme suit :

Prix de revente facturé à une entreprise indépendante suite à la vente d'un produit/service acheté à une entreprise associée.	XXXX
<u>Moins :</u> Marge brute normale sur des produits/services similaires faisant référence à des transactions comparables d'entreprises indépendantes.	XXX
<u>Moins :</u> Dépenses liées à l'achat du produit/service.	XXX
<u>Plus//Moins :</u> Différences fonctionnelles entre les transactions/entreprises.	XXX
<u>=</u> Prix de pleine concurrence	XXXX

[Traduction libre] (p. 134)

Annexe IV: Exemple de la méthode du coût majoré

A est un fabricant national de mécanismes d'horlogerie pour des montres fabriquées en grande série. A vend ce produit à sa filiale étrangère B. A dégage une marge brute sur coûts de 5 % sur son opération de fabrication. X, Y et Z sont des fabricants nationaux indépendants du même produit que celui que fabrique A. X, Y et Z vendent leurs produits à des acheteurs étrangers indépendants. X, Y et Z dégagent une marge brute sur coûts de 3 à 5 % sur leurs opérations de fabrication de mécanismes d'horlogerie pour des montres fabriquées en grande série. A comptabilise ses frais de contrôle, ses frais généraux et ses dépenses administratives dans les dépenses d'exploitation, de sorte que ces coûts ne sont pas pris en compte dans le coût des marchandises vendues. En revanche, les marges brutes de X, Y et Z reflètent les frais de contrôle, frais généraux et dépenses administratives en tant que coûts des marchandises vendues. En conséquence, les marges brutes sur coûts de X, Y et Z doivent être corrigées pour assurer la cohérence des méthodes comptables.

(OCDE, 2010a, p. 81)

Annexe V: Economies de localisation

La répartition des économies de localisation entre deux entreprises associées ou plus se fait grâce au principe de pleine concurrence. Cela dépend donc des fonctions, actifs et risques que supporte chaque entité.

Prenons un exemple concret. Au départ, l'entreprise produit et vend des bières renommées dans le pays A. Un jour, elle décide de transférer ses activités de production de bières à une entreprise associée, implantée dans le pays B, où certains coûts d'exploitations sont nettement moins élevés. La relocalisation dans le pays B n'implique ni l'utilisation d'actifs incorporels ni la prise de risques. Les bières produites par la filiale dans le pays B sont ensuite vendues à l'entreprise du pays A, qui les revend à des clients tiers. La question est de savoir quel est le montant de l'économie de localisation et qui va en bénéficier. Le principe de pleine concurrence va permettre de déterminer le prix de transfert et le niveau de répartition des économies. Voici le raisonnement :

<u>Avant le transfert de la production</u>	
Coût de production de la bière dans le pays A	50
Prix de vente aux clients tiers	200
<u>Après le transfert de la production</u>	
<u>Au niveau de la société associée dans le pays B</u>	
Coût de production de la bière	20
Prix de transfert à l'entreprise du pays A (prix de pleine concurrence selon une analyse de comparabilité)	28
<u>Au niveau de l'entreprise dans le pays A</u>	
Coût d'achat à l'entreprise B	28
Prix de vente aux clients tiers	200
Economies de localisation pour la multinationale	50-20 = 30
Economies de localisation pour l'entreprise du pays A	50 – 28 = 22
Economies de localisation pour l'entreprise du pays B	30 – 22 = 8

(OCDE, 2010b, pp. 2-4)

Annexe VI: Exemple chiffré d'une synergie de groupe

Voici l'exemple 3 publié par l'OCDE (2014a) :

1.109 Supposons que la société A se voie confier le rôle de directeur d'achats central pour l'ensemble du groupe considéré. Elle achète des produits à des fournisseurs indépendants et les revend aux entreprises associées. La société A, uniquement grâce au pouvoir de négociation conféré par la puissance d'achat de l'ensemble du groupe, est en mesure de négocier avec un fournisseur pour faire baisser le prix de certains articles de 200 USD à 110 USD. Dans ces circonstances, le prix de pleine concurrence pour la revente de ces articles par la société A aux autres membres du groupe n'est pas égal ou proche de 200 USD. Ce prix de pleine concurrence correspond au montant permettant de rémunérer la société A pour ses services de coordination des activités d'achat. Si l'analyse de comparabilité, notamment fonctionnelle, indique dans ce cas que, dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre portant sur un volume d'achats comparable, des services de coordination comparables donnent lieu au versement d'une commission correspondant aux coûts assumés par la société A augmentés d'une marge représentant une rémunération totale de 6 USD par article, le prix de revente de ces articles par la société A aux autres entreprises du groupe sera approximativement de 116 USD. Dans ces circonstances, chaque membre du groupe obtiendra un avantage imputable à la puissance d'achat du groupe de l'ordre de 84 USD par article. En outre, la société A gagnera 6 USD par article acheté par des membres du groupe au titre de ses prestations de services.

(p. 25)

Annexe VII: Liste d'exemples de biens incorporels de l'OCDE

Brevets

Un brevet est un instrument juridique qui confère à son détenteur le droit exclusif d'utiliser une invention donnée pendant une durée limitée dans une zone géographique spécifique. Un brevet peut porter sur un objet physique ou un procédé. Les inventions brevetables sont souvent le résultat d'activités risquées et coûteuses de recherche-développement. Dans certaines circonstances, toutefois, des dépenses limitées de recherche-développement peuvent déboucher sur des inventions brevetables de grande valeur. L'auteur d'un brevet peut tenter de récupérer ses coûts de mise au point (et de dégager un revenu) en vendant les produits couverts par le brevet, en concluant avec des tiers des accords de licence leur permettant d'utiliser l'invention brevetée, ou en vendant purement et simplement le brevet considéré. L'exclusivité accordée par un brevet peut, dans certaines circonstances, permettre à son détenteur de tirer un surcroît de revenus de l'utilisation de son invention. Dans d'autres cas, une invention brevetée peut conférer à son détenteur des avantages en termes de coûts dont ne disposent pas ses concurrents. Dans d'autres situations encore, il arrive que les brevets ne confèrent aucun avantage commercial important. Les brevets sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

