

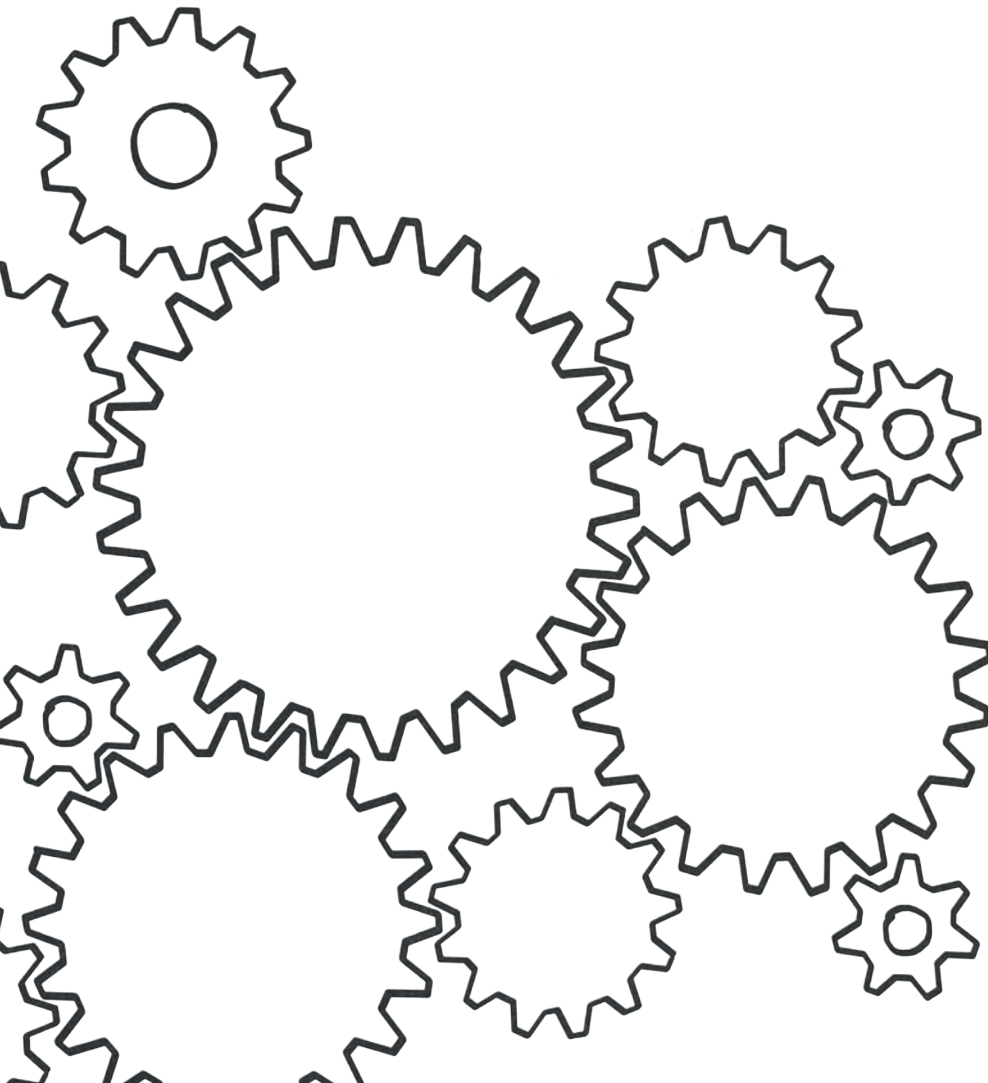
ATOZ REPORTS

Extended Analysis on Current Tax Topics | February 2018

Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert

Nouvelles lignes directrices sur l'allocation des risques

Par Oliver R. Hoor



Détails concernant l'auteur

Oliver R. Hoor



Tax Partner
Head of Transfer Pricing and
German Desk

ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)

Pour contacter l'auteur :

oliver.hoor@atoz.lu

Tel. +352 269 401

www.atoz.lu

Remerciements

L'auteur remercie les personnes suivantes pour leur aide précieuse pour la rédaction de ce rapport :



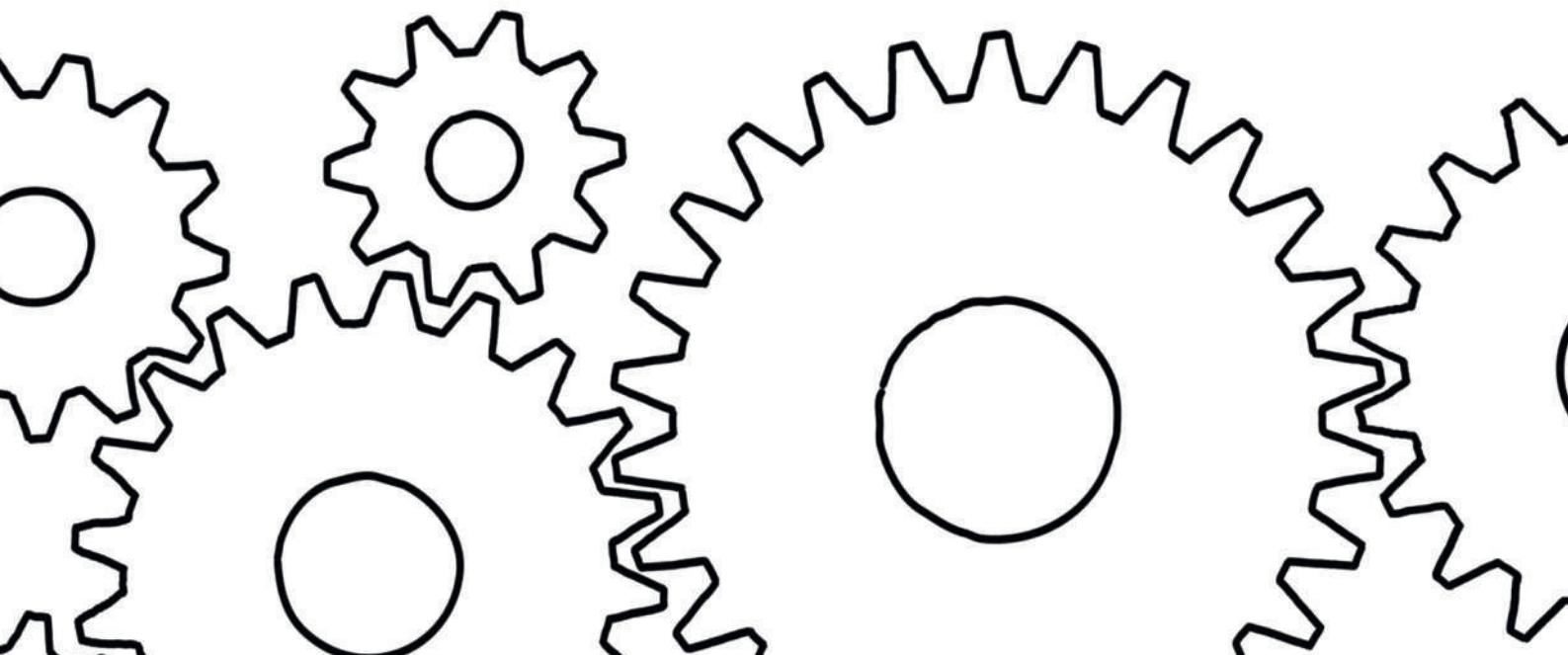
Samantha Schmitz

Chief Knowledge Officer



Marie Bentley

Knowledge Manager



SOMMAIRE

1. INTRODUCTION	6
2. LA NOTION DE RISQUE DANS LE CONTEXTE DES PRIX DE TRANSFERT	6
3. L'ANALYSE DU RISQUE LIE AUX TRANSACTIONS CONTROLEES	7
3.1. L'ANALYSE FONCTIONNELLE	7
3.2. L'APPROCHE DE L'OCDE A L'EGARD DE L'ANALYSE DES RISQUES	8
3.3. ETAPE 1 : IDENTIFICATION DES RISQUES SPECIFIQUES ECONOMIQUEMENT SIGNIFICATIFS.....	10
3.4. ETAPE 2 : PRISE EN CHARGE CONTRACTUELLE DU RISQUE	11
3.5. ETAPE 3 : ANALYSE FONCTIONNELLE RELATIVE AU RISQUE	12
<i>3.5.1. LES FONCTIONS DE CONTROLE DES RISQUES</i>	<i>12</i>
<i>3.5.2. LES FONCTIONS D'ATTENUATION DES RISQUES</i>	<i>13</i>
<i>3.5.3. LES GAINS OU PERTES POTENTIELS ASSOCIES AU RISQUE ET LA CAPACITE FINANCIERE D'ASSUMER LE RISQUE</i>	<i>13</i>
3.6. ETAPE 4 : INTERPRETATION DES ETAPES 1 A 3	14
3.7. ETAPE 5 : L'ATTRIBUTION DU RISQUE	15
3.8. ETAPE 6 : TARIFICATION DE LA TRANSACTION	15
4. LA NON-RECONNAISSANCE DES TRANSACTIONS DELIMITEES AVEC PRECISION	16
5. CONCLUSION	18

Les Principes de l'OCDE fournissent de nouvelles lignes directrices pour l'allocation des risques : cependant, le cadre de l'analyse des risques ajoute une couche de complexité à l'analyse des prix de transfert. Les contribuables doivent adopter une position proactive en examinant et documentant attentivement l'allocation des risques dans le cadre de transactions contrôlées.

Le 10 juillet 2017, l'OCDE a publié une révision de ses Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (les « Principes de l'OCDE »). Plusieurs chapitres des Principes de l'OCDE ont été considérablement réécrits suite aux travaux de l'Organisation dans le cadre de son projet sur l'érosion de la base et le transfert des bénéfices (« BEPS »), y compris le chapitre I, qui définit désormais un cadre détaillé pour la (ré)allocation des risques. Cet article analyse les nouvelles lignes directrices relatives à l'identification, la délimitation et l'allocation des risques dans le cadre de l'analyse fonctionnelle d'une étude de prix de transfert.

1. Introduction

Les prix de transfert ont constitué une grande partie des travaux de l'OCDE dans le cadre de son projet BEPS. Quatre des 15 actions BEPS étaient axées sur les prix de transfert et les exigences connexes en matière de documentation. L'objectif de l'OCDE était d'aligner les prix de transfert calculés sur la « création de valeur ». L'action 8 du projet BEPS portait sur les actifs incorporels, l'action 9 sur le risque et le capital et l'action 10 sur ce qui a été identifié comme autres transactions à risque élevé ; l'action 13 traitait de la documentation des prix de transfert.

Lorsque l'OCDE a lancé son projet BEPS en 2013, les prix de transfert, et en particulier la possibilité pour les entreprises multinationales (« EMN ») de transférer les risques entre entreprises associées, ont été identifiés comme l'un des principaux éléments de pression dans le contexte de BEPS. Les travaux effectués dans le cadre de l'action 9 ont abouti à une refonte profonde du chapitre I, section D des Principes de l'OCDE (« Guide pour l'application du principe de pleine concurrence »). L'idée fondamentale derrière ces nouvelles lignes directrices est de s'attaquer à la répartition contractuelle des risques dont la rationalité commerciale des transactions non contrôlées fait défaut.

L'attribution du risque entre entreprises associées dans le contexte d'une transaction contrôlée est analysée dans le cadre d'une analyse fonctionnelle qui examine les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties. L'expérience pratique montre que l'analyse du risque en relation avec des transactions contrôlées est plus complexe que l'analyse des fonctions et des actifs. Dès lors, les Principes révisés de l'OCDE adoptent une approche en 6 étapes afin d'identifier, de délimiter et d'allouer les risques dans le cadre de transactions contrôlées. Ce nouveau cadre a pour objet de parer aux situations dans lesquelles une entité touche une rémunération inappropriée uniquement parce qu'elle a contractuellement assumé des risques ou fourni du capital.

2. La notion de risque dans le contexte des prix de transfert

La version révisée des Principes de l'OCDE définit largement le terme de « risque » dans le contexte des prix de transfert comme étant « l'effet de l'incertitude sur les objectifs de l'entreprise ». Ainsi, l'incertitude existe et un risque est supporté dans chacune des mesures prises par le contribuable pour tirer parti d'une opportunité¹.

Selon les Principes de l'OCDE, la partie qui assume le risque lié à une transaction contrôlée doit exercer le contrôle sur ce risque et doit posséder la capacité financière d'assumer et de supporter le risque².

Le contrôle du risque implique d'avoir la capacité de prendre des décisions relatives aux opportunités porteuses de risques, et de décider de faire face ou non, et selon quelles modalités, aux risques associés à ces opportunités. Le contrôle du risque implique également l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision³. La capacité financière d'assumer le risque nécessite un accès au financement nécessaire afin de couvrir les coûts escomptés en cas de réalisation du risque⁴.

¹ Voir Paragraphe 1.71 du Chapitre I des Principes de l'OCDE.

² Voir Paragraphe 1.64 et 1.65 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³ Voir Paragraphe 1.65 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴ Voir Paragraphe 1.64 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

Les nouvelles lignes directrices fournies dans les Principes de l'OCDE ont pour objectif de contrer les sociétés dites « cash boxes » et les autres structures dont la substance pour contrôler les risques ainsi que la capacité financière pour supporter un risque en relation avec une transaction sous-jacente font défaut⁵.

Les Principes révisés de l'OCDE distinguent les risques en relation avec le financement d'une transaction particulière (qui est le risque de financement ou financier) et les risques opérationnels qui sont liés à telle transaction ou activité. Quant à la rémunération du risque, une entité qui supporte le risque de financement ne doit pas percevoir plus qu'un rendement financier corrigé des risques et non un revenu résiduel, à moins que l'entité fournissant le financement contrôle aussi les risques opérationnels. Cependant, les Principes de l'OCDE restent muets sur la manière de déterminer le rendement corrigé des risques. Lorsqu'une entité, qui finance une transaction contrôlée ne contrôle même pas les risques liés au financement, une telle entité ne devrait avoir droit qu'à un taux de rendement sans risque⁶.