Savoir-faire et secrets industriels ou commerciaux

Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux sont des informations ou des connaissances exclusives qui facilitent ou améliorent une activité commerciale, mais qui ne sont pas enregistrées en vue de leur protection comme c'est le cas pour un brevet ou une marque de fabrique. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux consistent généralement en des informations non divulguées de nature industrielle, commerciale ou scientifique ayant trait à une expérience acquise, qui trouvent une application pratique dans l'exploitation d'une entreprise. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux peuvent avoir trait à des activités manufacturières,

de commercialisation, de recherche et développement, ou à toute autre activité commerciale. La valeur du savoir-faire et des secrets industriels ou commerciaux dépend souvent de la capacité de l'entreprise considérée de préserver leur confidentialité. Dans certains secteurs, la divulgation des informations nécessaires à l'obtention d'une protection par brevet pourraient aider les concurrents à mettre au point d'autres solutions. En conséquence, une entreprise peut, pour des raisons commerciales, choisir de ne pas faire enregistrer un savoir-faire brevetable, qui peut néanmoins contribuer de manière importante à la réussite de l'entreprise. La nature confidentielle du savoir-faire et des secrets industriels ou commerciaux peut être protégée dans une certaine mesure par (i) les dispositions législatives sur la concurrence déloyale ou similaires, (ii) les contrats de travail et (iii) les obstacles économique et technologiques à la concurrence. Le savoir-faire et les secrets industriels ou commerciaux sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

Marques de fabrique, noms commerciaux et marques commerciales

Une marque de fabrique est un nom, un symbole, un logo ou une illustration spécifique que son propriétaire peut utiliser pour distinguer ses biens et services de ceux d'autres entités. Les droits exclusifs attachés aux marques de fabrique sont souvent confirmés par le biais d'un système d'enregistrement. Le titulaire d'une marque de fabrique peut empêcher des tiers de l'utiliser d'une façon qui sème la confusion sur le marché. L'enregistrement d'une marque de fabrique peut demeurer valable indéfiniment si cette marque est constamment utilisée et si cet enregistrement est dûment renouvelé. Une marque de fabrique peut être créée pour des biens ou des services, et peut s'appliquer à un bien ou service spécifique ou à une ligne de biens ou services. C'est peut-être sur le marché de la consommation finale que les marques de fabrique sont les plus familières, mais elles peuvent exister à tous les stades de commercialisation. Les marques de fabrique sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

Un nom commercial (qui est souvent, mais pas toujours, le nom d'une entreprise) peut avoir la même force de pénétration du marché qu'une marque

de fabrique et peut, de fait, être enregistré sous une forme spécifique comme une marque de fabrique. Les noms commerciaux de certaines entreprises multinationales peuvent être aisément reconnus, et peuvent être utilisés pour la commercialisation de différents biens et services. Les noms commerciaux sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

Les termes « marque commerciale », « marque de fabrique » et « nom commercial » sont parfois utilisés indifféremment l'un pour l'autre. Dans d'autres contextes, une marque commerciale désigne une marque de fabrique ou un nom commercial investi d'une importance sociale et commerciale. Une marque commerciale peut, en fait, représenter une combinaison d'actifs incorporels et/ou d'autres éléments, qui peuvent être, entre autres, des marques de fabriques, des noms commerciaux, des relations avec la clientèle, des éléments de notoriété et une survaleur. Il peut être parfois difficile, voire impossible de dissocier ou transférer séparément les différents éléments constitutifs de la valeur d'une marque commerciale. Une marque commerciale peut consister en un seul actif incorporel, ou un ensemble d'actifs incorporels, au sens de la section A.1.

Droits conférés par les contrats et concessions

Les permis et concessions publiques peuvent être importants pour une activité donnée et correspondre à un large éventail de relations commerciales. Ils peuvent recouvrir, entre autres, l'octroi par une administration de droits d'exploitation de ressources naturelles ou de biens publics spécifiques (tel que l'attribution d'une bande de fréquences du spectre radioélectrique), ou du droit d'exercer des activités industrielles ou commerciales spécifiques. Les permis et concessions publiques sont des actifs incorporels au sens de la section A.1. Néanmoins, les permis et concessions publiques doivent être distingués des obligations d'immatriculation des sociétés qui constituent un préalable à l'exercice d'activités dans une juridiction particulière. Ces obligations ne sont pas des actifs incorporels au sens de la section A.1.

Les droits conférés par les contrats peuvent également être importants pour une activité donnée et correspondre à un large éventail de relations commerciales.

Ils peuvent recouvrir, entre autres, les contrats conclus avec des fournisseurs et des clients essentiels, ainsi que les accords conclus concernant la fourniture de services par un ou plusieurs employés. Les droits conférés par les contrats sont des actifs incorporels au sens de la section A.1.

Licences et droits limités similaires sur des actifs incorporels

Des droits limités sur des actifs incorporels sont couramment transférés au moyen d'une licence ou d'autres dispositions contractuelles similaires, qu'elles soient écrites, orales ou implicites. Ces droits concédés sous licence peuvent être limités en termes de domaine d'utilisation, de conditions d'utilisation, de zone géographique ou sur d'autres plans. Ces droits limités sur des actifs incorporels constituent eux-mêmes des actifs incorporels au sens de la section A.1.

Survaleur et valeur d'exploitation

Suivant le contexte, le terme survaleur peut être utilisé pour faire référence à différents concepts. Dans certains contextes d'évaluation des entreprises et d'évaluation comptable, la survaleur correspond à la différence entre la valeur globale d'une entreprise en exploitation et la somme des valeurs de tous ses actifs corporels et incorporels identifiables séparément. Par ailleurs, la survaleur est parfois décrite comme une représentation des avantages économiques futurs associés à des actifs industriels ou commerciaux qui ne sont pas identifiés individuellement ni comptabilisés séparément. Dans d'autres contextes encore, la survaleur fait référence aux futures transactions escomptées avec les clients existants. Le terme « valeur d'exploitation » est parfois défini comme la valeur de l'ensemble des actifs d'une entreprise en exploitation, qui excède la somme des valeurs de ces différents actifs considérés séparément. Il est généralement admis que la survaleur et la valeur d'exploitation ne peuvent être dissociés ou transférés séparément des autres actifs industriels ou commerciaux. Voir les paragraphes 9.93 à 9.95 pour un examen de la question connexe du transfert de l'ensemble des éléments d'une activité dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise.