En principe, le risque et le rendement sont directement liés et la prise en charge de risques accrus devrait être compensée par une augmentation du rendement escompté. Cependant, les Principes de l'OCDE reconnaissent que le rendement réel peut ou non augmenter, en fonction du degré de matérialisation effective des risques⁷. Ainsi, si les risques se matérialisent et affectent négativement les rendements des contribuables, les autorités fiscales ne peuvent pas attendre de ceux-ci qu'ils réalisent des rendements plus élevés.

3. L'analyse du risque lié aux transactions

3.1. L'analyse fonctionnelle

Dans les transactions entre deux parties indépendantes, la rémunération reflètera normalement les fonctions que chaque entreprise effectuera (prenant en considération les actifs utilisés et les risques assumés). Par conséquent, l'analyse fonctionnelle est l'un des aspects les plus importants des prix de transfert et est nécessaire pour délimiter avec précision les transactions contrôlées et déterminer la comparabilité entre les transactions ou les entités contrôlées et non contrôlées⁸.

Une analyse fonctionnelle implique typiquement une analyse des fonctions exercées⁹, des actifs utilisés¹⁰, et des risques assumés¹¹ par les parties à une transaction contrôlée¹². En d'autres termes, il est essentiel d'identifier les fonctions, les actifs et les risques économiquement significatifs, et d'analyser dans quelle mesure ceux-ci peuvent impacter les prix comparables, les marges ou les profits.

L'objet de l'analyse fonctionnelle est d'obtenir une bonne compréhension (i) des opérations d'une entité avec ses entreprises associées, et (ii) des rôles respectifs des parties à la transaction contrôlée, puisque ceux-ci auront un impact sur la rémunération de pleine concurrence. Ceci est dû au fait que le rendement espéré varie en fonction de l'importance des fonctions exercées, du degré de risque pris ainsi que de la nature et la valeur des actifs utilisés. Dès lors, il est important de recenser les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par toutes les entreprises associées à une transaction contrôlée.

⁵ Voir Sunny Kishore Bilaney, "Understanding Risk in the Era of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative", Bulletin for International Taxation, October 2016, p. 577.

⁶ Voir Paragraphe 1.100 – 1.103 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁷ Voir Paragraphe 1.56 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁸ Voir Paragraphe 1.51 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁹ Les fonctions exercées sont les activités qui sont effectuées par chacune des parties à la transaction contrôlée. Les fonctions qui peuvent être prises en considération afin de déterminer la comparabilité de deux transactions peuvent inclure, par exemple, la recherche et le développement, la conception de produits, l'ingénierie, la fabrication, l'assemblage, la commercialisation, la publicité, la distribution, le transport, l'entreposage, le financement et la gestion.

¹⁰ Les actifs qui doivent être pris en compte lors de la détermination du degré de comparabilité entre les transactions contrôlées et non contrôlées comprennent, par exemple, les installations et le matériel, les meubles et accessoires, l'utilisation d'actifs incorporels de valeur, d'actifs financiers et la nature des actifs utilisés.

¹¹ Les risques qui doivent être pris en compte dans le cadre de l'analyse fonctionnelle comprennent, par exemple, les risques de marché (y compris les fluctuations des prix et de la demande, les risques liés au cycle économique, le développement du marché, y compris la publicité et la promotion des produits), les risques financiers (y compris la méthode de financement, le financement des pertes, le risque de change), le risque lié au produit (y compris la conception et le développement du produit, le service après-vente, le risque lié à la responsabilité du produit, le risque de propriété intellectuelle, les risques associés à la recherche et au développement, la désuétude), les risques de crédit et de recouvrement, le risque entrepreneurial, le risque commercial général.

¹² Voir Paragraphe 1.51 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

Les contributions réelles, les capacités et les autres caractéristiques des parties à une transaction contrôlée peuvent influencer les options qui s'offrent à elles¹³. Par conséquent, l'analyse fonctionnelle devra tenir compte des capacités des parties, de l'incidence de ces capacités sur les options réalistes qui s'offrent à elles et de si des transactions de pleine concurrence potentiellement comparables font apparaître des capacités similaires¹⁴.

L'analyse fonctionnelle constitue la base permettant de sélectionner la méthode de prix de transfert la plus appropriée, la partie testée (dans le cas où le coût majoré, la méthode du prix de revente ou la méthode transactionnelle de marge nette est appliqué), la recherche de transactions comparables non contrôlées et enfin, de déterminer si les bénéfices (ou pertes) obtenus par les parties à la transaction sont appropriés au regard des fonctions réalisées, des actifs utilisés et des risques assumés. Cela fait de l'analyse fonctionnelle une pierre d'angle pour tout exercice de prix de transfert, établissant les fondations de l'analyse économique.

L'analyse fonctionnelle est aussi essentielle pour la détermination de la comparabilité des transactions contrôlées et non contrôlées. En effet, les éléments comparables potentiels seront généralement recherchés parmi les transactions non contrôlées qui présentent une répartition similaire des fonctions, des actifs et des risques entre les parties. Dans l'hypothèse où il y aurait des différences matérielles entre les fonctions des transactions contrôlées et non contrôlées, des ajustements fiables raisonnables devront être effectués pour tenir compte de ces différences.

3.2. L'approche de l'OCDE à l'égard de l'analyse des risques

La Section D.1.2.1. des Principes de l'OCDE fournit un cadre détaillé permettant d'aider les contribuables et les autorités fiscales dans le cadre de l'attribution des rendements du risque parmi les sociétés de groupes.

Cependant, bien que les Principes de l'OCDE insistent sur l'importance de l'analyse du risque dans le cadre de l'analyse fonctionnelle, il est explicitement indiqué que les principes détaillés en relation avec l'analyse des risques dans le cadre de l'analyse fonctionnelle (couvrant les fonctions, les actifs et les risques) ne doivent pas être interprétés comme indiquant que les risques sont plus importants que les fonctions ou les actifs. Au contraire, les principes détaillés sur les risques sont une indication des difficultés pratiques que présentent les risques¹⁵.