Aux fins de ce chapitre, il n'est pas nécessaire d'élaborer une définition précise de la survaleur ni de la valeur d'exploitation dans l'optique de la détermination des prix de transfert ni d'établir dans quelles circonstances une survaleur ou une valeur d'exploitation peut constituer ou non un actif incorporel. Il importe cependant de reconnaître qu'une part importante et monétairement significative de la rémunération versée entre des entreprises indépendantes lorsque certains ou tous les actifs d'une entreprise en exploitation sont transférés peut représenter une rémunération correspondant à un élément évoqué dans l'une ou l'autre des différentes descriptions de la survaleur ou de la valeur d'exploitation. Lorsque des transactions similaires se déroulent entre des entreprises associées, cette valeur doit être prise en compte dans le cadre de la détermination d'un prix de pleine concurrence pour la transaction considérée. Lorsque la valeur de notoriété parfois désignée par le terme survaleur est transférée à une entreprise associée, ou partagée avec elle, dans le contexte du transfert ou de la concession sous licence d'une marque de fabrique ou d'autres actifs incorporels, il faut prendre en compte cette valeur de notoriété pour déterminer le niveau adéquat de la rémunération correspondante. Si les caractéristiques d'une entreprise, telles que la réputation de produire des biens ou de fournir des services de haute qualité, lui permettent de facturer des prix plus élevés qu'une entité n'ayant pas une telle réputation, et si ces caractéristiques peuvent être considérées comme constitutives d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation suivant l'une ou l'autre des définitions de ces termes, il faut prendre en compte ces caractéristiques pour déterminer les prix de pleine concurrence correspondant à la vente de biens ou à la fourniture de services entre des entreprises associées, qu'elles soient ou non considérées comme des éléments de survaleur. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'une contribution de valeur d'une partie à une autre soit qualifiée d'élément constitutif d'une survaleur ou d'une valeur d'exploitation pour qu'il n'y ait pas lieu de rémunérer cette contribution. Voir le paragraphe 6.2.

(OCDE, 2014a, pp. 38-42)

Annexe VIII: Définition des différents types d'incorporels

Bien incorporel commercial

Bien incorporel qui est utilisé dans le cadre d'activités commerciales telles que la production d'un bien ou la prestation d'un service, ou droit incorporel qui constitue lui-même un actif industriel ou commercial transféré aux clients ou utilisé dans le cadre de l'exercice d'activités industrielles ou commerciales.

Bien incorporel de commercialisation

Bien incorporel lié à des activités de commercialisation, qui contribue à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service et/ou a une valeur promotionnelle importante pour le produit concerné.

Bien incorporel manufacturier

Bien incorporel commercial autre que les biens incorporels de commercialisation.

Bien incorporel « protégé »

Bien incorporel qui fait toujours l'objet d'une protection juridique.

Bien incorporel « non protégé »

Bien incorporel qui ne fait pas toujours l'objet d'une protection juridique et qui n'apparaît pas nécessairement à l'actif du bilan comptable.

(OCDE, 2010a, p. 27)

Annexe IX: Contrôle sur le risque

[...] la notion de « contrôle » s'entend de la capacité à prendre la décision d'assumer le risque (décision de risquer des capitaux) et à décider de le gérer ou non, et si oui de quelle manière, en interne ou en faisant appel à un prestataire extérieur. Un tel contrôle suppose que l'entreprise dispose de ressources humaines – salariés ou administrateurs – ayant le pouvoir de remplir cette fonction de contrôle et la remplissent effectivement. Lorsqu'une partie assume un risque, le simple fait qu'elle en confie la gestion et le suivi quotidien à un tiers ne suffit pas à transférer le risque audit tiers.

[...] S'il n'est pas nécessaire d'assumer les fonctions de suivi et de gestion au quotidien pour exercer un contrôle sur le risque (ces fonctions pouvant être externalisées), il faut néanmoins être en mesure d'apprécier le résultat des fonctions de suivi et de gestion assumées par le prestataire de services (le degré de contrôle nécessaire et les modalités d'évaluation des résultats dépendent de la nature du risque).

(OCDE, 2010a, pp. 267-268)

Annexe X: Exemples de caractéristiques spécifiques

Selon l'OCDE, les caractéristiques spécifiques suivantes sont à prendre en compte lors de l'analyse de comparabilité : l'exclusivité, la portée et la durée de la protection juridique, la couverture géographique, la durée d'utilité, l'avancement du développement, les droits relatifs aux améliorations et les avantages escomptés et des risques liés à la probabilité d'obtenir des avantages économiques issus des actifs incorporels. Voici un exemple pour chaque caractéristique (OCDE, 2015a) :

Exclusivité

L'entreprise qui a posé un brevet sur une invention, peut exclure d'autres entreprises du marché pendant plusieurs années. Cette entreprise dispose donc d'un droit exclusif et d'un niveau élevé de pouvoir ou d'influence sur le marché.

Portée et durée de la protection juridique

Deux brevets par ailleurs similaires ne sont pas comparables si l'un expire après trois ans tandis que l'autre expire après vingt ans.

Couverture géographique

Deux brevets par ailleurs similaires ne sont pas comparables si l'un est applicable à l'échelle mondiale tandis que l'autre est limité à un seul pays.

Durée d'utilité

Deux brevets par ailleurs similaires ne sont pas comparables si l'un risque de procurer des avantages commerciaux sur une période de dix ans tandis que l'autre risque de procurer ces avantages sur une période de deux ans au vu du rythme effréné des évolutions technologiques dans le secteur.