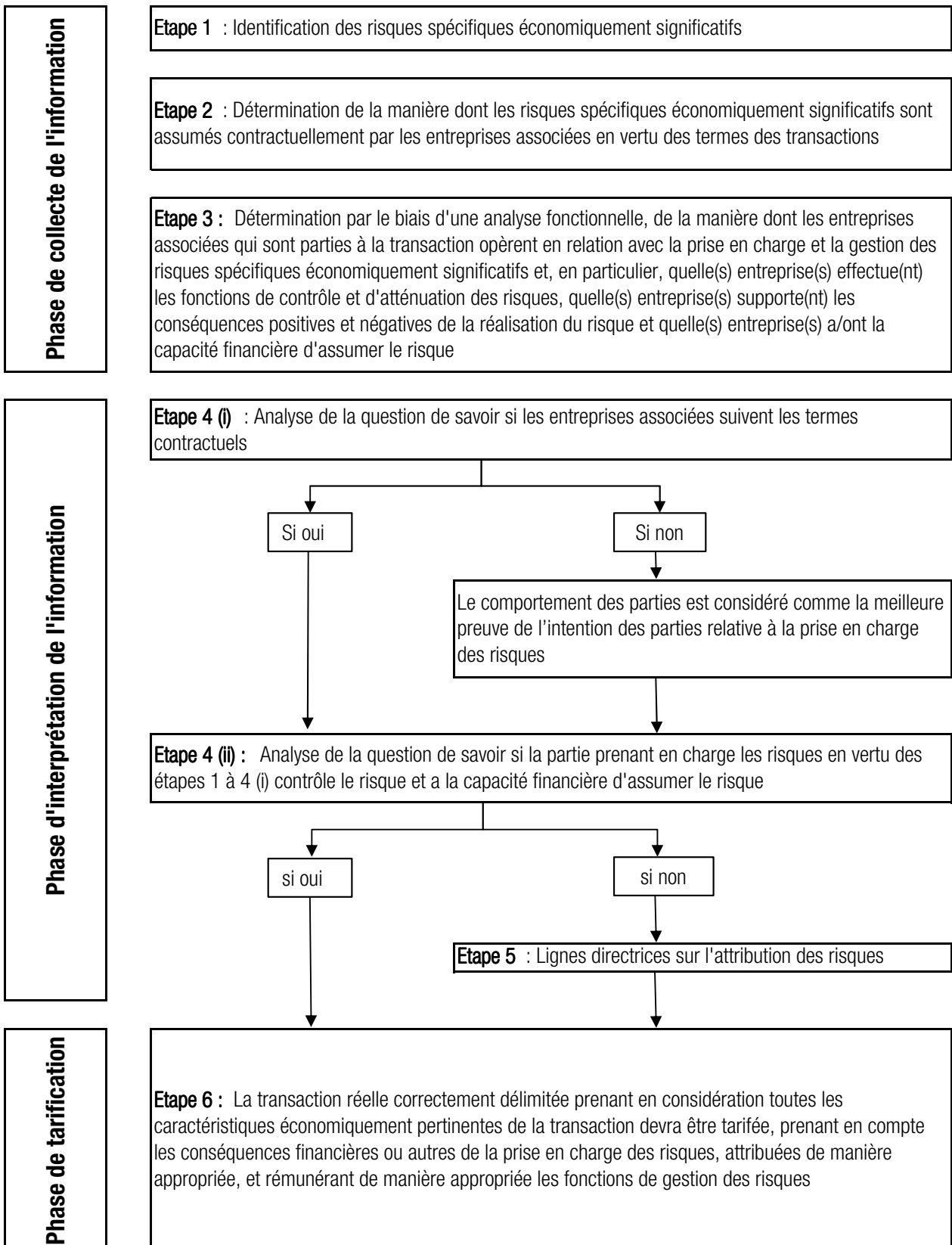
Les nouvelles lignes directrices semblent encourager une analyse fonctionnelle plus centrée sur les risques, laquelle nécessite d'identifier chaque opportunité, les risques sous-jacents, et par la suite, les personnes contrôlant chacun de ces risques. Ainsi, le nouveau cadre semble être plus complexe et n'est pas sans ambiguïté.

¹³ Voir Paragraphe 1.52 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

¹⁴ Voir Paragraphe 1.53 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

¹⁵ Voir Paragraphe 1.59 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

L'approche de l'OCDE en 6 étapes afin d'identifier, de délimiter, et d'attribuer les risques en vertu du principe de pleine concurrence



3.3. Etape 1 : Identification des risques spécifiques économiquement significatifs

La première étape requiert l'identification des « risques spécifiques économiquement significatifs » qui devront être pris en compte dans le cadre de l'analyse de prix de transfert¹⁶.

Selon les Principes révisés de l'OCDE, le terme « risque » est défini de façon large comme « l'effet de l'incertitude sur les objectifs de l'entreprise ». Afin d'être pertinent dans le cadre d'une analyse de prix de transfert, un risque doit être économiquement significatif. Par conséquent, la matérialisation du risque devrait impacter économiquement le rendement perçu par la société qui poursuit une opportunité commerciale. L'importance d'un risque dépend de « la probabilité et la taille du potentiel de profits ou de pertes résultant du risque »¹⁷.

A cet égard, un des problèmes qui se posent a trait aux risques ayant une probabilité faible mais un impact très important sur les profits de la société. Le prix de transfert est souvent revu plusieurs années après que l'analyse de prix de transfert ait été réalisée. Ainsi, les autorités fiscales peuvent, avec le recul, évaluer différemment l'importance des risques, prenant la position qu'un risque qui ne s'est pas matérialisé était de nature théorique et, en conséquence, n'était pas économiquement important. A l'opposé, lorsqu'un tel risque se matérialise alors qu'il n'avait pas été pris en considération dans l'analyse de prix de transfert, les autorités fiscales soutiendront probablement que l'analyse du risque n'était pas adaptée¹⁸.

Les risques matériels doivent par ailleurs être identifiés avec spécificité. En matière de prix de transfert, un risque ne doit pas être vaguement défini ou indifférencié, puisque tel risque ne serait pas utile en ce qui concerne la définition précise de la transaction contrôlée. En ce qui concerne la source des risques, celle-ci peut être soit interne, soit externe¹⁹.

Les Principes de l'OCDE fournissent une liste non limitative de catégories de risques à prendre en compte²⁰ :

- *Les risques de stratégie ou les risques de marché :*

Ces risques sont en grande partie des risques externes causés par l'environnement économique, par les événements politiques et réglementaires, par la concurrence, par les avancées technologiques ou par les transformations environnementales et sociales.

- *Les risques opérationnels ou d'infrastructure :*

Ces risques englobent probablement les incertitudes liées à l'exécution de l'entreprise et peuvent inclure l'efficacité des processus et des opérations.

- *Les risques financiers :*

Tous les risques sont susceptibles d'affecter les performances financières d'une entreprise ; cependant, il existe des risques financiers spécifiques liés à la capacité de l'entité à gérer ses liquidités et sa trésorerie, sa capacité financière et sa solvabilité. L'incertitude peut être d'origine externe (par exemple, être causée par une crise économique ou crise de crédit) mais peut aussi être interne, pilotée par des contrôles, des décisions d'investissement et des conditions de crédit.

¹⁶ Voir Paragraphe 1.60 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

¹⁷ Voir Paragraphe 1.71 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

¹⁸ Voir Isabel Verlinden, David Ledure, Maxime Dessy, "The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen The Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Standard", International Transfer Pricing Journal, March/April 2016, p. 109.

¹⁹ Voir Paragraphe 1.72 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

²⁰ Voir Paragraphe 1.72 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

- *Les risques transactionnels :*

Ces risques sont liés à la tarification et aux conditions de paiement rattachées aux transactions commerciales.

- *Les risques liés aux aléas :*

Ces risques englobent les événements extérieurs négatifs susceptibles d'entraîner des dommages ou des pertes, y compris les accidents et les catastrophes naturelles.

Bien que l'OCDE affirme que la liste n'est pas limitative et qu'elle n'a pas pour objectif de suggérer une hiérarchie des risques, elle sera probablement utilisée comme une checklist par les autorités fiscales. Il s'ensuit que, au minimum, ces risques devront être examinés. Cependant, il peut y avoir d'autres risques inhérents à une transaction contrôlée tels que les risques d'inventaire, les risques de recherches et de développement, les risques de change, etc.