Avancement du développement

Deux brevets par ailleurs similaires ne sont pas comparables si l'un est placé sur un composé chimique dont les activités de recherche et développement sont achevées et la viabilité commerciale a été démontrée tandis que l'autre est placé sur un composé chimique dont les activités de R&D n'ont pas encore démontré la sûreté et l'efficacité.

Droits relatifs aux améliorations, révisions et mises à jour

Deux brevets par ailleurs similaires ne sont pas comparables si l'un a le droit d'être amélioré, révisé et mis à jour tandis que l'autre ne bénéficie pas des droits incluant l'accès aux améliorations, révisions et mises à jour. Ce dernier risque donc de devenir relativement vite obsolète ou non compétitif.

Ayantages escomptés

Deux brevets par ailleurs similaires ne sont pas comparables si l'un est lié à un produit dont la rentabilité prévue est évaluée comme élevée tandis que l'autre est lié à un produit dont la rentabilité prévue est simplement égale à la moyenne du secteur.

Risques liés à la probabilité d'obtenir des avantages économiques issus des actifs incorporels

Deux brevets par ailleurs similaires ne sont pas comparables si l'un est lié à un produit qui court le risque de voir des concurrents se lancer à l'avenir sur le marché tandis que l'autre est lié à un produit qui court un faible risque de perte de valeur étant donné que les barrières d'entrée sur le marché sont conséquentes.

(pp. 78-83)

Annexe XI: Accords de répartition des coûts

Connu également sous l'acronyme « ARC », ce dernier est défini par l'OCDE comme :

un cadre fixé d'un commun accord entre deux entreprises associées ou plus qui permet à celles-ci de partager les coûts et les risques de la mise au point, de la production ou de l'obtention d'actifs, de services ou de droits et de déterminer la nature et l'étendue des intérêts de chacun dans les résultats de l'activité de mise au point, de production ou d'obtention de ces actifs, services ou droits.
(OCDE, 2010a, p.25)

En d'autres mots, ce sont des conventions contractuelles reposant fondamentalement sur le principe que la part des bénéfices qu'une partie entend retirer de l'accord correspond à sa part dans le total des contributions de l'accord.

Il ressort également du rapport de l'OCDE de 2010 que le type d'ARC le plus fréquemment utilisé par des multinationales est celui lié au développement conjoint de biens incorporels. Des droits spécifiques d'exploitation sur le bien développé (certaines zones géographiques par exemple) sont ainsi répartis entre les différents participants. Mais il se peut qu'un seul des participants soit le propriétaire légal du bien alors que tous les participants en sont économiquement copropriétaires.

Les accords de répartition des coûts ont essentiellement été conçus pour prévenir les différends liés au prix de transfert. Pour qu'un accord soit valable, il faut qu'il soit conforme au principe de pleine concurrence. C'est-à-dire que sur base des avantages mutuels qu'ils comptent recevoir de l'accord, des contributions similaires à ce qu'une entreprise indépendante accepterait dans de pareilles circonstances doivent être versées.

Annexe XII: Personnes interviewées

Q Monsieur Antonio GAMBINI, rencontré le 28 février 2016 à Bruxelles.

Il est chargé depuis 2010 d'une mission de recherche & plaidoyer financement du développement au sein de l'organisation non-gouvernementale CNCD. Il a obtenu sa licence en droit en 1997 à l'université libre de Bruxelles.

Q Monsieur Nicolas REY, rencontré le 3 mars 2016 à Battice.

Avant d'être engagé par la société BDO en tant que senior consultant-Transfer Pricing, il a disposé pendant cinq ans du même statut dans deux autres grandes sociétés d'audit et il a exécuté les missions suivantes : préparation de la documentation prix de transfert pour les clients, négociation avec les administrations fiscales sur les conflits, sur les accords préalables de prix et sur les procédures d'arrangement mutuel, évaluation fiscale de différents actifs et diagnostics de prix de prix de transfert.

Q Monsieur Stéphane DE BAETS, rencontré le 31 mars 2016 à Bruxelles.

Il travaille depuis le 1^{er} janvier 2016 pour l'entreprise PricewaterhouseCoopers en tant que conseiller fiscal des prix de transfert. En d'autres mots, il est chargé de traiter les controverses des prix de transfert et accords sur tous les conflits de prix transfert en Belgique, mais également dans un contexte international.

Avant 2016, il a travaillé au sein de l'OCDE pendant 5 ans et plus particulièrement sur le projet BEPS. Avant l'OCDE, il a travaillé pour l'administration fiscale belge (depuis 1989) et il est impliqué dans les missions sur les prix de transfert depuis 1996. Il a également fait partie de la délégation belge qui était jointe aux travaux de l'OCDE. Il dispose ainsi d'une expérience de plus de 20 ans sur le sujet des prix de transfert.

Q Monsieur André SCHAFFERS, rencontré le 14 avril 2016 à Diegem.

Depuis 1998, il travaille en tant que spécialiste prix de transfert pour la société Deloitte et il dispose actuellement du statut de Partner Transfer Pricing au sein de cette société.

Ses missions sont principalement liées à la documentation prix de transfert, aux accords préalables de prix, et à la défense de contribuables lors des contrôles de l'administration fiscale belge.

Q Maître Philippe MALHERBE, rencontré le 14 avril 2016 à Louvain-la-Neuve.

Avocat d'un grand cabinet d'avocats en Belgique, il enseigne également des cours de droit à l'université de Louvain. Il est également l'auteur d'un ouvrage en fiscalité internationale et de nombreuses publications en matière de fiscalité et de droit des sociétés.

Annexe XIII: Guide d'entretien

Introduction

- | | |
|--|---------|
| ❖ Puis-je enregistrer cette interview avec mon dictaphone? | OUI/NON |
| ❖ Puis-je citer votre nom dans mon mémoire ? | OUI/NON |

Caractéristiques de l'interviewé

- | | |
|--|---------|
| ❖ Depuis combien d'années travaillez-vous sur la problématique des prix de transfert ? | OUI/NON |
| ❖ Avez-vous lu l'action 8 attentivement? | OUI/NON |

Questions plus globales sur l'action 8

- 1) En ce qui concerne l'action 8, sur une échelle de 1 à 10 comment évalueriez –vous son utilité au sein du plan BEPS?
- 2) Quelles sont les failles/les incohérences de l'action 8 ?
- 3) Quelles sont les points non abordés dans l'action 8 et qui devraient l'être ?

Questions plus précises sur l'action 8

Modification du chapitre 1

- 4) L'OCDE a soulevé quatre facteurs qui posent des problèmes de comparabilité et dont les principes de 2010 accordaient peu d'importance : les économies de localisation, les autres caractéristiques du marché, la main d'œuvre assemblée et les synergies de groupe. De plus, il est dès lors recommandé de tenir compte des options réalistes, des caractéristiques spécifiques, les risques liés à la probabilité d'obtenir des avantages économiques futurs.
 - Que pensez-vous des instructions à ce sujet ?
 - Ces recommandations sont-elles totalement claires ?
 - Ces recommandations sont-elles totalement exhaustives ?
 - L'analyse de comparabilité des biens incorporels s'avère de plus en plus exigeante, incluant de plus en plus de paramètres. Etes-vous d'accord avec ces propos ?

Modification du chapitre 6

Identification des biens incorporels

- 5) Que pensez-vous de la nouvelle définition des biens incorporels ?
Selon vous, est-ce une définition clairement délimitée des biens incorporels ?
Que pensez-vous de la nouvelle définition des actifs incorporels « uniques et de valeur » ?

- 6) Que pensez-vous de la disparition des catégories d'actifs incorporels? (exemple : les biens incorporels manufacturiers (brevets, dessins), les biens incorporels « non protégés (ex : goodwill) et les biens incorporels « protégés ».

Identification des parties ayant droit aux revenus afférents aux biens incorporels

- 7) Les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés en relation avec la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation d'actifs incorporels sont dès lors considérés comme essentiels pour déterminer quelle partie est en droit de bénéficier des revenus tirés de l'exploitation de ces actifs incorporels. Les membres dudit groupe perçoivent une rémunération proportionnelle à leur contribution respective dans ces activités.
- Que pensez-vous de la nouvelle orientation?
 - Quelle est la valeur respective de chaque critère ? Par exemple, si une entreprise supporte les risques financiers et qu'une autre partie met au point un bien incorporel ? Les deux entreprises ont droit à une part des bénéfices, mais à hauteur de combien de pourcents ? Quelle est l'importance des fonctions réalisées par rapport aux risques supportés ?
 - De plus, quel est l'importance de la fonction de mise au point par rapport à la fonction de protection d'un actif incorporel ? N'est-ce pas subjectif ?
- 8) Que pensez-vous sur le fait que l'OCDE fuit le concept de propriété légale des droits de biens incorporels ?
Or l'OCDE n'a pas donné une approche claire sur les concepts de propriété légale et propriété économique. Combien vaut la propriété légale ? Est-ce qu'elle a encore une valeur ? Combien vaut la propriété économique par rapport à la propriété légale ? Est-ce que la propriété légale ne doit pas du tout être rémunérée ?

Instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer

- 9) L'action 8 met en avant trois méthodes de prix de transfert susceptibles d'être utiles dans les transactions portant sur le transfert d'actifs incorporels : méthode prix comparable, profit split et autres techniques d'évaluation. Quel est votre avis sur chacune de ces méthodes ?

Instructions supplémentaires lorsque les actifs incorporels sont difficiles à valoriser/ lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction

10) Que pensez-vous de cette nouvelle section ?

- La solution consisterait à se référer au comportement des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables pour tenir compte de l'incertitude entourant l'évaluation. Qu'en pensez-vous ?
- L'une des possibilités relevées dans ce chapitre consiste à déterminer le prix d'un actif incorporel sur la base des avantages escomptés. En fonction de la faisabilité des prévisions de l'évolution future d'un actif incorporel, des entreprises indépendantes jugent s'il est nécessaire de se réservé le droit ou non de procéder à des ajustements futurs sur le prix de la transaction. Dans le cas où ils jugent que la fixation du prix fondée uniquement sur base des avantages escomptés n'est pas fiable, ils opteront probablement, soit pour des contrats de plus faible durée, soit pour une clause dans le contrat permettant une renégociation du contrat. Est-ce une possibilité adéquate, selon-vous?
- Que pensez-vous de l'approche considérant les revenus effectifs tirés de l'exploitation de l'actif incorporel comme des indices probables pour vérifier le prix de transfert fixé ?
- Que pensez-vous des exemptions à ce droit d'ajustement proposées par l'OCDE ?

Conclusion

- 11) Cette action 8 vise à ce que les bénéfices soient imposés dans le lieu où les activités économiques sont exercées et où les valeurs sont créées. Pensez-vous que ce but sera atteint grâce aux mesures de l'action 8?
- 12) Certains estiment qu'il faut considérer les entités associées comme une seule et même entité et utiliser la méthode du partage du total des bénéfices ! Cette méthode est exclue du plan BEPS.
Ne pensez-vous pas que d'autres approches comme « le formulary apportionment » seraient plus appropriées pour des actifs incorporels difficiles à évaluer?

Annexe XIV: Subjectivité de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices

Dans les quatre étapes décrites ci-dessus, Monsieur Rey tente de faire ressortir le côté subjectif de chacune.

Lors de la 1^{ère} étape, il s'agit de déterminer les critères de création de valeur en se posant la question suivante : « Qu'est-ce qui fait que cet actif a de la valeur ? ». Pour les biens incorporels, ces critères sont les fameuses fonctions DEMPE (mise au point, amélioration, entretien, protection et exploitation). Il arrive parfois qu'une analyse de la contribution fasse ressortir 20 critères de création de valeur. Cette 1^{ère} étape d'identification des critères est en principe objective. Cependant, il est possible que l'inspecteur identifie d'autres critères de création valeur que le contribuable n'a pas pris en compte lors de la fixation du prix de transfert. Donc, cela n'assure finalement pas une totale objectivité.