3.4. Etape 2 : Prise en charge contractuelle du risque

La deuxième étape consiste à identifier les entités du groupe qui assument contractuellement les risques matériels identifiés à l'étape 1. La prise en charge des risques prévue par les parties est généralement déterminée dans un contrat écrit.

Alors que la prise en charge de certains risques peut être explicitement prévue dans les accords contractuels, la prise en charge d'autres risques peut n'être qu'implicite. L'attribution contractuelle des risques est le point de départ lorsque l'on entreprend une analyse de prix de transfert²¹.

Dans le cadre de transactions entre entreprises indépendantes, la divergence des intérêts entre les parties assure :

- que les conditions contractuelles conclues reflètent les intérêts des deux parties ;
- que les parties tâcheront habituellement de faire en sorte que les autres respectent les termes du contrat ;
- que les conditions contractuelles ne seront ignorées ou modifiées après la signature du contrat que dans la mesure où cela est dans l'intérêt des deux parties.

A l'inverse, les entreprises associées pourraient envisager de ne pas requérir mutuellement le respect des termes du contrat, puisqu'elles ont des intérêts généraux communs. Dès lors, il est nécessaire d'examiner si oui ou non la conduite des parties est conforme en substance aux termes du contrat. Lorsque le comportement des parties indique que les conditions contractuelles n'ont pas été respectées, une analyse plus approfondie est nécessaire pour déterminer les véritables termes de la transaction²².

Cependant, bien que la conduite des parties prévale si celle-ci n'est pas compatible avec l'arrangement contractuel, l'importance d'une documentation juridique appropriée reste primordiale. En effet, il appartient aux autorités fiscales de démontrer que la répartition contractuelle des risques n'est pas conforme à la conduite des parties²³.

Une prise en charge contractuelle du risque est basée sur un accord de prise en charge ex ante entre les parties liées de tout ou partie des coûts potentiels liés à la concrétisation ex post des conséquences négatives du risque, en contrepartie de tout ou partie des bénéfices potentiels liés à la concrétisation ex post des conséquences positives. De manière importante, une prise en charge ex ante du risque doit fournir des éléments probants d'un engagement à assumer le risque avant la réalisation de ses conséquences²⁴.

²¹ Par exemple, les dispositions contractuelles qui prévoient la rémunération non conditionnelle de l'une des parties font supporter implicitement les conséquences de certains risques, notamment de profits et de pertes, à l'autre partie ; Voir Paragraphe 1.77 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

²² Voir Paragraphe 1.46 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

²³ Voir Isabel Verlinden, David Ledure, Maxime Dessy, "The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen The Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Standard", International Transfer Pricing Journal, March/April 2016, p. 110.

²⁴ Voir Paragraphe 1.78 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

Les Principes de l'OCDE soulignent que la prise en charge supposée d'un risque lorsque ses conséquences sont certaines n'est pas, par définition, une prise en charge du risque puisqu'il n'y en a plus. De même, les réaffectations du risque a posteriori par l'administration fiscale lorsque les conséquences du risque sont connues sont inappropriées à moins que celles-ci soient fondées sur des indications mentionnées ailleurs dans les Principes de l'OCDE, en particulier celles mentionnées à la section relative à la réallocation du risque²⁵.

Selon les Principes de l'OCDE, la forme de rémunération ne peut pas dicter des affectations inappropriées du risque. A titre d'exemple, si une partie à une transaction contrôlée est rémunérée sur base du coût majoré, il ne peut être facilement conclu que cette entité est à risque faible ou limité²⁶. Au lieu de cela, c'est la détermination de la façon dont les parties gèrent et contrôlent effectivement les risques, comme indiqué dans les autres étapes du processus d'analyse des risques, qui déterminera la prise en charge des risques par les parties et dictera, en conséquence, le prix de transfert de la transaction contrôlée²⁷.

Cependant, il est intéressant de noter que les Principes de l'OCDE confirment qu'il est neutre d'un point de vue économique d'assumer (ou d'éviter) un risque en contrepartie d'un revenu nominal escompté plus élevé (ou plus faible) dans la mesure où les deux options sont à égalité en matière de valeur actuelle nette²⁸.

3.5. Etape 3 : Analyse fonctionnelle relative au risque

La troisième étape implique l'analyse des fonctions effectuées par les entreprises associées en relation avec le risque. Plus précisément, au sein de l'analyse, il faudra déterminer quelle(s) entreprise(s) :

- effectue(nt) des fonctions de gestion du risque²⁹ lesquelles incluent deux types d'activité, à savoir le contrôle des risques et l'atténuation des risques ;
- supporte(nt) les conséquences positives et négatives de la réalisation du risque ;
- a/ont la capacité financière d'assumer le risque.

3.5.1. Les fonctions de contrôle des risques

Aux fins de l'analyse de prix de transfert, les risques doivent être attribués à l'entreprise associée qui effectue la fonction de « contrôle des risques », ce qui implique :

- (i) la capacité de prendre la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque, et l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision ;
- (ii) la capacité de prendre la décision de traiter les risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision³⁰.

En d'autres termes, le contrôle des risques signifie avoir la capacité et le pouvoir, et son exercice effectif, de décider de prendre un risque et de décider si et comment gérer ce risque. Le contrôle des risques se concentre sur la prise de décision des parties à une transaction contrôlée en relation avec un risque spécifique issu de la transaction. En pratique, ces fonctions sont effectuées par des personnes qui décident de poursuivre ou non une opportunité commerciale et la prise en charge des risques y relatifs.

Il s'ensuit que le décideur devra avoir une connaissance du risque fondée sur une analyse pertinente des informations nécessaires permettant d'évaluer les gains et pertes prévisibles du risque d'une telle décision et les conséquences sur l'activité de l'entreprise. A cet égard, les Principes de l'OCDE relèvent que les décideurs doivent

²⁵ Voir Paragraphe 1.78 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

²⁶ Voir Sunny Kishore Bilaney, "Understanding Risk in the Era of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative", Bulletin for International Taxation, October 2016, p. 579.

²⁷ Voir Paragraphe 1.81 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

²⁸ Voir Paragraphe 1.79 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

²⁹ Le terme « gestion du risque » fait référence à la fonction d'évaluation et de gestion du risque liée à l'activité commerciale.

³⁰ Voir Paragraphe 1.65 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE ; Cependant le contrôle du risque ne doit pas nécessairement être compris de telle sorte que le risque puisse être influencé ou que l'incertitude puisse être éliminée.

posséder des compétences et de l'expérience dans le domaine du risque spécifique sur lequel porte la prise de décision et mesurer l'impact de leur décision sur l'entreprise³¹.

Les décideurs doivent aussi avoir accès aux informations pertinentes afin de les assister dans leur processus décisionnel. Ces informations peuvent être collectées, soit par les décideurs eux-mêmes, soit en usant de leur pouvoir pour définir et obtenir l'information pertinente auprès d'une autre personne³².