La 2^{ème} étape consiste à évaluer à hauteur de combien de pourcents chaque critère contribue dans les profits finaux ? Par exemple, imaginons qu'on identifie les cinq critères suivants : la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation de l'actif incorporel. Chaque critère contribue-t-il à la création de valeur à concurrence de 20% ? Et comment justifier que ces cinq critères contribuent chacun respectivement à hauteur de 20% des revenus créés finaux ? Cette 2^{ème} étape est donc totalement subjective.

Il y a également des sous-critères puisque qu'un critère peut avoir de l'importance grâce à un sous-critère spécifique. En d'autres termes, le critère de mise au point d'un bien incorporel peut être une des sources principales de création de valeur grâce à des sous-critères tels que la réalisation des fonctions, l'apport de financements ou encore le contrôle du risque associé à la mise au point d'un bien incorporel. Ces trois sous-critères, doivent être pris en compte lors de l'analyse de contribution. La 3^{ème} étape consiste à évaluer à hauteur de combien de pourcents chaque sous-critère contribue à la création de valeur au sein d'un critère. Par exemple, imaginons que la contribution de valeur du 1^{er} sous-critère, à savoir la réalisation des fonctions, ait été évaluée à hauteur de 33,33% au sein du critère de mise au point d'un actif incorporel.

Ce nouveau pourcentage reste subjectif et pourrait être remis en cause par l'administration fiscale.

Ensuite, vient la 4^{ème} étape, qui consiste à vérifier les entités du groupe qui ont des fonctions associées aux sous-critères de la 3^{ème} étape. Par exemple, imaginons que trois entreprises liées participent à la création de valeur. Mais une seule entreprise (A) est responsable de la réalisation des fonctions, qui vaut 33,33% au sein de la mise au point, qui elle contribue à hauteur de 20% dans les profits finaux d'un actif incorporel. Ainsi, on peut dire objectivement que cette entreprise détient 100% de la réalisation des fonctions de mise au point. Dans ce cas-ci, la contribution de valeur de l'entreprise A sur les revenus finaux s'élèvent à 6,66% (100% X 33,33% X 20%).

Dans cette 4^{ème} étape, la subjectivité peut également être élevée lorsque nous rencontrons des critères comme la force de vente ou encore le développement de la marque et que plusieurs entreprises du groupe ont leurs services marketing respectifs. Par conséquent, comment déterminer le pourcentage de contribution de chaque entreprise dans le développement d'une marque ? En prenant en compte les coûts marketing de chacun ? Au final, on se retrouve à nouveau dans une subjectivité complète.

Bibliographie

Articles de périodiques

- ❖ Dorina, T. (2015). Transfer Pricing: A Multistate Tax Issue. *Journal of State Taxation*, 34(1), 25-30.
- ❖ Eberhartinger, E., & Petutschnig, M. (2015). Practicing Experts' Views on BEPS: A Critical Analysis. *WU International Taxation Research Paper Series*, 27. En ligne <http://ssrn.com/abstract=2683552>
- ❖ Evers, L., Miller, H., & Spengel, C. (2015). Intellectual property box regimes: effective tax rates. *International Tax Public Finance*, 22(3), 502-530. DOI: 10.1007/s10797-014-9328-x
- ❖ Grubert, H. (2003). Intangible income, intercompany transactions, income shifting, and the choice of location. *National tax journal*, 56 (1, part. 2), 221-242.
- ❖ Grubert, H. (2012). Foreign taxes and the growing share of U.S. multinational company income abroad: Profits, not sales, are being globalized. *Office of Tax Analysis*, 103. En ligne <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/tax-analysis/Documents/OTA-WP-103.pdf>
- ❖ Madiès, T. (2003). Prix de transfert optimaux et comportement stratégique des multinationales. *Recherches économiques de Louvain, De Boeck Université*. 69(4), 387-406. DOI : 10.3917/rel.694.0387
- ❖ Schleck, D. (2014). Prix de transfert des biens incorporels : état des lieux. *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 1, 14-28. En ligne <http://hdl.handle.net/2268/167681>
- ❖ Picciotto, S. (2014). Imposer les multinationales, une gageure ?. *Revue Projet*, 4, 40-45. DOI : 10.3917/pro.341.0040
- ❖ Taylor, G., Richardson, G., & Lanis, R. (2015). Multinationality, Tax Havens, Intangible Assets, and Transfer Pricing Aggressiveness: An Empirical Analysis. *Journal of International Accounting Research*, 14(1), 25-57. DOI: <http://dx.doi.org/10.2308/jiar-51019>

- ❖ Ting, A. (2014). iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue. *British Tax Review*, 1, 40-71. En ligne <http://ssrn.com/abstract=2411297>
- ❖ Traverssa, E., & Possoz, M. (2015). L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements: développements récents. Dans M. Marlière & F. Stevenart Meeûs (Eds.), *Revue générale du contentieux fiscal*, 1, pp. 5-24. Bruxelles : Larcier. En ligne <http://hdl.handle.net/2078.1/167224>
- ❖ Yoder, LD. (2014) Recent Transfer Pricing Cases. *International Tax Journal*, 40(5), 3-50.

Ouvrages

- ❖ Boone, P., Goemaere, C., Smits, K., & Verlinden, I. (2004). *Guide pratique pour assurer votre défense en matière de prix de transfert*. Bruxelles : éditions Kluwer.
- ❖ Gravelle, JG. (2015). *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*. Congressional Research Service, 7-5700. En ligne <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40623.pdf>
- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2008). *Méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices: Appel à commentaires*. OCDE Centre de politique et d'administration fiscales. En ligne <http://www.oecd.org/fr/ctp/prix-de-transfert/40257255.pdf>
- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2010a). *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert*. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Editions OCDE. DOI:10.1787/tpg-2010-fr.
- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2010b). *Economies de localisation*. Editions OCDE. En ligne <http://www.oecd.org/fr/ctp/prix-de-transfert/46903229.pdf>
- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2013a). *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*. Editions OCDE. DOI:10.1787/9789264192904-fr

- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2013b).
Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.
 Editions OCDE. En ligne <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/revised-discussion-draft-intangibles.pdf>

- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2014a).
Instructions relatives aux aspects intéressant les prix de transfert des actifs incorporels, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Editions OCDE. DOI:10.1787/9789264225350-fr

- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2014b).
Instructions relatives à la documentation des prix de transfert et aux déclarations pays par pays, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Editions OCDE.
 DOI:10.1787/9789264225404-fr

- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2014c).
Modèles de convention fiscale concernant le revenu et la fortune. Version abrégée. Editions OCDE. DOI:10.1787/mtc_cond-2014-fr

- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2015a).
Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.
 Editions OCDE, Paris. DOI:10.1787/9789264241244-en

- ❖ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (2015b).
Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE. Editions OCDE, Paris.
 En ligne <https://www.oecd.org/fr/ctp/beps-expose-des-actions-2015.pdf>

- ❖ Raffournier, B. (2005). *Les Normes Comptables Internationales (IFRS/IAS)* (2^e édition). Paris : Economica.

- ❖ Saunders, M., Lewis, P., & Thornhill, A. (2012). *Research Methods for Business Students* (6^e édition). Harlow, England: Pearson Education.

- ❖ Taxmann's (Ed.). (2012). *Guide to transfer pricing.* New Delhi : Taxmann.

- ❖ Vanwelkenhuyzen, T. (2015). *Les prix de transfert* (2^e édition). Bruxelles : Larcier.

Législation

- ❖ Code civil belge, art. 544, *M.B.*, 13 septembre 1807.
- ❖ Règlement (CE) n° 1126/2008 de la Commission du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil. *J.O.U.E.*, 29 novembre 2008, L.320, p. 253.
- ❖ Règlement (CE) n° 495/2009 de la Commission du 3 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n° 1126/2008 de la Commission portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la norme internationale d'information financière (IFRS 3). *J.O.U.E.*, 12 juin 2009, L.149.

Pages Web

- ❖ Service Public Fédéral Finances. (n.d.). *A. La notion de "biens".* En ligne <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&id=7158f7a7-51f6-4a77-936d-ce7a26439643#findHighlighted>, consulté le 6 avril 2016.
- ❖ Simon, V. (2015, mai). *BEPS : l'OCDE s'active sans avoir analysé le problème.* En ligne <http://www.economiesuisse.ch/fr/article/beps-1%2080%99ocde-s%2080%99active-sans-avoir-analys%C3%A9-le-probl%C3%A9me>, consulté le 13 février 2016.
- ❖ Union européenne. (2016). *Assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés.* En ligne http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_fr.htm, consulté le 17 mars 2016.

Documents Web

- ❖ BEPS Monitoring Group. (n.d.). *Response to OECD Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles.* OCDE Centre de politique et d'administration fiscales. En ligne <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/beps-monitoring-group-intangibles.pdf>, consulté le 5 janvier 2016.

- ❖ KPMG. (2014, septembre). *OECD – BEPS action plan 8: guidance on transfer pricing aspects of intangibles*. En ligne <https://home.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2014/09/OECD-BEPS-Action-Plan-8.pdf>, consulté le 25 janvier 2016.

- ❖ Trade Union Advisory Committee. (2015, octobre). *Le plan d'action BEPS du G20 et de l'OCDE: un accord historique, obtenu au prix fort de la complexité et du secret des affaires*. En ligne http://www.tuac.org/fr/public/e-docs/00/00/11/1B/document_news.phtml, consulté le 3 février 2016.

Rapports de recherche

- ❖ *Heckemeyer, J., & Overesch, M. (2012). *Profit shifting channels of multinational firms – a meta study*. Rapport présenté au congrès de l'IIPF. En ligne https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIPF68&paper_id=434

- ❖ Observatoire des prix. (2015). *Fonctionnement du marché en Belgique : Screening horizontal des secteurs*. SPF Economie. En ligne http://economie.fgov.be/fr/binaries/Screening_horizontal_des_secteurs_tcm3-26-264051.pdf

- ❖ Hufbauer, M., Jung, E., Moran, T., & Vieiro, M. (2015). *The OECD's "Action Plan" to Raise Taxes on Multinational Corporations*. Peterson Institute for International Economics. En ligne <http://www.piie.com/publications/wp/wp15-14.pdf>

Table des matières

TABLE ABRÉGÉE DES MATIÈRES.....	A
LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES	B
INTRODUCTION	1
CADRE THÉORIQUE.....	5
1. CONCEPTS CLÉS.....	5
1.1. <i>Prix de transfert</i>	5
1.2. <i>Bien incorporel</i>	6
1.2.1. Définition de droit privé.....	6
1.2.2. Définition comptable	6
1.2.3. Définition de droit fiscal selon l'OCDE	7
1.3. <i>Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert</i>	8
1.3.1. Principes de l'OCDE.....	8
1.3.2. Principe de pleine concurrence.....	8
1.3.3. Analyse de comparabilité.....	10
1.3.4. Méthode de fixation des prix de transfert.....	11
1.3.4.1. La méthode du prix de revente	12
1.3.4.2. La méthode du coût majoré	12
1.3.4.3. La méthode transactionnelle de la marge nette	12
1.3.4.4. La méthode du prix comparable sur le marché libre.....	13
1.3.4.5. La méthode transactionnelle du partage des bénéfices.....	13
2. PROBLÉMATIQUE DES PRIX DE TRANSFERT DES BIENS INCORPORELS	15
3. L'ACTION 8 DU PLAN BEPS.....	19
3.1. <i>Que signifie le projet « BEPS » ?.....</i>	19
3.2. <i>L'objectif général de l'action 8 et les mesures pour y arriver</i>	20
3.3. <i>Synthèse de l'action 8 du plan BEPS.....</i>	21
3.3.1. Modification du chapitre I «Principe de pleine concurrence»	21
3.3.1.1. Les économies de localisation	21
3.3.1.2. Les autres caractéristiques du marché local	22
3.3.1.3. La main d'œuvre assemblée.....	23
3.3.1.4. Les synergies de groupe	23
3.3.2. Modification du chapitre II « méthodes de prix de transfert »	25
3.3.2.1. Avant BEPS.....	25
3.3.2.2. BEPS.....	25
3.3.3. Modification du chapitre VI des rapports de l'OCDE	26
3.3.3.1. Identification des actifs incorporels.....	27
3.3.3.2. Identification des parties ayant droit aux revenus afférents aux biens incorporels	29
3.3.3.3. Instructions supplémentaires pour déterminer les conditions de pleine concurrence	32
3.3.3.4. Instructions supplémentaires sur les méthodes de fixation de prix de transfert à appliquer	33