Notamment, la simple formalisation du résultat de la prise d'une décision ou la définition de la politique de risque ne peut pas être considérée comme l'exercice d'une fonction décisionnelle qui démontre un contrôle du risque. De telles actions non pertinentes comprennent l'organisation de réunions pour approuver formellement les décisions déjà prises, soit par une autre entité, soit à un autre endroit, la prise de comptes rendus d'un conseil d'administration pour approuver formellement une décision qui a été prise, la signature de documents liés à la décision, l'établissement de la politique de risques, etc.³³

Les Principes de l'OCDE précisent que le contrôle des risques ne nécessite pas qu'une partie procède à une atténuation des risques au jour le jour. Au lieu de cela, cette atténuation quotidienne peut être externalisée tant que cette fonction est correctement supervisée³⁴.

3.5.2. Les fonctions d'atténuation des risques

Les fonctions d'atténuation des risques sont définies comme :

- (i) la capacité à atténuer les risques, c'est-à-dire la capacité de prendre des mesures qui affectent les conséquences du risque ; et
- (ii) l'exercice effectif de cette fonction d'atténuation³⁵ du risque.

Cependant, une partie peut décider d'externaliser de telles fonctions à une autre partie. Il n'est pas nécessaire d'effectuer une atténuation des risques au jour le jour afin d'assumer le risque³⁶.

3.5.3. Les gains ou pertes potentiels associés au risque et la capacité financière d'assumer le risque

La prise en charge d'un risque signifie de supporter les gains et les pertes potentiels associés à ce risque, avec pour conséquence que la partie assumant le risque supporte les conséquences financières et autres, si le risque se réalise. Dès lors, les Principes de l'OCDE requièrent que les EMN identifient quelle(s) entreprise(s) supporte(nt) les gains et les pertes associés aux risques³⁷.

Bien que cette exigence existait déjà dans le cadre fixé par l'OCDE avant sa révision, un changement important apporté par la mise à jour de 2017 des Principes de l'OCDE est que, désormais, l'analyse nécessite l'identification de la ou les entreprise(s) ayant la capacité financière d'assumer le risque. La capacité financière à assumer le risque implique l'accès au financement nécessaire pour assumer ou éviter le risque, rémunérer les fonctions d'atténuation des risques et supporter les conséquences du risque si ce dernier se réalise. L'accès au financement par la partie qui assume le risque tient compte des actifs disponibles et des options réalistes qui s'offrent pour accéder, si nécessaire, à des liquidités supplémentaires, afin de couvrir les coûts escomptés en cas de réalisation du risque³⁸.

³¹ Voir Paragraphe 1.66 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³² Voir Paragraphe 1.66 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³³ Voir Paragraphe 1.66 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³⁴ Voir Paragraphe 1.65 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³⁵ Voir Paragraphe 1.61 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³⁶ Voir Paragraphe 1.62 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³⁷ La gestion du risque n'est pas la même chose que le fait d'assumer le risque. Une partie qui exerce des fonctions de gestion du risque peut ne pas assumer les risques qui font l'objet de son activité de gestion et peut être engagée pour effectuer des fonctions d'atténuation du risque sous la direction de la partie qui assume le risque : Voir Paragraphe 1.82 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

³⁸ Voir Paragraphe 1.64 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

Cependant, cette nouvelle exigence semble aller au-delà du principe de pleine concurrence puisque, en pratique, les entreprises peuvent prendre des risques qu'elles ne seraient pas en mesure d'assumer si de tels risques se concrétisaient. Cela ne reflète pas nécessairement un comportement commercial irrationnel (par exemple, lorsque la probabilité qu'un risque se matérialise est très faible, ou qu'un risque économiquement significatif n'a pas été détecté ou a été faussement évalué comme étant faible)³⁹.

3.6. Etape 4 : Interprétation des étapes 1 à 3

Alors que les étapes 1 à 3 se concentrent sur la collecte d'informations relatives aux risques existants et leur attribution contractuelle, l'étape 4 a pour objectif d'interpréter ces informations et de déterminer si la prise en charge contractuelle du risque correspond au comportement réel des parties. Plus précisément, dans l'étape 4, il est nécessaire d'analyser :

- (i) si les entreprises associées se conforment aux termes contractuels, i.e., la prise en charge contractuelle des risques correspond au comportement des parties. Et ensuite,
- (ii) si la partie assumant le risque ainsi déterminé exerce un contrôle sur celui-ci et dispose de la capacité financière pour prendre en charge ce risque⁴⁰.

Quant au contrôle du risque et à la capacité financière d'assumer le risque, l'attention doit se porter sur la substance. Le contrôle du risque requiert de la substance relative aux fonctions exercées par le personnel, alors que la capacité de financement pour assumer le risque requiert de la substance en matière de solidité financière⁴¹.

Lorsqu'une partie assumant un risque applique en pratique la répartition contractuelle du risque, exerce et contrôle le risque et enfin dispose de la capacité financière de l'assumer, l'analyse de prix de transfert peut être portée directement sur la tarification de la transaction contrôlée (Étape 6)⁴².

Lorsqu'il existe des différences entre les clauses contractuelles relatives au risque et le comportement des parties, c'est en général le comportement des parties qui doit être considéré comme l'élément le plus probant pour définir l'intention des parties relative à la prise en charge du risque⁴³.

S'il devait être établi que l'entreprise associée assumant le risque tel qu'analysé sous l'étape 4 (i) soit ne contrôle pas le risque soit n'a pas la capacité financière pour assumer le risque, alors une réflexion supplémentaire serait requise telle qu'exposée à l'étape 5 (i.e., la répartition du risque).

Les Principes de l'OCDE fournissent aussi des règles déterminant à quelle entité un risque devrait être attribué lorsque plusieurs entités d'un groupe sont capables d'exercer un contrôle du risque⁴⁴.

³⁹ Voir Isabel Verlinden, David Ledure, Maxime Dessy, "The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen The Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Standard", International Transfer Pricing Journal, March/April 2016, p. 112.

⁴⁰ Voir Paragraphe 1.86 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴¹ Voir Sunny Kishore Bilaney, "Understanding Risk in the Era of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative", Bulletin for International Taxation, October 2016, p. 580.

⁴² Voir Paragraphe 1.87 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴³ Voir Paragraphe 1.88 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴⁴ Voir Paragraphe 1.93 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

3.7. Etape 5 : L'attribution du risque

L'étape 5 est requise lorsqu'il est établi dans le cadre de l'étape 4 (i) que la partie qui assume le risque selon l'étape 4, n'exerce pas de contrôle du risque ou bien n'a pas la capacité financière d'assumer le risque. Dans ce cas, le risque doit alors être attribué à l'entreprise qui exerce le contrôle et a la capacité financière d'assumer le risque⁴⁵.

S'il apparaît que plusieurs entreprises associées exercent le contrôle du risque lié à la transaction contrôlée tout en ayant la capacité financière de l'assumer, le risque doit alors être attribué à l'entreprise associée ou au groupe d'entreprises associées exerçant majoritairement le contrôle. Les autres parties effectuant des activités de contrôle doivent néanmoins être rémunérées de manière appropriée, en tenant compte de l'importance de l'activité de contrôle effectuée⁴⁶.

Dans l'hypothèse où aucune entreprise associée n'est identifiée comme exerçant le contrôle du risque tout en ayant la capacité financière de l'assumer, les Principes de l'OCDE prévoient qu'une évaluation de la rationalité commerciale de la transaction soit effectuée. Selon les lignes directrices de l'OCDE, il est peu probable qu'une telle situation survienne dans des transactions entre tiers⁴⁷.

3.8. Etape 6 : Tarification de la transaction

La dernière étape de l'approche de l'OCDE requiert que la transaction contrôlée délimitée précisément soit tarifée en accord avec les méthodes de prix de transfert découlant des Principes de l'OCDE. Ici, les conséquences financières et autres de la prise en charge du risque ainsi que la rémunération pour la gestion des risques doivent être prises en considération⁴⁸. Cependant, les indications dans cette section sont très brèves et consistent principalement dans l'interprétation de trois exemples.

Les Principes de l'OCDE se bornent à indiquer que la prise en charge d'un risque doit être compensée par un rendement anticipé approprié et que l'atténuation du risque doit être rémunérée en conséquence⁴⁹. De plus, une entité qui n'a pas le contrôle sur le risque économiquement important ne doit pas s'attendre à mieux qu'un rendement sans risque à titre de mesure appropriée des profits qu'elle est en droit de conserver⁵⁰. Cette ligne directrice vise principalement à s'attaquer aux sociétés dites « cash boxes » et aux autres structures manquant de substance suffisante pour contrôler les risques liés aux opérations sous-jacentes.

Malheureusement, les Principes de l'OCDE ne fournissent pas d'instruction fondamentale aux contribuables et aux administrations fiscales quant à la façon d'établir une attribution appropriée des risques et de tarifier la transaction en pratique. Cela sera une source d'insécurité juridique importante dans les années à venir, en particulier, dans la mesure où les parties intervenantes peuvent avoir des perceptions différentes des risques.

⁴⁵ Voir Paragraphe 1.98 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴⁶ Voir Paragraphe 1.98 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴⁷ Voir Paragraphe 1.99 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴⁸ Voir Paragraphe 1.100 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁴⁹ Voir Paragraphe 1.100 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁵⁰ Voir Paragraphe 1.103 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

4. La non-reconnaissance des transactions délimitées avec précision

Alors que la transaction délimitée avec précision doit généralement être prise en compte à des fins de prix de transfert, les Principes de l'OCDE fournissent des indications relatives aux situations dans lesquelles l'administration fiscale peut, dans des circonstances exceptionnelles, ne pas tenir compte de la transaction délimitée précisément. Cependant, avant que la non-reconnaissance ne soit considérée, les transactions contrôlées peuvent déjà être contestées dans le cadre du processus de délimitation de la transaction réelle.

La délimitation précise de la transaction réelle se fait sur base d'une analyse des contrats écrits et des comportements réels des parties. Quand il y a une divergence entre les contrats écrits et la conduite réelle des parties, la transaction effective doit être généralement définie conformément aux caractéristiques de la transaction qui ressortent du comportement des parties⁵¹.

En outre, la délimitation précise de la transaction ne prendra en compte la prise en charge contractuelle des risques que dans la mesure où la partie qui est censée supporter le risque a « le contrôle du risque » et « la capacité financière à assumer le risque ». Par ailleurs, les Principes de l'OCDE fournissent des indications sur la manière dont les risques doivent être répartis entre les parties conformément à la substance factuelle des relations commerciales ou financière entre les parties⁵². Ce qui est pertinent n'est dès lors pas ce que les parties ont conclu mais plutôt ce qu'elles auraient dû conclure.

Il s'ensuit que les administrations fiscales peuvent contester les transactions contrôlées sur base (i) d'une divergence entre la prise en charge contractuelle du risque et le comportement réel et (ii) de la répartition contractuelle du risque. En outre, même la délimitation précise de la transaction contrôlée peut être contestée dans une situation exceptionnelle. Étant donné que les prix de transfert ne sont pas une science exacte et qu'il peut y avoir des points de vue différents sur certains aspects d'une analyse de prix de transfert, tous ces défis potentiels représentent une source d'insécurité juridique massive ainsi qu'une source potentielle de double imposition.

L'OCDE est consciente de la forte probabilité de double imposition en cas de non-reconnaissance et des conséquences néfastes pour le commerce international et les affaires connexes. Par conséquent, les Principes de l'OCDE insistent sur le fait que la transaction réelle doit être reconnue et ne doit pas être remplacée par d'autres transactions dans l'analyse des prix de transfert à moins que des circonstances exceptionnelles ne le justifient⁵³.

Les administrations fiscales doivent tout mettre en oeuvre pour déterminer un prix pour la transaction réelle telle que délimitée précisément selon le principe de pleine concurrence⁵⁴. À cet égard, il est explicitement indiqué que la nonreconnaissance ne devrait pas être utilisée simplement parce qu'il est difficile de déterminer un prix de pleine concurrence⁵⁵.

De toute évidence, la non-reconnaissance ne pourra être appliquée si la même transaction peut être observée entre des parties indépendantes. Néanmoins, les EMN peuvent s'engager, pour des raisons commerciales valables, dans des transactions d'une nature particulière qui ne sont que très rarement, voire jamais, observées entre des entreprises indépendantes. À cet égard, les principes de l'OCDE énoncent explicitement que le simple fait qu'une transaction contrôlée puisse ne pas être réalisée entre parties indépendantes ne signifie pas en tant que telle qu'elle ne puisse pas être reconnue⁵⁶.

⁵¹ Voir Paragraphe 1.120 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁵² Voir Paragraphe 1.120 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁵³ Voir Paragraphe 1.122 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁵⁴ Voir Paragraphe 1.121 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁵⁵ Voir Paragraphe 1.122 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

⁵⁶ Voir Paragraphe 1.122 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE.

La non-reconnaissance d'une transaction contrôlée et, le cas échéant, son remplacement par une autre transaction ne devraient être considérés par les autorités fiscales que lorsque la transaction, considérée dans son ensemble, diffère de celle qui aurait été adoptée par des entreprises indépendantes se comportant de manière commercialement rationnelle dans des circonstances comparables. Par conséquent, il doit être établi par l'administration fiscale que la transaction réelle empêche la détermination d'un prix qui serait acceptable par les deux parties à la transaction, en tenant compte de leurs perspectives respectives et des options réalistes à la disposition de chacune d'elles au moment de conclure la transaction contrôlée⁵⁷.

A la lumière de ce qui précède, la question essentielle consiste à déterminer si la transaction effective présente la rationalité commerciale des accords qui seraient conclus entre des parties non associées dans des circonstances comparables. À l'inverse, le simple fait que la transaction ne puisse pas être observée entre des parties indépendantes est tout à fait sans importance à cet égard⁵⁸. Selon les principes de l'OCDE, ne constituerait pas une application appropriée du principe de pleine concurrence, l'hypothèse dans laquelle une transaction possédant la rationalité commerciale d'un accord entre entreprises indépendantes n'était pas reconnue à des fins de prix de transfert⁵⁹.