3.3.3.5. Instructions supplémentaires pour déterminer le prix de transfert lorsque l'évaluation est très incertaine au moment de la transaction	36
CADRE EMPIRIQUE	41
1. HYPOTHÈSES	41
2. METHODOLOGIE	43
2.1. <i>Choix de la méthode de recherche</i>	43
2.2. <i>Choix de l'échantillon pour l'analyse qualitative</i>	44
2.3. <i>Déroulement des entretiens avec les experts</i>	45
3. RESULTATS	47
3.1. <i>La nouvelle définition des biens incorporels</i>	47
3.2. <i>La suppression de la catégorisation des biens incorporels</i>	47
3.3. <i>Les instructions supplémentaires concernant les facteurs à prendre en compte lors de l'analyse de comparabilité</i>	48
3.4. <i>Propriétaire légal VS propriétaire économique</i>	49
3.5. <i>Les Fonctions DEMPE</i>	51
3.6. <i>Les méthodes de fixation de prix de transfert</i>	52
3.6.1. Méthode du prix comparable sur le marché libre	52
3.6.2. Utilisation des techniques d'évaluation	53
3.6.3. Méthode transactionnelle du partage des bénéfices	53
3.6.4. Global Profit Split	55
3.6.5. Méthode de répartition sur base d'une formule arbitraire	55
3.7. <i>Instructions sur les actifs incorporels difficiles à valoriser</i>	56
3.8. <i>Les points non abordés dans l'action 8</i>	58
3.9. <i>Appréciation générale de l'action 8</i>	59
3.10. <i>Critique du principe de pleine concurrence</i>	60
4. DISCUSSION	61
4.1. <i>Hypothèse 1</i>	61
4.2. <i>Hypothèse 2</i>	62
4.3. <i>Hypothèse 3</i>	63
4.4. <i>Hypothèse 4</i>	64
4.5. <i>Hypothèse 5</i>	66
CONCLUSION	69
TABLE DES ANNEXES	I
ANNEXE I: DÉFINITION DE LA NOTION D'ENTREPRISES ASSOCIÉES.....	II
ANNEXE II: FACTEURS DE COMPARABILITÉ	III
ANNEXE III: SCHÉMA DE LA MÉTHODE DU PRIX DE REVENTE	IV
ANNEXE IV: EXEMPLE DE LA MÉTHODE DU COÛT MAJORE.....	V
ANNEXE V: ECONOMIES DE LOCALISATION	VI
ANNEXE VI: EXEMPLE CHIFFRÉ D'UNE SYNERGIE DE GROUPE	VII
ANNEXE VII: LISTE D'EXEMPLES DE BIENS INCORPORELS DE L'OCDE	VIII
ANNEXE VIII: DÉFINITION DES DIFFÉRENTS TYPES D'INCORPORELS	XIII
ANNEXE IX: CONTRÔLE SUR LE RISQUE	XIV
ANNEXE X: EXEMPLES DE CARACTÉRISTIQUES SPÉCIFIQUES	XV
ANNEXE XI: ACCORDS DE RÉPARTITION DES COÛTS	XVII
ANNEXE XII: PERSONNES INTERVIEWÉES.....	XVIII

ANNEXE XIII: GUIDE D'ENTRETIEN.....	XX
ANNEXE XIV: SUBJECTIVITÉ DE LA MÉTHODE TRANSACTIONNELLE DU PARTAGE DES BÉNÉFICES	XXIII
BIBLIOGRAPHIE	XXV
ARTICLES DE PÉRIODIQUES.....	XXV
OUVRAGES	XXVI
LÉGISLATION	XXVIII
PAGES WEB.....	XXVIII
DOCUMENTS WEB	XXVIII
RAPPORTS DE RECHERCHE	XXIX

Executive summary

In October 2015, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) released finalisation of the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) action 8. This action 8 contains recommendations for transfer pricing issues related to intangibles. The main objective of this transfer pricing guidelines' reform is to realign transfer pricing outcomes from intangibles with value creation. Therefore it would prevent base erosion and profit shifting by moving intangibles among group members of a multinational.

The content of action 8 revolves around five axes. Firstly, it provides additional guidance on determination of arm's length conditions including detailed discussion on location savings, assembled workforce, other local market features, group synergies and available realistic options. Secondly, it provides instructions for the identification of intangibles, especially a new definition of the intangible asset. Thirdly, the action 8 adds guidance to identify which entity or entities within a multinational group are entitled to outcomes from exploiting intangibles. In particular, it emphasises the importance of a detailed functional, risk and asset analysis stating the entities that perform functions, utilise assets and assume risks associated with the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles. Fourthly, it provides guidance on the applicability of Transfer pricing methods with intangibles. And finally, it provides specific guidance when an intra-group transaction involves the transfer of hard-to-value intangibles.

Based on that observation, we wanted to study the opinion of transfer pricing specialists about the proposals resulting from the action 8. So the problematic viewed is: are action's proposals in line with the main objective of this action? By using a qualitative approach, we identify the different outlooks of each transfer pricing experts. And the results of our dissertation show that some progresses have been made on the transfer pricing aspects of intangibles. However, the new guidance remains based on the arm's length principle. Therefore, some orientations appear not to fit with the objective.

Keywords: base erosion and profit shifting (BEPS), transfer pricing, intangibles, action 8, critical analysis.