Dès lors, il est crucial pour le contribuable d'être en mesure de démontrer que la mise en oeuvre d'une transaction inter-sociétés a pour but de satisfaire aux objectifs économiques de toutes les parties à la transaction contrôlée. Dans l'hypothèse où une transaction contrôlée n'est pas reconnue, en accord avec les Principes de l'OCDE, les administrations fiscales doivent remplacer la transaction réelle par une transaction qui est, dans la mesure du possible, compatible avec les faits et circonstances de la transaction réelle conclue, en atteignant un résultat escompté commercialement rationnel⁶⁰. Dans deux exemples, les Principes de l'OCDE décrivent des transactions commercialement irrationnelles qui pourraient être ignorées par les administrations fiscales. Cependant, de manière générale, des incertitudes considérables persistent sur la manière dont la non-reconnaissance devrait s'appliquer en pratique⁶¹.

Les lignes directrices sur la non-reconnaissance en cas de restructuration d'entreprise exposées au Chapitre XI des Principes de l'OCDE ont également été mises à jour dans la nouvelle version. En conséquence, la rationalité commerciale d'une transaction devra être établie en considérant les options réalistes à la disposition des parties au moment où elles concluent une transaction contrôlée ou opèrent une restructuration d'entreprise.

⁵⁷ Voir Paragraphe 1.122 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE

⁵⁸ Voir Paragraphe 1.123 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE

⁵⁹ Voir Paragraphe 1.123 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE

⁶⁰ Voir Paragraphe 1.124 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE

⁶¹ Voir Paragraphe 1.126 et 1.127 dans le Chapitre I des Principes de l'OCDE

5. Conclusion

Les Principes révisés de l'OCDE définissent un cadre détaillé concernant l'identification, la délimitation et la (ré)allocation des risques dans les transactions contrôlées. L'idée de base de la nouvelle orientation est de s'attaquer à la répartition contractuelle du risque dont la rationalité commerciale de transactions non contrôlées fait défaut et, de contrer les situations dans lesquelles une entité génère un rendement inapproprié uniquement parce qu'elle a contractuellement assumé des risques ou fourni du capital. En conséquence, les « cash boxes » et autres structures dépourvues de substance appropriée afin de contrôler les risques liés aux transactions sous-jacentes sont au centre des préoccupations des nouveaux principes.

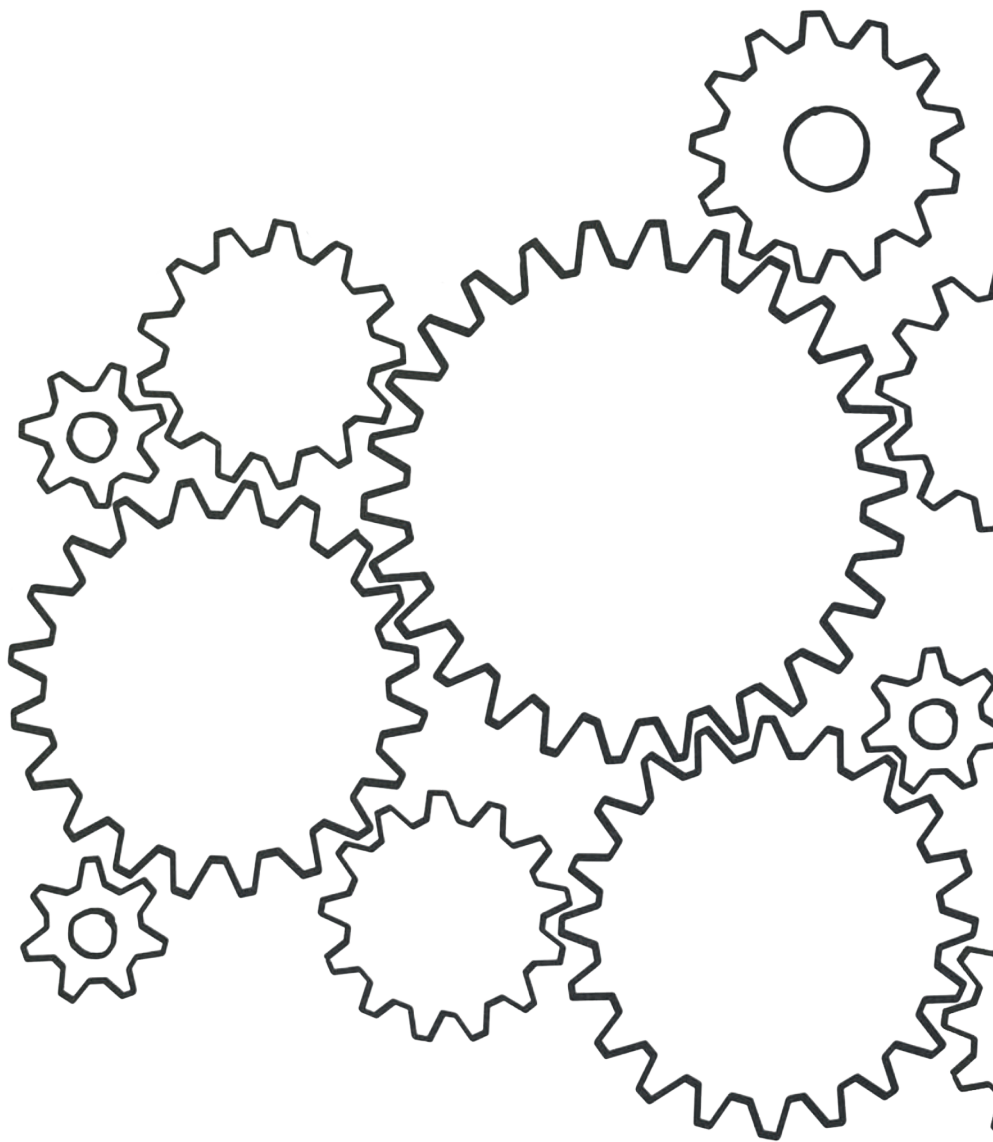
Le cadre relatif à l'analyse des risques ajoute une couche de complexité supplémentaire à l'analyse des prix de transfert qui peut faire l'objet de discussions controversées entre les contribuables et les autorités fiscales. Quand le profil de risque d'une transaction contrôlée n'est pas correctement justifié dans une analyse fonctionnelle robuste, les autorités fiscales peuvent être tentées de contester l'analyse des risques a posteriori lorsque les risques se réalisent. Gardant ceci à l'esprit, les contribuables doivent adopter une position proactive et examiner attentivement et documenter l'attribution de risques dans les transactions contrôlées.

Enfin, la nouvelle approche de l'OCDE sur la (ré)allocation des risques crée une insécurité juridique et peut même apparaître comme s'écartant des principes de pleine concurrence. Il est évident que tout cela contribuera à l'augmentation des risques fiscaux en matière de prix de transfert et des conflits entre les contribuables et les autorités fiscales dans l'ère post BEPS.

Prior results do not guarantee similar outcome. This publication was not designed to provide tax or legal advice and it does not substitute for the consultation with a tax or legal expert.

Copyright © ATOZ 2018

1B, Heienhaff - L-1736 Senningerberg - Phone: +352 26 940-1 - info@atoz.lu
www.atoz.lu



Follow us



ATOZ Community



ATOZ Tax Advisers Luxembourg



@ATOZLuxembourg



ATOZ Tax Advisers Luxembourg